



مجلة كلية الحقوق _ جامعة النهرين

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية الحقوق جامعة النهرين

المجلد ١٠ / العدد ٢٠

حزيران - ٢٠٠٨ م / جمادي الاولى - ١٤٢٩ هـ

(ا ح ك م ت م ب ي ن الن ا س أ ن ت ح ك م و ا ب ا ل ع د ل)



<p>الهيئة الاستشارية للمجلة</p> <p>رئيس الهيئة</p> <p>.. غازي فيصل مهدي</p> <p>كلية / النهرين</p> <p>هيئة</p> <p>.. ابراهيم</p> <p>كلية / النهرين</p> <p>..</p> <p>كلية /</p> <p>... يعي</p> <p>كلية /</p> <p>...</p> <p>كلية / المستنصرية</p> <p>... عبد الكريم</p> <p>كلية / النهرين</p> <p>... العطية</p> <p>كلية /</p> <p>...</p> <p>كلية /</p> <p>...</p> <p>كلية /</p>	<p>هيئة تحرير المجلة</p> <p>رئيس التحرير</p> <p>.. محي هلال السرحان</p> <p>كلية / النهرين</p> <p>أعضاء هيئة التحرير</p> <p>.. إسماعيل</p> <p>كلية السياسية/ النهرين</p> <p>.. ابراهيم الحيدري</p> <p>كلية /</p> <p>...</p> <p>كلية /</p> <p>...</p> <p>كلية /</p> <p>... حسين</p> <p>كلية /</p> <p>... الجميلي</p> <p>كلية /</p> <p>.. اسماعيل</p> <p>كلية /</p> <p>.. زهير سعيد طه البشير</p> <p>كلية / النهرين</p> <p>مدير التحرير</p> <p>..</p> <p>كلية / النهرين</p>	<p>مجلة كلية الحقوق</p> <p>مجلة علمية محكمة تصدرها</p> <p>كلية الحقوق في جامعة النهرين</p> <p>-</p> <p>حزيران-</p> <p>هـ</p> <p>مدير التحرير</p> <p>- الكاظمية</p> <p>كلية - النهرين</p> <p>البريد</p> <p>NAHRAIN_LAW@YAHOO.COM</p> <p>- دينار</p> <p>الحكومية</p> <p>-</p> <p>الحكومية</p>
--	--	---

(وإذا حكمتكم بين الناس أن تحكموا بالعدل)



المحتويات

رقم الصفحات	أسم البحث
٤٥ - ١	الاقتصاد غير النظامي والحماية القانونية المفقودة للعاملين باطاره د . صبا نعمان رشيد الويس
٦٩ - ٤٦	التطور الحديث في مسؤولية الدولة عن القوانين أ.م.د. مازن ليلو راضي
١٠٠ - ٧٠	اشكاليات استقلال المجلس الدستوري في فرنسا أ.م.د. ساجد محمد الزاملي
١١٦ - ١٠١	الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد د. حيدر طالب محمد علي
١٤٤ - ١١٧	ضمانات تنفيذ احكام الالغاء د. عمار طارق عبد العزيز
١٨٤ - ١٤٥	التأمين الإلزامي من حوادث المركبات في القانون الأردني د. هيثم حامد المصاروه
٢١٥ - ١٨٥	وسائل الدفع الالكترونية د. سلام منعم مشعل
٢٣٨ - ٢١٦	أهمية ودور التحكيم التجاري الدولي في الحياة الخاصة الدولية د. جعفر كاظم جبر
٢٦١ - ٢٣٩	نهاية القرار الاداري د. محمود خليل خضير

تعليمات النشر:

- ١ - يقدم الأصل مطبوعاً على الحاسبة الإلكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين الأسطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس A4 (29.7 * 21 cm).
 - ٢ - لا يزيد حجم البحث المقدم عن 25 صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية.
 - ٣ - يجب أن يتضمن البحث : عنوان البحث ، خلاصة ، مقدمة ، منهج البحث ، النتائج ، المناقشة ، الاستنتاجات ، قائمة المراجع ، خلاصة بلغة عالمية حية.
 - ٤ - لا تزيد عدد كلمات الملخص عن (200) مئتي كلمة، ويوضح في رأس الملخص (العربي أو غير العربي)، عنوان البحث ، اسم الباحث ، مكان العمل (والمراسلة ان كان مختلفاً عن مكان العمل)، مع وضع رقم أو رمز بشكل نجمة (*)، التي تربط بين الاسم ومكان العمل.
 - ٥ - الجداول والمواد التوضيحية ، جيدة الأعداد ، على ورق ملائم ، مصقول أو شفاف، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلة، أي بحد أقصى 12*16 سم للصفحة الواحدة ، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والأشكال.
 - ٦ - ترقيم الجداول والأشكال على التوالي حسب ورودها في البحث، وتزود بعناوين، ويشار إلى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم بأوراق منفصلة.
 - ٧ - تستعمل دائماً وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط.
- STANDARD INTERNATIONAL UNITS, SI UNITS.**
- ٨ - لا تستخدم الاختصارات في عنوان البحث، أو في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس.
 - ٩ - تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالمياً الموجودة في:
THE WORLD LIST OF SCIENTIFIC PERIODICALS, LEWIS & CO., LONDON.
 - ١٠ - تستخدم الاختصارات المقننة دولياً ، سواء لوحدة القياس أو لغيرها من الاختصارات الشائعة.
 - ١١ - لا تقبل المراجع غير المنشورة ، ويمكن قبول المراجع المقبولة للنشر ، المحدد لها رقم المجلد الذي ستظهر به.
 - ١٢ - يستخدم في كتابة المراجع، سواء في النص أو في قائمة المراجع، أسلوب هارفارد، الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر، حسب **CBE, STYLE MANUAL COMMITTEE, 1983.**
 - ١٣ - يشار إلى المصادر حسب ورودها في متن البحث بأرقام متسلسلة توضع بين قوسين.

- ١٤- ترتب المراجع في قائمة المراجع، ترتيباً " أبجدياً"، حسب أسماء المؤلفين ، وسنوات النشر.
- ١٥ - بالنسبة للمراجع المأخوذة من دوريات يجب أن يحدد رقم المجلد، ورقم العدد وأرقام صفحات بداية ونهاية البحث.
- ١٦ - بالنسبة للمراجع المأخوذة، من كتب ورسائل علمية، تحدد أرقام الصفحات المستخدمة كمرجع.
- ١٧- قد تستخدم التذييل لتوضيح المعلومة، وفي هذه الحالة، ترقم التذييل لكل صفحة على حدة بأرقام متسلسلة.
- ١٨- تنتقل حقوق النشر بالنسبة للبحوث التي يتم نشرها في المجلة إلى كلية الحقوق/جامعة النهرين ولا يستطيع الباحث الذي نشر بحثه في المجلة من إعادة نشره إلا بعد الحصول على موافقة تحريرية من رئيس التحرير.
- ١٩- يخضع البحث المتقدم للنشر في المجلة إلى التقييم العلمي وفي حالة قبول البحث من قبل المقيم تلتزم المجلة بنشره في اقرب عدد مهياً للنشر إذا كان البحث مستوفياً للشروط الأخرى المذكورة في الفقرات السابقة.
- ٢٠- لكلية الحقوق تقديم مكافأة مالية مناسبة للباحث بعد نشر البحث في حالة توافر الإمكانيات المالية وبشرط تقديم طلب تحريري منه.



JOURNAL OF THE COLLEGE OF LAW
AL-NAHRAIN UNIVERSITY

A Scientific Refereed Journal Published by the
College of law/ Al-Nahrain University

Volume: 10/ Number: 20

YEAR: JAMADI AL-AWAL / 1429 H / 2008



JOURNAL OF THE COLLEGE OF LAW

A SCIENTIFIC REFEREED JOURNAL

PUBLISHED BY

COLLEGE OF LAW

AL - NAHRAIN UNIVERSITY

VOLUME 10 - NUMBER: 20

YEAR: JAMADI AL-AWAL
/1428 H

2008

CORRESPONDENCE

EDITORIAL MANAGER.

IRAQ- BAGHDAD-

AL-KADHIMIYA

JOURNAL OF THE COLLEGE OF LAW

E-MAIL

JOURNAL_LAW@YAHOO.COM

ANNUAL MEMBERSHIP:

12000 D. FOR GOV. ESTABLISHMENTS
& INDIVIDUALS - INSIDE IRAQ.

100 U.S.D. FOR GOV. ESTABLISHMENTS &
INDIVIDUALS - OUTSIDE IRAQ.

EDITORIAL BOARD

**CHIEF OF EDITORIAL
BOARD**

Professor
**MUHIE HILAL AL-
SARHAN, PH.D.**
COLLEGE OF LAW

MEMBERS OF EDITORIAL BOARD

PROFESSOR

**IWADH FADHIL
ASMAIL, PH.D.**

PROFESSOR

**DR. JAMAL I.
AL-HAIDARI**

**ASSISTANT
PROFESSOR**

TALIB N. AL-SHAR
**ASSISTANT
PROFESSOR**

DR. JAA'FAR KHAZAL
**ASSISTANT
PROFESSOR**

**DR. SAAD H.
AL-HALBOOSI**
**ASSISTANT
PROFESSOR**

DR. ADIL N.

**CONSULTATIVE
BOARD**

CHIEF OF THE BOARD

**PROFESSOR GHAZI
FAISEL, PH.D.**
COLLEGE OF LAW

MEMBERS OF BOARD

PROFESSOR

**MUSTAFA IBRAHIM
AL-ZALAMI, PH.D.**
COLLEGE OF LAW

PROFESSOR

**D. MOHAMMED ALI
ALTAI, PH.D.**
COLLEGE OF LAW

**UNIVERSITY OF
BAGHDAD**

**MAHAMMED ALI
JAWAD, PH.D.**

**COLLEGE OF
LAW/AL-
MUSTANSIRIYA
UNIVERSITY**

**ASSISTANT
PROFESSOR
MAMDOOH ABD AL-
KARIM, PH.D.**

COLLEGE OF LAW

**ASSISTANT
PROFESSOR**

NOTE TO CONTRIBUTORS

1-The MANUSCRIPT SHOULD BE SUBMITTED IN TWO COPIES IN ADDITION TO THE ORIGINAL. TYPED WITH DOUBLE SPACE ON ONE SIDE OF (A4) PAPER (29.7 * 12 CM).

2-The manuscript should not exceed (25) pages including tables and illustrations.

3-The manuscript should include: the title the abstract, the discussion, the conclusions, the list of reference and summary in a living international language.

4-The abstract should not be more than (200) words and it should start (if Arabic or not) with the title of the manuscript authors names, the occupation and address of business (and correspondence if different). Suitable numbers of Figures like (*) should be placed to connect authors names and their position.

5-Tables and illustrations like Figures. Photographs and line drawings should be clear and well prepared on a suitable trace paper and in a form suitable reproduction as well as submitting the originals of the photographs and Figures.

6-Tables, plates, and Figure should be numbered, title and referred to in the text consequently. They should be submitted on a separate sheet.

7-Only standard international Units. SI Units, should be used.

8-Abbreviations should not be used in the title of the manuscript or the abstract except that of the measurement units.

9-Abbreviations of the 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 reference are not accepted for publication and have got a volume number to be in .

12-Harvard's style should or in the list of the reference in which author's 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 given.

16-If references are taken from books or scientific thesis; numbers of pages should be given.

17-Side- Notes can be used to clarify information and in this case side – notes should be numbered for each paper separately in consequent numbers.

18- copy rights of the published papers in the magazine belongs to the college of law\al-Nahrain university. The researcher who published his paper will not be able to publish it unless after documentary approval from the chief of editors.

19- a paper that is submitted for publication is scientific evaluation. After the approval of the evaluator, the magazine commits to publish it in the next issue if the paper satisfies the other previously mentioned items.

20-the college of law is responsible to present a suitable award to the researcher after publishing the paper according to the financial ability in the condition of submitting documentary claim by him.



الاقتصاد غير النظامي والحماية القانونية المفقودة للعاملين باطاره

د. صبا نعمان رشيد الويسي

أستاذ العمل والضمان الاجتماعي المساعد

كلية القانون _ جامعة بغداد

المقدمة

لقد مرت علاقات العمل بين أطراف الانتاج بمراحل متعددة ومتناقضة تكاد تبدأ ولا تنتهي الا في ذات النقطة حيث غالباً ماكان رأس المال هو المسيطر على هذه العلاقات وإن فترات تخللتها كادت فيها قوة العمل أن تغلب لولا الكبوات التي تلقتهما النظريات الاشتراكية في التطبيق ، إن العودة الى نقطة ألا مكاسب في مجال حقوق العمال بغلبة رأس المال وقوته التي لا منازع أمامها مع كبر حجم قطاع الاقتصاد غير المنظم ' أضحي فيه ضرورة ايجاد التوازن بين قوتي رأس المال والعمل عن طريق تحقيق العدالة الاجتماعية بهدفها الاجتماعي والاقتصادي والتي لا يمكن أن تتحقق إلا بتنظيم علاقة العمل وتأطيرها بقواعد قانونية ملزمة ومرنة في ذات الوقت مما يسمح بمعالجة واقعية لمشكلة ثلث العمال في العالم عموماً وأكثر من نصف عمال المنطقة العربية وأزاء أهمية موضوع الاقتصاد غير النظامي موضوع البحث وما يفتقده من حماية للعاملين في إطاره بدراسته في ثلاث دول عربية وما طرحته دول أوربية متوسطية هي إيطاليا كسبيل لأخذ بعض الحلول المطروحة له .

المبحث الأول - ماهية الاقتصاد غير النظامي

يحرز العمل في الاقتصاد غير النظامي موقعاً مميزاً لأهتمام المجتمعات كافة به في الوقت الراهن ، سواء كانت على درجة عالية من التطور أم تتدرج بين المتوسطة والنامية⁽¹⁾، ولا تكاد تخلو أي من المجتمعات من هذه الظاهرة المتنامية⁽²⁾، والتي ما عادت الشغل الشاغل للسلطات فيها بل تعدتها للمواطن، فالعمل الأسود أو العمل في الظل أو العمل دون المستوى أو العمل في الاقتصاد غير النظامي أياً كانت تسميته⁽³⁾، يمكن ملاحظته من خلال المعيشة اليومية سواء في الشارع أو المنزل أو حتى في القطاعات المفترض فيها التنظيم كالمنشآت والمشاريع المنظمة⁽⁴⁾ .

*المطلب الأول : نظرة تاريخية مقارنة

تنبعت الحكومات متأخرة الى هذه الظاهرة في مجتمعاتها بعد أن أصبحت واقعاً لا يمكن التغاضي الى ذلك من ILO عنه في العقد الأخير من القرن الماضي ، حيث تنبعت منظمة العمل الدولية - KEITH HART خلال دراسة ميدانية في كينيا عام ١٩٧٢ تقدم بها عالم الأنثروبولوجيا الأنكليزي () ، لتتولى الدراسات الاقتصادية والاجتماعية المتخوفة من اختفاء أشكال العمل النظامي واستبدالها بالأشكال غير النظامية والمتسارعة بالانتشار عالمياً⁽⁵⁾ ، لقد أدى اعترافات الدول بواقع قطاعات العمل فيه على العمل الأسود الى اعتماد الدراسات والأبحاث الاجتماعية والاقتصادية لدراسة الاخفاقات القانونية للتشريعات المنظمة للعمل يتجه من عدم قدرتها على تحديد الأطر الادارية - القانونية لحماية العاملين فيها بأخفاء الأعداد الصحيحة لهم في بعضها وخاصة دول المنطقة العربية (كالعراق) ، هذا من ناحية. من ناحية اخرى الأبهام في فهم هذه الظاهرة وعدم المعرفة الواضحة

(١) انظر بخصوص ذلك جدول رقم (١)

(٢) جدول رقم (٢)

(٣) ويدعى بذلك لتمييزه عن " الاقتصاد المنظم وهذه المصطلحات مرادفة للأنكليزية الآتية

((Black Work , Shadow Work , Under ground Economy Or Informal Economy))
www.Free Encyclopedia , P1 .

وباللغة الايطالية

((Lavoro Nero , Ombra Lavoro , Lavoro Sommerso , Informale Econominco del Lavoroe delle Politiche Sociall))

www.Welfare.gov.it-Ministero

(٤) د. يوسف إلياس ، مراجعة تشريعات الاستخدام وعلاقات العمل في ضوء التغيرات المصاحبة للعولمة ، مجلة منظمة العمل العربية ، العدد (٧٧) - ٢٠٠٤ ، ص ٦٤ .

(٥) أظهرت الدراسات المختلفة انتشارها في مدن نيويورك وستوكهولم كما في مدريد و نابولي والأركواي ، التقرير السادس من تقارير مؤتمر العمل الدولي رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٢ ، بعنوان العمل اللائق والاقتصاد غير المنظم ،

ILO ، ٢٠٠٢ ، ص ١

بأركانها وإحالة بعض القطاعات المشمولة بها الى التجريم في القوانين الجنائية ناهيك عن عد البعض منها من ضرورات ومكملات الأعمال اذا كانت قد الحقت بالعمل .

الدولة	ناتج الدخل الوطني بسعر السوق مقدراً بالدولار الأمريكي مليار - ٢٠٠٠	الاقتصاد غير النظامي من ناتج الدخل الوطني مقدر بالدولار مليار - عام ٢٠٠٠	الاستهلاك الخاص طبقاً لرأس المال عام ٢٠٠٠ مقدر بالدولار الأمريكي	السكان بسن العمل بين ١٥ - ٦٤ عام عموماً مقدين بالألف - ٢٠٠٠	السكان عموماً مقدين بالألف عام ٢٠٠٠
١- الأردن	٨٣,١	١٩,٤	١٣٧٧	٨٦٤٢٣	٤٨٨٧
٢- مصر	٩٩٦,٦	٣٥,١	١١٢٦	٣٨٧٠,٨	٦٣٩٧٦
٣- إيطاليا	١٠٦٦٧,٢	٢٧,٠	١١٢٥٣	٣٩٠,٢٦	٥٧٦٩٠
٤- اسبانيا	٥٥٢٤,٠	٢٢,٦	٨٤٠,٣	٢٦٩٦٥	٣٩٤٦٥
٥- السويد	٢٢٤٤,٨	١٩,١	١٢٩٣١	٥٧١,٠	٨٨٦٩

المصدر : تقديرات البنك الدولي ، واشنطن ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ٢٠٠٢

جدول رقم (١) : حجم الاقتصاد غير المنظم في بعض دول العالم

الدولة	العام	حجم الاقتصاد غير النظامي من ناتج الدخل الوطني	حجم القوى العاملة في الاقتصاد ^(٦) ، لكل ألف شخص	حجم القوى العاملة غير النظامية ضمن القوى العاملة المسجلة بعمر (٢٠-٢٩)
١- إيطاليا	١٩٧٩ ١٩٩٧-١٩٩٨	١٦,٧ % ٢٧,٣ %	٧٠٠٠ - ٤٠٠٠ ١١٤٠٠ - ٦٦٠٠٠	٢٠ % - ٣٥ % ٣٠ % - ٤٨ %
٢- اسبانيا	١٩٨٠ - ٧٩ ١٩٩٨ - ٩٧	١٩ % ٢٣,١ %	٣٥٠٠ - ١٢٥٠ ١٥٠٠ - ٤٢٠٠	٩,٦ % - ٢٦,٥ % ١١,٥ % - ٣٢,٣ %
٣- السويد	١٩٧٨	١٣ %	٧٥٠	١٣ % - ١٤ %

(١) يدخل ضمنها العمل بساعات العمل كاملة ، العمال غير المسجلين ، العمال المهاجرين ، غير الشرعيين ، العمل الثاني .

١٩٤٨%	١١٥٠	١٩٤٨%	١٩٩٨ - ٩٧	
—	٢٦٠٠٠ ٤٨٠٠٠	١٥% ٢٠,٢%	١٩٧٨ ١٩٩٨ - ٩٧	٤- دول OECD

جدول رقم (٢) : حجم الاقتصاد غير المنظم في دول الاتحاد الأوروبي .

، باريس ، أعداد مختلفة بين عامي ١٩٧٨ - ١٩٩٨ OECD المصدر :

المنظم ، لتتضح الفكرة فيما بعد في أواخر القرن العشرين بدراسات شملت الجوانب القانونية الى جانب الاقتصاد الاجتماعي (7) .

*المطلب الثاني : مفهوم الاقتصاد غير النظامي

إذا كانت الجدلية تحتدم حول وجود الاقتصاد غير النظامي بين المختصين في دولة ما ، فأنها تحتدم لتصل ذروتها بالضبابية المكتنفة مفهومه ، ويعود ذلك الى أمرين أهمهما هو العلم القائم وراء الدراسة المتقصية مفهوم العمل الأسود حيث تختلف وجهة النظر الاقتصادية او الاجتماعية عن دراستها من حيث المنظور القانوني ، اما ثانيهما فتعود كما نرى الى عدم جدية الحكومات في ايجاد حلول لهذه الظاهرة نظراً لاصطدامها بالكم الكبير من العاملين به وما يترتب على الاعتراف بهم كحقيقة واقعة من ضرورات مادية .

* الفرع الأول - تعريف الاقتصاد غير النظامي

اولاً- من الناحية الاقتصادية

وفيه يبرز عالمياً تعريفين مهمين هما :

١- ((كل الأنشطة الاقتصادية غير المسجلة والتي تتحاشى الدخول في التقديرات الرسمية لنتاج الدخل القومي (٨))) .

٢- ((اسس انتاج البضائع والخدمات سواء كانت شرعية أم لا ولكنها تتهرب في كل الأحوال من التقديرات الرسمية للدخول الشخصي (٩)))

ثانياً - من الناحية الاجتماعية

(1) De Soto EL Otro (H) ,Informal Economy In American , Peruvian , 1989 , P33 .

(2) Fiege Edgeap .L. The Underground economy and The Currency Enigma, Supplement To Puplic Finance , Finance Publqa , 1994 , PP 119 – 136 .

(3) Fredrich Schneder , Size and Measurement of informal Economy in ILO Countries around the world Australia , National Tax center , AW , Canberra , P 3 .

فيه ترى منظمة العمل العربية ، بأنه العمل دون وجود لعنصر الادارة الحاسم في تطبيق أسس الحماية الاجتماعية لعدم وجود علاقة منظمة وثابتة بين العامل وصاحب العمل أو لكثير الأنتقال من صاحب عمل لآخر أو لعدم وجود صاحب عمل أساساً⁽¹⁰⁾ .

ثالثاً - من الناحية القانونية

ويعرفه أستاذي الدكتور يوسف إلياس بأنه اقتصاد غير نظامي نتيجة من علاقة هذا الاقتصاد بالقانون عموماً ، فهو (عبارة عن منشأة أما إنها تعمل خارج إطار القانون أو تنهرب بوسائل شتى من تنفيذ أحكامه⁽¹¹⁾) ، وكل ذلك بتكلفة مالية ضئيلة وبدون اجراءات رسمية أو بأجراءات محدودة للغاية ، حيث تبرز هذه العلاقة فكرة التبعية الاقتصادية على حساب التبعية القانونية⁽¹²⁾ .

* الفرع الثاني - القطاعات والفئات المنضوية تحت الاقتصاد غير النظامي

يعد الاقتصاد المنظم من أوسع أشكال الإنتاج الاقتصادي ، فهو يمتد لكافة الأنشطة الاقتصادية المشروعة قانوناً (وإن كانت تخالف بعض القوانين المختصة بعلاقات العمل والضريبة) أو الى الأنشطة المخالفة أساساً للتشريعات الجنائية أو الاقتصادية⁽¹³⁾ ، حيث تتوزع على قطاعات الخدمات ونقل البضائع ، وقطاعي الصناعة وقطاع البناء والتعمير ناهيك عن قطاع الزراعة الأوسع ، ليضم بين جوانحه خليطاً من العمال منهم من يعمل لحسابه أو لحساب غيره مقابل أجر وآخرين يعملون بالمنازل أو في منشآت تابعة لأسرهم ، إلا إن أهم ما يميز هذا النوع من العمل هو شموله بالعمال الأضعف

و الأشد حاجة الحماية القانونية ، ويبرز هنا ثلاث أصناف أساسية هم :

أولاً - العمال من المهاجرين الشرعيين وغير الشرعيين .

ثانياً - العمال الأطفال (ذكوراً و أناثاً) .

ثالثاً - العاملات من النساء .

⁽⁴⁾ تقرير تطور الحماية التشريعية والاجتماعية لعمل المرأة العربية ، منظمة العمل العربية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٩ .

⁽¹⁾ د. يوسف إلياس ، مصدر سابق - ص ٦٤ .

⁽²⁾ يذهب فقهاء القانون الإيطاليين الى تعريفه بأنه (هو العمل دون عقد مؤسس لعلاقة عمل بالأعتماد على

مجرد الأجراء أي صيغة أخرى للدفع ودون أي ضمانات قانونية) D. Givoanna Viriani , Alongitudinal Prespective On The Study Of Informal Employment In Contemporary Italy , a paper prepared For The Equalsoc Summer School " Inequality And Social Cohesion " , Trento , September , 2006 , P 4

⁽³⁾ انظر جدول رقم (٣)

* الفرع الثالث : تمييزه عن الاقتصاد النظامي .

ولأيضاح مفهوم الاقتصاد غير النظامي مدار بحثنا لابد من تمييزه عن نوعية الأعمال في الاقتصاد النظامي والتي قد يدخلها بعض الباحثين (الأتجتماعيين خاصة) ضمن نطاق الاقتصاد غير النظامي إلا أننا نرى ولأسباب الموجبة للبحث نرتأي ضرورة وضع الحدود بينها .

طبيعة المنشأة	المراوغة على الضريبة	تجنب الضريبة	المراوغة عن دفع الضريبة	تجنب الضريبة
النشاطات المشروعة	العمل دون الأبالاغ عن المدخول الشخصي للعمل المستقل والأجور والرواتب والمساعدات من الأعمال في مبالغ غير مبلغ يساعد الخدمات وكصنائع قانونية	الخصومات المادية لصالح صاحب العمل	مقايسة الخدمات القانونية والبضاعة	العمل المنزلي أو لخدمة المعارف
النشاطات المشروعة غير	التجارة الفردية		التجارة الجماعية	
	الاتجار غير المشروع بالضائع المشروعة ، الاتجار بالمخدرات أو تصنيعها ، البغاء ، المقامرة ، التهريب ، الأحتيال ، الاستجداء		مقايسة المخدرات ، البضائع المسروقة التهريب عموماً ، انتاج أو زراعة المخدرات ، السرقة	

جدول رقم (٣) غير المنظم القانونية وغير القانوني

المصدر : LPPERT AND WALKER

FORMAL ECONOMIC الاقتصاد النظامي -

هو الاقتصاد المعاكس تماماً للاقتصاد غير النظامي ، حيث يظهر هذا التمييز واضحاً وجلياً من خلال إدراجنا لمميزات النظامي والمتمثل بالآتي :

- ١- وجود علاقة تبعية قانونية بين صاحب العمل والعامل كنتاج لعقد العمل المكتوب أو الشفهي .
 - ٢- إبلاغ صاحب العمل للسلطات المختصة بعلاقة العمل وإدائه للإلتزامات القانونية الناتجة عنها من ضرائب ورسوم للدوائر المختصة كالاشتراك المدفوع لدوائر الضمان الاجتماعي .
 - ٣- قوة مركز العامل القانونية وخلوها من أي مخالفات وما يترتب على ذلك من قدرته على المطالبة بكل ما إلترزم به صاحب العمل من تبعات مالية من أجر وملحقاته وتعويضات الأصابة وما الى ذلك .
- فيخرج من نطاق الأعمال في الاقتصاد النظامي ، الاعمال التي يمارسها العمال وإن كان موقفهم القانوني صحيح ، كالأعمال الموسمية ⁽¹⁴⁾، والعمل الثاني الذي يمارس دون موافقة صريحة أو ضمنية من صاحب العمل والعمل المنزلي والعمل المستقل والعمل الجزئي والعمل لساعات محدودة والاعمال .

المبحث الثاني - أسباب الانضمام للاقتصاد غير النظامي

ان اقتصاداً واسعاً يحوي هذا الكم من الأعمال قد تكون وتشكل على عشرات من السنين في أغلب المجتمعات متأثراً بظروفه ومعطياته الخاصة من ناحية ومن ناحية أخرى بظروف تبدو أوسع من نسبتها الى مجتمع ما بالذات ليكون عالمياً وأضيق منه ليكون خاصاً فردياً .

المطلب الأول - اسباب اجتماعية

أن لكل مجتمع من المجتمعات الطبيعية الخاصة التي يتسم بها وتبرزه بين غيره فتميزه حتى عن غيره من المجتمعات المجاورة رغم تأثر كل منهما بالآخر .

* الفرع الأول - اعتبارات دينية واجتماعية

ان هذه التجمعات البشرية تبدأ من النواة الأولى ، ألا وهي الأسرة ، والتي قد تصل فيها التمسك بهذه الاعتبارات الى حد التشدد والخروج عن المألوف مما يجعل فيها من غير المقبول فمزاحمة المرأة العاملة وتميزها يعد ظاهرة تخرج فيها عن التقاليد وتحرم حسب الأعراف مما يجعلها محرومة من التعليم ولا حتى الأولي أو التدريب المهني فيرتب على ذلك عدم إنتظامها بأعمال منظمة عند الحاجة

(١) فيما يتعلق بالأعمال الموسمية ، فأن هناك تعارض بالنصوص في الشمول بأحكام قانون العمل والضمان، ففي حين يشملها قانون العمل بأحكامه طبقاً لنص المادة (٨) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل فأن قانون الضمان لا يشملها طبقاً لحكم المادة (٣) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ ، ولا يعدون مشمولين إلا إذا كان تفسير المادة (٣/٣) من قانون (٣٩) تعتبر أن قانون العمل معدلاً له .

(15)، أو قد تسمح لها الاعتبارات الدينية والاجتماعية بالعمل ضمن نطاق محدود ويمنع اختلاطها بالرجال الغرباء فتعمل ضمن المشاريع التي ينشأها أحد أفراد أسرته(16)، إن هذه الاعتبارات الاجتماعية أو الدينية كما تبدو لا تظهر فقط في المناطق التي تنتشر فيها الدين الاسلامي فقط وإنما حتى في المجتمعات التقليدية الغربية (المتوسطة بالذات) والمفترض على الفرد تعل مهنة العائلة المتوارث عن أجيال والتي قد تحتكرها بالعمل فقط داخل أفراد الأسرة دون تجشم عناء جلب عامل من خارج هذا النطاق (17)

* الفرع الثاني - ضعف العوامل المساعدة على الانتاج المنظم

إن مسألة الربح والخسارة في التقديرات الأولية تعد من النقاط المهمة والعوامل المساعدة على تنظيم العمل المنتج ، حيث تبرز عوائق محددة وغير محددة مستجدة تمنع من أن تكون هذه الأعمال ضمن نطاق الاقتصاد النظامي ، وتبرز هذه العوامل بالأشكال التالية :

أولاً - ضعف التمويل وضعف الاستثمار الاقتصادي

حيث أن أغلب الأعمال التي تدخل ضمن نطاق الاقتصاد غير النظامي تعتمد على كثافة الجهد البشري والمرونة في تصريف الأنتاج على حساب رأس المال .

ثانياً - قلة الخبرة العملية في إطار مهنة معينة وصولاً الى انعدامها وضعف امكانية التعامل مع التطور التكنولوجي والبرامجيات المتسارعة في التطور ووضع المؤسسات شرطاً للعمل فيها (18).

ثالثاً - الانتقائية في الأعمال

البطالة الاختيارية والعزوف عن ممارسة أعمال معينة لصعوبتها وقلة مصادرها(19)، مما يدفع جانباً هذه الأعمال وبالتالي مؤسساتها الى العمل في الاقتصاد غير النظامي كالمهن الأثرية (إنتاج السجاد أو العمل بالخشب أو الطرق على النحاس).

(1) (مما يدفع الى إنتظامها في أعمال منخفضة الأجر وغير نظامية كالخياطة والأتجار بأنواع الأغذية داخل المنزل) . تقرير تطوير الحماية التشريعية والاجتماعية لعمل المرأة ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

(2) أغلب المجتمعات الشرقية تفضل تزويج المرأة صغيرة قبيل إكتسابها خبرات علمية أو عملية بحجة الحفاظ عليها، مصدر سابق ، ص ١١٥ .

(3) Fredrich Schneder , OP . Cit , P 29

(1) د. محمد صبري الشافعي ، مواكبة برامج وسياسات التدريب المهني لمتطلبات أسواق العمل ، مجلة العمل العربية ، العدد (٧٨) ، ٢٠٠٥ ، ص ١٥٠ .

(2) خليل أبو خرمة ، الحوار الاجتماعي ودوره في ترسيخ الديمقراطية وتعزيز السلم الاجتماعي ، مجلة العمل العربي ، العدد (٧٧) ، ٢٠٠٤ ص ١٠٢ .

المطلب الثاني - أسباب اقتصادية - إدارية

إن الأسباب الاقتصادية و الإدارية المنشأة للاقتصاد غير النظامي تكاد تتمثل في العناصر الثلاثة الآتية :

* الفرع الأول - التنظيم الاقتصادي

حيث يتفاعل التخطيط الاقتصادي المسبق وما يتبعه من تنظيم اثناء التنفيذ مع حجم التعليم والتدريب المهني للقوة العاملة لينصب في بوتقة التنمية ، إلا إن ذات التفاعل يتحول الى ما يشبه الصدمة اذا ما إمتازت كل من مرحلتي التخطيط والتنفيذ بسوء التنظيم وعدم القدرة والفاعلية على الأمتياز بالمطاطية لينجم عنهما (البطالة) في حين تعني الاستجابة الايجابية للتغيرات تعديلاً للصيغة القائمة لعلاقات العمل⁽²⁰⁾.

أولاً - البطالة

يعاني العالم عموماً⁽²¹⁾، من ظاهرة بطالة القادرين على العمل وبنسب كبيرة قياساً الى حجم القوى العاملة متراوحة بين بطالة سافرة أو مقنعة وبطالة إختيارية أو إجبارية ، وتزداد حدة هذه المشكلة ليصعب معها إيجاد عمل منظم مع تقدم طالب العمل بالعمر أو مع محدودية ثقافته المهنية أو التقنية (البطالة الهيكلية) أو لكون الراغب بالعمل إمراً ذات مسؤوليات عائلية⁽²²⁾ ، إلا إن واقع مشكلة البطالة في المنطقة العربية خصوصاً قد تفاقم بالسنوات الأخيرة بعد إنخفاض أسعار النفط وكون

(³) د. عبد الغني شاهين ، أهمية التدريب والتعليم المستمر في ظل التحولات الاقتصادية ، مجلة العمل العربية ، العدد (٧٩) ، يناير ، ٢٠٠٦ ، ص ١٢٢

(^١) ((يعاني عموماً جنوب العالم ظاهرة بطالة واضحة إزاء فرص العمل المتوافرة للشمال ، فنجد داخل البلد الواحد فمثلاً فرصة سكان مدن الشمال تزداد عن مدن الجنوب)) وتلاحظ هذه الظاهرة واضحة في مدن البحر المتوسط كأيطاليا ، حيث لا يعد أمام العامل سوى القبول بتعويض البطالة الشحيح أو العمل الجزئي أو العمل الأسود .
Giovman Viviani , Op.City . P 4 .

(^٢) ابراهيم قويدر ، الحماية الاجتماعية الماهية والمفاهيم ، رؤية شمولية ، مطابع جامعة الدول العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٨ .

البطالة الواجبة الرئيسية للتراجع والفشل الاقتصادي للخطط التي وضعتها الحكومات ومنافسة العمالة الوافدة الرخيصة الثمن لليد العاملة العربية⁽²³⁾.

ثانياً - تعديل صيغ علاقات العمل

بغية تقليل كلفة الإنتاج الى أقصى الحدود تحسباً من المنافسة في الأسواق العالمية بعيد التغيرات المسماة بالعولمة الاقتصادية وإتباع برامج التصحيح الاقتصادي بأعتماد الخصخصة وإعادة التنظيم ومبدأ المرونة والشركات المتعددة الجنسيات وإفتاح الأسواق بعضها على البعض الآخر ، قد أفقد الشكل التقليدي لصيغة (علاقة العمل) ، لكل الوقت ثقله لصالح كفة الأنماط الجديدة من علاقات العمل ، كالعامل المنزلي والعمل لبعض الوقت والعمل عن بعد والعمل المستقل⁽²⁴⁾ ، وقد ساعد في ذلك إبتعاد الدول المعتمدة على اقتصاد التخطيط وإعتمادها صيغة الأداء الحر بأطلاق حرية أصحاب العمل في إدارة وتنظيم مشاريعهم وإعتماد صيغ وهيكلية جديدة وتسريح الفائض من العمال الذين قد يتقلون كاهل المشروع فلا يصل به الى حد الربح بأعتماد صيغ معينة للأنهاء⁽²⁵⁾ ، السن ، الجنس ، القدرة على تغيير المهنة بأكتساب مهارات جديدة وخاصة التكنولوجية وحتى القبول بالعمل لساعات وشروط تفوق الشروط القانونية الدولية للعمل⁽²⁶⁾.

* الفرع الثاني - ضعف الدور الرقابي

يبرز الدور الرقابي للمؤسسات المهنية في دورها الضعيف في ممارسة التدقيق فيمدى إلتزام الجهات صاحبة العلاقة ادائها للالتزامات القانونية المفروضة عليها والتي قد عرف فيها نصوصاً أمرة أو حقاً منصوص عليه دستورياً أو حتى في الإعلانات العالمية أو الاتفاقات الجماعية وهذا الخرق قد لا يمارس حتى توقع من صاحب العمل بأعتباره المستفيد إقتصادياً من التقليل من اداء الالتزامات

(٣) د. حنان يوسف ، المساهمة المجتمعية نحو عمالة عربية مؤهلة بديلة - الواقع والطموحات ، مجلة العمل العربي ، العدد (٧٩) ، يناير ٢٠٠٦ ، ص ٧٧ .

(٤) د. عدنان التلاوي ، العولمة وإنعكاساتها على تشريعات العمل الوطنية والدولية ، مجلة العمل العربي ، العدد (٦٨) ، ١٩٩٧ ص ١٨ .

(٥) د. يوسف إلياس ، الاتجاهات التشريعية لقوانين العمل العربية في التسعينات ، سلسلة البحوث والدراسات ، العدد (١٤) ، ١٩٩٧ ، ص ١٢ .

(١) ((عمال الموانئ مروا بتجارب تمثلت بتغيرات كارثية لظروف عملهم منها إعادة البناء ، إعادة الهيكلية، التحرر والخصخصة مما أدى الى فقدان الاف العمال لوظائفهم والبعض الآخر عملوا بظروف تشغيل سيئة وشروط غير مريحة فمن عملوا مع شركات (PSA) وشركة (يوروغيت) والتي تعمل في إيطاليا ، بلجيكا ، ألمانيا ، البرتغال)) عولمة التضامن ، الاتحاد الدولي لعمال النقل UK , TLF ، ص ١٨ .

وإنما يصل الى حد إتفاق العامل مع صاحب العمل أو حتى مطالبته له بشكل شخصي لذلك ويتمثل الضعف المؤدي الى ايجاد العمل الأسود في العناصر الآتية :

أولاً - جهاز التفتيش

ويقصد به الجهاز الذي يتولى الإشراف على تطبيق أحكام العمل ومراقبة تنفيذ أحكامه⁽²⁷⁾، وهو أحد المظاهر القوية في تدخل الدولة في التنظيم الاجتماعي للعمل ، حيث أقرت الاتفاقيات الدولية لمنظمة العمل ومنذ بداية نشأتها على إلزام كل دولة بانشائها تشارك فيه النساء لضمان تنفيذ الأنظمة والقوانين العالمية⁽²⁸⁾ ، بحيث يفترض فيه أن يتكون من موظفين عموميين لا تعهد لهم بأي مهمة أخرى تتداخل مع قيامهم بواجباتهم الأصلية ، وتتمثل مسؤوليتهم في اعطاء المعلومات الفنية وإسداء النصائح الى كلاً من العمال واصحاب العمل حول أحسن الوسائل الفعالة لتنفيذ الأحكام القانونية⁽²⁹⁾ إضافة الى مراقبة تنفيذ قانون العمل والقوانين المرتبطة به ناهيك عن تنبيه السلطات المختصة الى الأخطاء والمخالفات التي لا تشملها الأحكام القانونية النافذة .

ثانياً - النقابات العمالية

يعد البحث في دور النقابات العمالية في الرقابة على تنفيذ حقوق العمال سواء اتفقت عليها عقدياً (فردياً أم جماعياً) أم تلك المنصوص عليها في القوانين الخاصة (العمل والضمان الاجتماعي) الخ ، العامة من المسائل المهمة ، فنظرياً يفترض تنامي دور النقابات العمالية مع التغيرات العالمية والتي أدت الى المساس بحقوق العديد من العمال ابتداءً من الغاء مواقعهم الى التقليل من مكاسبهم مع ما عرف عالمياً من دور نقابات العمال في انتزاع العديد من الحقوق القانونية⁽³⁰⁾، إلا أن الواقع العملي أثبت تهميش دور النقابات العمالية وتفريغها في عالم منفتح اقتصادياً ناتج عن حل النقابات العمالية أو تهديد أعضائها أو إغرائهم بالمكاسب المادية تارة أو بفقدان وظائفهم تارة أخرى⁽³¹⁾، مما جعل منها مؤسسات فاقدة للقدرة الفاعلة في حظر خرق الحقوق الفردية أو الجماعية ومع إستغلال مهارة وخبرة وقدرة الإنسان على العمل مادياً في سبيل تحقيق مكاسب أسرع في إطار المناقشة ، ولا يخفى الدور

(٢) د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، قانون العمل ، مطابع وزارة التعليم العالي - العراق ، ١٩٨٩ ، ص ٨١ .

(٣) الفقرة (٩) المادة (٤١) دستور منظمة العمل الدولية ١٩١٩ .

(٤) الفقرة (١) المادة (٣) الاتفاقية رقم (٨١) لسنة ١٩٤٧ الخاصة بالتفتيش .

(١) د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، مصدر سابق ، ص

(٢) د. عبيد البريكي ، أي دور للنقابات في ضمانات الحقوق الأساسية للعمال ، المركز ، النقابي ، تونس ٢٠٠٢

السلبى للنقابات العمالية ازاء مشكلات العمال ممن يعملون في القطاع غير النظامي على اساس إنها مجرد ظاهرة إنتقالية منتهية بالتأكيد مع تطور القطاع النظامي⁽³²⁾ .

ثالثاً - الهيئات المالية

ونقصد بها الجهات المختصة المالية لأستحصال الضرائب والتي عادت ما تمارس أعمالها بالرقابة بعد التبليغ من المكلف ، إلا إن بعض الدول تتجه الى التشدد في إستحصال أموال الضرائب بغية تأكيد الرقابة وصولاً الى حد (إستدعاء المكلف في حال توافي لشروط الشمول) ومساءلته ليحال الى القضاء في حال تأكد من المخالفة أو يترك بعد إنذاره إلزامه بأداء الألتزامات القانونية⁽³³⁾، إن النظام المالي والضريبي الضعيف إبتداءً من كفاءة أفراد الجهاز وصولاً الى إمتلاء القوانين بالتغيرات القانونية يساهم في إنشاء اقتصاد غير منظم لسهولة التملص أو التحايل⁽³⁴⁾ .

المطلب الثالث - الهجرة

لقد سيطرت التغيرات السياسية التي سادت العالم على الظروف الاقتصادية وواقع حال المواطن بسيط سواء ما تمثل منها إبتداءً من إنهيار المعسكر الشرقي وتفككه الى دويلات من الدول المكون له أم من التغيرات السياسية وتغير أشكال الحكم في بعض دول منطقة الشرق الأوسط نتيجة من الحروب والصراعات مما دفع سكان هذه الدول الى الهجرة للبحث عن ملجأ آمن وما يتطلبه ذلك من ضرورة تأمين قوت الشخص وعائلته في البلدان اللبرالية ، إلا أن المهاجر يصطدم بعدم مصداقية هذه الشعارات وعنصرية أبناء البلد إزاء القادمين الجدد وخاصة إذا كانوا من المسلمين ، وتتطلبهم مستويات مهارة وشهادات تفوق المتوقع أو تقضيهم عرق أو جنس على آخر مما يدفع الى رفض تشغيلهم أو القبول بالعمل بأسعار تقل عن زملائهم الآخرين أو تشغيلهم دون عقود عمل أو ضمانات ، فمثلاً في بلد مثل إيطاليا يعد ثالث دولة اوروبية مستقبلية للعمالة الأجنبية الشرعية (تبلغ فيها ثلاثة مليون عامل أي حوالي ٥%)

(٣) تقدير تطور الحماية التشريعية والاجتماعية لعمل المرأة العربية ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

(٥) ZIZZA (R) , Metodologia di Stima dell Economia Sommersa : Unappli Cazione El Caso Italino , de Italia Temi de Discussione , N463.

(٤) شهلاء جمعة النصراري ، التهرب الضريبي وأثره في المسؤولية الجنائية في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ (دراسة قانونية) كلية القانون / جامعة بابل ' ٢٠٠٣ ، ص ٣٤ ، وقد يصل الى حد التهرب ويكون مشروعاً لا تستطيع أي جهة أن تحاسبه لعد إرتكابه أي مخالفة لنصوص القانون لأمكانية عدم ممارسة نشاطها المكلف بإتجاه معين مما لا يجعله خاضعاً لأحكام القوانين الضرورية . د. دولار علي و د. عبد المنعم فوزي ، مالية الدولة - الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ١٩٦٢، ص ٣٢ .

وحتى غير الشرعية بعد ألمانيا (٧،٣ مليون) وفرنسا (٣،٥)⁽³⁵⁾، يجد العامل صعوبة في الحصول على عمل إذا كان عربياً وعدم إعترافيهم بالشهادات الجامعية الصادرة من دولهم ، كما أن اعداد الضحايا من حوادث العمل تفوق مثيلتها بالنسبة للعمال الإيطاليين⁽³⁶⁾.

(١) تعد السويد من أكبر الدول في العالم من مستقبلي المهاجرين ولكن لأسباب إنسانية وليس للعمل ومع المساعدات التي يتلقونها فأنهم في حاجة الى إيجاد عمل مساعد Fredrich Schneider , OP.Cil , P 22.

(٢) (رغم أن المستوى التعليمي للمهاجرين يفوق المستوى الإيطالي إلا إنهم يضطرون الى ممارسة اعمال خطيرة ووظائف متواضعة) لتصبح أخطر بهجرة الدول الى أوروبا وإضطرابها الى العمل اليدوي للحصول على القوت . الأستاذ مصطفى ابو شنيف ، أوضاع القوى العاملة العربية داخل وخارج الوطن العربي في ضوء الأحداث والمستجدات الدولية ، مجلة العمل العربي ن العدد (٧٩) ، يناير ، ٢٠٠٦ ص ٢٩ .

المبحث الثالث – أشكال العمل بالاقتصاد غير النظامي

في ظل تعدد الأسباب الدافعة لإنشاء اقتصاد غير نظامي يبقى الدافع الرئيسي الأول له هو (استجابات البقاء غير النظامية) لممارسة أنشطة غير نظامية ، وتبدو الصيغ غير النظامية تبرز ثلاث اتجاهات عموماً وإن كان لدينا خصوصاً نقطة تعليق على الصيغة الثالثة ومدى وجوب اعتبارها اقتصاداً غير نظامي جدير بالحماية .

المطلب الأول – المنشآت العاملة بالاقتصاد غير النظامي

تنتشر عموماً المنشآت العاملة بالاقتصاد غير النظامي لمساحات واسعة ولأماكن قد يصعب الوصول إليها عموماً⁽³⁷⁾ ، فالمنشآت هذه تقتصر الى الحد الأدنى من التنظيم ، إلا إنها عموماً تتكون مما تتكون منه العاملة في الاقتصاد النظامي (صاحب العمل ، العمال وعمل قيد الأنجاز)⁽³⁸⁾ ، إلا إن ما يربط العمال بصاحب العمل هو علاقة التبعية الناجمة عن عقد العمل⁽³⁹⁾ ، فهو قد ارتضى أن يضع خدماته تحت أمرة صاحب العمل فيكون ملزماً بإطاعة أوامره وإداء العمل وفقاً لتوجيهاته بشأن العمل المتفق عليه نظير ما يقدمه له من أجر⁽⁴⁰⁾ ، ومع استقرار شكل العلاقة الفردية بين العامل وصاحب العمل فأنا نورد بعض من الأشكال التي قد ظهرت بها .

* الفرع الأول – المنشآت العائلية

وهي المنشآت المنشأة داخل إطار عائلي ، يدير هذه المشاريع أحد أفراد الأسرة (كالأب أو الأم أو الزوج أو الأخ) ويساهم بالعمل أفراد الأسرة حيث توزع الأعمال بينهم حسب القدرة على العمل

(^١) يعد الفقه الفرنسي تشغيل العمال لساعات اضافية عن الوقت المقرر في ذات المنشأة أو غيرها أو في أيام العطل عملاً أسود ، حيث يفرض التشريع غرامة على ذات العمل الذي يخالف المنع وعلى صاحب العمل إذا كان

سيء النية ، DURAND , Theate de Droit du Travail , avec La colleretion . N21.

(^٢) د. يوسف إلياس ، قانون العمل العراقي شرح مفصل لأحكام قانون العمل رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠ المعدل،

الجزء الأول ، علاقات العمل العراقي ، الطبعة الثانية ، بغداد - ١٩٨٠ ، مكتبة التحرير ، ص ٧٧

(^٣) د. همام محمد محمود ، قانون العمل - عقد العمل الفردي ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ، غير مذكور

التاريخ ، ص ٣١٣ .

(^٤) د. محمد لبيب شنب ، دروس في قانون العمل ، جامعة الكويت كلية الحقوق ، ١٩٨٦ - ١٩٨٧ ، ص ١٨

وقد يتم الاستعانة بعمال لا ينتمون للأسرة⁽⁴¹⁾ ، وإن كانت هذه الأنماط إنما تتعاطى مع الأعمال ذات الأنتاج البسيط والمردود الضعيف.

* الفرع الثاني - المشاريع الصغيرة والمتوسطة

تمثل المشاريع الصغيرة والمتوسطة تجمع للجهود الفردية⁽⁴²⁾ ، حيث تتوسع فيها النشاطات التقليدية والمشاريع الصغيرة التي تنشأها الأسر الى شكل أكثر تنظيم وأوسع إنتاجاً بحيث يعمل فيها عدد معين من العمال من خارج وداخل نطاق العائلة⁽⁴³⁾ ، وقد تدخل فيها بعض المكننة والتقنية البسيطة⁽⁴⁴⁾ ، إلا إنه رغم ذلك تبقى هذه المشاريع عرضة للتغيرات الاقتصادية بحيث تتأثر بأي إهتزاز في المكتب وغالباً ماتكون بعيدة عن الدعم المادي للمؤسسات الكبرى أو القروض النقدية للبنوك .

* الفرع الثالث - الاستخدام غير المنظم في المؤسسات المنظمة

غالباً ما تلجأ المؤسسات المنظمة لسد النقص الحاصل لديها في إحدى الشواغر مؤقتاً بتشغيل العمال تشغيلاً مؤقتاً لساعات محددة أثناء أوقات العمل النهارية أو الليلية أو حتى لساعات عمل كاملة ولكن تلجأ الى عدم إعطاء العامل صفة قانونية تنظيمية بغية عدم ترتيب حقوق كاملة له على المؤسسة أو تقادي احتساب تشغيل فرد جديد عند التحاسب الضريبي⁽⁴⁵⁾ ، أو قد يطلبه العامل بنفسه لكونه يساعده على إداء إلتزاماته العائلية أو يساعده على الأستمرار في إستحصال مساعدات الضمان⁽⁴⁶⁾ .

(١) (لاحظ انه حتى في حالة شمول القوانين هذه المشاريع فإنه يستثنيه من أحكام تشغيل النساء (مادة ٥٦))

قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ مشروطاً بعدم عمل الغريباء في هذا المشروع . (

(٢) سعد السيد أبو العينين ، العمل والصناعة المصرية في ظل الاتفاقيات العالمية وحرية التجارة (الجات) مجلة العمل العربية ، العدد (٧٩) ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٧ .

(٣) (كالمشاريع الزراعية لتربية الطيور أو أعمال الحياكة والتصوير أو الأنتاج الغذائي المتنوع) ، تقرير تطوير الحماية التشريعية والاجتماعية ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

(٤) إبراهيم قويدر ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .

(٥) وهو غالباً ما تلجأ إليه المؤسسات بغية تجنب تشغيل العمال لفترات طويلة

المطلب الثاني - صيغ مستحدثة للعمل بالاقتصاد غير النظامي

لقد شهد الاقتصاد غير المنظم إزدهاراً في أنشطة مستحدثة لم تكن توضع ضمن هذا الأطار سابقاً ، إلا أنها درجت ضمنه لوحة الهدف الناتج عنه وهو توفير فرص العمل البديلة عن الأطار التقليدي للعمل وما يترتب على ذلك من تأمين دخل للعاملين بها

* الفرع الأول - العمل المنزلي

يقصد به العمل الذي يؤديه الشخص بتكليف من صاحب العمل دون أن يكون تحت إشرافه وتوجيهه على أن يتولى صاحب العمل توفير المواد الأولية الضرورية وقد يوفر الآلات البسيطة الضرورية ، وقد كان هذا العمل مدار خلاف من فقهاء القانون لان غالباً ما يكيّف علاناه (مقاول) لعدم توفر عنصر التبعية القانونية في عمل (47) ، تبعاً لذلك بقي العمال المنزليين في حالة من العزلة عن العمال الآخرين لا إلتواء لهم لأية نقابة (48) ، إلا إن الأتواء الحديث بشموله بالقطاع غير النظامي وإن كانت ملكية أدوات الأنتاج تعود له بغية التركيز على الحماية المفقودة منه (49) .

* الفرع الثاني - العمل المحلي (عن بعد)

بعيد العولمة تغيرت أشكال الأنتاج وتوزيعها بشكل سريع ومتلاحق فحتى يتم إيجاد أرخص الأيدي العاملة في مجال معين ، فأن المؤسسات العالمية تقوم بتشغيل عمال عن بعد ولو كانوا في قارة أخرى في مجال جزئية معينة من الأنتاج اذا كان ذلك في مجمله يحقق فرصاً للربح أكبر مجمل العملية الأنتاجية على أن يكلف غيرهم وقد يكونون في دولة أخرى بإنتاج جزئية أخرى حتى يتم

(١) مادة (٨) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

وأظر المادة ٣٣ و ٣٣ ب الكتاب الأول من قانون العمل الفرنسي .

(٢) د. عدنان العابد ، مفهوم العامل المنزلي في القانونين الفرنسي والعراقي ، مجلة الحقوق ، العدد ٩٢ .

(٣-٢) السنة الخامسة أيلول ١٩٧٣ ، ص ٩٢ .

(3) Giovman Viviani , Op.City . P 4

وقد كانت لأيطاليا محاولات لحماية العمال المنزليين بموجب المرسوم Ad No (877) Of 1973 والذي ينص في المادة الأولى منه على محاولة تقريب المركز القانوني للعامل المنزلي مع العامل المعتاد إذا كان يعمل على اتصال بصاحب العمل أو يتلقى المواد والأوامر من صاحب العمل إذا كانت طريقة العمل أو المواد المستخدمة خطرة أو مؤثرة على الصحة على أنه يفترض بالعامل المنزلي أن يقوم بتسجيل نفسه في إحدى الوكالات الخاصة بالأستخدام طبقاً للمادة الثانية من ذات المرسوم.

التجميع في دولة ثالثة أو رابعة ، إن هذه الآلية التي توفر لكلا الطرفين غايته تصل في النهاية الى عدم إلزام الشركة عبر الوطنية بخضوع لشروط العمل صراحة أو ضمناً لأحكام قوانين العمل الوطني (50) .

* الفرع الثالث - العمل في الشوارع

إن العمل في الاقتصاد غير المنظم وبداعي الحاجة المادية دفع الى إيجاد أشكال من العمل يكاد يكون موقعه في الشارع ويصل بيه التنظيم الى أن تديره جهات تدير مجمل العملية وبشكل لا يخفي فيه الاستغلال ، كعمليات إيجاد المواد المستخدمة في تغليف المواد الغذائية وتجميعها بغية إعادة تصنيعها من علب ونفايات أو عمليات بيع مواد بسيطة كالورق الصحي والجرائد عند إشارات المرور أو باعة الأرصفة والساحات الصغيرة .

المطلب الثالث - العمل ذي الطابع الجنائي

تدخل ضمن ذلك الأعمال الفردية أو الجماعية المستقلة أو التابعة لجهة أو مؤسسة نظامية أو لفرد ، إلا إنها تنتم بالطابع المخالف لنصوص قانونية جنائية مما يستلزم تتبعها إيقاع العقاب في حال ثبوت إثبات ممارسة الفعل أو إيقاع العقاب لمخالفة نصوص قانونية ذات صفة مالية مما يوقع جزاء جنائي (كالحبس أو الغرامة) أو خرق لمرسوم حكومي كالتهريب بمواد تحتكرها الحكومة ورغم شيوع الأفعال المتمثلة بالسرقة الفردية أو الجماعية أو الاحتيال والنصب والمتاجرة بالزقاق الأبيض أو ممارسة البغاء أو زراعة المخدرات وتصنيعها وتداول السلع المسروقة والاستجداء والتي قد تصل بالتنظيم لتكوين مجاميع عمل وتقسيم الأعمال ليدبرها شخص معين ، إلا إنها كما نرى تخرج من نطاق الأعمال الداخلة في الاقتصاد غير النظامي مدار البحث لسبب لمخالفتهما الصريحة لنصوص قانونية تنتم بالصفة الآمرة كالقانون الجنائي أو المالي أو حتى الأعراف والتقاليد فأننا نرى من جهة ثانية أنها من قبيل الأعمال الهدامة لمجتمع ما بالتأكيد ولأجيال ولقوة عمل أولى لها المشاركة بالأعمال النافعة وتوجيهها بالشكل الصحيح ، إلا أننا من خلال الاستقرار في الاقتصاد غير النظامي المقارن نجد أن هناك أنواع متعددة أدخلت ضمن الاقتصاد غير النظامي منها :

* الفرع الأول - الاحتيال

يبدو أن هناك ظاهرة اقتصادية - اجتماعية تحولت الى جعل الأطباء يستخدمون عياداتهم مراكز للعلاج بالقرآن والأدعية والأعشاب الطبية وغير الطبية ، ويلجأ البعض الى استخدام شهادات علمية والأعلان في الصحف والفضائيات عن وسائل لعلاج العقم والجن والسكر والسرطان بوسائل معينة بدائية تجتذب الزبائن عن طريق استخدام العقائد الدينية والأعراف الاجتماعية (51) .

* الفرع الثاني - التهريب

وتعمل بذلك شبكات واسعة بغية تهريب بضائع عبر الحدود من دولة الى أخرى أو منطقة الى أخرى ، تتراوح بين مواد ممنوعة الاستخدام ابتداءً كالمخدرات أو التي تحظر الحكومات أخراجها خارج حدود البلد لأضرارها بالاقتصاد كالبترول وصولاً الى الشبكات المتخصصة بتهريب طالبي اللجوء الى (52) (SCHLEPPERS) البلدان المستقرة من بلدانهم

* الفرع الثالث - تجارة الرقيق الأبيض

حيث تنامت هذه الظاهرة بعد بروز ظاهرة الاتجار بالأطفال من الذكور والإناث من بلدان العالم الثالث (آسيا و أفريقيا) للأغراض الجنسية إضافة الى الاتجار بالنساء ابتداءً الأغراض غير الأخلاقية ، فتبيعهم شبكات تدار بواسطة الشبكات الإلكترونية الى عصابات أخرى في البلد المطلوب حيث يعملون بداخل مؤسسات منظمة للدعارة تدار بطريقة تكاد أن توصف بالمنظمة (53)

(١) إبراهيم غرابية ، حياتنا الاقتصادية بعيداً عن القوانين ، مجلة الإسلام اليوم ، الأردن ، ص ١ .

(٢) (Schleppers) - مهري البشر - تتمثل وظائفهم في نقل الراغبين بالانتقال عبر بلدان أوروبا الشرقية والوسطى ، حيث قوانين الدخول فيها مرنة نسبياً عن قوانين الدول العربية ، حيث يجري تقييد دخول الرعايا الأجانب بصرامة شديدة ، وكثيراً ما تكون الأساليب التي يتبعها المهريون في تسليم شحناتهم البشرية خطرة للغاية . ((أما في البحار في البحر ودفعوا الالاف لنقلهم في قوارب الصيد من نقطة الساحل الشمالي المصري وإلقائهم في نقطة أخرى ليكتشفوا أنهم ليسوا على الشاطئ الإيطالي)) . مصطفى أبو شنيف ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(3) Fredrich Schneder , OP . Cit , P 22

المبحث الرابع - الحماية القانونية للمفتقدة لعمال القطاع غير النظامي

الإنسان هو غاية التنمية وأداتها ، حيث يبرز البعد الأنساني لأي تشريع فيما يبرزه من طفرات حمائية للبشر والمجتمع في ذات الوقت ، وتعد تشريعات العمل المرأة الأوضح لمستوى الأفكار السائدة في مجتمع ما ، فتسري هذه التشريعات لمعالجة قضايا علاقة العمل بمختلف محاورها حسب راحة كفة الميزان بين آيدولوجيات العمل رأس المال والعدالة (54) .

المطلب الأول - قانون علاقة العمل

إن مجموعة القواعد القانونية التي تحكم علاقة العمل التي بمقتضاها يقوم النظام في مجال القطاع الخاص بأداء العمل تحت إشراف وتوجيه صاحب العمل أو من يمثله⁵⁵ ، إنما تتسم بكونها قواعد قانونية ذات صفة أمرة ، إنما تقتزن مخالفتها جزاء وتفسر أحكامها بما هو أصلح للعامل ، حيث يرمي المشروع غالباً الى حماية مصلحة كلا الطرفين مما يحققه من توازن في علاقة العمل والأثر الأبعد في ذلك من تحقيق للصالح العام (56) .

تبعاً لذلك يحدد المشروع المقارن الأساس الذي يتم فيه تطبيق قانون العمل ويحدد الاستثناءات من تطبيقه وفقاً لمقتضيات الحاجة في المجتمع .

أولاً - معيار سريان قانون العمل

تتفق تشريعات العمل المقارنة على مبدأ (التبعية القانونية) كمعيار لسريان قانون العمل (57) ، وبذلك يتطلب ابتداءً أن تكون هناك علاقة عمل ناتجة عن عقد فردي تحريري أو شفهي أو عقد

(1) إن قانون العمل يختلف عن بقية فروع القانون الوطني في إنه يتخذ طابعاً دولياً (إقليمياً أو عالمياً) من خلال التصديق على المعايير الدولية لمنظمة العمل أو المنظمات الإقليمية والمصادقة عليها تشريعياً وجعلها جزءاً من التشريع الداخلي الوطني .

د. يوسف إلياس ، أثر مستويات العمل العربية والدولية على تشريعات العمل العربية ، معايير العمل العربية والدولية ، مكتب العمل العربي ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١١٣ .

(٢) اتفقت التشريعات موضوع البحث على التطبيق في مجال القطاع الخاص فقط في حين ادرج المشرع العراقي القطاعات المختلط والتعاوني ضمنها في التطبيق ، مادة (٨) قانون أحكام رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل .

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٨ .

(٤) يقصد بالتبعية القانونية ، هيمنة رب العمل في أثناء تنفيذ العقد على نشاط العامل ، فقوامها نوع من السلطة لأحد العاقلين على الآخر (د. محمود جمال الدين زكي ، عقد العمل في القانون المصري ، الطبعة الثانية ، مطابع الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٢ ، ٤٨٨ .

جماعي يبرم بين طرفي العلاقة للاتفاق على أداء عمل معين مقابل أجر ولمدة يكون الطرفين أحرار في تحديدّها ، وبذلك يخضع العامل عند إدائه للعمل للأوامر الصادرة من صاحب العمل بشكل فردي أو جماعي (مشافهة أو ضمن تعليمات العمل) ضمن سلطة في الإدارة والأشراف والتنظيم في مقابل التزامه باطاعة هذا الأوامر (58) .

ثانياً – الاستثناءات من التطبيق

تتمثل الاستثناءات بصفات موضوعية تتعلق بطبيعة العمل وصفات شخصية تتعلق بالأشخاص العاملين

١- العاملون في وسط عائلي :

تقتضي التشريعات بأن الروابط العائلية أقوى (59) ، فمن يعمل في داخل مشروع مملوك لأحد أفراد أسرته يكون من المفترض أنه في نطاق حماية أقوى من القواعد الآمرة ، في حين يرى الفقهاء إن إستثناء العمل في وسط عائلي إنما ينتفي إذا اشتغل شخص من خارج العائلة (60) .

٢- عمال الزراعة :

يستثنى عمال القطاع الزراعي من الشمول بشكل عام من التطبيق بكل أحكامه (61) ، أو في الاستثناءات من الشمول بتنظيم ساعات العمل والراحة (62) .

٣- العاملون في الأعمال التحضيرية أو التكميلية :

(١) مادة (٦/٢) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ المعدل .مادة (٨) قانون العمل العراقي رقم (٧١)

لسنة ١٩٨٧ المعدل .مادة (١/١ ، ب) قانون العمل الموحد المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣

(Art 2044) Codice Del Civile N 79 Del (1442)

(٢) مادة (٨٩) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل في حين يشترط المشرع المصري أن يكون أفراد الأسرة ممن يعيّلهم فقط ، مادة (٦/٤) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ، وقد قضت محكمة النقض في تحديد من هم أفراد أسرة صاحب العمل بأنه ((ذوي قرابه بصفة عامة الذين يجمعهم معه أصل مشترك سواء كانت قرابته له مباشرة وهي الصلة ما بين الأصول الفردية أو قرابة الحواشي وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ،حتى كان صاحب العمل يعولهم فعلاً)) نقض جلسة ١٩٧١/٤/٢١ ، قرار رقم ٣٧٣ لسنة ٣٥ ق . في حين اشترط المشرع الأردني أن يكون العمل في المشروع العائلي دون أجر حتى لا يطبق القانون مادة (٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٣) د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

(٤) مادة (٣/ج) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٥) مادة (٦٦) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

يستثني المشروع العراقي العاملون في الأعمال التي تسبق غيرها في العمل الغلايات وتشغيل الماكينات وكذا العاملون بالأعمال الفنية والصناعية الضرورية لإنهاء كل العمل

كالتخزين وإطفاء الغلايات ⁽⁶³⁾ ، من تنظيم الأوقات الخاصة بالعمل ⁽⁶⁴⁾ .

٤ - خدم المنازل :

يخرج خدم المنازل من تطبيق أغلب أحكام قانون العمل مع مراعات الاتفاقات الجماعية غالباً . الخادم هو الشخص المؤدي لأعمال مادية لصاحب المنزل ⁽⁶⁵⁾ ، فيخرج من نطاق القائم بالأعمال الذهنية والعقلية ، كالسكرتير الخاص ، على أنه يشترط أن يكون ذا قدرة على الأطلاع على أسرار المنزل وكذلك يعتبر ضمن هذه الفئة السائق الخاص والعامل في حديقة المنزل ⁽⁶⁶⁾ ، وفي حال كلف بعمليين أحدهما الخدمة المنزلية فإنه باتفاق الفقهاء ينظر الى العمل الغالب عليهما كالخدمة في المنزل والعمل كممرض مساعد في العيادة ⁽⁶⁷⁾ .

تبرز أهمية سريان قانون العمل على الأشخاص العاملين لما يحققه الجانب الحمائي من مصلحة لهم كأفراد من جهة ومن جهة أخرى بحمايتهم بعدهم القوة المنتجة في المجتمع وتبرز أهمية تأطير الحماية القانونية التي يفقدها عمال الاقتصاد غير النظامي في القواعد القانونية الخاصة بعلاقة العمل في الجانبين الآتيين :

* الفرع الأول - القواعد الحمائية الخاصة بشخص العامل

تتولى قواعد قانون العمل حماية الحقوق المترتبة للعامل بناءً على العلاقة القائمة بينه وبين صاحب العمل والمتعلقة بحقوق مؤثرة في شخصه بناءً على حسابها بكيانه ككائن أولكونها تحمي حقوق العامل والتي كانت السبب الدافع للعلاقة .

(١) د. صبا نعمان رشيد ، الأحكام الخاصة بالأعمال التحضيرية والتكميلية ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، المجلة (٩) ، العدد ١٥ ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٨-١٤٢ .

(٢) مادة (٥٦) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل . مادة (٨٠) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(٣) د. عصام أنور سليم ، اصول قانون العمل الجيد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٢ .

(٤) مادة (١/ج) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

ومادة (٣/ج) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(٥) د. أحمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد ، عمان ، ١٩٩٩ . د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ١١ . د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

أولاً - حماية الأجر

إن ثمن العمل هو السبب الدافع الأول لأرتباط العامل بعمله⁽⁶⁸⁾ ، فالعامل يؤدي عمله نظير تلقيه الأجر المتفق عليه مع صاحب العمل⁽⁶⁹⁾ ، فإذا كان الأجر يحمل طابعاً إنسانياً إجتماعياً لا ثاره العميقة ليس على العامل فقط بل على عائلته كذلك لعدده مصدر دخله الوحيد ، فتقرر تشريعات الحماية التالية :

١ - الحد الأدنى للأجر

إن التوازن بين اجور العمال والأسعار التي تسود السوق تقتضي وضع حد أدنى لأجر العامل غير الساهر⁽⁷⁰⁾ ، إذ غالباً ما تشكل لجنة لأقتراح الحد الأدنى تضم في عضويتها من ذوي الخبرة وممثلين للمنظمات العمالية وأصحاب العمل⁽⁷¹⁾ ، يترتب على ذلك عدم جواز الاتفاق بين العمال وصاحب العمل على تحديد مقدار الأجر بما يقل عن الحد الأدنى وكل شرط يقرر للعامل أجراً أدنى يعد باطلاً تلقائياً حيث يستبدل بالمبلغ المقرر من اللجان⁽⁷²⁾ .

٢ - إمتياز دين الأجر

-
- (١) د. محمود جمال الدين زكي ، قانون العمل ، مصدر سابق ، ص ٤٣٣ .
- (٢) ((كل ما يستحق للعامل على صاحب العمل الذي يستخدمه في حال أياً كانت طريقة حسابه لقاء عمله))
- مادة (٤١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل فيما عرفه قانون الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ انه (كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله ثابتاً كان أو متغيراً نقداً أو عيناً ..) مادة (١/ ج) وعرفه المشرع الأردني بانه (كما ما يستحقه العامل لقاء عمله نقداً أو عيناً مضافاً إليه سائر الاستحقاقات الأخرى أياً كان نوعها اذا نص القانون أو عقد العمل أو النظام الداخلي أو استقر التعامل على ضمها باستثناء الأجور المستحقة عن العمل الإضافي ..) مادة (٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .
- (٣) د. يوسف إلياس ، الحد الأدنى للأجور ، منشورات المعهد العربي للثقافة العمالية وبحوث العمل ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ٩٦ .
- (٤) مادة (٤٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ وأنظر قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم ٩٨٣ لسنة ٢٠٠٣ بإنشاء مجلس قومي للأجور المنشور في الوقائع المصرية العدد ١٣٧ في ٢١/٦/٢٠٠٣ وأنظر كذلك مادة (٥٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .
- (٥) أنظر مادة (٣٧) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ((إذا تم الاتفاق على تحديد الأجر بالانتاج أو بالعمولة وجب ألا يقل ما يحصل عليه العامل عن الحد الأدنى للأجور)) وقرار مجلس الوزراء الأردني بتاريخ ٢٠٠٢/٨/٧ بناء على توجيه لجنة التنمية أن لا يقل عن (٨٥) دينار أردني .

يقتضي تأمين حصول العامل على أجره الذي يدين له صاحب العمل حفاظاً على استقراره النفسي والاجتماعي ، فتقتضي القواعد العامة في معظم القواعد العربية القانونية موضوع البحث الرجوع الى القواعد العامة (73) ، يميز هذا الأمتياز على جميع أموال صاحب العمل من منقول وعقار دون تخصيص مما يعطي للعامل أولوية استثناء حقه من الأموال الموجودة في ذمة صاحب العمل وقت التنفيذ (74) ، إلا إن دين أجر العامل للسنة أشهر الأخيرة لا يتيح للعامل التمتع ولكن يستفيد من هذه الحماية العامل في المطالبة بكل ما يعد من قبيل الأجر وملحقاته (75) ، وفي سياق استقرار أكثر أدرج القانون الجديد ضمانات خاصة للوفاء لحقوق عمال المقاول والمقاول من الباطن مخالف منها ما يقتضي به القواعد العامة بشأن عدم حوار مطالبة مديني صاحب العمل إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة (76) .

٣- إستحقاق الأجر رغم عدم إداء العمل

خروجاً على مبدأ التبادلية أو العوضية في الربط بين أداء العمل واستحقاق الأجر (77) ، تقرر تشريعات العمل حق العامل في إقتضاء أجره رغم عدم إدائه للعمل إذا توافر الشرطين التاليين :

١- إيداء العامل رغبته في إداء العمل

٢- عدم إداء العمل لسبب خارج عن إرادته

حيث يعد صاحب العمل مخلاً بالتزام بتحقيق غاية تتمثل في تمكين العامل من إداء العمل وتهيئة كل متطلبات هذا الأداء ، إلا إن التشريعات العمالية تفرق بين العائدية المباشرة للمنع من اداء العمل لصاحب العمل وبذلك تلزمه بدفع كامل الأجر طيلة فترة التوقف ، في حين هذا الألتزام يكون نسبياً في

(٦١) مادة (٥١/أ أو ٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٦٢) وفقاً لنص المادة (١١٤١) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

(٦٣) مادة (١٣٧٢) قانون مدني عراقي وبذلك يخرج من التنفيذ ماكان غير قابل للحجز وقد جرى تعديل على نص المادة (١٢) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بالنص على انه ((تعطى المبالغ المستحقة للعامل أو من كلفه من حقوق الناشئة عن علاقة العمل أعلى درجات الأمتياز على جميع أموال صاحب العمل المدنية المنقولة وغير المنقولة بما فيها ديون الدولة)) مادة (٢) قانون التعديل الثاني رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٠ .

(٦٤) د. صبا نعمان رشيد الويسي ، الحماية القانونية لحقوق عمال المقاول الثانوي (دراسة مقارنة) ، مجلة الحقوق ، جامعة النهريين ، العدد (١٣) ، بغداد - ٢٠٠٥ ، ص ١٠ .

(٦٥) مادة (٣٣) قانون العمل (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل في حين نص القانون المدني العراقي في المادة (٩١٤) منه على عدم إلزام صاحب العمل دفع الأجر إلا إذا كان سبب المانع راجعاً لصاحب العمل وليس لسبب أجنبي عنه مثل القوة القاهرة أو فعل شخص ثالث وبنفس الاتجاه أنظر المادة (٤١) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ والمادة (٦٩٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

حالة العائدية غير المباشرة لصاحب العمل فيلزم بدفع الأجر لفترة محدودة يقرر ها القانون كحالة الفيضانات أو الحريق أو قلة إمدادات الطاقة (78) .

ثانياً – أوقات العمل

(وقت العمل) وحيث يؤدي فيه العامل إلتزامه الأساس بأداء العمل ، يتميز بطابع خاص لأرتباطه بشخص العامل وقدرته على إداء العمل وترتيبه لحياته الاجتماعية العامة والأسرية في آن واحد (79) ، ولذلك كان من أبرز مميزات قواعد قانون العمل تنظيم هذا الوقت بما يحفظ للعامل حياته الخاصة .

أولاً- وقت العمل

وهي الساعات التي يكون فيها العامل تحت تصرف صاحب العمل الذي يستخدمه (80) ، يلاحظ ان هناك فارق بين زمان إداء العمل وهو التوقيت الزمني لهذا الأداء من حيث كونه نهائياً أو ليلياً وهو غالباً ما يتم الاتفاق عليه عند إبرام العقد فلا يعود بعد ذلك لصاحب العمل تعديله منفرداً إلا بعد أخذ موافقة العامل (81)، وقد لا يحدد عقدياً وإنما يستفاد من ظروف التعاقد ونوع وطبيعة العمل كتشغيل العامل حارساً للمشروع مما يفهم منه إن زمان الأداء ليلي ، أما وقت إداء العمل الذي يعني المدة الزمنية التي يؤدي فيها العامل خلالها عمله فقد درجت التشريعات على أن يكون وقت الأداء ثمان ساعات يومية (82) ، في حين يلتجأ الى تخفيض ساعات العمل اليومية إذا كانت من الأعمال

(٥) ((إذا أخطر صاحب العمل الى وقف العمل بصورة مؤقتة بسبب لا يعزى إليه وليس في وسعه دفعه فيستحق العامل الأجر الكامل عن مدة لا تزيد على العشرة أيام الأولى من توقف العمل خلال السنة وإن يدفع للعامل نصف أجره عن المدة التي تزيد كل ذلك بحيث لا يزيد مجموع التعطل الكلي المدفوع الأجر على ستين يوماً في السنة)) مادة (٥٠) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ . في حين ألزم المشروع العراقي صاحب العمل دفع مالاً يزيد على أجر (٦٠) يوماً إذا كان بسبب طارئ أو قوة قاهرة وله تكليفه بتعويض الوقت الضائع فيعمل إضافي بلا أجر لا يزيد على ساعتين في اليوم ولمدة لا تزيد عن (٣٠٠) يوماً في السنة، مادة (٧) قانون التعديل الثاني رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٠ ولكن مع ذلك عليه دفع كامل أجور العمال إذا كان التوقف عائداً له ، مادة (٦٥) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل .

(١) د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ٥٤١ .

(٢) ريفيرو دسافاتييه ، قانون العمل ، باريس ، ١٩٧٠ ، ص ١٢ .

(٣) د. عبد العزيز منعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

(٤) مادة (٥٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٨) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ومادة (٥٦) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ وذلك إكمالاً لحكم اتفاقية العمل الدولية رقم (١) لسنة ١٩١٩ القائلة بعدم جواز التشغيل لأكثر من (٤٨) ساعة اسبوعياً

الشاقة أو الضارة⁽⁸³⁾ ، ساعات العمل وعددها يرتبط بوقت الأداء فتقل ساعات أداء العمل الليلية عن ساعات العمل النهارية لما يتطلبه النوع الأول من جهد يفوق القدرة العادية للطبيعة البشرية⁽⁸⁴⁾ . إلا إن ذات وقت العمل تتخلله ساعات مضافة وساعات راحة تنظم بالشكل الآتي :

١- الساعات الإضافية

تقيد سلطة صاحب العمل في تنظيم وإدارة منشآت خاصة فيما يتعلق تشغيل عمال مشروعه لساعات طويلة إضافية أو حتى لأيام العطل بضرورات غير عادية أو إستثنائية تتطلبها ظروف العمل أو المستجدات المحيطة ببيئة المشروع مما يقتضيه إبلاغ الجهات الإدارية المختصة بهذه المبررات والمدة اللازمة لأتمام العمل غالباً ما يدرجه المشروع صراحة في متن القانون⁽⁸⁵⁾ ، يضاف قيد آخر على السلطة المذكورة آنفاً استحقاق العامل أجراً مضافاً على أجره المعتاد تحددها التشريعات عموماً أما بالاستناد الى وقت اداء العمل فيما لو كان ليلياً أم نهارياً⁽⁸⁶⁾ . أو بحسب طبيعة أيام هذا الأداء⁽⁸⁷⁾ .

(٥) مادة (٥٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ، ومادة (٨٠/ثانياً) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(١) د. صبا نعمان رشيد الويسي ، العمل الليلي ، مجلة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص ٧٠ . يلاحظ ان ساعات العمل طبقاً للقانون الإيطالي تم تعديلها بعد توقيع اتفاقية الاتحاد الأوروبي الى (٤٠) ساعة اسبوعية ودون تحديد لساعات حد أقصى في اليوم .

Art (15) Act (146) di (1947) .

(٢) كمواجهة ضغط أيام الأعياد أو لأصلاح آلات أو تفادي تعرض المواد والمنتجات للتلف أو لغرض إعداد الجرد السنوي أنظر المادة (٦٣/أولاً) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٥٧) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ومادة (٨٥) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(٣) يستحق العامل طبقاً لنص المادة (٨٥) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ أجره مضافاً إليه ٣٥% إذا كان عمل نهارى و ٧٠% عن ساعات العمل الليلي في حين يستحق العامل وفق المادة (٦٤) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ أجره مضافاً إليه ٥٠% إذا كان العمل نهارياً أما إذا كان ليلياً أو شاقاً ضعف الأجر .

(٤) ((يجوز تشغيل العامل بموافقة أكثر من ساعات العمل اليومية أو الأسبوعية على أن يتقاضى العامل عن ساعات العمل الإضافية أجراً لا يقل عن ٢٥% من أجره المعتاد وإذا اشتغل العامل في يوم عطلة الأسبوعية أو أيام الأعياد الدينية أو العطل الرسمية يتقاضى عمولة عن ذلك اليوم أجراً اضافياً لا يقل عن ١٥% من أجره المعتاد) مادة (٥٩) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

وضع القانون الإيطالي حداً أقصى لساعات العمل وبالشكل التالي (٢) ساعة في اليوم و (٨) ساعة اسبوعياً على أن لا تتجاوز في السنة (١٥٠) ساعة على أن يزداد أجر العامل بموجب اتفاقيات العمل الجماعية عن العمل أيام الأحد والعطل السنوية على أن لا تقل عن الضعف و ٥٠% عن العمل بالساعات الإضافية للعطل الأخرى في حين يزداد وأجر العامل تلقائياً عن ساعات العمل الليلي ٥٠% عن الأجر المعتاد .

Act (147) di 1997 .

٢- وقت الراحة

تتخل ساعات أيام العمل فترات للراحة وتناول الطعام وحتى الأنصراف للشؤون الخاصة ، كذلك يمكن تصنيف أوقات الراحة الى الأنواع التالية :

١- **استراحة العمل** : تحدد تشريعات العمل حداً أقصى لبقاء العامل في المشروع تتضمن أوقات العمل الفعلية والأوقات الممنوحة لأستراحة العمل^(٨٨) ، إذ يراعى غالباً عدم جواز تشغيل العامل لأكثر من خمس ساعات متوالية يليها فترة راحة لا تتجاوز الساعة وقد تقل لتصبح بضعة دقائق نتيجة من كون العمل لا يمكن إيقافه^(٨٩) .

٢- **الاستراحة اليومية** : أو ما يطلق عليه بالأستراحة الليلية وهي ساعات الراحة المتواصلة التي يجب أن يحصل عليها العامل بين يوم عمل وآخر لمدة لا تقل عن أحد عشر ساعة متصلة^(٩٠) .

٣- **الاستراحة الأسبوعية** : يستحق العامل يوم راحة كامل مأجور خلال اسبوع العمل ، يتمتع به للتفرغ لشؤونه الخاصة وللمساهمة في الحياة الاجتماعية وينظم صاحب العمل حصول عماله عليها دفعة واحدة أو بالتناوب^(٩١) ، وغالباً ما يلجأ في اعلام العمال بذلك الى ادراجها ضمن النظام الداخلي للمشروع^(٩٢) ، إذ ليس هناك ما يمنع حصول عمال معينين على يوم راحة اسبوعياً بشكل مستقل لأسباب دينية اذا كانت طبيعة العمل تسمح^(٩٣) ، ويعد باطلاً تجزئة يوم الاجازة لكونه يهدم الأعتبارات الأنسانية التي تقرر من أجلها الراحة الاسبوعية^(٩٤)

ثانياً – الاجازات

(١) ((يجب تنظيم ساعات العمل وفترات الراحة بحيث لا تتجاوز الفترة بين بداية ساعات العمل ونهايتها أكثر من عشر ساعات في اليوم الواحد تحسب فترة الراحة من ضمن ساعات التواجد إذا كان العامل أثناءها في مكان العمل)) مادة (٨٢) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ وكذلك المادة (٥٦) قانون العمل رقم (١٨) لسنة ١٩٩٦ في حين حددها المشرع العراقي ب (١٢) ساعة بالمادة (٥٦) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٢) مادة (٥٨) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٣) مادة (١٥) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٤) مادة (٦٠) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٥) مادة (٥٥) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٦) د. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

(٧) مادة (٨٤) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ و مادة (٦٠) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

تتفق الأجازات التي يحصل عليها العامل من حيث أثرها بتمتع العامل بها مدفوعة الأجر أو زيادة أو استعادة قدرته على اداء العمل إلا إنها تختلف في أسباب حصوله عليها وللاعتبارات التي تقوم عليه يمكن إدراج أبرزها :

١ - الاجازة السنوية :

تعد أحكام القانون التي تعطي الاجازة السنوية في النظام العام ، وذلك لكونها يحصل عليه العامل منها تعد من الحد الأدنى^(٩٥) ، تبعاً لما تقدم يمكن للعامل وصاحب العمل الاتفاق على زيادتها في حين يعد باطلاً الاتفاق على عدم الحصول عليها كلياً أو جزئياً بمقابل أو دون ذلك^(٩٦) ، ويلتجأ المشرع عادة لأحد اسلوبيين في تحديدها ، أما أن يحدد حكماً عاماً ويعطي زيادة لكل بصفة سنوات خدمة لدى صاحب العمل^(٩٧) ، أو أن يحدد مدة هذه الأجازة حصراً مقيداً^(٩٨) بعدد سنوات الخدمة لدى صاحب العمل ، كما هو حكم التشريعين المصري والأردني^(٩٩) ، إلا إن هذه التشريعات إتفقت عموماً على الأحكام العامة للأجازة السنوية منها :

- أ- عدم إحتساب أيام عطلات الأعياد والمناسبات الرسمية من ضمنها^(١٠٠) .
- ب- تزداد الأجازات السنوية للعاملين بالأعمال الخطرة والأحداث^(١٠١) .
- ت- جواز تجزئة الأجازة على أن لا تقل في حصوله عليها للمرة الواحدة عن حد أدنى يقرره المشرع .
- ث- لا يجوز العمل خلال مدة الأجازة عند صاحب عمل آخر .
- ج- يتم إحتساب المدة من الأجازات السنوية ويعوض العامل عنها بدلاً نقدياً إذا تم إنهاء العلاقة العقدية^(١٠٢) .

(١) د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .

(٢) في حين يترك تحديد مواعيد حصول العامل عليها للتنظيم القائم من قبل صاحب العمل لمشروعه .

(٣) مثل المشرع العراقي إذ حددها ب (٢٠) يوماً على أن تزداد كل خمس سنوات خدمة يومين إضافيين ، مادة

(٦٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٤) مادة (٤٧) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ومادة (٦١) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٥) مادة (٦١) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٦) مادة (٤٧) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(٧) المادتين (٦٩) و (٧٠) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٨) مادة (٤٨/ج) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ، Article (2109) Codece Civile

(أ) أعداد تزداد أيام الأجازة السنوية لتصبح (٣٠) يوماً للعامل الحدث إذا كان بين عمر (١٥ - ١٨) سنة (

القانون بمرسوم الأيطالي رقم Act No (977) Of 1967

٢- الأجازة المرضية :

إن رعاية صحة العامل وتمكينه من إستعادة نشاطه وقدرته على إداء العمل يرتبطان بنوعين من أنواع الأجازات المرضية وهي اجازة للأستشفاء من الأمراض المعتادة لمجرد العيش في المجتمع والأجازة للأستشفاء بعد الولادة بالنسبة للمرأة العاملة إلا إن تقرير هذا النوع من الحماية لا يحققان الأستقرار للعامل إلا في فرض مبدئين مهمين هما عدم جواز إنهاء عقد العامل خلال مدة تمتعه بأجازته المرضية وإلا يعد قبيل الأنهاء التعسفي واستحقاق العامل لأجره طيلة فترة التوقف عن أداء العمل لأسباب مرضية أو إيجاد مصدر دخل بديل عنه ⁽¹⁰³⁾ ، ويلاحظ أن حصول العامل على الأجازة المرضية عموماً يستلزم تقريراً طبياً مؤيداً لأصابة العامل ⁽¹⁰⁴⁾ ، هذا من جهة ومن جهة أخرى تقرير تراكمية الأجازة المرضية فتمتد الأجازة المرضية لما أضيف للعامل من رصيد عن كل سنة خدمة لدى صاحب العمل ⁽¹⁰⁵⁾ .

٢- إجازات الحمل والوضع والأمومة

تستحق المرأة العاملة إجازة خاصة بالحمل والوضع بأجر تام قبل الولادة وبعدها ⁽¹⁰⁶⁾ ، ولا تحتسب إجازة الوضع من رصيد الأجازات المرضية أو السنوية ⁽¹⁰⁷⁾ ، كما أنه لا يشترط لمنحها وضع العاملة طفلها حياً إلا إنه تمنح أجازة مرضية في حالة الأجهزة يقررها الطبيب المعتمد من قبل المشروع ، وتضع التشريعات عموماً حظراً معيناً على كل من طرفي العقد ، حيث يحظر على صاحب العمل إنهاء عقد عاملة تتمتع بأجازة الحمل

(١) أنظر بذلك صبا نعمان رشيد الويسي ، وقف عقد العمل وتطبيقاته في قانون العمل العراقي دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ٩٨ و ص ١٤٠ .

(٢) مادة (٥٤) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(٣) مادة (٧٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ في حين يلاحظ أن المشرع العراقي قد أورد نصاً يجيز لصاحب العمل إنهاء عقد العامل إذا أصيب العامل بمرض بمرض أقعده عن العمل ولم يشف منه بعد إنقضاء ستة أشهر من الأصابة وثبت ذلك بشهادة طبية أنظر المادة (٣٦) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٤) تتمتع المرأة العاملة بأجازة الحمل والوضع لمدة (٧٢) يوماً ويحق لها هذا التمتع قبل الولادة (٣٠) يوماً وحق المادة (٨٤) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٥) أعطى قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ بالمادة (٩١) منه العاملة حقاً في الحصول على أجازة وضع مدتها (٩٠) يوماً تعوض كل للأجر ويشترط أن تكون العاملة قد قضت مدة لا تقل عن (١١) شهر خدمة لدى صاحب العمل في حين حددها المشرع الأردني ب (١٠) أسابيع في حين يحظر على صاحب العمل تشغيلها قبل انقضاء هذه المدة ، مادة (٧٠) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

والوضع⁽¹⁰⁸⁾ ، ويلاحظ ان العاملة قد تتعرض لمضاعفات ولادة يستدعي إطالة فترة النقاهة لحالة ولادة أكثر من طفل لدى إقتضاء تدخل جراحي⁽¹⁰⁹⁾ . وللعاملة الأنصراف لرعاية طفلها على أن تكون فترة الانقطاع دون أجر وقد أحوالت بعض تشريعات العمل الحصول عليها الى شروط محددة كأشترط المشرع العراقي موافقة صاحب العمل وأشترط المشرعين الأردني والمصري تشغيل عدد معين من العمال في المشروع⁽¹¹⁰⁾ ، إلا إنه لا يقتضي الحصول على هذه الفترة مدة معينة للخدمة لدى صاحب العمل وكما تستطيع العاملة قطع تلك الفترة والعودة الى العمل بقل إنقضاء مدتها⁽¹¹¹⁾ .

- قواعد إنهاء علاقة العمل

تواصل مع الفكر القائل بضرورة توفير الحماية القانونية اللازمة لإنهاء علاقة العمل بشكل سليم ومرضي للطرفين وبما يوفر (الاستقرار الوظيفي) للعامل يفترض توافر الشروط الآتية في الأنهاء⁽¹¹²⁾ :

- ١- توجيه إنذار قبيل إنهاء عقد العامل بفترة تحددها التشريعات وبما يكفي من تمكين العامل بالحصول على عمل جديد .
- ٢- الأنهاء لا يكفي لعهده مشروعاً توفر الشرط الشكلي أعلاه بل لا بد من توفر شروط موضوعية أهم من الشكلية :
- أ- أن يكون الأنهاء طبقاً للأسباب المذكورة في التشريع أي أن تنحصر سلطة صاحب

(١) مادة (٩٢) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ومادة (٨٦) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(١) يجوز للجهة الطبية المختصة أن تقرر جعل فترة الأجازة السنوية تسعة أشهر تكون المدة الزائدة بأجازة دون أجر حيث تحال العاملة لتطبيق قانون التقاعد والضمان الاجتماعي أنظر في القانون الإيطالي بخصوص اجازات العاملة وساعات العمل Act No (903) Of 9 December 1977

(٢) مادة (٨٦) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ وقد أعطى القانون العراقي المرأة العاملة التي لديها طفل أو أكثر دون السادسة من عمره إذا احتاجها طفلها المريض الى رعايتها مدة لا تزيد على ثلاثة أيام ويترتب على ذلك عدم أستحقاقها للأجر .

(٣) أشترط المشرع المصري في المادة (٩٤) من قانون العمل الموحد على وجوب تشغيل (٥٠) عاملاً فأكثر لحصول العاملة على إجازة الأمومة الخاصة لمرتين طويلة خدمتها . بينما أشترط الأردني في المادة (٦٧) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ تشغيل (١٠) عمال فأكثر .

(٤) مادة (٣٦/ثالثاً) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ والمادة (٢٣) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ والمادة (١١٠) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

العمل في إنهاء عقد العامل في أحد الحالات التي يميز فيها المشرع الأنهاء⁽¹¹³⁾ .

ب- توافر الأسباب الموضوعية الدافعة للأنهاء⁽¹¹⁴⁾ .

* الفرع الثاني - القواعد الحمائية للعمال مهنيًا

تنص هذه القواعد على حماية حقوق العامل المترتبة بممارسة العامل مهنته .

أولاً - تأمين بيئة العمل

أحد البيئات النوعية التي تتكون منها OCCUPATIONAL ENVIRONMENT تعد بيئة العمل - البيئة والتي أوجدتها أنشطة الإنسان وبذلك تتطلب التشريعات العمالية حماية العامل في بيئته بالتالي :

١- تحديد مخاطر العمل واعلام العمال مسبقاً بها

سواء كان ذلك بصفة شخصية باعلام العمال قبل التعاقد عن مخاطر العمل والتي يتم تحديدها وفق دراسة علمية مجدولة عن الأمراض المهنية اصابات العمل ومدى ترابطها مع طبيعة الإنتاج ونوع المواد الأولية المستخدمة أو الآلات⁽¹¹⁵⁾ ، أو أن يتم تعليقها في لوحة الإعلانات طبقاً للأنظمة والتعليمات⁽¹¹⁶⁾ .

٢- توفير احتياطات العمل

يقع التزام على صاحب العمل بتوفير وتهيئة شروط العمل والمسائل الوقائية التي تساعد على تقليل مخاطر العمل⁽¹¹⁷⁾ ، غالباً ما تتمثل في توفير معدات الوقاية الشخصية وبشكل مجاني

٣- توفير الرعاية الطبية

(٥) المواد (٣٦ ، ٣٩ ، ١٢٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ . والمواد (٢١/ج ، ٢٨ ، ٣١) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ . والواد (٦١ ، ١٢٩ ، ١١٠) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

Act (18) Di Act No (300) del 1970

(١) د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ١٠٨٢ .

((وطبقاً للقانون الإيطالي فإنه على العامل أن يثبت أنه قد طرد وأنهى عقده تعسفياً خلال (٦٠) يوماً بموجب أذكار مكتوب حيث تحال قضيته طبقاً للاتفاقية الجماعية لعام ١٩٦٥ للتعويض عنه مادياً))

Act (18) Di Act No (300) di 1970

وهذا القانون قد عدل بأسباب الأنهاء غير المشروعة طبقاً للقانون

Act (108) Di Act No (300) di 1990

(٢) مادة (١٠٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل .

(٣) مادة (٧٨ / أ / ٣) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ومادة (٢١٧) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة

Act No (300) del 1970 (AA) 4

٢٠٠٣

(٤) مادة (١٥/٥) تعليمات الصحة والسلامة المهنية رقم (٢٢) لسنة ١٩٨٧ وأنظر التعليمات الخاصة لحماية العاملين والمؤسسات في محاطر بيئة العمل الأردنية ، المادة رقم (٢٠٩) قانون العمل الموحد رقم (١٢)

لسنة ٢٠٠٣ .

يلتزم صاحب العمل بتوفير وسائل وأجهزة الأسعاف الطبي اللازمة في مشروعه وفقاً لعدد عماله ومستويات العمل فيه ودرجة الخطورة (118) .

ثانياً - تدرج العمال

يوضع العامل ابتداءً في موقع معين في المشروع حيث يكلفه صاحب العمل ضمن سلطته التنظيمية بعمل معين ضمن تدرج محدد في هيكل كادر عماله ليتدرج ويترتب بعد ذلك تبعاً لكفائته وقدرته على المهنة وقابليته على التطور ضمن نطاق قواعد تضعها التشريعات بصفة عامة (119) ، وتفصل فيها التعليمات الصادرة من وزارة العمل أو بواسطة النظام الداخلي للمشروع على أنه بغية تحقيق الاستفادة الذاتية للعامل في تطوير خبرته العلمية ومسايرته للمعرفة المعلوماتية والتقنيات والوسائل الحديثة للإنتاج (120) ، يزج العامل في دورات تطوير لمستواه الثقافي والفني (121) ، في مؤسسات فنية مختصة تعود لدوائر عمالية أو لمؤسسات عامة أو الاتفاق مع مؤسسات خاصة وفق برنامج محدد وبما ينسجم مع احتياجات المشروع أو مع ذات الاحتياجات والتوجهات في العملية الانتاجية عموماً (122) .

(١) مادة (٧٨ / ٤) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

ومادة (١٠٨) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

ومادة (٢١٩) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

Decree (626) del (1994)

أنظر القانون الإيطالي المرسوم

Decree (242) del (1996)

المعدل بالمرسوم بقانون

(٢) مادة (٢٠ / أولاً) و (٣٠) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل ومادة (٥٦/ك) قانون العمل الموحد رقم

(١٢) لسنة ٢٠٠٣ في حين أجاز التشريع الأردني للعامل ترك العمل دون اشعار إذا نقله صاحب العمل الى

مستوى أدنى من المستوى الذي يستحقه ، أنظر مادة (٢٩/ج) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ولكن يتبادر الى

الذهن عن ماهية الجهة التي تحدد استحقاق لهذه الدرجة .

(٣) عبد الغني شاهين ، مصدر سابق ، ص ٦٠ .

(٤) مادة (٣٤ / رابعاً) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧

ومادة (٥٦ / ك) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣

(٥) يلاحظ أن نظام التدرج في علاقات العمل الصناعية الإيطالية ومنذ العام (١٩٧٣) يقسم العمال الى (ذوي

الياقات الزرق) وهؤلاء يتدرجون ضمن (٦) وذوي (الياقات البيض) وهؤلاء يتدرجون تقليدياً ضمن (٥) درجات

على ان يكون تشغيلهم قد تم طبقاً لما تم استخدامهم فيه استناداً الى نص المادة (٢١٠٣) الملزم من القانون المدني

Art (2103) Codice Civile

الإيطالي

والمادة (١٣) من قانون العمل الإيطالي رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٧٠

Art (13) Codice de Lavoro No (300) De 1970

ثالثاً - الضمان الاجتماعي

إن لفقدان العمال القدرة على الأذخار لمتغيرات السوق وإزدياد المخاطر التي يتعرض لها العمال يتجه من التطور في العمليات الانتاجية القائم باستخدام الآلات الحديثة والمواد الأولية المستحدثة والتي قد تتراوح مخاطر استخدامها الى حد الاصابة في مختلف مجالات العمل⁽¹²³⁾ ، ادى ما تقدم الى قيام نظام إلزامي بوسائل محددة تمكن العامل من الحصول على إعانات مادية ونقدية إزاء مواجهتهم لمخاطر تحدد قانوناً نظير تقديم اشتراكات الى جهات مختصة في سبيل تأمين تعويض مادي بشكل رواتب أو اعانات أو في نظير الاستفادة من خدمة تقدر مادياً أو انسانياً في أحوال تكاد تتفق عليها مختلف القوانين المقارنة :

أولاً - الضمان الصحي

ويحدد في المجالات الآتية :

- ١- المرض العادي
- ٢- المرض المهني وأصابة العمل
- ٣- اصابات الطريق
- ٤- الأمومة والولادة

ثانياً - تأمين مصادر الدخل⁽¹²⁴⁾

- ١- ضمان العجز
- ٢- تأمين الشيخوخة^(١٢٥)
- ٣- التأمين ضد البطالة
- ٤- التأمين ضد الوفاة

المطلب الثاني - الحماية الاجتماعية

تعد الرعاية الاجتماعية وما تتطلبه من تقديم خدمات محتوى الرعاية الاجتماعية الضرورية لاستمرار الحياة الإنسانية في العصر الحديث⁽¹²⁶⁾، فهو نسق من القواعد القانونية التي تنظم وسائل

(١) ولأسباب أخرى متعددة كالنضال العمالي والأفكار الاجتماعية الداعية الى قيام نظام لحماية العمال ، أنظر د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، قانوني الضمان الاجتماعي ، الطبعة الثانية مزيده ومنقحة ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ص ١٧ - ١٨ .

(٢) د. إبراهيم قويدر ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ .

(٣) أنظر المرسوم الخاص بضمن الشيخوخة Art (69) del (388) di (2000)

مادية وبشرية لتأمين وتحسين الظروف الاقتصادية - الصحية والأجتماعية لجميع أبناء المجتمع أو الفئات خاصة ممن هم في أمس الحاجة إليه لضعف مركزهم الاقتصادي كالعمال .

* الفرع الأول - الخدمات الاجتماعية

تهدف التشريعات بفرض هذه القواعد الى رعاية العمال بعدهم أفراد من المجتمع إضافة الى صفتهم كقوى منتجة للثروات الوطنية (127) .

أولاً - الخدمات الصحية العمالية

وهو كل ما يتعلق بحفظ صحة العامل ووقايته من الأمراض وتوفير وسائل العلاج والرعاية الطبية في حالة المرض (128) ، فالوقائية منها الخاصة بوجوب توفير بيئة عمل ملائمة للعمال بعد تبصيره بمخاطرها وتدبير الحماية اللازمة (129) ، وفي حالة عدم التزام صاحب العمل بتنفيذ هذه المواد صار للجان التفتيش أن تصدر أمرها الى صاحب العمل بغلق المنشأة كلياً أو جزئياً حتى زوال الخطر (130) ، أما الخدمات العلاجية والتي تتأتى لاحقاً بعد تعرض العمال للأصابة وما يتطلبه ذلك من سرعة تحرك لعلاج العامل فقد ألزمت أغلب التشريعات المقارنة بتوفير وسائل علاج بنوعين :

الأولى : الفورية

وهي التي يتلقاها العمل فور تعرضه للأصابة في موضع العمل وتترج التشريعات في فرضها الالتزامات بحسب قدرة صاحب العمل المادية وتقاس تلك بعدد العمال الذين يشغلهم (131) .

(٤) فالحماية مأخوذة من الفعل (حمى) وحماه يحميه (حماية) دفع عنه هذا الشيء أي محظور لا يقربه شيء ، فيما رعاية مأخوذة من (رعى) و (راعى) الأمر نظر الأمر الى أن يصير ويأتي من مراعاة الحقوق ، والخدمة بمعنى ، خدم عليه (خدمه) سواء كان غلاماً أم جارية ، محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح، الناشر دار الكتب العربي ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٧ ، ص ١٥٨ وص ٢٤٨ وص ١٧١ على التوالي . فالحماية وما تتطلبه من دفع المخاطر الاجتماعية عن العمال تتطلب مراعاة لحقوقهم وخدمتهم.

(١) مادة (٨٠) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ المعدل .

(٢) د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، قانوني الضمان الاجتماعي ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

(٣) مادة من (١٠٨) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ والمواد (٧٨) و (٨٠) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ والمادة (٢٠٨) قانون العمل المصري الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(٤) مادة (١١٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٢٢٥) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ . مادة (٨٤) قانون العمل (٣٨) الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٥) مادة (١١١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٢٢٠) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ والمادة (٧٨) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ وأنظر قرار العمل الخاص بوسائل وأجهزة الأسعاف الطبي للعمال في المؤسسات .

ثانياً - العلاج المستمر ولفترة

وفيها يحال العامل المشمول الى الدوائر الصحية لأجراء المتطلبات الضرورية وفقاً لقواعد قانون الضمان الاجتماعي⁽¹³²⁾ ، على أن الرعاية الطبية تصبح أشد إلزاماً بالنسبة لفئات خاصة من العمال كالعاملين في الأعمال الخطرة كالمقالع ناهيك عن فئة العمال الأحدث⁽¹³³⁾ .

* الفرع الثاني - الخدمات الثقافية العمالية

تتجه الرعاية نحو النهوض بالمستوى الفكري والثقافي للعامل عن طريق تمرين ذهن العامل والترفيه عنه بتوفير خدمة ثقافية عمالية⁽¹³⁴⁾ ، عن طريق زج العمال بدورات تثقيفية عامة أو منهجية وعلمية مدروسة تطور مستواه العلمي وفقاً للتطورات الحديثة في الانتاج ، ناهيك عن توفير وسائل الترفيه داخل العمل في الأعمال التي تتخللها أوقات فراغ كأيجاد أنشطة فيه أو مسابقات يشترك فيها العمال .

١ - الثقافة العمالية

حيث تستهدف الثقافة العمالية الى إشباع احتياجات العمال الثقافية سواء كان عن طريق تنمية الوعي الاجتماعي وتشجيع العمال على المساهمة في أنشطة الاتحادات الثقافية كما تعنى بالمشاكل الاقتصادية والاجتماعية ودفع العمال الى المساهمة في التخطيط الاقتصادي والاجتماعي⁽¹³⁵⁾ ، وبالتالي لا بد أن ترتبط محتويات الثقافة العمالية بالحياة الواقعية وأن تكون ذات قدرة تامة على التكيف في مقابل تطور وتيرة الحياة في المجتمع ، حيث يرى بعض الفقهاء أن رعاية العامل ثقافياً تتطلب مرحلتين :

أولهما اعداده للتكيف في وقائع الحياة اليومية سواء تعليمه ومحمو أميته وتطويره وصولاً الى رفع الذوق العام وتلي ذلك مرحلة ثانية بتوجيه العامل بالثقافة المتخصصة في العمل⁽¹³⁶⁾ ، كزجه في

(١) مادة (٧٢) قانون الضمان رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ الأردني .

(٢) أنظر تعليمات الفحص الطبي الأولي للعمال في المؤسسات بناءً على المادة (٨٣) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ الأردني .

(٣) (سميت هذه الخدمات بالثقافية لأنها لا ينطبق عليها ما يطبق على المعاهد التعليمية في نظام حضور وغياب وأمتحانات والدرجات)

إهداء بأسم داوود الخفاجي ، الخدمات الاجتماعية العمالية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة النهرين ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٩ .

(٤) تقرير مكتب العمل الدولي ، أجماع مستشاري الثقافة العمالية ، صيغت ١٩٦/١٢ ، ص ١ وما بعدها .

(٥) د. أحمد زكي بداوي ، علاقات العمل والخدمات الاجتماعية العمالية ، دار الجامعات المصرية ، ١٩٦٨ ، ص

دورات خاصة بالأمر والعلاقات العامة وتنظيم الأعمال وحتى التخطيط بربط الإنتاج بحاجات المجتمع ابتداءً من نواته الأولى هي الأسرة⁽¹³⁷⁾ ، كما يزوج العمال عموماً والراغبين منهم خصوصاً بممارسة نشاط ثقافي بدورات معمقة عن أسلوب الإدارة النقابية وتنظيم مشاركة فئات العاملات من النساء في النقابات والاتحادات العمالية وتمكين العامل التحلي وخاصة من الكوادر العليا من اعداد خطط ادارة النقابات مادياً واسلوب المناقشة وأدارة محاور جلسات الأتتماعات والمفاوضات⁽¹³⁸⁾ ، واسلوب التخطيط الاقتصادي الشامل بغية تفهمه طريقة الانتاج المتبعة في مشاريعه⁽¹³⁹⁾ .

٢ - الخدمات الترفيحية

لاشك أن الترفيه الذي يتلقاه العامل يقلل من عناء العمل مما يزيد من إندفاعه للعمل بروح متجدد هذا من جهة ومن جهة أخرى فأن استخدام أوقات فراغ العامل بطريقة تنبه حافزه الشخصي ينزهه عن سوء الاستخدام لهذا الوقت⁽¹⁴⁰⁾ ، حيث أثبتت التجارب العلمية إن من أهم الوسائل في تقوية العلاقات والروابط بين عمال المشروع الواحد هو تنظيمهم في فرق رياضية أو مساهمتهم في أنشطة اجتماعية كالحفلات والمعارض الجماعية ناهيك عن الربط بين الترفيه والثقافة العامة في تنظيم اسلوب الرحلات الداخلية والخارجية في مواسم معينة⁽¹⁴¹⁾ .

ثالثاً - خدمة الأسكان العمالي

إن الخدمة الاجتماعية العمالية يفترض أن تؤمن تحسن معيشة العمال إنطلاقاً من عنصري رعاية فئة من فئات المجتمع وبعدهم منتجي ثروات البلد⁽¹⁴²⁾ ، تبعاً لذلك يفترض أن يحظى العمال بسكن

(١) حيث عدته بعض التشريعات واجباً ملزماً للعامل كما في التشريع العمالي المصري الذي ينص على ((ان تبع النظم التي يضعها صاحب العمل لتنمية وتطوير مهاراته وخبراته مهنياً وثقافياً أو لتأهيله للقيام بعمل يتفق مع التطور التقني في المنشأة بالأشتراك مع المنظمات النقابية المختصة)) مادة (٥٦/ك) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ وأنظر المادة (٦٦/أ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٢) يسعى المعهد الى تحقيق أهداف بما يأتي :

أولاً : تنظيم دوات التنقيف العام للعمال ودورات التنقيف القيادي والمختص لأعداد الملاكات القيادية للحركة النقابية العمالية .

ثانياً : عقد الندوات وتنظيم الحلقات الدراسية والمواسم الثقافية حول الحركة النقابية والتشريعات العمالية والثقافة العمالية والقضايا الوطنية والقومية ، مادة (٣) قانون معهد الثقافة العمالية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ .

(٣) الحملة التنظيمية العالمية ، الأمم المتحدة ، جنيف ، ٢٠٠٤ ، ص ٢ وما بعدها .

(٤) د. نائلة حداد ، التعاون الفعال بين أطراف الإنتاج في دعم وتطوير برامج التدريب المهني في البلدان العربية ، مجلة العمل العربي ، العدد (٧٨) ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٠ .

(٥) إهداء باسم داوود الخفاجي ، ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

(٦) د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، قانوني الضمان الاجتماعي ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ .

لائق يتوفر فيه المقومات الأولية للراحة الاجتماعية والصحية ، إن واقع ضمان خدمة العمال سكنياً إنما ترتبط بعاملين هامين **أولهما** _ ارتباط العامل بعلاقة عمل قانونية قديمة **وثانيهما** - تأمين مدة السكن ، فالعامل الأول هو مدار مجمل بحثنا وموقف العامل الشرعي إزاء النظام القانوني القائم أما العامل الثاني المتعلق بتأمين فترة السكن والمقصود به هو المدة التي يشغل فيها العامل السكن ، حيث ينصب ذلك على الجهة الملزمة بتوفيره طبقاً للقانون والمتمثل بالآتي :

١- الأشغال المؤقت للسكن

يعد توفير المساكن المؤقتة أحد الألتزامات التي تقع على عاتق صاحب العمل لعماله، حيث يصبح إلزاماً مفرغاً منه إذا كان موقع المشروع يقع بعيداً عن العمران ، مما يصعب معه تنقل العمال جيئةً وذهاباً يومياً^(١٤٣) ، وغالباً ما تفرض في إنشاء هذه المساكن شروط خاصة تتولى تحديدها الأنظمة الخاصة^(١٤٤) ، والملاحظ إن توزيع هذا النوع من الخدمات إنما يراعى في ظروف العامل الاجتماعية ، حيث يعد توفير هذه الخدمة من متطلبات العمل فأن العامل يستمر في اشغالها طالما كانت علاقة العمل مستمرة بينه وبين صاحب العمل ، إلا إن ظروف الأشغال وما يستلزمه العامل بنظيره دفع مقابل لقيمة هذه الخدمة إنما تعلق فيما إذا كان السكن يعد من متطلبات العمل فيعد بدلاً ملحقاً للأجر وإن لم يكن كذلك ترد كحق دفع إيجار لصاحب العمل^(١٤٥) .

٢- الأشغال الدائم للسكن

يعد توفير سكن للعيش الدائم للعمال وعوائلهم من الخدمات الاجتماعية غير المباشرة المهمة التي يستفاد فيها العمال من تطبيق قوانين ترتبط بقانوني العمل والضمان الاجتماعي في حال توافر الشروط اللازمة^(١٤٦) ، لذلك ، إن توفير المساكن بشكل منفرد أو بشكل مجمعات سكنية في مناطق تحدد الاستفادة بها لفئة العمال تتوافر فيها شروط الأشغال عائلياً وتتضمن فيها الخدمات اللازمة

(١) مادة (٢٠) قانون العمل العراقي رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠ الملغي .

(٢) ((.. يصدر الوزير المختص بالاتفاق مع الوزراء المعنيين مع الاتحاد العام لنقابات عمال مصر ومنظمات أصحاب الأعمال القرارات اللازمة لتجديد المناطق البعيدة عن العمران وأشتراطات ومواصفات المساكن ..))

مادة (٢٢١) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

(٣) د. عصام أنور سليم ، مصدر سابق ، ص ص ٣٩٥ - ٣٩٧ .

ونرى أنه طالما كان النص يورد على الأحكام الخاصة بالأعمال النائية البعيدة عن العمران فإنه يعد من متطلبات العمل التي لا ترتب بحق العمال دفع أي مبالغ لأشغال السكن .

(٤) د. يوسف إلياس، أولويات في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٢٤ .

كالمراكز الصحية والتسويقية والتعليمية كالمدارس ودور الحضانة ⁽¹⁴⁷⁾ ، تتوافر شروطاً تنظيمية كعدم إمتلاك العامل مسكن خاص به ⁽¹⁴⁸⁾ ، وتولي جهة إدارية مهمة توزيعها أو اناطة المهمة بتعاونية ينظم لها العمال وتنشق أو ترتبط بالنقابات العمالية أو الأتحادات المعنية حيث توزع بطريقة عادلة بعد إستيفاء رسوم أو مبالغ تفصيلية تسمح للعمال التمتع بهذه الخدمة نظراً لأنخفاض دخله ⁽¹⁴⁹⁾ .

(¹) أنظر قانون التعاون الأردني ، المعدل رقم (١٣) لسنة ١٩٧٦ .

(²) مادة (١) قانون تشييد مساكن العمال رقم (٣٨) لسنة ١٩٤٠ المعدل .

(³) يعد العراق من الدول الأسبق في إنشاء المجمعات السكنية العمالية طبقاً لنشاطات مؤسسة الإستثمارات العمالية قبيل إلغائها ، كأثناء المدينة العمالية في الناصرية المتألفة من (١٢٠٠) دار سكنية ومدينة البعث في البصرة والمتألفة من (٨٠٠) دار والمجمع العالي السكني في ناحية الأسكندرية المكون من (١٣٧٠) و (١٦) عمارة سكنية متألفة من (٢٠٠) شقة و (٨١) عمارة مكونة من (٩٧٢) شقة ومدينة المنصور في الموصل المكونة من (١٥٠٠) دار والمدينة العمالية في بغداد والمكونة من (٨٦٥) دار سكنية ناهيك عن النادي العمالي الثقافي الملحق بها .
د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

المبحث الخامس - القطاع غير النظامي في النظام القانوني الايطالي

تميز الاقتصاد الإيطالي بأنه في حالة نمو ولكن بطريقة بطيئة جداً⁽¹⁵⁰⁾ ، إذ تعد من الدول التي تبرز فيها ظاهرة (العمل غير النظامي)⁽¹⁵¹⁾ ، وذلك في مختلف قطاعات العمل⁽¹⁵²⁾ ، إذ تغلغل هذه الظاهرة في الاقتصاد الإيطالي كنتيجة من محاولات الحكومات المتعاقبة (سواء برلسكوني أم برودي) ملاحقة التطور في جوانب الإنتاج كافة كبقية الدول الأوروبية وأمريكا الشمالية وكندا سواء تمثل ذلك في تطوير هيكليّة الإنتاجية مما يتسبب عنه إلغاء العقود أو زج فئات أكثر تطوراً والمزاحمة فيما بين المتنافسين على ذات الفرصة كبديل لألغاء عقد العمل بتطوير الموقع الوظيفي⁽¹⁵³⁾ ، وكنتيجة أيضاً من الهجرة المتتالية والتي تشكل ظاهرة واضحة على الاقتصاد الإيطالي⁽¹⁵⁴⁾ ، مما دفع الحكومة الإيطالية (وخاصة الاشتراكية) الى إصدار قوانين معالجو اظلال ظاهرة تنامي العمل في القطاع غير النظامي .

لقد اتبعت في سبيل تخفيف وطء هذه الظاهرة على العمال في القطاع غير النظامي اسلوبين :

معالجة قانونية ومعالجة قانونية خاصة بالمناطق المحلية .

المطلب الأول - المعالجة القانونية العامة

أي باتباع أساليب معالجة قانونية بفرض رقابة وتوطئة لعقوبات تستخدم في عموم البلاد ، مستخدمين بذلك المعالجة التشريعية والتعديلات على قانون العمل رقم (٣٠٠) لسنة ١٩٧٠ ، كما في التعديل رقم (٣٨٣) لسنة ٢٠٠١ والذي يسمح لكل من العمال وأصحاب العمل في القطاع غير النظامي بتصحيح موقفهم من القانون⁽¹⁵⁵⁾ ، وذلك عن طريق تقديم عرض يتضمن اسقاط الضرائب واشتراكات الضمان الاجتماعي عن عقود العمل ما بين عامي (٢٠٠١-٢٠٠٤) مقابل اعلان العقود وتحويل العمل من القطاع غير النظامي الى النظامي مشروطاً بأن يكون ذلك فقط

^(١)((40.6 , Percent In 1984 ; 42 percent In 1989 ; 47.4 Percent In 1996..)) The Analysis Of (ISTAT) 1997 , Italy , P3 .

^(٢) أنظر في جدول رقم (١) سابقاً .

^(٣) أنظر جدول رقم (٣) .

^(٤) مما يدفع العامل الذي إلغى عقده الى البحث عن عمل أسود .

^(٥) أنظر جدول رقم (٤) .

^(٦) وقد أظهرت دراسات وزارة العمل الإيطالية إن هذا الأسلوب قد أدى الى إعلاء ثلث عدد العمال في القطاع غير النظامي .

للأعمال التابعة وشبه التابعة في بعض الأنواع في سبيل استفادة العمال من مميزات تطبيق قانوني العمل والضمان الاجتماعي .

نوع العمل الأسود	النسبة في الاقتصاد
١- الأعمال الميكانيكية	١٠,٦٢
٢- الأعمال بالخشب والموبليات	١١,٦٩
٣- الخياطة	١٦,٠٤
٤- الخدمات	١٧,٤٩
٥- التجارة	٢٠,٨
٦- السياحة	٢١,٢٧
٧- البناء (عمال المقاول الثانوي)	٢٣,٥٩
٨- المحال	٢٤,٠٤
٩- البناء (التهديم)	٢٦,٩٥
١٠- الزراعة	٢٧,٦٤
١١- الخدمات الشخصية	٣٢,٤١
١٢- الخدمات البلدية	٣٩,٦٧

جدول رقم (٤) نسبة العمال في الاقتصاد غير النظامي قياساً الى القطاعات كافة عام (٢٠٠٠) في CENSIS, 2000 إيطاليا . المصدر:

نوع العمل	النسبة % من كل العمال في القطاع غير النظامي	النسبة % من العمال المهاجرين المستخدمين بشكل غير نظامي
العمال المستقلين	٥١,٣	٤٢,١
العمال التابعين في الشركات	٢٤,٧	١٤,٤
العمال المنزليين التابعين	٢٣,٦	١٤,٦
العاملين في التعاونيات	٠,٤	١٤,٣
الحجم الكلي	١٠٠	٢١,٩

العمال المهاجرين في إيطاليا من غير الدول الأوروبية الحاملين للأقامة الشرعية والعاملين في أعمال القطاع غير النظامي طبقاً لنوع العمل .

CENSIS 2003 المصدر :

إلا أن القانون الأبرز في إيطاليا والذي أصدر بغية ضمان حقوق العمال في القطاع غير (رقم (٣٠) لسنة BIAGI DECREE LEGG النظامي هو القانون المسمى بأسم مصدره بياي) ٢٠٠٣ ، والذي فرض أن لا يكون أجر العامل في القطاع غير النظامي يقل عن الأجر المحدد لعمل المماثل في النظام بحده الأدنى ، وأستحداث قسم خاص في وزارة العمل خاصة بمفتشي للعمل الأدنى ومفتشي الضمان الاجتماعي والرعاية الاجتماعية يمنحهم صلاحيات واسعة لقراءة عقود العمل واستقدام مختصين بشؤون الأعمال والحسابات على حساب صاحب العمل مما يسمح بتعديلها بما يتفق مع اعادة التوازن .

إلا إن هذا الأسلوب في محاولات الحكومة تعديل القوانين بما يضمن من خروج آثار هذه الظاهرة لا يمكن أن يخفي الدور الأكبر للعقود الجماعية والاتفاقية المبرمة من قبل الاتحادات النقابية العمالية لتعديل شروط وظروف العمل وخاصة في القطاع غير النظامي كالاتفاقية المبرمة في خريف ٢٠٠٣ (والمتضمنة خمس عشر نقطة أهمها CGIL والمقترحة من قبل (الفدرالية العامة الإيطالية للعمل - وضع خطة اسناد قانونية الإجراءات ومحددة بتعديل موقع العمال وجعله مقارباً للشرعية) بتضمينه الحقوق العامة) وجعله قانونياً في المستقبل ⁽¹⁵⁶⁾ ، وذلك في القطاع الزراعي وعمال المقاول الثانوي ومستقبلاً للعمال المهاجرين ⁽¹⁵⁷⁾ .

المطلب الثاني - المعالجة القانونية المحلية

حيث تتكون الجمهورية الإيطالية من (١٠٣) أقليم و (٢٠) منطقة تقوم كل منها بانتخابات محلية لأدارتها وتمنح صلاحيات تنفيذية وتشريعية مهمة بعضها يرتبط بشؤون العمل والتدريب والثقافة العمالية ⁽¹⁵⁸⁾ ، تبعاً لذلك أضحي من الضروري لكل مقاطعة معالجة مشاكلها الاقتصادية بشكل أدق ⁽¹⁵⁹⁾ ، حيث غالباً ما تقوم بالتنسيق مع ممثلي وزارة العمل بالأعداد لمشاريع قوانين محلية لتعديل

⁽¹⁾Industrial Relations And Undeclared Work – Thematic Feature In - Italy , EIRO , ITALY , PP (2,3) 2006

^(٢) يلاحظ أنه طبقاً للتشريع بمرسوم رقم (٤٩٤) لسنة ١٩٩٦ فإنه أصدر قانون رقم (٢٤٨) لسنة ٢٠٠٦ والخاص بتشغيل النساء في القطاع غير النظامي بفرض آلية عقوبات على صاحب العمل الذي يشغلهن خلافاً لقواعد التشغيل النظامي بفرض غرامة مقدارها (١٥٠٠ يورو) عن كل تشغيل وتضاعف ضمن آلية خاصة لبقية المخالفات . انظر المادة رقم (٧) من قانون رقم (٢٤٨) لسنة ٢٠٠٦ .

Ministero de Lavoro edelle Politiche Sociali

⁽³⁾Art (114) Costitu Zione Della Repubblica IT. Aliana.

⁽⁴⁾Treu T , Op. Cit , P 14 .

أوضاع العمال وخاصة في مجال القطاع غير النظامي الذي تدق التركيز عليه في المقاطعات التي تعاني من هذه الظاهرة والتي تدعو الجماهير فيها الى التخفيف من اثار العمل الأسود وغالباً تنظم النقابات العمالية مظاهرة اهرات لـ

DISCIPLINA IN MATERIA DI CONTRASTO AL LAVORO NON REGOLARE) (لـ ٢٠٠٦)
LA REGIONE PUGLIA والخاص بأقليم بوليا) (كالقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٦)
والتي تعد من أكبر أقاليم الجنوب التي تتضمن قطاعات غير نظامية واسعة خاصة في PUGLIA
مجال الزراعة وبالذات من العمال المهاجرين⁽¹⁶¹⁾ .

⁽¹⁾ Disciplina In MATERIA Di Contr Asto AL LAVORO NON REGOLARE REGIONE PUGLIA P2

⁽²⁾ Art (2) LEGGE REGIONALE 26 October 2006 , N 28

الخاتمة

إذا كانت المجتمعات المتقدمة اقتصادياً واجتماعياً أو على الأقل في وسائل وطرق الإنتاج قد أعترفت بحقيقة وجود (العمل الأسود) أو ما يسمى بالأقتصاد غير النظامي على أرضها وتداركه ذلك بأيجاد مختلف الحلول القانونية المحلية والوطنية فأن من الأولى لمجتمعاتنا وهي في طور التقدم أن تأخذ بالحلول التي تستخدمها إذا ما كنا نريد أن نصل مصافي مستويات العمل بالأقتصاد غير النظامي درجات علاقات العمل ، فمن الدول العربية التي تصل فيها مستويات العمل بالأقتصاد غير النظامي درجات عالية الأمثلة التي ذكرناها من الدول

(العراق، الأردن ، مصر) حاولت الأردن معالجة المشكلة وإن كان بالتغافل عن الوسائل القانونية الصحيحة لحل مشكلة العمال غير النظاميين عن طريق تخلي قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ عن إستثنائهم في التطبيق ودون مراعاة جانب الالتزام بالتطبيق عن طريق مفتشي العمل والضمان وحالات عدم التطبيق على أرض الواقع في الأقتصاد الأردني يكاد يشهدها العمال المهاجرين وخاصة من العراقيين ، تبعاً لمقارنة ظروف العمل ، فنجد أن اسباب منشأة وتطور الأقتصاد غير المنظم في كافة دول العالم تكاد تكون متقاربة إلا إن الحماية المقررة للعاملين فيه تكاد أعدادهم بتزايد مستمر مع مجمل التغيرات السياسية والأقتصادية في العالم تختلف أو تنعدم ومع الدراسة المقارنة المتقدمة نجد أن من طرائق الحماية القانونية الأجدر هي لمعالجة جذرية تتمثل في القضاء على الأسباب الموحدة له والتي على الأقل بإمكان مسؤول وزارة العمل والضمان الاجتماعي حلها كالأعفاء من الاشتراكات والرسوم المتعلقة بتطبيق كل من قانوني العمل والضمان الاجتماعي ومعالجة لواقعية وجود هذا القطاع بإدخال العمال غير المنظمين بالشمول بنطاق التطبيق في القواعد الحمائية لقانون العمل وخاصة المتعلقة بأجرة وقواعد إنهاء علاقة العمل وما يترتب على ذلك من حقوق مادية ناهيك عن الدعوة لدعم مشاريع القطاع الخاص الصغيرة والمتوسطة من الاتحادات المهنية ومن القطاعات المدنية بعد التنسيق مع وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ، ونرى أن ذلك لن يتحقق إلا بإصدار تشريعات دقيقة من قوانين العمل والتشريعات الاقتصادية المختصة .

المصادر

١- باللغة العربية :

أ- الكتب والبحوث والرسائل :

١. إبراهيم غرابية ، حياتنا الاقتصادية بعيداً عن القوانين ، مجلة الأسلام اليوم ، الأردن .
٢. ابراهيم قويدر ، الحماية الاجتماعية الماهية والمفاهيم ، رؤية شمولية ، مطابع جامعة الدول العربية ، ٢٠٠٠ .
٣. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجيد ، عمان ، ١٩٩٩ .
٤. أحمد زكي بدوي ، علاقات العمل والخدمات الاجتماعية العمالية ، دار الجامعات المصرية ، ١٩٦٨ .
٥. إهداء باسم داوود الخفاجي ، الخدمات الاجتماعية العمالية ودراسة مقارنة ٢٢ رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة النهرين ، ٢٠٠٧ .
٦. د. حنان يوسف ، المساهمة المجتمعية نحو عمالة عربية مؤهلة بديلة - الواقع والطموحات ، مجلة العمل العربي ، العدد (٧٩) ، يناير ٢٠٠٦ .
٧. خليل أبو خرمة ، الحوار الاجتماعي ودوره في ترسيخ الديمقراطية وتعزيز السلم الاجتماعي ، مجلة العمل العربي ، العدد (٧٧) ، ٢٠٠٤ .
٨. سعد السيد أبو العينين ، العمل والصناعة المصرية في ظل الاتفاقيات العالمية وحرية التجارة (الجات) مجلة العمل العربية ، العدد (٧٩) ، ٢٠٠٥ .
٩. شهلاء جمعة النصراري ، التهرب الضريبي وأثره في المسؤولية الجنائية في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ (دراسة قانونية) كلية القانون / جامعة بابل ' ٢٠٠٣ .
١٠. د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، قانون العمل ، مطابع وزارة التعليم العالي - العراق ، ١٩٨٩ .
١١. د. عدنان العابد و د. يوسف إلياس ، قانوني الضمان الاجتماعي ، الطبعة الثانية مزيدة ومنفتحة ، بغداد ، ١٩٨٨ .
١٢. د. عدنان العابد ، مفهوم العامل المنزلي في القانونين الفرنسي والعراقي ، مجلة الحقوق ، العدد (٢-٣) السنة الخامسة أيلول ١٩٧٣ .

١٣. د. عدنان التلاوي ، العولمة وانعكاساتها على تشريعات العمل الوطنية والدولية ، مجلة العمل العربي ، العدد (٦٨) ، ١٩٩٧ .
١٤. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٥. د. عبيد البريكي ، أي دور للنقابات في ضمانات الحقوق الأساسية للعمال ، المركز ، النقابي ، تونس ٢٠٠٢ .
١٦. د. عصام أنور سليم ، اصول قانون العمل الجيد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٧. د. عبد الغني شاهين ، أهمية التدريب والتعليم المستمر في ظل التحولات الاقتصادية ، مجلة العمل العربية ، العدد (٧٩) ، يناير ، ٢٠٠٦ .
١٨. د. محمد صبري الشافعي ، مواكبة برامج وسياسات التدريب المهني لمتطلبات أسواق العمل ، مجلة العمل العربية ، العدد (٧٨) ، ٢٠٠٥ .
١٩. د. محمد لبيب شنب ، دروس في قانون العمل ، جامعة الكويت كلية الحقوق ، ١٩٨٦ - ١٩٨٧ .
٢٠. د. محمود جمال الدين زكي ، عقد العمل في القانون المصري ، الطبعة الثانية ، مطابع الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٢ .
٢١. مصطفى ابو شنيف ، أوضاع القوى العاملة العربية داخل وخارج الوطن العربي في ضوء الأحداث والمستجدات الدولية ، مجلة العمل العربي ن العدد (٧٩) ، يناير ، ٢٠٠٦ .
٢٢. د. نائلة حداد ، التعاون الفعال بين أطراف الإنتاج في دعم وتطوير برامج التدريب المهني في البلدان العربية ، مجلة العمل العربي ، العدد (٧٧) ، ٢٠٠٤ .
٢٣. د. همام محمد محمود ، قانون العمل - عقد العمل الفردي ، دار المعرفة الجامعية ، الأسكندرية ، غير مذكور التاريخ .
٢٤. د. يوسف إلياس ، أثر مستويات العمل العربية والدولية على تشريعات العمل العربية ، معايير العمل العربية والدولية ، مكتب العمل العربي ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
٢٥. د. يوسف إلياس ، قانون العمل العراقي شرح مفصل لأحكام قانون العمل رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠ المعدل ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية .
٢٦. د. يوسف إلياس ، الاتجاهات التشريعية لقوانين العمل العربية في التسعينات ، سلسلة البحوث والدراسات ، العدد (١٤) ، ١٩٩٧ .

٢٧. د. يوسف إلياس ، مراجعة تشريعات الاستخدام وعلاقات العمل في ضوء التغيرات المصاحبة للعولمة ، مجلة منظمة العمل العربية ، العدد (٧٧) ، ٢٠٠٤.

ب- التقارير المتخصصة

١. الحملة التنظيمية العالمية ، الأمم المتحدة ، جنيف ، ٢٠٠٤ .
٢. التقرير السادس من تقارير العمل الدولي رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٢ ، العمل اللائق والأقتصاد غير المنظم ، ILO ، جنيف ، ٢٠٠٢ .
٣. تقرير تطوير الحماية التشريعية والاجتماعية لعمل المرأة العربية ، منظمة العمل العربية ، ٢٠٠٥ .
٤. تقرير مكتب العمل الدولي ، اجتماع مستشاري الثقافة العمالية ، جنيف ، ١٩٦٤ .
٥. تقديرات البنك الدولي ، واشنطن ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ٢٠٠٢ .
٦. عولمة التضامن ، الاتحاد الدولي لعمال النقل – ITF ، UK .

٢- المصادر باللغة الانكليزية

- 1- BLACK WORK , WWW. FREE LABOUR ENCYCLOPEDIA .
- 2- DE SOTO EL OTRO , INFORMAL ECONOMY IN LATIN , AMERICAN , PERUNAN , 1989 .
- 3- FREDRICH SCHNEDER , SIZE AND MEASUREMENT OF INFORMAL ECONOMY IN ILO COUNTRIES AROUND THE WORLD AUSTRALIA , NATIONAL TAX CENTER , AW , CANBERRA .
- 4- FIEGE EDGEAP .L. THE UNDER ROUND ECONOMY AND THE CURRENCY ENIGMA , SUPPLEMENT TO PUPLIC FINANCE , FINANCE PUBLQ , 1994 .
- 5- GIOVANNA VIVIANI , ALONGITUDINAL PERSPECTIVE ON THE STUDY OF INFORMAL EMPLOYMENT CONTAPO RARY ITALY , APAPARPROPERED FOR THE EQUALSOC SUMMER SCHOOL , TRUNTOR 2006 .
- 6- INDUSTRIAL RELATIONS AND UNDECLARED WORK – THEMATIC FEATURE IN - ITALY , EIRO , ITALY , 2006 .BY LIVIO MURATORE AND IRAS LOMBARDIA .
- 7- TREU . T , ITALIN ENCYCLOPIDA INDUSTRIAL RELATIONS , ITALY – BARI , 1998 .

المصادر باللغة الإيطالية :

1- DISCIPLINA IN MATER AL LAVORO NON REGOLARE ,
REGIONE PUGLIA .

2- LAVORO NERO , WWW.WELFARE . GOV .
IT – MINISTRO DEL LAVORO E DELLA A POLITICHE SOCIALI .

3- ZIZZA (R) , METODOLOGIA DI STIMA DELL'ECONOMIA
SOMMERIA , UN'APPLICAZIONE DEL CASO ITALIANO , BARACCHI ITALIA TEMI , DI
DISCUSSIONE .



الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد

الدكتور

حيدر طالب محمد علي

المدرس في كلية الحقوق / جامعة النهرين

المقدمة

تمارس الادارة نشاطاً واسعاً منه اعمال مادية واخرى قانونية، فالاولى تمارسها الادارة ولا تهدف من ورائها احداث اثار قانونية بشكل مباشر، والثانية هي الاعمال القانونية التي تقصد من ورائها احداث آثار قانونية وذلك اما بإنشاء مركز قانوني جديد او تعديل في مركز قانوني قائم او الغاء لها، وهذه الاعمال هي اما قرار اداري او عقد اداري.⁽¹⁶²⁾

فالعقد الاداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ويقصد منه تسيير مرفق عام او تنظيمه وتظهر فيه نية الادارة في الاخذ بالاساليب القانون العام لتمييزه عن العقود المدنية، وبالتالي يكون من اختصاص القضاء الاداري⁽¹⁶³⁾، وما دام عنوان بحثنا يهتم بعقد التوريد فسنهتم فقط بأعمال الادارة القانونية المتمثلة بأسلوب العقد الاداري.

فكثيراً ما تلجأ الادارة الى طريق الاتفاق الودي مع الافراد، اذا ما رأت ان الاخير هو الافضل في تحقيق الاهداف التي تروم تحقيقها.⁽¹⁶⁴⁾

فلا تملك الادارة في جميع الاحوال التصرف في اموال الافراد والاستعانة بها جبراً عليهم، لهذا تهتم بأبرام عقد يحدد حقوق والتزامات الطرفين، وهي في ذلك اما ان تبرم عقد يخضع للقانون العام وهذا عندما تنزل الى منزلة الافراد العاديين في تصرفاتهم او ان تبرم عقد اداري تمارس فيه امتيازات السلطة العامة التي لا نظير لها في القانون الخاص.⁽¹⁶⁵⁾

ولكي تحصل الادارة على المنقولات التي تسيير لها مرافقها العامة لابد لها من أن تبرم عقد توريد، والذي يحضى بأهمية سواء بالنسبة للادارة او للمتعاقد معها، فالدولة تحتاج الى مواد اولية او صناعية لتسيير مرافقها العامة، والمورد يسعى لتحقيق الربح ومصلحته الخاصة، الا انه وبنفس الوقت يكون مساعداً للادارة، لهذا تفرض عليه الاخيرة التزامات لا نظير لها في القانون الخاص.⁽¹⁶⁶⁾

وما دام الامر كذلك فقد ينشأ من عقود التوريد منازعات لابد من تحديد الاختصاص بنظرها، خصوصاً وان العراق يختلف عن فرنسا ومصر في تحديد الجهة المختصة بالفصل في تلك المنازعات، ففي القانون الفرنسي والمصري يختص القضاء الاداري بنظر منازعات عقد التوريد اذا ما

(١) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي وآخرون، القانون الإداري، بغداد، ١٩٩٣، ص ٤١١ وما بعدها.

(٢) د. عزيزة الشريف، دراسات في العقد الإداري، ١٩٨٠، ص ٣٠.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤، ص ٢٣.

(٤) د. محمد سعيد حسين امين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩، ص ٥.

(٥) د. جابر ناصر، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٩٩ وما بعدها.

اشتمل على اساليب القانون العام وكان عقداً ادارياً، اما في العراق فتختص المحاكم المدنية بنظر منازعات عقد التوريد برغم وجود القضاء الاداري العراقي حيث استمر هذا الحال حتى صدور تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧، وبموجب هذه التعليمات تم إنشاء محكمة العقود الادارية والتي سنورد عليها الملاحظات خلال البحث، هذا بالاضافة الى أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

وعليه وسنهتم أيضاً بالتحكيم كوسيلة من وسائل حسم منازعات عقد التوريد ومدى اهميتها

في هذا العقد وذلك من خلال مبحثين وكالاتي:-

المبحث الاول: اختصاص القضاء الاداري في منازعات عقد التوريد.

المبحث الثاني: التحكيم الاختياري في منازعات عقد التوريد.

المبحث الأول

اختصاص القضاء الاداري في منازعات عقد التوريد

يملك القضاء الاداري بصفة عامة نوعين من الولاية على المنازعات، الاولى منها هي قضاء التعويض اما الثانية فهي قضاء الالغاء.

وعلى ذلك فإن الادعاء امام القضاء الاداري لا يمكن له ان يخرج عن هذين الدعويين، فالخصومة في دعوى الالغاء هي خصومة عينية موجهة ضد القرار الاداري في ذاته مستهدفاً المدعي مشروعية ذلك القرار، الا ان المدعي بالحق في دعاوى عقود التوريد يطلب حقوق شخصية تتعلق بموضوع النزاع مع الإدارة وعليه فتكون من دعاوى التعويض، كما وأن الدعوى الأخيرة تعطي سلطة واسعة للقاضي لكي يتولى تقرير المركز القانوني للمدعي ويحدد مداه ثم يحدد بذلك حقوقه، ويلزم الطرف المدعى عليه برد هذه الحقوق او تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، وهذا بعكس سلطة القاضي وصلاحياته في دعوى الإلغاء والذي يكتفي من خلالها بإلغاء القرار الإداري دون التوسع إلى أبعد من ذلك، فهو لا يملك الحلول محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية أو تعديلها.⁽¹⁶⁷⁾

وتناسباً مع الفرق الحاصل في كلا الدعويين من صلاحية القاضي الإداري وسعة الدعوى، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول منها اختصاص قضاء التعويض بمنازعات عقود التوريد، بينما يهتم الثاني، بقضاء الإلغاء في منازعات عقود التوريد.

(¹) انظر في ذلك د.محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، ص ٢٤ وما بعدها كذلك د.حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٩٣ وما بعدها.

المطلب الأول

اختصاص قضاء التعويض في منازعات عقود التوريد

يعتبر قضاء التعويض هو القضاء الأصيل في منازعات العقود الإدارية بشكل عام وعقود التوريد الإدارية بشكل خاص، ففي فرنسا ومصر جعل المشرع اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد التوريد بهذا الصدد مطلقاً، ولكن الوضع في العراق جاء مختلفاً فالنزاع هذا يدخل في اختصاص القضاء المدني وذلك اعتماداً على نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل حيث نص على انه ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص)) وحين اوجد قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة محكمة القضاء الإداري ليدخل العراق ضمن قائمة الدول التي تملك قضاء مزدوج إلا ان نص المادة (٧/د) من قانون المجلس المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل لم يمنح تلك المحكمة اختصاص النظر في المنازعات العقود الإدارية بل حصره في أضيق نطاق إلا وهو النظر في القرارات الإدارية، وبذلك تبقى الولاية في نظر منازعات عقود التوريد المتعلقة بالتعويض في مجال القضاء المدني وولايته العامة المشار إليها سابقاً.

هذا وقد نصت المادة الثامنة بفقرتها أولاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ على تشكيل محكمة العقود الحكومية والتي تتكون برئاسة قاض ينسب من مجلس القضاء الأعلى، وهذا مما لا شائبة عليه، الا ان عضوية المحكمة متكونة من موظف لا تقل درجته عن مدير عام وممثل عن اتحاد المقاولين العراقيين، وهذا ما يمثل خلل تشريعي، ف كلا العضوين المشار اليهما لا يحملان صفة قاضي، فكيف يمكن لهما ان يكونا أعضاء محكمة، كما ويلاحظ أيضاً ان هذه المحكمة ليست دائمة التشكيل فهي تتكون بقرار من وزير التخطيط بمناسبة وجود نزاع يتعلق بالعقود الحكومية، وفوق كل ذلك يتم استئناف قراراتها امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لمنطقة بغداد/الكرخ^(١٦٨)، وهذا مما لا علاقة له بالقضاء الاداري الممثل بمجلس شورى الدولة.

(١) المادة (٨/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

وتتخذ منازعات عقود التوريد في نطاق قضاء التعويض صوراً متعددة وذلك بحسب الهدف منها وكالاتي: (169)

أولاً: دعوى بطلان العقد:

لا يمكن توجيه الدعوى ببطلان العقد في مجال قضاء الإلغاء، وبنفس الوقت لا يمكن لغير المتعاقد أو الشخص الأجنبي عن العقد رفع تلك الدعوى ومن ثم ليس للمتعاقد الذي يريد ان يتوصل إلى إلغاء العقد في تكوينه وبنيته إلا سبيل القضاء الكامل.

ثانياً: دعوى الاستحقاق:

وهي الدعوى التي يستهدف من يقيمها الحصول على مبالغ مالية وذلك أما بصورة ثمن الأصناف في عقد التوريد والتي قام المورد بتوريدها للإدارة أو أجور النقل التي دفعها المورد في حالة تسليم الأصناف للإدارة المتعاقدة والتي تشتمل في كل الأحوال تعويض عن الإضرار التي أصابت المورد من جراء إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

ثالثاً: دعوى إبطال التصرفات الإدارية المخالفة للعقد، وهنا إذا صدر عن الإدارة تصرف يخالف التزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في العقد فيكون للمورد الحق في طلب إبطال تلك التصرفات.

(٢) د.حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ١٠١.

المطلب الثاني

قضاء الإلغاء في منازعات عقود التوريد

بما ان عقد التوريد يتكون من عمليات مركبة، يصدر البعض منها بالإرادة المنفردة للإدارة ويأخذ شكل القرارات الإدارية، والبعض الآخر منها ذات طبيعة ثنائية، لذلك يتصور الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية التي تصدر من قبل الإدارة إثناء مرحلة تكوين العقد، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي وكذلك مجلس الدولة المصري، الطعون التي تقدم ضد هذه القرارات الإدارية، مستنداً في ذلك على فكرة ان العقد الإداري يمثل وحدة قانونية واحدة لا تقبل التجزئة، ويكون بذلك للمتعاقد مع الإدارة -أي المورد- ان يطعن بكل تلك القرارات امام القاضي المختص ولا يكون للغير أي الأجنبي عن العقد -ان يطعن بالإلغاء بتلك القرارات كونه لا يمثل احد أطراف العقد.⁽¹⁷⁰⁾

واستناداً إلى ذلك أدى هذا المنهج إلى الإضرار بالغير الذي قد يصيبه الضرر من جراء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، إذ لا سبيل للطعن بهذا العقد أو القرارات الإدارية المتعلقة به، لهذا بات من الضروري ابتداء الحل للقضايا لمواجهة هذه المشكلة، تمثل الحل هنا بنظرية سميت بنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد، ومحتوى هذه النظرية انه يمكن تحليل العملية التعاقدية لفصل القرارات الإدارية الممهدة لها أو المتداخلة في تكوينها وإجازة الطعن فيها بالإلغاء استقلاً، إذ ان القرارات المتداخلة في العملية التعاقدية يمكن مواجهتها من الجهة العقدية باعتبارها من مكونات العقد ومن الوجهة الإدارية حيث ان القرارات الإدارية صادرة من سلطة الإدارة الامرة⁽¹⁷¹⁾ وبذلك أصبح من الممكن الطعن بإلغاء القرارات الإدارية التي تصدر في مرحلة تكوين العقد وكالاتي: أولاً: الطعن بالإلغاء في القرارات السابقة على إبرام العقد:

تصدر من الإدارة العديد من القرارات السابقة على إبرام العقد ولكنها حتماً تكون متعلقة به مثل قرار إرساء المناقصة، فهذا القرار يمنح لأصحاب العطاءات المرفوضة أو التي لم يتم قبولها بالطعن به إلغاءً، كما ويكون ذلك لصاحب العطاء الذي تم قبوله حين ترفض الإدارة توقيع العقد معه أو حتى تصديقه بعد قبول عطاءه، ان يطعن بالإلغاء بقرار الإدارة المتمثل بالامتناع.

هذا وقد اشار امر سلطة الائتلاف المرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ في القسم (١/١٢) منه على امكانية الاعتراض من قبل مقدم العطاء الذي تم رفضه والذي يعتقد بأنه ظلم من هذا الاستبعاد، وذلك

(١) د. محمد السناري، المصدر السابق، ص ٣٦.

(٢) د. عبد الحميد حشيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة،

السنة السابعة والستون، ١٩٧٦، ص ٨٣.

أمام محكمة العقود الحكومية التي تشكلت فيما بعد بموجب التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ ذات العلاقة بالعقود الحكومية ويكون هذا الطعن قابل للاستئناف أيضاً أمام المحكمة المختصة.

ثانياً: شروط الطعن بالإنهاء في مرحلة تكوين العقد.

يطعن بالإنهاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري شأنها في ذلك شأن جميع القرارات الإدارية بشكل عام، فأن إصابة القرار الإداري بعيب من عيوب عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري تجيز الطعن بالإنهاء، وتشمل تلك العيوب عيب الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة، وهي العيوب التي تتعلق بأركان القرار الإداري^(١٧٢)، ولهذا يجب ان تتوافر الشروط المحددة لقبول الطعن بالإنهاء للقرارات الصادرة في مرحلة تكوين العقد وتتمثل تلك الشروط بالآتي:

١. ان يكون التصرف او العمل المطعون به عملاً إدارياً ينطبق عليه وصف القرار الإداري فيكون صادراً من جهة إدارية، ويكون نهائياً وتنفيذياً أي ان يصدر من جهة إدارية تملك إصداره دون حاجة الى تصديقه من سلطة أعلى منها، أما تنفيذياً فتعني ان لا يكون من قبيل الأعمال التحضيرية كالمقترحات والاستشارات والتقارير.

٢. ان يكون القرار المطعون به معيباً بأحد عيوب عدم المشروعية وهي مخالفة الاختصاص أو مخالفة الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو إساءة استعمال السلطة.

ثالثاً: الآثار المترتبة على الإنهاء للقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد:

ان إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقد التوريد يمكن أن يؤدي إلى بطلان ما ترتب على تلك القرارات من نتائج وذلك طبقاً للقاعدة العامة التي تقول (ان ما بني على الباطل فهو باطل).

إلا اننا نجد ان العقد يجب ان يبقى سارياً حتى يتمسك أحد أطراف العقد بهذا البطلان، أي ان القاضي الذي يصدر حكم الإنهاء بالقرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لا يمكن له في نفس الوقت ان يحكم بإلغاء عقد التوريد نفسه بصفته نتيجة مترتبة على ذلك القرار الباطل، فالعقد -أي عقد التوريد بشكل خاص والعقد الإداري بشكل عام- اذا تمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالغاء القرار الإداري أمام القاضي المختص بالعقد والذي يكون هو صاحب الاختصاص في إصدار الحكم بأبطال العقد بدعوى منفصلة عن دعوى الإنهاء الموجهة ضد القرار الإداري والتي يمكن ان توجه من أطراف

(١) د.حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، القاهرة،

العقد أو من الغير بشكل عام، إلا ان أبطال العقد لا يمكن ان يوجه الا من أحد أطرافه متمسكاً بحكم الإلغاء الصادر بحق القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد.

وإذا كان الحكم الصادر بأبطال عقد التوريد مستنداً الى حكم الإلغاء بحق القرار الذي شابه عيب من عيوب مشروعية القرار الإداري، فالقاضي يبحث هنا في بيان اثر ذلك العيب على العملية التعاقدية، فبطلان ذلك القرار الإداري يمكن له ان يعيب ما بني عليه من أثار قانونية أي تلك الأعمال التي ترتب عليه وجاءت لاحقة لصدوره، ولكن لا يشمل الأبطال القرارات السابقة لصدوره والمتصلة به فالأخيرة تبقى صحيحة ونافذة. وإذا كان القرار الصادر بالإلغاء شاملاً لقرار اداري سابق لتنفيذ العقد فالحكم يكون واضح بشأنه فمادام الامر في مرحلة تكوين العقد فالإبطال يمكن تدارك آثاره، الا ان الأمر يكون على درجة من الصعوبة حين يتعلق بقرار اداري متزامن مع تنفيذ العقد وانتاج آثاره، فالقرار الاداري القابل للانفصال عن العقد اذا ما تم إلغائه ما هو مصير العقد؟

للإجابة على هذا السؤال يرى جانب من الفقه ان العقد اذا تم تنفيذه فلا يكون هناك مجال لوجود قرارات ادارية قابلة للانفصال عنه، الا ان هذا يرد عليه من جهة فقهية أخرى بالقول، ان هذا القرار الإداري صادر من سلطة عامة شأنه في ذلك شأن أي من القرارات الإدارية الأخرى.⁽¹⁷³⁾

ونرى ان حكم الإلغاء الصادر بحق القرار الإداري المقترن بتنفيذ العقد، لا يمكن له ان يبطل عقد التوريد الساري آثاره، إلا اذا تمسك أحد أطرافه بهذا البطلان وأقام الدعوى بذلك كونه هو صاحب المصلحة، فلا يباح ذلك لعموم الأفراد، بل يبقى الأمر مقتصر على المورد أو على الإدارة.

(1) د. محمد السناري، المصدر السابق، ص ٨٩.

المبحث الثاني

التحكيم في منازعات عقد التوريد

عقد التوريد شأنه في ذلك شأن العقود الإدارية الأخرى، يمكن اللجوء الى وسيلة التحكيم الاختياري وحتى الإجباري كوسيلة لحسم المنازعات التي يمكن ان تنشأ منه وتعتبر طريقة التحكيم من الوسائل التي تعود على كل من الإدارة والمورد بالفائدة، ففي كثير من الأحيان يتضمن عقد التوريد معلومات سرية وخصوصاً عقود التوريد المتعلقة بالدوائر الامنية والجهات العسكرية، فللحفاظ على تلك السرية والمعلومات ذات العلاقة بالمواد الموردة يفضل عدم اللجوء الى القضاء الذي سيعتمد العلانية في مرافعاته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ان المسلك القضائي بالإضافة الى ما يكلفه للطرفين من نفقات مالية ورسوم قضائية، فهو يحتاج كذلك الى مدة زمنية طويلة من اجل أتمام إجراءاته وصدور الأحكام ودخولها مرحلة البتات وقابلية تنفيذها.

ولهذا ومن أجل الحفاظ على السرية بشأن عقود التوريد وكذلك اختصاراً للوقت والإجراءات الطويلة، كان الاعتماد على وسيلة التحكيم لحسم منازعات عقود التوريد وسيلة تستدعي الاهتمام والتوضيح لمفوممه أولاً ومن ثم بيان الإجراءات الواجب اعتمادها اذا ما اتبعنا هذه الوسيلة وهذا ما سنفصله في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

يقصد بالتحكيم لغتاً، هو طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، أما في التعريف الاصطلاحي فيعرف بأنه اتفاق بين أطراف العلاقة القانونية على ان يتم الفصل في النزاع الحاصل بينهم او النزاع الذي يمكن ان يحصل مستقبلاً من قبل جهة معينة تكون أحكامها ملزمة لجميع الأطراف.

ويعتمد المشرع العراقي وسيلة التحكيم حين نص عليها في قانون المرافعات المدنية بالقول ((يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)).⁽¹⁷⁴⁾

والملاحظ من النص أعلاه ان المشرع العراقي أجاز التحكيم لحسم منازعات العقد بصفة عامة، الا انه جعل ذلك لاختيار الطرفين واتفاقهم ومن ثم يكون المشرع العراقي قد لجأ الى التحكيم الاختياري بموجب النص المذكور.

فهنا التحكيم الاختياري الذي يترك أمر الأخذ به لارادة الطرفين واتفاقهم وأيضاً التحكيم الإلزامي الذي يفرضه القانون وينص المشرع على الطرفين، هذا بالإضافة الى التحكيم الوطني، الذي يكون جميع أطرافه من دولة واحدة والتحكيم الدولي الذي يتعلق بعملية تعاقدية تحتوي عناصر أجنبية وأخرى وطنية يتفق كلاهما على الأخذ بتحكيم جهة محددة.⁽¹⁷⁵⁾

وفي كل تلك الإشكال المذكورة أعلاه يمكن ان يعتمد المحكمين على العدالة والإنصاف في إعطاء الحلول فيكون التحكيم مطلقاً، او يعتمد المحكمين على نصوص شرعية واجب الأخذ بها فيكون التحكيم مقيداً.⁽¹⁷⁶⁾

أما الطبيعة القانونية للتحكيم، فيتنازع في ذلك أمرين الأول قضائي والثاني تعاقدية، أما عن القضائي فيعتمد على المحكم فيكون بمثابة قاض لموضوع النزاع فيكون رأيه ملزم مثلما رأي القاضي الذي يفصل في الدعوى خصوصاً وأن طرفي النزاع قد اتفقا على الأخذ برأيه واعتماده واعتباره ملزماً لهما.

(¹) المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(^٢) أخذ قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٢٧) منه بالتحكيم الدولي في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود المتعلقة بهذا القانون.

(^٣) أنظر للتفصيل في أنواع التحكيم:

- د.محمد عبدالمجيد، عقود الاشغال الدولية، ٢٠٠٣، ص ٣٧٢.
- د.منير عبدالمجيد، الاسس العامة للتحكيم، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٤.

أما عن اعتبار مصدر الإلزام للقرار التحكيمي، مشابه للعقد، فيعتمد ذلك على اعتبار ان الطرفين عندما اتفقا على الأخذ بالرأي التحكيمي والالتزام به، فإن ذلك يمثل تعاقداً بين الطرفين يكون ملزماً لهما.⁽¹⁷⁷⁾

ونرى التفسير للطبيعة القانونية يكمن في المسلك القضائي خصوصاً وأن المحكمين مع انها لا يحملون صفة قاضي ولا يعتمد أسلوب التحكيم أسلوب المرافعات والإجراءات التي يعتمد عليها القضاء، ولكن القانون قد يحدد التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية ويكون لزاماً على الطرفين الأخذ بهذه الوسيلة برضاها أم جبراً عنهم، فيكون القرار التحكيمي كالقرار القضائي من حيث الزاميته.

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم في منازعات عقد التوريد

تكون ولاية الفصل في منازعات العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر معقودة لمجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، والذان يمثلان القضاء الإداري في كلتا الدولتين، اما في العراق فقد اخرج المشرع من اختصاص القضاء الإداري منازعات العقود الإدارية وإدخالها في مجال القضاء المدني.⁽¹⁷⁸⁾

وقد اهتمت المادة (٢٦) من قانون المرافعات العراقي بالنص على إجراءات التحكيم، حيث تتمثل تلك الإجراءات بمرحلتين أساسيتين:

المرحلة الاولى: المرافقة الصريحة من الوزير المختص او من يخوله:

فمن الضروري موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة على اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية فاللجوء الى التحكيم يحتاج الى ذلك التفويض لاعتماد التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات، ولعل السبب في ذلك يرجع الى أنه بمقتضى ذلك التفويض تكتمل الارادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في إبرام الاتفاق على التحكيم واذا كانت تلك الولاية معقودة للوزير فبلا شك أنها كذلك لمن يمارس اختصاصه، الا وهم الرؤساء الإداريين للهيئات

(١) د. محمد ماجد محمود، العقد الاداري وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة (٣٥)،

العدد الثاني لسنة ١٩٩٣، ص ١٢٦.

(٢) وذلك وفقاً للمادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

غير المرتبطة بوزارة على سبيل المثال، والتي تكون لها اختصاصات مشابهة لاختصاصات الوزير. (179)

المرحلة الثانية: الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم.

تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين على تشكيلتها، وقد تكون مكونة من محكم واحد أو أكثر، ويجب أن يكون في جميع الأحوال عددها وتراً والابطل التحكيم، وقد يتعذر اتفاق الطرفين على عدد المحكمين فيكون العدد والحال هذه ثلاثة، يختار كل طرف من الأطراف محكماً، فالإدارة تختار واحداً والمورد كذلك، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث. (180)

وبعد اجتماع المحكمين الذين تحددت أسمائهم يتولون إصدار الحكم بعد المناقشات والاستماع الى طرفي النزاع ومن ثم إصدار الحكم مسبباً، ويكون هذا الحكم ملزماً لجميع الأطراف ويحوز الحجية المطلقة كما في الحكم القضائي الا أن للمحكمين استقلالية في اعتماد القواعد الموضوعية لحسم النزاع المعروض، كما وأن المشرع العراقي لم يشترط تصديق المحكمة على قرار المحكمين والذي يتطلبه المشرع المصري، ويحاول المشرع العراقي برأينا من ذلك اعتماد استقلالية إقرار المحكمين عن الأحكام القضائية، الا أننا نجد ذلك غير محمود، فمع الأخذ بعين الاعتبار تحقيق استقلالية لهيئة المحكمين في إصدار قرارها الا ان هذا لا يمنع من تحقيق لرقابة القضاء على التحكيم وذلك من خلال المراجعة للأحكام التي يصدرها المحكمين وهذا قبل إصدار الأمر القضائي بتنفيذها فالأمر لا يخلو من المساعدة التي يجب ان تنشأ بين القضاء وهيئة التحكيم والذي بلا شك يمكن ان يكون اداة لتقويم عمل هيئة التحكيم ومراقبة للمنازعات والاختلافات التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين بشأن اختيار المحكمين أو حتى عزلهم، وهذا ما اعتمدته الكثير من التشريعات المقارنة (181).

الا ان الوضع المشار اليه قد تم تعديله بموجب أمر سلطة الائتلاف المرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ حيث نص في القسم (٢/١٢/ث/سابعا/ح) على طريقة التحكيم الاختياري والذي اسماه طريقة التسوية البديلة للنزاع والتي تعتمد على اتفاق الطرفين، فهذه الجملة تدل بوضوح الى التحكيم

(١) ميلاد سيدهم، جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة هيئة قضايا الحكومة، السنة السابعة والاربعون، العدد الرابع، ٢٠٠٣، ص ٨.

(٢) د. هدى محمد مجدي، دور المحاكم في خصوصية التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٧٤.

(٣) مثال ذلك المرسوم الفرنسي رقم (٣٥٤) بتاريخ ١٩٨٠/٥/٤، والقانون المصري للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

الاختياري بين اطراف النزاع، وبما ان الامر المذكور لم ينص على اجراءات ذلك التحكيم فيبقى الامر معتمداً على تلك الاجراءات التي نصت عليها المادة (٢٦) من قانون المرافعات المدنية.

الخاتمة

ان النظر في منازعات عقد التوريد بشكل خاص، والعقود الإدارية بشكل عام، في العراق يحتاج الى إعادة النظر من جانب المشرع وذلك مسائل عدة ولعل من أهمها:-

١. تكون الولاية العامة للقضاء العادي في منازعات العقود الإدارية وذلك من حيث النظر في دعاوى التعويض عن الإضرار التي تصيب أحد الأطراف أما بسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو بسبب الطرف الآخر، فتتظر محكمة البداية في هذه الدعوى وهذا مما يخالف منهج الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزيج، فما دام المشرع العراقي قد أنشاء محكمة للقضاء الإداري بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، فيجب والحال هذه أن تكون الولاية في نظر منازعات العقود الادارية معقودة لمحكمة القضاء الإداري، وهذا ما سار عليه كل من فرنسا ومصر، ومما يحتاج المشرع العراقي الى إعادة النظر وإدخال العقود الإدارية في اختصاص القضاء الإداري. فلا يمكن بأي حال من الاحوال ان نفتتح بمحكمة العقود الحكومية التي نصت عليها التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧، بوصفها حل صحيح وجذري لمشكلة حسم منازعات العقد الاداري، لا من حيث تشكيلها المعيب ولا من ناحية الجهة التي حددها المشرع للطعن في احكامها، فلا بد ان تتشكل من عناصر قضائية من جهة القضاء الاداري، وتكون احكامها قابلة للطعن بها امام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة وهذا ما يحتاج الى النقطة الجديدة من جانب المشرع العراقي.

٢. ومع أن لمحكمة القضاء الإداري في العراق الاختصاص بنظر الطعون في القرارات الإدارية الصادرة من دوائر الدولة والقطاع العام، الا أن القرارات الإدارية التي يمكن أن تلغى والمقتزنة بعقود التوريد، لا يمكن لها أن تبطل العقد الا اذا تمسك أطرافه، فالقرار الصادر بالإلغاء لا يهدم كل ما بنى على ذلك العقد، وهذا يحقق ازدواجية في القضاء الذي ينظر في مركز قانون واحد إلا وهو عقد التوريد.

٣. ان الأخذ بالتحكيم في منازعات عقود التوريد أمراً أجازه القانون كوسيلة لحسم منازعات عقد التوريد، الا ان تنظيم أمر التحكيم جاء قاصراً بما تعلق بهذا العقد، وذلك من حيث اعتماده على مواد قانون المرافعات المدنية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، جعل للمحكمن الحرية في اختيار قواعد الفصل في المنازعات.

والحقيقة أن كلا الجانبين منتقد، فموضوع التحكيم في منازعات عقود التوريد والعقود الإدارية بشكل عام يحتاج الى خصوصية تميزه عن القواعد الحديثة وذلك من خلال إصدار تشريع خاص بالتحكيم يتعلق بمنازعات العقود الإدارية.

كما يجب أن يعتمد القرار التحكيمي على مصادقة المحكمة المختصة والتي يفضل ان تكون محكمة القضاء الإداري بدلاً من المحاكم المدنية، وذلك للاطلاع من جانب المحكمة المختصة على ما جرى خلال مراحل التحكيم والقواعد المتبعة به مع الأذن ببدأ إجراءات التنفيذ التي لا يمكن لها أن تبدأ الا بموافقة المحكمة المختصة.

وعلى كل ذلك لا يمكن لنا ان نفتتح لحسم للمنازعات الإدارية وخصوصاً لمنازعات عقود التوريد الا بعد حصر اختصاص النظر بتلك المنازعات لمحكمة القضاء الإداري، والاهتمام بموضوع التحكيم في تلك المنازعات من خلال قانون مستقل بإجراءاته ونصوصه عن تلك التي وضعها قانون المرافعات آمليين من مشرعي العراقي الالتفات الى هذا النقص التشريعي، وإدراك ان تدخله المتمثل بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية كان غير صحيح ومعيب.

المصادر

١. د. جابر نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
٢. د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقود الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٣. د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٨.
٤. د. سليمان محمد الطماري، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤.
٥. د. عبد الحميد حشيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة والستون، ١٩٧٦.
٦. د. عزيز الشريف، دراسات في العقود الإدارية، ١٩٨٠.
٧. د. عصام عبدالوهاب البرزنجي وآخرون، القانون الإداري، بغداد، ١٩٩٣.
٨. د. محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية.
٩. د. محمد عبد المجيد، عقود الأشغال الدولية، ٢٠٠٣.
١٠. د. محمد سعيد حسين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩.
١١. د. محمد ماجد محمود، العقود الإدارية وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة والثلاثون، العدد الثاني، ١٩٩٣.
١٢. د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٣. ميلاد سيدهم، جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة هيئة قضايا الحكومة، السنة السابعة والأربعون، العدد الرابع، ٢٠٠٣.
١٤. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.
١٥. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
١٦. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.
١٧. المرسوم الفرنسي المرقم (٣٥٤) في ٤/٥/١٩٨٠.
١٨. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
١٩. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧.



ضمانات تنفيذ احكام الالغاء

د. عمار طارق عبد العزيز

مركز الدراسات القانونية والسياسية / جامعة

النهرين

المقدمة

بالنظر لما تتمتع به السلطة القضائية من الامكانيات القانونية وصفات الحياد والاستقلال عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ، فقد نشأت صيغة من صيغ الثقة المتبادلة بينها وبين الافراد ، حيث يسعون اليها في سبيل حمايتهم من تعسف الغير ممن يملكون القوة والنفوذ ، سواء من الافراد او المؤسسات .

كما ان السلطة المذكورة ونتيجة لدورها التاريخي في فض المنازعات فقد أُمست ضرورة حتمية لتحقيق الاستقرار والسلام الاجتماعي في الدولة ، اذ بدونها لاصبحت الحقوق تؤخذ بالقوة ، فتعم الفوضى وتنتهك الحرمات .

ولما تقدم اصبحت السلطة القضائية هي المدافع الاكبر عن مبدأ المشروعية، فسعت وما زالت تسعى الى درء الانتهاكات التي قد يتعرض لها هذا المبدأ .

وفي نطاق بحثنا ، فان القضاء بما يمتلكه من استقلال وحيدة ونزاهة وموضوعية ، هو الاكثر قبولاً والاقدر امكانية ، على مراقبة مشروعية اعمال الادارة العامة ، لذلك تسعى الانظمة الديمقراطية الى تزويد هذه الجهة بالصلاحيات والسلطات الكفيلة بازالة أعمال الادارة غير المشروعة ، واصلاح الاضرار المترتبة عليها ان وجدت .

وقد قطعت النظم القانونية المعاصرة شوطاً لا بأس به في هذا المجال ، بيد انه من الامور التي ينبغي توافرها في شان امداد القضاء بالسلطات والصلاحيات ، هي الزام الجهات كافة بتنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ، ومحاسبة المخالفين لها بالشكل الذي يردع كل من تسول له نفسه من

الأفراد أو المؤسسات على مختلف أنواعها ، أن يتجسر ويخالف ما نصت عليه أحكام القضاء ولا ينفذ ما جاء فيها .

عليه نجد القوانين وأحيانا الدساتير ، تضع الضمانات الكفيلة بتطبيق وتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بالغاء القرارات الادارية ، سواء شملت هذه الضمانات محاسبة المخالفين تأديبيا أو جزائيا ، وأحيانا مدنيا عن طريق تعويض الاضرار التي تسببوا بها للغير .
ومما تقدم فاننا سنبحث الموضوع المذكور على النحو الآتي :-

المبحث الاول :- شروط نفاذ الحكم القضائي الصادر بالغاء القرار الاداري .

المبحث الثاني :- التزام الادارة بتنفيذ حكم الالغاء الصادر بحق القرار الاداري .

المبحث الثالث :- امتناع الادارة عن تنفيذ حكم الالغاء الصادر بحق القرار الاداري .

المبحث الرابع :- الآثار المترتبة على امتناع الادارة عن تنفيذ حكم الالغاء .

المبحث الخامس :- الاستثناءات الواردة على قاعدة التزام الادارة بتنفيذ حكم الالغاء .

المبحث الاول

شروط نفاذ الحكم القضائي الصادر بالغاء القرار الاداري

يتمتع الحكم القضائي الصادر بالغاء القرار الاداري بحجية الامر المقضي به مثل سائر الاحكام القضائية القطعية ، وهذه الحجية لا تقتصر على حكم الالغاء وانما تشمل الاحكام القضائية الصادرة برفض الدعوى والحكم بالاختصاص والحكم بالقبول والحكم القضائي الصادر بوقف تنفيذ القرار الاداري ما دامت الظروف مستقرة وغير متبدلة⁽¹⁸²⁾ ، ويميز الفقهاء بين حجية الشيء المحكوم فيه ، وبين حجية الامر المقضي به ، فالاولى تثبت للحكم القضائي منذ صدوره ولو بصورة ابتدائية⁽¹⁸³⁾ ، ويمتدح فيها على الخصوم المناقشة في القضية التي فصل فيها باي دعوة تالية يثار فيها هذا النزاع حتى لو وجدت أدلة قانونية او واقعية سواء أثيرت او لم تثر بالحكم الصادر فيها ، غير ان الحجية المذكورة تتوقف عند الطعن في الحكم الصادر باي طريق من طرق الطعن ، فيتوقف مصير هذه الحجية على نتيجة الطعن ، بتأييد الحكم او الغائه بحسب الاحوال ، وفي هذه الحالة لا يمكن التمسك بهذه الحجية الموقوفة لرفع دعوى جديدة مبتدأة تتحد مع الاولى محلا وسببا وخصوما ،

(1) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الاداري - الطبعة الثالثة - الاسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ٦٩٨ .

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الاول - مصادر الالتزام - ١٩٥٢ -

والمحكمة التي رفع امامها نزاع فصل فيه حكم سابق مطعون فيه غير مقيدة بهذا الحكم ، طالما لم تظهر نتيجة الطعن ، ولكن يجب عليها تفادي احتمال تناقض حكمها الجديد مع الحكم القديم عن طريق وقف النظر في الدعوى المعروضة امامها لحين صدور نتيجة الطعن⁽¹⁸⁴⁾.

اما بالنسبة لحجية الامر المقضي به، فيكتسبها الحكم القضائي البات الذي لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن القانونية ، كما في حالة الطعن فيه استئنافا وتمييزا وتصحيحا ،ورد الطعن وصدق الحكم ، او اذا بلغ المحكوم عليه بالحكم ولم يطعن فيه ،ومرت مدة الطعن ، او اذا أسقط الخصوم بالاتفاق حقهم بالطعن ، او اذا صدر الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل⁽¹⁸⁵⁾.

والحجية بشكل عام يقصد بها ان محكمة الموضوع أستنفدت ولايتها بعد اصدارها للحكم القطعي ، ولا تملك سلطة الرجوع عن الحكم المذكور او تعديله⁽¹⁸⁶⁾. وان كان لها حق تفسيره ، وتصحيح الخطأ المادي الذي وقعت فيه ، وبذلك فان الحكم القضائي المذكور يعتبر عنوانا للحقيقة و العدالة ، ولا يمكن اثبات عكس ذلك ، كما لا يجوز عرض الموضوع الذي فصل فيه سابقا ، امام محكمة أخرى ، الا بأستعمال الطرق القانونية المقررة للطعن بالاحكام القضائية⁽¹⁸⁷⁾.

وعليه فان أكتساب الحكم القضائي الصادر بالالغاء لحجية الامر المقضي به ، يجعله واجب النفاذ ، وبخلافه تترتب العديد من الآثار القانونية ، بيد انه ولكي يمسي الحكم القضائي نافذا ومكتسبا للحجية لابد وان تتوافر فيه شروطا معينة ، اذ لابد وان يكون الحكم المذكور قضائيا ، كما ينبغي ان يكون قطعيًا ، وسنتناول هذين الشرطين في مطلبين على التوالي .

المطلب الاول

ان يكون الحكم الصادر بالغاء القرار الاداري قضائيا

فالحكم يحوز حجية الامر المقضي به اذا صدر من جهة قضائية مختصة وبموجب سلطتها القضائية لا الولائية ، وبشرط ان لا يشوب الحكم بطلان مطلق⁽¹⁸⁸⁾ ، فبذلك يمسي الحكم القضائي الصادر بالغاء القرار الاداري واجب النفاذ .

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر - الوجيز في شرح قانون الاثبات - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩٧ - ص ٢٥٩ .

(٤) د. سليمان مرقس - اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية - الجزء الثاني - الطبعة الرابعة - ١٩٨٦ - ص ١٧٦ .

(5) Valticos - op.cit - p. 30

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٦٩٨ .

(٢) المحامي د. كامل السعيد - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٥ - ص ١٨٢ .

ويتحقق الشرط المذكور بالنسبة للاحكام الصادرة من المحاكم بمختلف اصنافها ومن بين هذه المحاكم ، تلك التي تمارس وظيفة القضاء الاداري ، كمحكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام في العراق .

لذلك فان القرارات التي تصدر عن جهات ادارية كقرار الحفظ الذي تصدره النيابة العمومية في مصر مثلا لا تحوز حجية الامر المقضي به⁽¹⁸⁹⁾ ، كما لا تثبت الحجية للقرارات والاوامر التي تصدرها المحكمة تلبية لطلب تقدم به شخص ،دون ان تلزم بدعوة الطرف الاخر لسماع اقواله⁽¹⁹⁰⁾ .

كما يجب لأكتساب الحجية ان تكون المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة وظيفيا بموضوع الدعوى ، فلا تثبت الحجية للحكم الصادر من محكمة القضاء الاداري في مسالة يختص بها مجلس الانضباط العام في العراق مثلا او بالنسبة للاحكام الصادرة عن المحاكم الادارية في مسالة تختص بها المحاكم التأديبية في مصر . اذ يجوز اعادة النظر في النزاع امام المحكمة صاحبة الولاية ، بسبب عدم أختصاص المحكمة في الموضوع الذي فصلت فيه ، بينما يحوز الحكم الحجية اذا ما صدر عن المحكمة المختصة⁽¹⁹¹⁾ .

كذلك ينبغي ان يكون الحكم صادرا من المحكمة بموجب سلطتها القضائية لا الولائية فهذه الاخيرة يمكن اعادة النظر في موضوعها .

اما بخصوص الاحكام المستعجلة القائمة على وقائع قابلة للتبديل والتغيير ، فانها تكتسب الحجية اذا لم تتبدل او تتغير الوقائع التي استند اليها الحكم⁽¹⁹²⁾ .

وأخيرا يجب ان لا يكون الحكم مشوبا ببطلان مطلق كما لو صدر عن محكمة لم تسمع المرافعة ، او في خصومة لم تتعقد مطلقا بسبب توجيه الاعلان فيها الى شخص ميت⁽¹⁹³⁾ ، بينما لا ينعقد الحكم اذا كان البطلان نسبيا ناشئا عن عدم مراعاة إجراءات الاعلان ، فيستمر قائما يترتب اثاره القانونية ، مالم يقض ببطلانه بسبب الطعن فيه باحدى الطرق المقررة للطعن ، واذا مرت مدة الطعن ، ولم يطعن فيه ، او كان غير قابل للطعن ، أكتسب حجية الامر المقضي به ، واصبح قابلا للنفاذ⁽¹⁹⁴⁾ .

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٧٦ .

(٤) محمد عبد اللطيف - قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الجزء الثاني - القاهرة - ١٩٧٢ - ص ١٥٤ .

(١) د عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق - ص ٦٥٢ .

(٢) المحامي محمد علي الصوري-التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات-الجزء الثالث-بغداد - ١٩٨٣ - ص ٩٦٠ .

(٣) احمد ابو الوفا - التعليق على نصوص قانون الاثبات - ١٩٧٨ - ص ٢٣٣ .

(٤) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٨٠ .

المطلب الثاني

ان يكون الحكم الصادر بالغاء القرار الاداري قطعيًا

والحكم القطعي هو الحكم الذي يفصل في واقعة متنازع فيها ، كليًا أو جزئيًا^(١٩٥). وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه الحكم الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته^(١٩٦). وبذلك فإن الحكم يكتسب صفة القطعية ، بعد اتخاذ المحكمة لكافة الاجراءات والمرافعات الشكلية والموضوعية في النزاع المعروض امامها وأعلنت ختام المرافعة وأصدرت الحكم الفاصل في النزاع بشكل نهائي لا عودة فيه .

كما تنص بعض القوانين على قطعية الاحكام الصادرة بالغاء القرار الاداري ، كما في المادة (٢٦) من قانون محكمة العدل العليا الاردنية ، اذ تنص على ان (يكون حكم المحكمة في اي دعوى تقام لديها قطعيًا لا يقبل اي اعتراض او مراجعة باي طريقة من الطرق ويتوجب تنفيذه بالصورة التي صدر فيها ، واذا تضمن الحكم الغاء القرار الاداري موضوع الدعوى فتعتبر جميع الاجراءات والتصرفات القانونية والادارية التي قامت بموجب ذلك القرار ملغاة من تاريخ صدور ذلك القرار) .

من جانب آخر فإن الحجية تثبت للحكم القطعي حتى لو لم يكن نهائيًا ، كالاحكام الابتدائية والغيابية^(١٩٧)، وهنا يطلق عليها البعض حجية الشيء المحكوم فيه ، وهي حالة وقتية تزول في حالة الطعن بالاحكام الصادرة لحين ظهور نتيجة الطعن ، فاذا نسخ الحكم أو أبطل أو نقض زالت حجيته لتثبت للحكم الاخير^(١٩٨).

اما بالنسبة للاحكام التي لا تحسم موضوع الدعوى كله أو بعضه ولا تفصل في مسألة متفرعة عنه ، فهي احكام غير قطعية ، وتشمل نوعين احكام وقتية واحكام تتعلق بتفسير الدعوى وتحقيقها^(١٩٩).

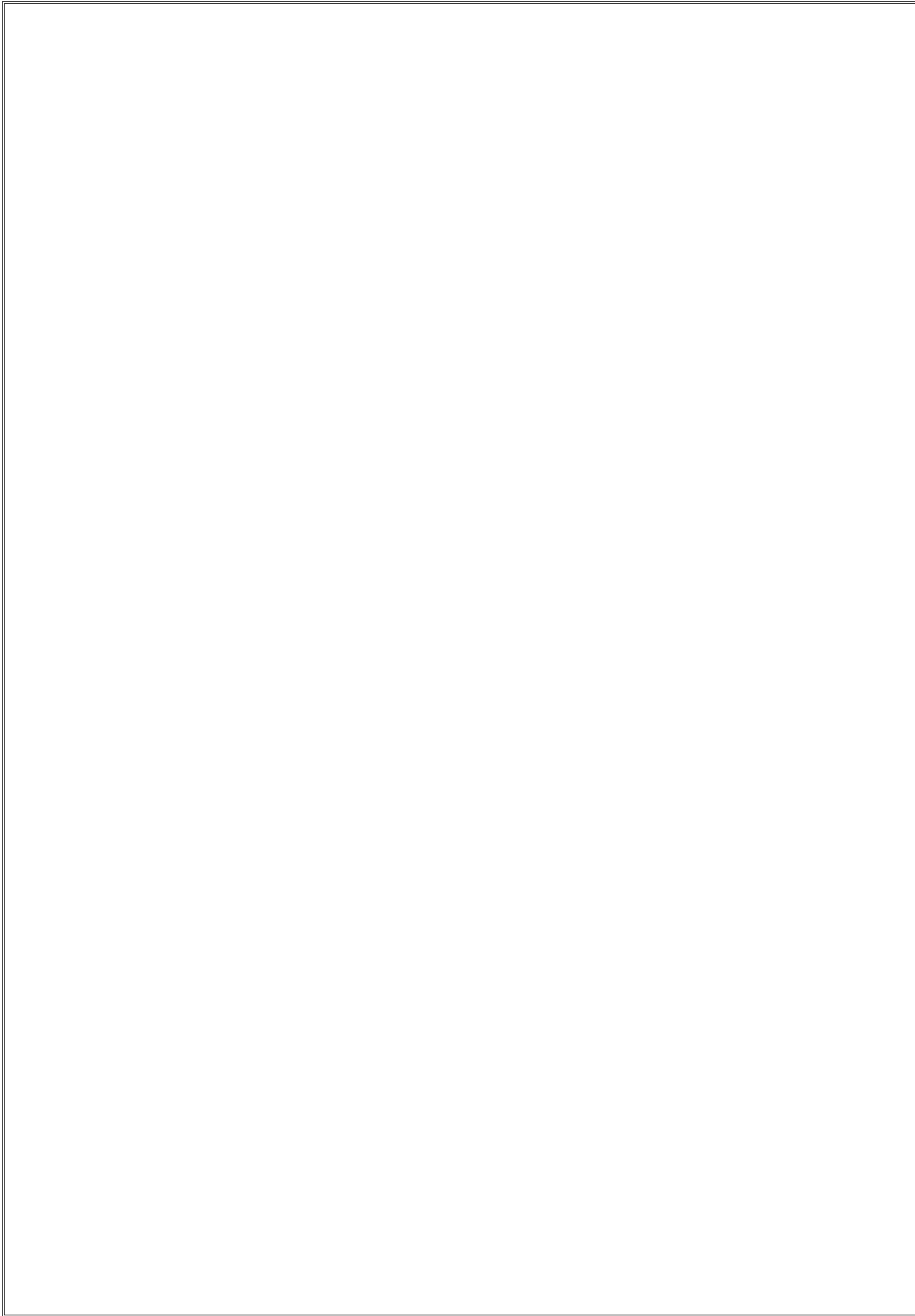
(٥) المحامي د. كامل السعيد - المرجع السابق - ص ١٨٤.

(٦) حكم محكمة النقض - مدني - ٣٠ / ابريل ١٩٧٢ - ذكره د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٨٢ - ١٨٣.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط - الجزء الثاني - ١٩٥٦ - ص ٦٣٤ .

(٤) حسين المؤمن - نظرية الاثبات / القرائن وحجية الاحكام والكشف والخبرة - الجزء الرابع - بيروت ١٩٧٧ - ص ١٧٠ .

(٥) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٨٥.



المبحث الثاني

التزامات الإدارة تجاه تنفيذ حكم الغاء القرار الإداري

ينتهي القرار الإداري لأسباب كثيرة تؤدي إلى إيقاف إنتاج أثارة القانونية ومن هذه الأسباب الغائه قضائياً⁽²⁰⁰⁾، وعند صدور الحكم القاضي بالغاء القرار الإداري، فإن الإدارة تكون مسؤولة عن تنفيذ الحكم المذكور، وفق الأسلوب الذي رسمه القانون، وبالصورة التي صدر فيها الحكم وبخلافه فإن الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الحكم تتحمل التبعات القانونية التي سنذكرها لاحقاً، علماً أن الحكم القضائي الصادر بالالغاء لا يؤدي إلى نتائج الية تقود إلى إزالة القرار الملغى وإثاره، ولا أعتبر ذلك حلاً للمحكمة محل الإدارة في أداء التزاماتها المتعلقة بهذا الشأن، لذلك فإن تنفيذ حكم الالغاء يتطلب من الإدارة اتخاذ موقف معين يؤدي إلى القضاء على القرار الإداري الملغى وإثاره. وهنا يتوجب على الإدارة تنفيذ حكم الالغاء بشكل كامل غير منقوص، بعيداً عن أساليب التراخي أو الإبطاء أو المماطلة في تنفيذ حكم الالغاء. وعليه فإن الإدارة ملزمة عند تنفيذ حكم الالغاء بالتزامين أساسيين:

١. التزام إيجابي يفرض على الإدارة اتخاذ الإجراءات اللازمة كافة والتي تضمن إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل صدور القرار الملغى.
٢. التزام سلبي يتمثل في امتناع الإدارة عن اتخاذ أي إجراء يقود إلى تنفيذ القرار الملغى أو ترتيب إثاره، أو إعادة إصداره^(٢٠١).

وسنتناول هذان الأسلوبان في مطلبين تباعاً :-

المطلب الأول

التزام الإدارة بإعادة الحال إلى ماكان عليه

فعلى الإدارة إعادة الحال إلى الوضع السابق لصدور القرار الملغى وإزالة الآثار القانونية والمادية كافة للقرار وبإثر رجعي، وكأنه لم يصدر مطلقاً فالإدارة ملزمة بإزالة آثار القرار الملغى من جهة، ومن جهة أخرى عليها أن تهدم الأعمال القانونية التي صدرت استناداً إلى القرار الملغى⁽²⁰²⁾.

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٠٤.

(٢) (Andre) - Traite de droit administrative - 3ed - 1963 - p. 271 De laubadear

(٣) د. مازن ليلو راضي - القضاء الإداري - الطبعة الأولى - دار قنديل للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٥ - ص ٢٣٧.

١. التزام الادارة بازالة القرار الملغى والاثار المترتبة عليه :-

اذ ينبغي على الادارة ان تزيل الاثار القانونية والمادية كافة للقرار الملغى ، وأحيانا لا يستدعي حكم الالغاء تدخل الادارة لتنفيذه ، اذ يكون الحكم كافيا بحد ذاته ويؤدي الى تحقيق الاهداف المرجوة من الالغاء دون حاجة لأخذ الادارة اية إجراءات ، كما هو الحال بالنسبة لالغاء القرارات الادارية التنظيمية الهادفة الى تنظيم ممارسة نشاط معين او الحرمان منه كلوائح الضبط واللوائح الاقتصادية⁽²⁰³⁾.

بيد ان الغالب الاعم من الحالات يستوجب اتخاذ الادارة اجراءات معينة لتنفيذ حكم الالغاء ، وتتمحور هذه الاجراءات في اصدار الادارة لقرار اداري يسحب القرار الملغى⁽²⁰⁴⁾ ، بحيث يعدم القرار المذكور بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل ، مثال ذلك اصدار قرار اداري من المحافظ بسحب شقة سكنية من ساكنيها خلافا للضوابط المعمول بها والتي تستدعي في حالة وقوع المخالفة من الساكنين ، ابلاغهم رسميا بأزالتها وخلال أجل معلوم والا يتم سحب الشقة منهم ، ولعدم مراعاة ذلك قررت المحكمة الغاء القرار المذكور وصدق الحكم تمييزا⁽²⁰⁵⁾ . وهنا ينبغي على الادارة ان تصدر قرارا اداريا بسحب القرار الملغى واعادة الشقة لمن خصصت له ، والغاء الاثار القانونية كافة لقرارها الملغى .

وفيما يتعلق بقرارات الادارة السلبية فيكون تنفيذ حكم الالغاء فيها بقيام الادارة باصدار قرار ايجابي بالموافقة على الطلب الذي كان قد تقدم به صاحب العلاقة ورفضته الادارة⁽²⁰⁶⁾ ، بحيث تتخذ موقفا ايجابيا معاكسا للموقف السلبي (الامتناع) الذي اتخذته سابقا ، كما في حالة امتناع الامانة عن منح صاحب العقار الواقع في منطقة تجارية أجازة بناء عمارة تجارية دون سبب مشروع ، وقررت حفظ معاملة طلب الاجازة ، وعلى أثره حكمت محكمة القضاء الاداري بالغاء قرار الحفظ وترويج

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٠٤-٧٠٥.

(٢) د. مازن ليلو راضي - المرجع السابق - ص ٢٣٧ .

(٣) أنظر : قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم ٢٢/اداري تمييز / ١٩٨٨ في ١٣/٥/١٩٩٨ - اشار

اليه - د. غازي فيصل مهدي - تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام - الطبعة الاولى - بغداد - ٢٠٠٤ -

ص ٧٤ .

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٠٥.

المعاملة المذكورة⁽²⁰⁷⁾، وهنا يتوجب لتنفيذ قرار الالغاء قيام الامانة بترويج المعاملة والموافقة على منح الرخصة لطالبيها .

من جانب آخر فانه في حالة تنفيذ الادارة لقرارها بحيث ترتب على هذا التنفيذ أثاراً مادية . فان الادارة ملزمة وتنفيذا لحكم الالغاء بازالة الاثار المادية كافة المترتبة على قرارها الملغى ، وينبغي عليها اتخاذ الاجراءات اللازمة لازالة مظاهر تنفيذ القرار المادية ، كقيامها بأخلاء العين التي أستولت عليها بشكل غير مشروع، والافراج عن المواطن المعتقل دون وجه حق⁽²⁰⁸⁾.

٢. التزام الادارة بهدم الاعمال القانونية الصادرة أستنادا الى القرار الملغى :-

فقد تصدر الادارة أستنادا الى القرار الملغى او بسببه مجموعة من القرارات الادارية ، كما ان القرار الملغى قد يكون جزءا من عملية قانونية مركبة ، وفي جميع هذه الحالات ينبغي على الادارة صاحبة القرار الملغى ، هدم الاعمال القانونية كافة المستندة لهذا القرار ، فهل من الممكن تحقيق ذلك ؟ وكيف يتم ؟

للإجابة على التساؤل المذكور ، ينبغي التفريق بين الحالات الآتية :

أ- اذا كان القرار الاصلي قرارا تنظيميا :-

فاذا ما تم الطعن بالقرارات الفردية التابعة مع القرار الاصلي ، فان القضاء الاداري له امكانية الغاء القرار الاصلي مع القرارات المستندة اليه ، وتحل المشكلة ، بيد انه اذا ما انحصر الطعن في القرار التنظيمي الاصلي دون القرارات الفردية التابعة له ، وحكمت المحكمة بالغائه ، فان ذلك لا يقود الى الغاء القرارات التابعة كونها مستقلة عن القرار الاصلي كما انها رتبت حقوقا مكتسبة للأفراد ، وعندها يجب الطعن بها لغرض الغائها .

اما اذا تم الطعن بالقرارات الادارية الفردية المستندة الى قرار تنظيمي ولم يطعن بالقرار الاخير ، فان القضاء الاداري يفحص مشروعية القرار التنظيمي بهذه المناسبة ، فاذا وجده مخالفا للقانون ، فانه يمتنع عن تطبيقه ، ويحكم بالتالي بالغاء القرارات الفردية المطعون فيها والصادرة أستنادا الى القرار التنظيمي⁽²⁰⁹⁾.

(٥) أنظر : قرار محكمة القضاء ألداري برقم ٢٩/قضاء أداري / ٢٠٠٠ في ٩/٩/٢٠٠٠ - المنشور في مجلة العدالة - العدد الاول - ٢٠٠١.

(٦) د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء على اعمال الادارة العامة - قضاء الالغاء - دار النهضة العربية - ١٩٨٤ - ص ٣٥٨-٣٥٩.

(٦) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٠٧.

بيد ان الراي المذكور محل نظر ، فاذا ما أمتنع القضاء عن تطبيق القرار التنظيمي المخالف للقانون ولم يلغيه ، فهذا يعني بان الجهة التي أصدرته بإمكانها الاستمرار في الاستناد عليه لاصدار قرارات فردية أخرى غير تلك التي يلغيتها القضاء ، فتصبح المسألة غير منطقية ولا عملية ، وبالنظر الى ان الغاية الاساسية من دعوى الالغاء هي حماية مبدأ المشروعية وأحترام الادارة للقانون في قراراتها الادارية ، فنعتقد بان القضاء يملك صلاحية الغاء القرار التنظيمي غير المطعون فيه ، أستنادا الى الطعن في القرار الفردي التابع له ، ولن يكون ذلك من قبيل تعرض القاضي الاداري الى النزاع من تلقاء نفسه ، والذي يعد مخالفة لأحد المبادئ الاساسية للسلطة القضائية ، وانما هو تكريس لوظيفة القضاء في حماية مبدأ المشروعية ، والتزاما منه بالغاء القرارات المخالفة للقانون .

ب- اذا كان القرار الاصلي قرارا فرديا :-

فاذا كان القرار فرديا وطعن فيه مع القرارات المستندة اليه ، فان القضاء الاداري سيلغي القرار الاصلي مع توابعه ، بيد انه اذا لم يطعن في القرارات التابعة ، فلا يجوز للقضاء الغائها بل يجب الطعن فيها كونها قد رتبت حقوقا مكتسبة للأفراد .

كذلك اذا ماكان القرار الاصلي سببا دافعا لأخذ القرار المستند اليه ، فعندها يلغى القرار الاخير أستنادا الى الغاء القرار الاصلي دونما حاجة للطعن في القرار التابع بالالغاء⁽²¹⁰⁾ ، كما لو صدر قرار تأديبي بالتوبيخ ثم تبعه قرار آخر بتأخير الترفيع او الزيادة لمدة سنة واحدة ، فعند الغاء القرار الاصلي الصادر بالتوبيخ فان ذلك يؤدي الى اسقاط القرار التابع بتأخير الترفيع او العلاوة تلقائيا ودونما حاجة للطعن بالقرار التابع ، لان القرار الاصلي كان السبب الدافع لأخذ القرار الثاني⁽²¹¹⁾ .

اما اذا كان القرار الاصلي والقرارات التابعة له تشكل وحدة واحدة لا تقبل التجزئة فعندها يؤدي الغاء القرار الاصلي الى زوال القرارات التابعة له بصورة الية حتى لو لم يطعن فيها . كما لو اتفق موظفان على أحلال أحدهما محل الاخر في الوظيفة بموافقة الادارة ، والغي قرار احدهما ، فعندها يسقط قرار الثاني حتى لو لم يطعن فيه⁽²¹²⁾ .

ج- اذا كان القرار الملغى داخلا في عملية قانونية مركبة :-

ففي بعض الحالات يكون القرار الاداري جزءا من عملية قانونية مركبة فاذا ما الغي، ماتأثير الالغاء على العملية القانونية ؟

(١) د. محمد العبادي -قضاء أللغاء - عمان - ١٩٩٥ - ص ٢٨٣ .

(٢) أنظر : المادة ٨/رابعاً من قانون أنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ .

(٣) د. مازن ليلو راضي - المرجع السابق - ص ٢٤٠ .

وهنا تبرز لدينا حالة العقد الاداري ، واستنادا لنظرية الاعمال المنفصلة في العقود الادارية يمكن الطعن بالقرارات الادارية المستقلة عن العقد الاداري (213) ، او يثور التساؤل بشكل أكثر تحديدا . ماهو تأثير حكم الالغاء الصادر ضد القرارات الادارية على عملية التعاقد ؟ وكيف ينفذ الحكم المذكور ؟ الواقع ان الحكم بالغاء القرارات الادارية المستقلة عن العقد الاداري قبل ان يتم التعاقد يؤدي الى اجهاض عملية التعاقد ، بحيث يصبح من غير الممكن أبرام العقد الاداري المذكور أحتراما لمبدأ حجية الامر المقضي به ، كما لو الغي قرار ارساء المزايدة او المناقصة ، او قرار البت في العطاءات (214) . اما اذا صدر حكم الالغاء بعد أتمام عملية التعاقد ، فان الحكم المذكور لا يؤثر على نفاذ العقد المبرم ، بيد ان اطراف العقد لهم اللجوء الى قاضي العقد ليقرر ابطال الشروط المخالفة لقرار الالغاء ، او بامكانهم الاتفاق على تعديل تلك الشروط بما ينسجم وحكم الالغاء (215) . وهناك حالة أخرى بهذا الصدد وهي ان يصدر حكما بالغاء القرار الاداري الداخل في العملية التعاقدية ، بيد انه يصدر لمصلحة شخص أجنبي ليس طرفا في العقد المبرم ، كما ان مصلحة أطراف العقد غير متوفرة في حكم الالغاء المذكور فما الحل بالنسبة لهذه الحالة ؟ يرى البعض بان الاجنبي عن العقد لا يستطيع أجبار أطرافه على تعديل شروطه . كما لا يحق له اللجوء الى قاضي العقد ليحكم له بذلك ، وعليه يبقى حكم الالغاء نظريا بحثا لا يجد حيزا في التنفيذ ورغم ذلك يستمر القضاء الاداري في نظر دعوى الالغاء المعروضة امامه بعد أبرام العقد أحتراما لمبدأ المشروعية وحماية لها (216) .

واذا كان الاجنبي لا يتمتع بالصفة التي تؤهله لتعديل او طلب تعديل شروط العقد ، فان الادارة وهي الطرف الثاني في هذه العملية ، لا يمكن والحالة المذكورة ان تستمر في اتمام نفاذ العقد المشوب بعيب من العيوب المخالفة للقانون ، لا سيما في ظل حكم قضائي صادر بالالغاء ، فما قيمة الحكم المذكور وما قيمة القضاء الاداري اذا لم تنفذ احكامه ، ومن قبل الطرف الذي وجد القضاء الاداري في سبيل حماية القانون من انتهاكاته وهو الادارة .

عليه لا نؤيد الرأي السابق بما ذهب اليه ، ونعتقد بان الادارة ملزمة بأحترام حكم الالغاء ، ويتوجب عليها تعديل شروط العقد بالشكل الذي يحقق توافقه الكامل مع الحكم ، بحيث لا يبقى مجالا فيه للمساس بالقانون .

(4) Delvolve – l acte administrative – sirey -1983 –p.81

(5) د. مازن ليلو راضي – المرجع السابق – ص ٢٤١ .

(١) . مصطفى ابو زيد فهمي – القضاء الاداري ومجلس الدولة – الطبعة الثالثة – منشأة المعارف بالاسكندرية – ١٩٦٦ – ص ٨١١ .

(٢) المرجع نفسه – ص ٨١١ ومابعدھا .

المطلب الثاني

التزام الادارة بالامتناع عن اتخاذ اي إجراء يمثل تنفيذًا للقرار الملغى

ينبغي على الادارة عند الغاء القرار الاداري، الامتناع عن تنفيذه او الاستمرار في تنفيذ، اذا ما بدأت به، كما يجب ان لا تتخذ اي إجراء يعتبر بمثابة تنفيذ للقرار الملغى، كما يجب ان تمتنع عن اصداره من جديد وبصيغة مختلفة مثلاً، وهي في هذا الشأن ملتزمة بتطبيق مبدأ حجية الامر المقضي به المقررة للاحكام القضائية كافة.

١. التزام الادارة بعدم تنفيذ القرار الملغى:-

عند صدور حكم قضائي بالغاء القرار الاداري فيتوجب على الادارة التي أصدرته الامتناع عن تنفيذه بمجرد صدور الحكم، كما ينبغي عليها وقف عملية التنفيذ اذا ما كانت قد بدأت به، كما لو أصدرت قرارا بازالة عدد من المنشآت ونفذت على بعضها ثم صدر حكم الالغاء، فحينها تلتزم بإيقاف عملية الازالة⁽²¹⁷⁾.

اما اذا نفذت الادارة القرار الملغى او أستمريت في تنفيذه، فان هذا التصرف يعد انتهاكا لمبدأ حجية الامر المقضي به، ويترتب عليه أثارة مسؤوليتها القانونية كما سنرى⁽²¹⁸⁾، فحكم الالغاء يؤدي الى أعدام القرار وبأثر رجعي كأنه لم يكن⁽²¹⁹⁾، وتنفيذه يعد عملاً مادياً مخالفاً للقانون، يمكن المتضرر من اللجوء للقضاء مرة أخرى للمطالبة بالغاء قرار الادارة السلبي المتمثل بالامتناع عن تنفيذ الحكم، كما يمكنه من المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار.

٢. التزام الادارة بعدم اعادة اصدار القرار الملغى:-

فعند صدور حكم قضائي بالغاء قرار اداري، تلتزم الادارة بعدم اعادة اصدار قرار جديد يحمل في مضمونه القرار الملغى، كما لو تحايلت باصدار قرار يؤدي الى عين النتيجة في القرار الملغى، ولكنه بأسلوب مختلف، او ان تصدر قرارا في موضوع ما وفي جزء منه يشتمل على أفكار وأهداف القرار الملغى.

(١) د. طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٣٦٤-٣٦٦.

(٢) د. مازن ليلو راضي - المرجع السابق - ص ٢٤٢.

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٠٩.

الا ان الادارة بإمكانها اعادة اصدار القرار الملغى اذا ما عالجت الاخطاء التي وقعت فيها أثناء اصدارها القرار المذكور ، وهذا يصح بالنسبة لأسباب البطلان المتعلقة بأركان الاختصاص والشكل والسبب والغاية ، اذ يصدر القرار من الجهة المختصة وبالشكل والاجراءات المقررة وبسبب صحيح ولغاية مشروعة (220).

بيد ان هذا التصحيح لا ينطبق في حالة بطلان محل القرار الاداري المخالف للقانون ، فالمحل هو أثر القرار الموجود في منطوقه (221) .

واذا ما كان باطلا لا يمكن تصحيحه الا بتعديل المنطوق ، وعندها لا يمكن وصف هذه الحالة بانها اعادة للقرار بعد تصحيحه ، وانما هي حالة اصدار قرار اداري جديد يختلف عن القرار الملغى . فمثلا اذا ما أصدرت الادارة قرارا بهدم منزل ، فان محل القرار هو عملية الهدم ، وبطلانه يعني وجوب الغاء القرار ، فاذا الغي وأصدرت الادارة قرارا آخر بالاستملاك مثلا ، فهذا يعد قرارا جديدا يختلف عن القرار الملغى .

هذا وان رقابة القضاء الاداري تكون أكثر تدقيقا وتمحيصا في حالة وجود عيب الانحراف في السلطة بالنسبة للقرار الاداري اذا ما أعادت الادارة اصداره بعد تصحيح الهدف من اتخاذه (222).

(٤) د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الأول - قضاء الألغاء - دار الفكر العربي - ١٩٦٦ - ص ٩٠٣-٩٠٤ .

(٥) د. مازن ليلو راضي - المرجع السابق - ص ٢٤٣ . و R.Bonnard - le droit administrative- 4 ed -Paris - 1943- p 29

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي - المرجع السابق - ص ٥٩٧-٥٩٩ .

المبحث الثالث

مخالفة الإدارة لالتزاماتها بصدد تنفيذ حكم الإلغاء

قد تخالف الإدارة التزاماتها المتعلقة بتنفيذ احكام الإلغاء بشكل او باخر ، بحيث تنتهك مبدأ حجية الامر المقضي به ، كما تمتاعها عن تنفيذ الحكم القضائي المذكور كلا او جزءا . او تصدر قرارا جديدا يعيد الحياة للقرار الملغى ، او تعمل على تعطيل آثار حكم الإلغاء بأستصدار تشريع او لائحة .

الفرع الاول

امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء

يعتبر امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء من الحالات النادرة لمخالفة الإدارة لالتزاماتها بشأن تنفيذ احكام الإلغاء ، اذ غالبا ما تتحايل الإدارة للتهرب من الحكم المذكور وقلما تمتنع بشكل صريح عن تنفيذ هذه الاحكام .

ومثال امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء ، هو امتناعها عن تنفيذ حكم مجلس الدولة الفرنسي (الذي الغى قرار عزل الطاعن من وظيفته في وزارة الحربية ، فرع ROUSSET في قضية) الطاعن المذكور دعوى جديدة لإلغاء قرار الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر بالإلغاء ، وطالب بتعويضه عن الاضرار التي أصابته نتيجة الامتناع .

وكذلك امتناع وزير الحربية في مصر عن تنفيذ حكم محكمة القضاء الاداري ، الصادر بإلغاء قرار أحالة أحد كبار ضباط الجيش الى المعاش ، فرع المحكوم له دعوى جديدة وطالب بالتعويض عما لحقه من أضرار وصدر الحكم لصالحه⁽²²³⁾ .

وقد أستقر الفقه والقضاء على اعتبار امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء قرارا اداريا سلبيا يجوز الطعن فيه بالإلغاء ، بل والمطالبة بالتعويض في حالة نشوء أضرار عنه ، ويعتبر الطعن المذكور من نفس طبيعة الطعن بالقرار الاصلي الملغى ، فالطلبات في الطعنين وان تباينت أشكالها بيد انها في غايتها وهدفها واحدة ، وان المحكمة التي الغت القرار الاصلي هي المختصة بالنظر في الطعن بالقرار السلبى الصادر بالامتناع⁽²²⁴⁾ .

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧١٠.

(٢) د. غازي فيصل مهدي - المرجع السابق - ص ٨١-٨٢.

هذا وقد تنفذ الادارة حكم الالغاء بشكل منقوص ، بحيث لا يحقق الاهداف كافة التي سعى اليها حكم الالغاء ، كما لو أعادت الموظف المفصول بقرار ملغى الى وظيفة أخرى أدنى في سلم الدرجات الوظيفية او لم تمنحه عند الاعادة ما يستحقه من علاوات وترقيات خلال مدة الفصل (225) .

وهنا لا يعتبر هذا التصرف بمثابة قرار سلبي للإدارة ، فهي أتخذت أجراء ايجابيا ، بيد انه يخالف الحكم القضائي جزئيا ، لذا فان من صدر حكم الالغاء لمصلحته ، له امكانية الطعن في القرارالذي أتخذته الادارة بدعوىعدم تحقيق القرار المذكور لفحوى وأهداف حكم الالغاء كافة .

الفرع الثاني

اعادة اصدار الادارة للقرار الملغى

قد تخالف الادارة التزاماتها بتنفيذ حكم الالغاء عن طريق اعادة اصدار القرار الملغى ، في الحالات التي لا يجوز لها أتخاذ مثل هذا القرار ، كما لو أصدرت قرارا كان قد الغي سابقا بحجة انها صححت أسبابه مثلا ، اوعالجت ما شابه من عيب ، رغم انها لم تقم بذلك فعلا . او تقوم بالتحايل على تنفيذ حكم الالغاء باصدار قرار جديد يحقق هدف القرار الملغى ، ولكن بوسيلة أخرى كما لو فصلت الموظف بغير الطريق التأديبي ،بعد ان الغت المحكمة الادارية العليا في مصر ،قرار الفصل التأديبي للموظف المذكور (226) .

وفي هذه الحالة يمكن الطعن بالقرار المذكور بالالغاء والمطالبة بالتعويض عما نجم عنه من أضرار .

الفرع الثالث

تعطيل حكم الالغاء باصدار قانون او لائحة

من الممكن قيام الادارة بتعطيل أثار حكم الالغاء عن طريق اصدار تشريع او لائحة ،في الانظمة التي يجوز فيها ذلك ، بحيث تصحح بالتشريع او اللائحة المذكورة العيوب التي من اجلها تم الغاء القرار الاصلي . او انها تجعل من القرار الملغى قانونا بحيث يمتنع عن القضاء الاداري فرض الرقابة عليه (227) .

(١) فهد عبد الكريم ابو العثم - القضاء أأداري بين النظرية والتطبيق - دار الثقافة للنشر والتوزيع -عمان - ٢٠٠٥- ص ٤١٣-٤١٤ .

(٢) د.عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧١١ .

(٣) المرجع نفسه - ص ٧١٢ .

وهذه الحالة يمكن معالجتها عن طريق الطعن بعدم دستورية القانون الذي تم تشريعه ، اذا ما وجدت رقابة دستورية ، وتوافرت أسباب عدم الدستورية .

اما اذا كان القانون المذكور موافقا للقانون فعندها يمكن الاحتجاج بتنفيذ حكم الالغاء الصادر قبل القانون بالتمسك بقاعدة عدم رجعية القوانين والانظمة ، وبذلك ينفذ حكم الالغاء بمعزل عن القانون الذي صدر لوقفه او أهدار تنفيذه .

جدير بالاشارة اليه ان الادارة ملزمة بتنفيذ حكم الالغاء دون مناقشة او تشكيك ، طالما حاز الحكم المذكور حجية الامر المقضي به ، وبخلافه فان تشكيكها يعد مساسا بالحجية المذكورة وهو أمر غير جائز ، اضافة الى ان الادارة لا يمكنها الامتناع عن تنفيذ حكم الالغاء بحجة عدم توافقه مع المصلحة العامة، بل والاكثر من ذلك لا يمكنها الاحتجاج بمخالفة حكم الالغاء للقانون ، حتى لو كانت المخالفة موجودة لان الادارة لا يمكنها مراقبة القضاء والعكس صحيح ، واذا ما فعلت وأمتنعت عن التنفيذ فان عملها هذا يعتبر مساسا بمبدأ الحجية الذي يعتبر من النظام العام⁽²²⁸⁾.

(2) فهد عبد الكريم أبو العثم - المرجع السابق - ص ٤١٣ - ٤١٤ .

المبحث الرابع

الجزاء المترتبة على امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء

إذا ما تنكرت الإدارة لأحكام الإلغاء وأمعنت في النيل من مبدأ الحجية ، فإن القضاء الإداري لا يمكنه إجبارها على تنفيذ الأحكام المذكورة بإصدار الأوامر والنواهي ، لأنه لا يملك هذه السلطة على الإدارة كما أنه محكوم بمبدأ استقلال السلطات ، كما أن القضاء لا يستطيع أستعمال التهديد المالي لالزام الإدارة بالتنفيذ نظرا لاستقلال الأخيرة عنه (229) .

ورغم ذلك فإن الإدارة ملزمة بأحترام مبدأ حجية الأمر المقضي به ، وانتهاكها له يعد انتهاكا لمبدأ سيادة القانون ، الذي يقرر المبدأ السابق ، ويلزم الكافة بتطبيق أحكام القضاء . فالأحكام القضائية إذا ما حازت حجية الأمر المقضي به تقترب من القانون - على حد تعبير بعض الفقهاء - بل هي القانون نفسه ، لكنه مطبق على وقائع فردية بشكل مباشر (230) .

لذلك فإن القانون يقرر جزاءات محددة تفرض في حالة انتهاك الإدارة لالتزامها بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بالإلغاء ويقرر مسؤوليتها المدنية والجنائية على المخالف في حالة الامتناع عن التنفيذ .

المطلب الأول

الجزاء المدني المفروض على الإدارة في حالة مخالفتها لتنفيذ أحكام الإلغاء

تعتبر مخالفة الإدارة لالتزاماتها في تنفيذ أحكام الإلغاء عملا غير مشروع ، وبالتالي يرتب القانون مسؤوليتها المالية بتعويض المتضررين من جراء هذه المخالفة ، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة عن مخالفتها لالتزامها بتنفيذ حكم الإلغاء ، والذي اعتبره عملا غير مشروع يشكل خطأ مرفقيا جسيما ، وبأي صورة كان ، سواء بالامتناع الكلي أو الجزئي عن تنفيذ حكم الإلغاء ، أو باعادة اصدار القرار الملغى أو تأجيل تنفيذه لفترة طويلة (231) .

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧١٢ .

(٢) د. صلاح الدين الناهي - مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية - ط

١ - دار المهدي للنشر والتوزيع - ١٩٨٣ - ص ١٥ .

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧١٣ .

كما اقر القضاء الاداري المصري مسؤولية الادارة المالية في تعويض المتضرر ،نتيجة مخالفتها لتنفيذ حكم الالغاء واعتبرها(مخالفة قانونية صارخة تستوجب مسؤولية الحكومة عن التعويضات) (232).

اما في العراق فان الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة سلكت مسلكا مغايرا لما سلف ذكره ، فقد نقضت حكما لمحكمة القضاء الاداري قضى بالزام الهيئة العامة للضرائب بتنفيذ حكم صادر من محكمة بداءة الاعظمية في الدعوى المرقمة ٨٨٣ / ب / ١٩٩٦ ، يقضي بتملك المدعية دارا وتسجيلها باسمها استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ، معللة ذلك بان الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية يعد جريمة جنائية تنطبق والمادة (٢/٣٢٩) من قانون العقوبات ،لذا فالطعن المذكور لا يدخل ضمن اختصاص محكمة القضاء الاداري ،الذي ينحصر في النظر بصحة الاوامر والقرارات الادارية الصادرة من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي والتي لم يحدد مرجع للطعن فيها ، علما ان المجلس كرر المبدأ المذكور في قرارين آخرين له بالرقم ٤١/اداري تمييز / ١٩٩٨ و ٤٢/اداري تمييز / ١٩٩٨ والمؤرخين في ٢٩/٦/١٩٩٨ . ان المنحى الذي تبعته الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة محل نظر ، فطبقا للقرارات سالفة الذكر لا يعتبر تصرف الهيئة العامة للضرائب بمثابة قرار سلبي بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي حاز حجية الامر المقضي به ، كما لايمكن حسب التوجه المذكور المطالبة بالتعويض عن الاضرار المترتبة على هذا الامتناع .

وعليه فان التوجه السابق غير سليم من الناحية القانونية ، فمحكمة القضاء الاداري وحسب المادة (٧/ ثانيا / ٣/هـ) مختصة بالنظر في رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام عن اتخاذ قرار او أمر كان من الواجب عليها اتخاذه قانونا ،ولذلك فان الامتناع المذكور يمثل قرارا سلبيا من جانب الادارة يجوز الطعن فيه بالالغاء امام محكمة القضاء الاداري ، والمطالبة بالتعويض أستنادا لاحكام المسؤولية التقصيرية (233) .

كذلك قد تثار المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ بالاستقلال او بالمشاركة مع الادارة ، فقد يتحمل الموظف تبعات تعويض الاضرار المترتبة على امتناعه من ماله الخاص اذا كان الخطأ المسبب للضرر خطأ شخصيا . اذ أستقر القضاء الاداري في فرنسا والاردن على اعتبار امتناع الموظف العام عن تنفيذ الاحكام القضائية لاسيما تلك الصادرة عن محاكم القضاء الاداري

(٤) د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون - الطبعة الثالثة - دار النهضة

العربية - ١٩٧٦ - ص ٦٣.

(١) د.غازي فيصل مهدي - المرجع السابق - ص ٨٢ - ٨٣.

أخطاء شخصية يتحمل الموظف الممتنع فيها مسؤولية تعويض الأضرار الناجمة من ماله الخاص (234).

كما قد يتشارك كل من الموظف العام والإدارة في تعويض أضرار الامتناع عن تنفيذ أحكام الإلغاء ، فقد قرر مجلس الدولة المصري مسؤولية الموظف الشخصية بالاشتراك مع الحكومة في تعويض الضرر الناجم عن امتناعه في تنفيذ أحكام الإلغاء (235).

ونعتقد أنه ينبغي تحميل الموظف الممتنع عن التنفيذ مسؤولية تعويض الأضرار الناجمة عن تصرفه بشكل كامل وبالتضامن مع الإدارة ، بحيث تعود هذه الأخيرة عليه في استقطاع ما دفعته من أموال لتعويض الأضرار .

المطلب الثاني

الجزاء الجنائي المفروض على مخالفة تنفيذ حكم الإلغاء

تتص القوانين عادة على فرض عقوبات جنائية معينة في حالة امتناع الموظف العام عن تنفيذ الأحكام القضائية بشكل عام ، وتدخل أحكام الإلغاء ضمن الأحكام المذكورة لذلك فإن الامتناع عن تنفيذها يشكل جريمة جنائية يعاقب عليها القانون .

وعليه نصت القوانين على تجريم الموظف العام الذي يسعى إلى إعاقة أو تأخير تنفيذ أحكام الإلغاء أو الامتناع عن تنفيذها .

فقد نصت المادة (١٢٣) من قانون العقوبات المصري المعدلة سنة ١٩٥٢ على أن (يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح ، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من أي جهة مختصة . كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمدا عن تنفيذ حكم مما ذكر بعد ثمانية أيام من إذاره على يد محضر ، إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخل في اختصاص الموظف).

وبذلك فإن المشرع المصري عاقب الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام أو عمل على إيقاف تنفيذها ، بالحبس والعزل ، واشترط لتحقيق جريمة الامتناع عن التنفيذ شرطين ، الأول هو إذار الموظف

(٢) د. علي خطار شطناوي - موسوعة القضاء الإداري - الجزء الثاني - عمان ٢٠٠٤ - ص ٩٦٦.

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧١٤.

المختص والممتنع عن التنفيذ على يد محضر ،والثاني ان تمر ثمانية ايام على هذا الانذار دون انصياحه لتنفيذ الحكم⁽²³⁶⁾ .

كما نصت الفقرة الاولى من المادة (١٨٢) من قانون العقوبات الاردني المرقم (١٢) لسنة ١٩٦٢ على ان (كل موظف يستعمل سلطة وظيفته مباشرة او بطريق غير مباشر ليعوق او يؤخر تنفيذ احكام القوانين او الانظمة المعمول بها او جباية الرسوم و الضرائب المقررة قانونا او تنفيذ قرار قضائي او اي أمر صادر عن سلطة ذات صلاحية يعاقب بالحبس من شهر الى سنتين) ،وبذلك كان المشروع الاردني أكثر تحديدا في نصه على الاحكام القضائية ،واعتبار اعاقة او تاخير تنفيذها جريمة جنائية .

كذلك نصت الفقرة ١ و ٢ من المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على ان (١/يعاقب بالحبس وبالغرامة او بأحدى هاتين العقوبتين كل موظف او مكلف بخدمة عامة أستغل سلطة وظيفته في وقف او تعطيل تنفيذ الاوامر الصادرة من الحكومة او احكام القوانين والانظمة او اي حكم او أمر صادر من إحدى المحاكم او من اية سلطة عامة مختصة ، ٢/ يعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف او مكلف بخدمة عامة أمتنع عن تنفيذ حكم او أمر صادر من إحدى المحاكم او من اية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية ايام من انذاره رسميا بالتنفيذ متى كان تنفيذ الحكم او الامر داخلا في اختصاصه) .

وعليه فان القانون العراقي يفرض نفس العقوبة على الموظف الذي يعمل على ايقاف او تعطيل احكام القضاء وغيرها او يمتنع عن تنفيذها شرط ان يتم انذاره رسميا بالتنفيذ ، وان تمر ثمانية ايام على هذا الانذار .

وقد سلكت التشريعات هذا المسلك في تجريم الموظف العام المخالف للالتزاماته بصدد تنفيذ احكام الالغاء سعيا منها الى حماية مبدأ المشروعية ،وتعزيز مفهوم دولة القانون ،لاسيما بالنسبة للقائمين على الحكومة ،فهو بهذا الشكل تعطي انموذجا لمحاسبة الحكومة اذا ما خالفت التزاماتها بهذا الصدد ،وتعطي مثالا واقعيا لخضوع الحكام والمحكومين للقانون ، وبخلافه تضيع حقوق الافراد وتستباح الحرمات ولا يبقى للقانون اية قيمة ، فالمواطن العادي اذا ما رأى حكومته تسعى الى خرق القوانين فسوف تسول له نفسه السير في هذا المنزلق فتضيع هيبة الدولة وتخف قوة القانون .

من جانب آخر قد تنص الدساتير صراحة على معاقبة المخالفين لتنفيذ الاحكام القضائية ، كما فعل الدستور المصري لسنة ١٩٧١ حينما نص في المادة ٧٢ منه على ان (تصدر الاحكام وتنفذ بأسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها او تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين

(١) عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السابق - ص ٧١٤ .

جريمة يعاقب عليها القانون .وللمحكوم له في هذه الحالة رفع الدعوى الجنائية مباشرة الى المحكمة المختصة) .

ومن خلال ما تقدم نجد ان المحكوم له يستطيع تحريك شكوى جزائية ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ احكام الالغاء أستنادا الى المواد المذكورة انفا ، بالاضافة الى المطالبة بحقوقه الاخرى التي ذكرت في السابق (237) .

(١) د. غازي فيصل مهدي - المرجع السابق - ص ٨٣.

المبحث الخامس

الاستثناءات الواردة على قاعدة التزام الادارة بتنفيذ أحكام الالغاء

قد تواجه الادارة صعوبات معينة تأخر عملية تنفيذ احكام الالغاء وأحيانا تؤدي الى أستحالة تنفيذها ، وهذه الحالات تعتبر أستثناء على قاعدة وجوب تنفيذ الاحكام المذكورة ، كونها تخرج عن قدرة الادارة في التنفيذ ، وبالتالي تنتفي مسؤوليتها اذا ما تأخرت في التنفيذ او امتنع عليها أجراءه ، كما لو تأخر التنفيذ لأسباب روتينية كتابية او لان الحكم كان غامضا في منطوقه ، او اذا كان التنفيذ سيقود الى اضطرابات جسيمة تهدد الامن والنظام العام ، او لان القرار الملغى جرى تنفيذه ولم يعد بالامكان الرجوع عنه .

الفرع الاول

تاخير التنفيذ بسبب الاجراءات الروتينية

تحتاج الادارة الى فترة زمنية معقولة لأستكمال أجراءات تنفيذ حكم الالغاء ، من خلال أ اتخاذ سلسلة من الاجراءات والقرارات عن طريق أجراء المكاتبات والمفاتحات بين الوزارات او الدوائر المختصة لاعادة الحال الى ما كان عليه ، ومن غير المعقول والمقبول المطالبة بالتنفيذ الفوري لحكم الالغاء خارج السياقات المذكورة انفا (238) .

ولذلك تنتفي مسؤولية الادارة في حالة تاخير تنفيذ حكم الالغاء للأسباب المذكورة ، ولا يحق للمحكوم له المطالبة بالتعويض بسبب التاخير لهذه الاسباب ، وقد أكدت المحكمة الادارية العليا في مصر هذا المبدأ وقررت انه (اذا كان السبب في تأخير تنفيذ الحكم انما يرجع الى تبادل المكاتبات في شأن التنفيذ ... ولم يكن هذا التاخير نتيجة تقصير من الوزارة ومن ثم يكون طلب التعويض على غير أساس سليم من القانون متعينا رفضه) (239) .

وما يؤكد عدم تقصير الادارة في التنفيذ هو اتخاذها للاجراءات كافة المؤدية الى التنفيذ ، والتي تشكل مظهرا من مظاهر السير في تنفيذ حكم الالغاء وينفي رغبتها في مخالفة التزامات التنفيذ (240) . ورغم ان مسألة تحديد المدة اللازمة لتنفيذ الادارة لحكم الالغاء هي مسألة تقديرية للادارة وبحسب ما تحتاجه ، الا ان ذلك لا يعني إطلاق يدها في هذا المجال فهي ملزمة بالوقت المعقول للايفاء بالتزامها

(١) فهد عبد الكريم أبو العثم - المرجع السابق - ص ٤١٦ .

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧١٦ .

(٣) فهد عبد الكريم أبو العثم - المرجع السابق - ص ٤١٦ .

،وفي هذا الزمت محكمة القضاء الاداري المصرية الادارة بـ(ان تقوم بتنفيذ الاحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورها واعلانها ، فان هي تقاعست او امتنعت دون حق عن التنفيذ في وقت مناسب أعتبر هذا الامتناع قرارا سلبيا مخالفا للقانون ، يوجب لصاحب الشأن حقا في التعويض) (241). وعليه فان الادارة ملزمة بوقت معقول لتنفيذ حكم الالغاء ، فان هي ماطلت وتأخرت جاز للمتضرر المطالبة بالتعويض .

الفرع الثاني

تأخير التنفيذ بسبب غموض الحكم

يكتسب منطوق حكم الالغاء الصادر والاسباب الجوهرية المرتبطة به .،حجية الامر المقضي به ،ويصبح واجب التنفيذ اذا كان واضحا ومحددا لا لبس فيه فتلزم الادارة بتنفيذه بالكيفية التي حددها القضاء ،وهنا لا توجد معضلة في التنفيذ .

ولكن في بعض الاحيان يصدر الحكم القضائي مبهما خاليا من بيان كيفية تنفيذه فيؤدي هذا الغموض الى عقبات في عملية التنفيذ ،وهنا لا تستطيع الادارة الاحتجاج بالغموض لغرض تحقيق أهداف القرار الملغى ،وتترتب مسؤوليتها القانونية اذا ما استمرت في التنفيذ وعمدت الى استنفاد وتحقيق أهدافه ،اذ ينبغي عليها تنفيذ حكم الالغاء حسب روح الحكم القضائي وغاياته ، واذا لم تتمكن من تحقيق ذلك فعليها وقف تنفيذ القرار الملغى والتوجه الى الجهات المختصة لغرض تفسير وايضاح حكم الالغاء .

وفي هذا الشأن اوضحت محكمة القضاء الاداري المصرية بان تنفيذ الحكم يكون حسب مقتضاه،اذ قررت بـ(ان الحكم بالغاء قرار اداري قد لا يعين في المنطوق ما الذي سينصب عليه التنفيذ بالذات ، فلزم ان يكون اجراء هذا التنفيذ على مقتضى الحكم حسبما يبين من أسبابه في حدود الموضوع الذي تناوله القرار المقضي بالغاءه وفي ضوء ما تتنازع عليه الطرفان وتجادلا فيه وقالت فيه المحكمة كلمتها ، اذ على هدى ذلك يمكن تفهم مقتضى الحكم وتقصي مراميه) (242) .

ونعول على القضاء كثيرا في عدم اصدار مثل هذه الاحكام فوفق الشروط والامكانيات المطلوبة في القاضي ، لا بد وان يتقن صياغة احكامه بالشكل الذي يضمن فض النزاع ، فمعروف ان وظيفة القضاء هي فض المنازعات وحل الخصومات ، ومن قبيل هذه الاقضية - اي المبهمة - تؤدي الى

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧١٦.

(٢) المرجع نفسه - ص ٧١٧.

أثارة النزاع من جديد ، عليه ففي الدول التي قطعت شوطا طويلا في بناء العملية القضائية ، لا يمكن القبول بوجود اقصية واحكام من هذا النوع .

الفرع الثالث

أستحالة تنفيذ الحكم المؤدي الى اضطرابات تمس النظام العام.

تستطيع الادارة الامتناع عن تنفيذ حكم الالغاء اذا كان التنفيذ المذكور يقود الى زعزعة النظام العام ، والتأثير على أستقرار الامن ، او الاضرار بحسن سير المرفق العام بشكل مغل بالمصلحة العامة ، وهنا يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة شرط ان تقدر الضرورة بقدرها ، وان يعوض المتضرر ، اذا كان لذلك مقتضى⁽²⁴³⁾ .

وعليه فان الادارة تملك سلطة تقديرية في هذا الشأن ، فلها ان تمتنع عن تنفيذ حكم الالغاء اذا رأت ان في تنفيذه اخلال جسيم بالنظام العام والمصلحة العامة . وعلى هذا السياق سار مجلس الدولة الفرنسي ، اذ قضت احكامه بتعويض المحكوم له عند أستحالة تنفيذ حكم الالغاء لأسباب تتعلق بتهديد النظام العام بشكل جسيم ، اذ يمكن للأدارة حينها الامتناع عن تنفيذ الاحكام المؤدية الى اضطرابات جسيمة بالنظام العام⁽²⁴⁴⁾ .

كما سارت المحكمة الادارية العليا في مصر على نفس النهج حينما قررت بانه (ولئن كان القرار الاداري لا يجوز في الاصل ان يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي والا كان مخالفا للقانون ، الا انه اذا كان يترتب على تنفيذه فورا اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه ، لحدوث فتنة او تعطيل سير المرفق العام ، فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص ولكن بمراعاة ان تقدر الضرورة بقدرها ، وان يعوض صاحب الشأن ان كان لذلك وجه)⁽²⁴⁵⁾ .

ومن خلال ما تقدم يمكن تحديد شروط امتناع الادارة عن التنفيذ وهي⁽²⁴⁶⁾ :-

١. وجود خطر جسيم يهدد النظام العام او قد يترتب نتائج خطيرة على مرفق عام معين .
٢. ان يتعذر دفع الخطر المذكور بالطرق القانونية العادية .
٣. ان يكون هدف الامتناع هو المحافظة على المصلحة العامة وحدها .

(١) د. سليمان الطماوي - قضاء ألغاء - ١٩٨٦ ص ١٠٦٥ .

(٢) د. غازي فيصل مهدي - المرجع السابق - ص ٨٢ .

(٣) عبد الغني بسيوني عبدالله - المرجع السابق - ص ٧١٨ .

(٤) فهد عبد الكريم ابو العثم - المرجع السابق - ص ٤١٧ .

٤. ان يكون الامتناع بالقدر الذي يمكن ان يدفع الخطر المحدق بالنظام او المرفق العام ولا يجوز التجاوز عن ذلك ،اذ ينبغي ان تقدر الضرورة بقدرها .

الفرع الرابع

أستحالة التنفيذ لتعذر ازالة الاثار المادية للقرار الملغى

فقد يستحيل على الادارة احيانا تنفيذ حكم الالغاء بسبب تنفيذها للقرار الملغى - قبل صدور حكم الالغاء - بشكل ادى الى اعمال كل مضمون القرار ، واصبح من غير الممكن ازالة الاثار المادية للقرار المذكور ، وانتفت امكانية تطبيق حكم الالغاء بأثر رجعي ، وحينها لا يكتسب حكم الالغاء سوى قيمة نظرية بحتة ، ليس له اي تأثير على الواقع العملي ، كما لو قررت الادارة هدم منزل والغي هذا القرار ، بيد ان عملية الهدم تمت بشكل كامل ، فعندها لا يمكن تنفيذ مضمون حكم الالغاء . والملاحظ ان مجلس الدولة الفرنسي يستمر في النظر بدعوى الالغاء حتى لو أستحال تنفيذ الحكم الصادر عنه ، وذلك أحتراما لمبدأ المشروعية وتطبيقا للقواعد القانونية (247) .

وفي بعض الاحيان يستحيل ازالة الاثر المادي للقرار الاداري الملغى في جزء منه ، في حين يكون بالامكان تنفيذ حكم الالغاء في الجزء الاخر ، وذلك عندما لا يستتفد التنفيذ كل آثار الحكم ، كالحكم بالغاء الترخيص بمزاولة نشاط معين ، بعد مرور عدة اعوام على ممارسة هذا النشاط (248) . وفي الاحوال كافة المؤدية الى استحالة التنفيذ الكلي او الجزئي لحكم الالغاء ينبغي تعويض المتضرر عما لحقه بسبب تنفيذ القرار الملغى (249) .

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي - المرجع السابق - ص ٦٠٣ .

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٠٦ .

(٣) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة - أثار حكم ألغاء - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة القاهرة

- ١٩٧٠ - ص ٣٤١ وما بعدها .

الخاتمة

يتمتع حكم الالغاء بحجية الامر المقضي به ، مثل سائر الاحكام القضائية القطعية ، ولذلك تلتزم الادارة بتنفيذه بشكل كامل غير منقوص ، والا ترتب على الامتناع الكثير من التبعات القانونية ، بيد انه ولكي يكون حكم الالغاء ملزما للادارة لابد وان تتوافر فيه شروط الحكم القضائي المعروفة ، وهي ان يكون قضائيا وان يكون قطعيا ، وحينها يفرض على الادارة تنفيذه بالشكل والاسلوب الذي صدر فيه ويترتب عليها التزامان رئيسيان :-

الاول :- ايجابي باتخاذها الاجراءات كافة المؤدية الى اعادة الحال الى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغى .

الثاني :- سلبي بان تمتنع عن اتخاذ اي اجراء يقود الى تنفيذ القرار الملغى كلا او جزءا . هذا وينبغي على الادارة الالتزام بازالة آثار القرار الملغى - اذا كان قرارا ايجابيا - وبشكل كامل ، وبخلافه ينبغي على القضاء اتخاذ كافة الاجراءات القضائية بحقها ومن بينها تعويض المتضرر عند الاقتضاء .

كما يجب على الادارة - في حالة القرار السلبي - اتخاذ القرار الذي كان عليها اتخاذه ، وترتيب اثاره القانونية بالشكل الذي صدر فيها حكم الغاء القرار السلبي .

بالاضافة لما تقدم فاننا وفي صدد تنفيذ حكم الالغاء نوصي بالاتي :-

١ . اذا تم الطعن بالقرارات الادارية الفردية المستندة الى قرار تنظيمي ولم يطعن بالقرار الاخير والذي ثبت عدم مشروعيته ، فعندها ينبغي على المحكمة المختصة الغاء القرار التنظيمي المذكور ، وبخلافه ستستمر الادارة في اصدار قرارات فردية مستندة الى هذا القرار المخالف للقانون .

٢ . اذا صدر حكما بالغاء قرار اداري داخل في عملية تعاقدية ، بيد انه صدر لمصلحة شخص اجنبي ، ولم تتحقق مصلحة الافراد في هذا الحكم ، ورغم ان العقد مخالف للقانون يرى البعض

بانه لا يمكن للقضاء أجبار الاطراف على تنفيذ حكم الالغاء . بيد اننا نعتقد بانه ينبغي على القضاء باعتباره رقيب على الادارة ، ان يلزمها على أتباع الحكم ما دام العقد الذي أبرمته مخالفا للقانون .

٣. اذا ماسعت الادارة او عملت - في الانظمة التي يجوز فيها ذلك - الى تشريع قانون او لائحة ، تعطل اثار حكم الالغاء فعندها يجوز التمسك بمبدأ عدم رجعية القوانين والانظمة واللوائح وتنفيذ حكم الالغاء بمعزل عن القانون الذي صدر لتعطيله .

كذلك يترتب على مخالفة الادارة لالتزاماتها بصدد تنفيذ حكم الالغاء أثار قانونية ، منها ما يثير مسؤوليتها المالية وبالتالي تعويض المتضرر ، ومنها ما يثير مسؤولية المخالف الجزائية الشخصية . علما اننا نقترح ان يتحمل الموظف العام المخالف لتنفيذ حكم الالغاء المسؤولية الكاملة عن تعويض الاضرار الناجمة عن تصرفه هذا .

واخيرا فان قاعدة التزام الادارة بتنفيذ حكم الالغاء يرد عليها بعض الاستثناءات كما لو تأخرت الادارة عن التنفيذ لأسباب كتابية وروتينية ، او بسبب غموض منطوق حكم الالغاء او لان التنفيذ يهدد النظام العام او لان الحكم القضائي أصبح غير ممكن التنفيذ بسبب استحالة ازالة الاثار المادية المترتبة على القرار الملغى .

المراجع

أولاً :- باللغة العربية

١. احمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الاثبات - ١٩٧٨ .
٢. حسين المؤمن - نظرية الاثبات /القرائن وحجية الاحكام والكشف والخبرة - الجزء الرابع - بيروت - ١٩٧٧ .
٣. د. سليمان مرقس - أصول الاثبات وأجراءاته في المواد المدنية - الجزء الثاني - الطبعة الرابعة - ١٩٨٦ .
٤. د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الاداري - الكتاب الاول - قضاء الالغاء - دار الفكر العربي - ١٩٦٦ .
٥. د. صلاح الدين الناهي - مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الاردنية الهاشمية - ط ١ - دار المهد للنشر والتوزيع - ١٩٨٣ .
٦. د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون - ط ٣ - دار النهضة العربية - ١٩٧٦ .
٧. د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة - قضاء الالغاء - دار النهضة العربية - ١٩٨٤ .
٨. فهد عبد الكريم أبو العثم - القضاء الاداري بين النظرية والتطبيق - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٥ .
٩. د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الاداري - الطبعة الثالثة - الاسكندرية - ٢٠٠٦ .

١٠. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط - الجزء الثاني - ١٩٢٦ .
١١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الاول - مصادر الالتزام - ١٩٥٢ .
١٢. د. عصمت عبد المجيد بكر - الوجيز في شرح قانون الاثبات - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩٧ .
١٣. د. علي خطار شطناوي - موسوعة القضاء الاداري - الجزء الثاني - عمان - ٢٠٠٤ .
١٤. د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة - أثار حكم الالغاء - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة القاهرة - ١٩٧٠ .
١٥. د. غازي فيصل مهدي - تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام - الطبعة الاولى - بغداد - ٢٠٠٤ .
١٦. المحامي د. كامل السعيد - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٥ .
١٧. محمد عبد اللطيف - قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية - الجزء الثاني - القاهرة - ١٩٧٢ .
١٨. المحامي محمد علي الصوري - التعليق المقارن على قانون الاثبات - الجزء الثالث - بغداد - ١٩٨٣ .
١٩. د. محمد العبادي - قضاء الالغاء - عمان - ١٩٩٥ .
٢٠. د. مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الاداري ومجلس الدولة - الطبعة الثالثة - منشأة المعارف بالاسكندرية - ١٩٦٦ .
٢١. د. مازن ليلو راضي - القضاء الاداري - الطبعة الاولى - دار قنديل للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٥ .

ثانياً :- باللغة الفرنسية

1. NICOLAS VALTICOS -L AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE AU CRIMINEL SUR LE CIVIL -1953.
2. ANDRE DE LAUBADEARE - TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF- 3ED - 1963 .
3. DELVOLLE- L ACTE ADMINISTRATIF - SIREY -1983.
- 4.R.BONNARD - LE DROIT ADMINISTRATIVE - 4ED - PARIS - 1943 .



التأمين الإلزامي من حوادث المركبات في القانون الأردني

د. هيثم حامد المصاروه

كلية الحقوق – جامعة العلوم التطبيقية

مقدمة

يحتل التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث المركبات أهمية بالغة من الناحية العملية، فما من شخص في المجتمع يكاد ان ينأى بنفسه عن التعرض لاحكام هذا النوع من التأمين، فالأمر لا يقف عند حد الأشخاص الذين يملكون مركبات ويقع عليهم التزام قانوني بالتأمين عليها، بل انه يتعداهم ليطال شريحة اعظم من الأشخاص هم المارون في الطرق العامة، ركابا كانوا أو مشاة، ذلك ان أي منهم قد يكون صاحب حق في مطالبة شركة التأمين بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء تعرضه لحادث سير .

ولما كان الأمر بهذه الأهمية فقد أدرك المشرع منذ زمن ليس بالقريب أهمية معالجته بأحكام خاصة تتفرد عما هو مقرر في القواعد العامة، وتلاءم الخصوصية التي يتميز بها، فاصدر نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٥، والذي بقي مطبقا إلى فترة تربو على ستة عشر عاما، حيث عاد فاصدر نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ (النافذ)، والذي عززه بحزمة من التشريعات التي تغطي العديد من جوانب ذات الصلة.

وبالرغم من تلافي أحكام نظام التأمين الإلزامي النافذ للعديد من العيوب والثغرات التي كانت تعتور سابقه، إلا ان الواقع العملي مع ما يلزمه من حوادث كثيرة متجددة يشير بين فترة وأخرى إلى ضرورة مراجعة أحكام هذا النظام لتخليصه مما قد يشوبه من غموض أو نقص أو هنات، وبما لا يغفل الاعتبار المختلفة التي حدثت بالمشرع إلى إصدار هذا النظام، هذه الاعتبارات التي تتصل بمحاولة الحد من حوادث السير وتحقيق السلامة المرورية على الطرقات، ولا تنتهي عند تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة الثلاث، المضرور، المؤمن له، شركة التأمين، واللذين يتصل كل واحد منهم بعلاقة مع الطرفين الآخرين، علاقة قد تجعل أحدهم يتمتع بحق أو يتحمل بالتزام.

وبعبارة أخرى، فان عقد التأمين الإلزامي يرتب حقوقا والتزامات بين طرفيه: المؤمن والمؤمن له، كما يمنح للمضرور الحق بالتعويض عما أصابه من أضرار ويمنحه في سبيل ذلك حق المطالبة به بواسطة دعوى مباشرة يرفعها في مواجهة شركة التأمين، إلا ان وجود مثل هذه الحقوق والالتزامات المتشعبة والمتشابكة أحيانا قد يثير مشكلات وتساؤلات عدة، من قبيل التساؤل عن مدى ما تلتزم به شركة التأمين في مواجهة غيرها من أشخاص؟ وهل يكون لتلك الشركة الحق في استرداد ما تدفع من تعويضات إذا كانت الأضرار المترتبة على حادث السير تتصل بخطأ عمدي أو جسيم ينسب إلى قائد المركبة؟

وبناء عليه فان دراسة موضوع التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات يمكن توزيعها على محاور ثلاثة نخصص لكل منها مبحث مستقل، كالآتي:

المبحث الأول: نطاق التأمين الإلزامي من حوادث المركبات

المبحث الثاني: الدعوى المباشرة

المبحث الثالث: حق المؤمن له في الرجوع على المؤمن له والمتسبب

المبحث الأول

نطاق التأمين الإلزامي من حوادث المركبات

لا شك في ان شركة التأمين تلتزم بتعويض الأضرار الناجمة عن حوادث المركبات، ولكن التساؤل الذي قد يطرح هنا يتعلق بنطاق التزام هذه الشركة، فهل تكون الشركة مسؤولة عن تغطية جميع المركبات التي تحدث أضراراً، أم ان مسؤوليتها تنعقد بخصوص طائفة منها دون الباقي؟ وإذا ما وقعت الأضرار التي تكون الشركة ملزمة بالتعويض عنها، هل تلتزم الشركة بكامل التعويض مهما بلغ مقداره أم ان لمسؤوليتها حدود لا يجوز تخطيها؟

لقد حدد المشرع الأردني النطاق الذي يطبق فيه نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث المركبات من خلال تحديده للمركبات الواجب التأمين عليها، فضلاً عن تمييزه بين الأضرار المشمولة بالتعويض عن غيرها من الأضرار.

وعليه فإن نطاق التأمين الإلزامي يمكن عرضه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : نطاق التأمين الإلزامي من حيث المركبات

المطلب الثاني : نطاق التأمين الإلزامي من حيث الأضرار

المطلب الأول

نطاق التأمين الإلزامي من حيث المركبات

لم يحدد نظام التأمين الإلزامي المقصود بالمركبة مباشرة، فالمادة الثانية منه أحالت في تحديد ذلك إلى قانون السير النافذ المفعول⁽²⁵⁰⁾، والذي عرّف المركبة على أنها (أي واسطة من وسائط النقل البري تسير بقوة آلية بما في ذلك وسائط الجر أو الرفع أو الدفع ذات عجلات ولا تشمل وسائط النقل المعدة للسير على الخطوط الحديدية)⁽²⁵¹⁾.

وطبقاً للتعريف السابق فإن لا أهمية للتسمية أو الحجم أو الغرض أو الفئة المرخصة بها المركبة، أو حتى الدولة المسجلة بها، أو الجهة العائدة إليها، فيستوي في ذلك أن تسمى المركبة سيارة أو حافلة أو صهريج، كما لا فرق في ذلك بين مركبة كبيرة أو صغيرة، معدة لنقل الأشخاص أو البضائع، أو تستخدم لإغراض أخرى كما هي الحال بالنسبة للحفارات، والجرارات، والرافعات، والقاطرات

(٢٥٠) جاء في المادة الثانية من نظام التأمين الإلزامي ما يأتي: (المركبة: كما هي معرفة في قانون السير النافذ المفعول).

(٢٥١) انظر (٢) قانون السير رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠١.

المجهزة لجر المقطورات، أو الناقلات المصممة لحمل المركبات الأصغر أو غيرها من الأشياء، كما لا فرق في ذلك ان كانت تلك المركبة للاستعمال الخاص أم بالأجرة، وسواء أكانت أجنبية أم وطنية، عائدة للأشخاص الطبيعية أو المعنوية كالقوات المسلحة أو الأمن العام والدفاع المدني أو الشركات الخاصة أو الجمعيات، فجميع هذه الوسائط تعد مركبات، وهي بالتالي مشمولة بأحكام التأمين الإلزامي، الأمر الذي أكدته المادة الرابعة من نظام التأمين الإلزامي أيضاً، إذ نصت على ما يأتي: (أ). تخضع لاحكام هذا النظام جميع المركبات، بما فيها غير الأردنية القادمة إلى المملكة أو المارة فيها، ولهذه الغاية تعتمد الاتفاقيات الدولية التي تمت مصادقة المملكة عليها بما في ذلك الاتفاقيات الخاصة بالتأمين الإلزامي.

ب. تستثنى من أحكام هذا النظام المركبات التي تخضع في تسجيلها وترخيصها إلى تشريعات أو إجراءات أخرى⁽²⁵²⁾.

إذن فلا يستثنى من نظام التأمين الإلزامي أي من وسائط النقل البري سوى القطارات المصممة للسير على السكك الحديدية، والعربات التي لا تسير بقوة الدفع الآلي كالعربات التي تجرها الخيول، فضلاً عما يستثنى بموجب تشريعات خاصة، أما ما خلا وسائط النقل هذه فلا يسمح بتسجيله أو الترخيص باستعماله أو حتى دخوله إلى أراضي المملكة قبل التأمين عليه.

المطلب الثاني

نطاق التأمين الإلزامي من حيث الأضرار

وضع المشرع الأردني حدوداً للأضرار التي تلزم شركات التأمين بتغطيتها بموجب نظام التأمين الإلزامي، إلا أنه عاد في الوقت نفسه ولاعتبارات مختلفة ليستثنى بعض الأضرار من نطاق تغطية شركات التأمين.

أولاً : الأضرار المشمولة بالتأمين الإلزامي

^(٢٥٢) لقد عاد المشرع الأردني ليؤكد على ما جاءت به المادة الرابعة من نظام التأمين الإلزامي في قانون السير فنص في المادة السادسة على ما يأتي: (أ) - لا يجوز تسجيل أي مركبة أو ترخيصها أو تجديد ترخيصها إلا بعد تقديم عقد تأمين لدى شركة تأمين في المملكة مجازة لممارسة أعمال تأمين المركبات ليغطي هذا العقد المسؤولية المدنية عن الضرر الذي يلحق بالغير الناجم عن استعمال تلك المركبة وفقاً لأحكام قانون مراقبة أعمال التأمين الساري المفعول والأنظمة الصادرة بمقتضاه.

ب- لا يجوز السماح بدخول المركبة غير الأردنية إلى المملكة إلا بعد تقديم عقد تأمين يغطي المسؤولية المدنية عن الضرر الذي يلحق بالغير الناجم عن استعمال تلك المركبة في المملكة وذلك وفقاً لأحكام قانون مراقبة أعمال التأمين الساري المفعول والأنظمة الصادرة بمقتضاه).

عرّفت المادة الثانية من التأمين الإلزامي الضرر على أنه: (الوفاة أو أي إصابة جسمية تلحق بالغير أو أي أضرار معنوية ناجمة عنها والخسائر أو الأضرار التي تلحق بممتلكات الغير بسبب حادث ناجم عن استعمال المركبة).

ووفقاً لهذا التعريف فإن جميع الأضرار تكون مضمونة من قبل شركة التأمين، وبغض النظر عن كونها لحقت بالأشخاص أو الممتلكات، وسواء أكانت أضراراً مادية أم معنوية، لا بل أن التعويض يطال أيضاً الكسب الفائت ونقصان القيمة وعلى نحو ما هو معروف في القواعد العامة، إلا أن ذلك كله يبقى منوطاً بتحقق شرطين أشار إليهما نظام التأمين الإلزامي نفسه، وهذين الشرطين هما:

١. أن تكون الأضرار متعلقة بالغير

الغير كما حدده المادة الثانية من نظام التأمين الإلزامي هو: (أي شخص غير المؤمن له أو سائق المركبة يتعرض للضرر بسبب حادث ناجم عن استعمالها).

إذن فلا يستفيد أي من المؤمن له والسائق من التأمين الإلزامي إذا ما كانت الأضرار الناجمة عن الحادث قد لحقت بأي منهما، ذلك أن الهدف الذي من أجله يبرم عقد التأمين الإلزامي يتمثل في حماية هؤلاء الأشخاص من انعقاد مسؤوليتهم المدنية في مواجهة الغير، فالتأمين من المسؤولية بوصفه أحد أنواع التأمين من الأضرار يهدف إلى حماية الذمة المالية للمؤمن له من رجوع الغير عليه بالتعويض، وليس تعويض المؤمن له عما يلحقه بنفسه من أضرار^(٢٥٣)، على أن مانعاً لا يحول دون إبرام تأمين خاص من هذه الأضرار، ولكن بصفة اختيارية وبمقابل قسط تأمين أعلى^(٢٥٤).

وعلى أية حال، فإن التساؤل الذي قد يثار في هذا الصدد يتعلق بالأضرار التي يلحقها أحد الشخصين المذكورين بالآخر، أي المؤمن له والسائق، فماذا لو قام السائق بإلحاق أضرار بالمؤمن له، أو العكس مثلاً، بأن قام المؤمن له بإلحاق أضرار بالسائق المنوط به العمل على تلك المركبة أو المصرح له بقيادتها؟

^(٢٥٣) يذهب جانب من المشرعين إلى شمول قائد المركبة المتسببة بالحادث في نطاق التأمين الإلزامي، فمثلاً يقضي المشرع العراقي بالإلزامية تعويض قائد المركبة المتسببة في الحادث مادام أنه لم يتعمد إصابة نفسه. انظر: قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٠ (العراقي).

^(٢٥٤) يستطيع المؤمن له مالك المركبة تغطية الأضرار التي قد تلحق بمركبة في غير الحالات المشمولة بالتأمين الإلزامي (التأمين ضد الغير) بموجب اتفاق خاص يعقده مع شركة التأمين إذ يسمى هذا النوع من التأمين الاختياري بالتأمين التكميلي. وقد جرت شركات التأمين على إطلاق تسمية وثيقة التأمين الشامل على الوثيقة التي تتضمن نوعي التأمين: التأمين الإلزامي والتأمين التكميلي.

أما الأضرار التي تلحق بالمؤمن له شخصياً فإنها تحتاج إلى اتفاق خاص أيضاً بين المؤمن له وشركة التأمين وبالطبع فإن تغطية هذا الخطر ستكون بمقابل قسط إضافي.

نعتقد بأن الأضرار في مثل هذه الحالة تكون مضمونة من قبل شركة التأمين، لأن المؤمن له يتمثل بقائد المركبة، وسواء أكان هو مالك المركبة الذي أبرم عقد التأمين أو شخص آخر تم تمكينه من قيادتها، الأمر الذي يستشف أيضاً من نص المادة الحادية عشرة من النظام ذاته، والتي جاءت على النحو الآتي: (لأغراض هذا النظام يعتبر في حكم المؤمن له أي شخص مخول من المؤمن له لقيادة المركبة).

٢. أن تكون الأضرار المتحققة للغير ناجمة عن المركبة وهي حالة الاستعمال

وهذا ما يبدو جلياً من التعريفين السابق ذكرهما للضرر والغير، ومن تسمية هذا النظام أيضاً (نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات)، فلا بد من استعمال المركبة لكي يتم تعويض الغير عما لحق به من أضرار⁽²⁵⁵⁾، ولا يهم من بعد ذلك كيفية الاستعمال أو الطريق التي تم من خلالها إصابة الغير بالضرر، إذ يستوي في ذلك أن يلحق الضرر بواسطة الدهس أو الصدم أو الانفجار أو الحريق وتناثر أو سقوط أشياء منها مادام أن ذلك كان أثناء استعمالها، ومؤدى ذلك أيضاً إنه يستثنى من هذا النظام الأضرار التي تتسبب بها المركبة أثناء وقوفها أو إذا تحركت بسبب عدم اتخاذ السائق الوسائل اللازمة لإيقافها.

ومع ذلك نعتقد بأنه من الأجدر بالمشروع الأردني إعادة النظر في موقفه هذا، وجعل مسؤولية شركة التأمين تتعدى للتعويض عن الأضرار كافة، سواء أكانت المركبة في حالة استعمال أم لا، ولا مانع هنا من إعادة صياغة تسمية النظام وبعض عباراته ليصبح أكثر شمولاً، كما لو صيغ كالتالي: (التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث المركبات)⁽²⁵⁶⁾، فالمهم بالدرجة الأولى هو تعويض المضرور، خصوصاً وأن المشروع الأردني نفسه يقر بأن الضرر الذي تتسبب به المركبة قد لا يكون أثناء استعمالها، بل بتدخل منها⁽²⁵⁷⁾، كما في الحالات التي أشارت إليها المادة

(٢٥٥) لا يعد موقف المشروع الأردني هذا بالأمر الجديد فقد كان ينص في نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٥ (الملغى) على الحكم ذاته، إذ كانت المادة (٣/أ) منه تنص على الآتي: (تشمل الأخطار المشمولة بهذا التأمين الأضرار الجسدية والمادية والتي تصيب الغير والناجمة عن الحوادث من جراء استعمال المركبة، وتشمل الأضرار الجسدية، الوفاة أو أية إصابات جسدية أخرى).

(٢٥٦) لقد كان نظام التأمين الإلزامي السابق يسمى (نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير لسنة ١٩٨٥)، ونعتقد بأن هذه التسمية تفضل تسمية النظام الساري المفعول لأنه لا يتطلب أن تكون المركبة في حالة استعمال لكي تلزم شركة التأمين بالتعويض، وهو ما يصب في صالح المضرورين والمؤمن لهم على حد سواء.

(٢٥٧) ذهبت محكمة التمييز في إحدى قراراتها إلى عدم إلزام شركة التأمين بالتعويض إذا كانت الأضرار اللاحقة بالمضرور لم تحدث بتدخل من المركبة، فقد جاء في قرارها ما نصه: (حيث أن الثابت من أوراق الدعوى أن إصابة الطفلة لم تكن نتيجة استعمال الباص المؤمن عليه والذي كان في حالة وقوف تام ولم يكن في حالة استعمال أو حركة، الأمر الذي يخرج الإصابة من الحالات والحوادث التي يغطيها عقد التأمين، وإن ما ينبنى على ذلك أن

الثانية من نظام التأمين الإلزامي في معرض تعريفها للحادث، فقد عرفت المادة المذكورة الحادث على أنه: (كل واقعة ألحقت أضراراً بالغير ناجمة عن استعمال المركبة أو انفجارها أو حريقها أو تناثر أو سقوط أشياء منها).

أما إذا كان المانع من تعديل نظام التأمين الإلزامي وتبني مثل هذا الموقف هو عدم إقبال كاهل شركات التأمين بتعويضات إضافية، فنعتقد بالامانع من منحها الحق في الرجوع بما تدفع من تعويضات في هذه الحالة على المؤمن له لا سيما إذا ما ثبت تقصيره.

وبناء عليه، فإذا تحقق وقوع الضرر وانبنى على ذلك قيام مسؤولية المؤمن له، فإن معنى ذلك إلزام شركة التأمين بمبلغ التعويض، فقد جاء في المادة العاشرة من نظام التأمين الإلزامي ما نصه: (تلتزم شركة التأمين بتعويض الغير عن أي مبالغ يكون المؤمن له مسؤولاً عن دفعها كتعويض عن الضرر)⁽²⁵⁸⁾.

إلا أن ما لا يجب إغفاله هو أن مسؤولية شركة التأمين لا تعد مسؤولية مطلقة، بحيث تعوض عن الأضرار كافة مهما بلغت قيمتها، بل أن لمسؤوليتها حد أقصى لا تلتزم بأكثر منه، وهو ما صرحت به المادة العاشرة ذاتها حيث جاء في الفقرة الثانية منها ما نصه: (وتحدد مسؤولية شركة التأمين في التعويض وفق أسس تحدد بمقتضى تعليمات يصدرها مجلس الوزراء)⁽²⁵⁹⁾.

وبالفعل فقد صدر عن مجلس الوزراء تعليمات تم بمقتضاها تحديد تلك الأسس، إذ وضعت سقفاً للتعويض الذي تلتزم به شركة التأمين في حالة الوفاة أو العجز الدائم عن الأضرار المادية بمقدار عشرة آلاف دينار وعن الأضرار المعنوية بمقدار ألفي دينار⁽²⁶⁰⁾،

شركة التأمين المدعى عليها لا تكون مسؤولة عن ضمان الأضرار المدعى بها والتي لحقت بالطفلة بسبب سقوطها من الباص). تمييز حقوق رقم (٢٠٠٥/٢٥٤٥)، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة والخمسون، عمان، ٢٠٠٧، ص ٢٤٠.

، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، (1995/138)⁽²⁵⁸⁾ انظر تمييز حقوق العدد السابع والثامن، السنة الثالثة والأربعون، عمان، ١٩٩٥، ص ٢١٢٣.

^(٢٥٩) بحسب ما جاء في المادة (١٠) من نظام التأمين الإلزامي فإن هذه التعليمات تصدر بناءً على تعليمات مجلس إدارة هيئة التأمين.

^(٢٦٠) جاء في المادة الثانية من تعليمات أقياس التأمين الإلزامي للمركبات ومسؤولية شركة التأمين الناجمة عن استعمالها لسنة ٢٠٠٢ ما نصه: (تحدد مسؤولية شركة التأمين عن الوفاة أو الإصابة الجسدية التي تلحق بالغير بسبب حادث نجم عن استعمال لمركبة والأضرار المعنوية الناجمة عن تلك الوفاة أو الإصابة الجسدية ومسؤولية شركة التأمين عن الخسائر والأضرار التي تلحق بممتلكات الغير بسبب حادث ناجم عن استعمال المركبة، وفق المبالغ الواردة في الجدول رقم (١) المرفق بهذه التعليمات والذي يشكل جزءاً لا يتجزأ منها). أما الجدول رقم (١) - جدول مسؤولية شركة التأمين عن الأضرار التي تلحق بالغير فقد جاء على النحو الآتي:

الأمر الذي حدد مثله بصدد مختلف الأضرار التي تلحق بالشخص أو بممتلكاته⁽²⁶¹⁾.

ثانياً : الأضرار المستثناة من نظام التأمين الإلزامي

لقد حاول المشرع من خلال نظام التأمين الإلزامي مراعاة اعتبارات عدة، فهو من جهة يبغي حماية حقوق المؤمن لهم والمضرورين في الحصول على ما يجبر الأضرار الناجمة عن استعمال المركبات، إلا أنه من جهة أخرى لم يرغب في إعفاء المؤمن لهم من كل مسؤولية قد تقع على عاتقهم، ذلك أن الذهاب بهذا الاتجاه إلى مدها يؤدي إلى نتائج وخيمة تهدر معها الحكمة التي وضع من أجلها هذا النظام، فقد يؤدي الإعفاء المطلق للمؤمن لهم من كل مسؤولية لا إلى الإهمال و قلة الاحتراز فقط⁽²⁶²⁾، وإنما إلى هدر حقوق شركات التأمين وتحميلها بأعباء إضافية يختل بموجبها التوازن المفترض تحقيقه بين طرفي العقد المؤمن والمؤمن له.

الرقم	نوع الضرر	طبيعة الضرر	حدود المسؤولية
أولاً	الوفاة / الإصابات الجسدية	١ - الوفاة	١٠,٠٠٠ دينار عن الشخص الواحد تدفع للورثة الشرعيين
		٢ - البتر الدائم	١٠,٠٠٠ دينار متروكة بنسبة البتر - للشخص الواحد
		٣ - بدل مدة التعطيل	١٠٠ دينار أسبوعياً لمدة أقصاها ٣٩ أسبوع - للشخص الواحد
ثانياً	الأضرار الدعوية	١ - الوفاة	٢٠,٠٠٠ دينار عن الشخص الواحد تدفع للورثة الشرعيين حتى الدرجة الثانية
		٢ - البتر الدائم	٢٠,٠٠٠ دينار متروكة بنسبة البتر - للشخص الواحد
ثالثاً	العلاج الطبي		٥,٠٠٠ دينار كحد أقصى - للشخص الواحد
رابعاً	الخسائر والأضرار التي تلحق بممتلكات الغير وتشمل:- بدل الأضرار المادية بدل فوات المقتضا بدل نقصان القيمة	تحدد قيمة الضرر وحد أقصى قدره ٧٥,٠٠٠ دينار للحوادث الواحد	

^(٢٦١) من ابرز ما يلاحظ بشأن التعليمات الحالية هو أنها لم تشر إلى حد أقصى لمبالغ التعويض عن الوفاة والأضرار الجسدية التي تلزم بها شركات التأمين في الحادث الواحد وذلك على خلاف التعليمات السابقة التي وضعت حدوداً قصوى لمبالغ التأمين الملزمة بها شركات التأمين، فقد كانت المادة (٦/أ) من النظام السابق تنص على الآتي: (تحدد مسؤولية شركة التأمين في التعويض عن الأضرار الجسدية التي تلحق بالشخص الواحد من الغير وفقاً للجدول رقم (١) الملحق بهذا النظام ويشترط في ذلك ان لا تتجاوز مسؤولية الشركة في مجموع التعويض عن الأضرار الجسدية في الحادث الواحد مبلغ مائة ألف دينار أما التعويض عن الأضرار المادية فتكون مسؤولية الشركة المؤمنة بمقدار الخسائر أو الأضرار الناجمة عن الحادث على ان لا تتجاوز مسؤولية الشركة المؤمنة في مجموع التعويض وتصلح الأضرار للحادث الواحد مبلغ خمسين ألف دينار).

^(٢٦٢) لقد شكك البعض في صحة التأمين من المسؤولية الناجمة عن المركبات عند بداية ظهوره بحجة انه مخالف للنظام العام، لانه يدعو إلى الرعونة وعدم الحرص.

انظر: د. عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة،

لذلك فقد نصت المادة الثانية عشرة من نظام التأمين الإلزامي على حالات عدة لا يترتب على شركة التأمين أي مسؤولية في حال توافر أحدها، وما لا يجب أن يغيب عن الذهن في هذا السياق هو أن هذه الحالات محددة حصراً، فلا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها، لا سيما وأن السماح بغير ذلك سيؤدي إلى إهدار حقوق المضرورين والمؤمن لهم في الكثير من الحالات، وهو ما سيفضي إلى إفراغ نظام التأمين الإلزامي من مضمونه، فضلاً عن اصطدامه وتعارضه مع الصفة الأمرة التي تتميز بها أحكام هذا النظام لتعلقها بالنظام العام، وهذه الحالات هي⁽²⁶³⁾:

أ. الأضرار اللاحقة بالمؤمن له أو السائق

فقد قضت المادة (١٢) من نظام التأمين الإلزامي بإعفاء شركة التأمين من التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمؤمن له، وسواء تعلقت بشخصه أم بالمركبة العائدة له، الأمر الذي ينطبق كذلك بصدد الأضرار التي تلحق بالسائق أثناء قيادة المركبة، إذ تعفى شركة التأمين من التعويض عنها، وبتعبير آخر فإن الأضرار المشمولة بالتعويض بموجب نظام التأمين الإلزامي هي فقط الأضرار المتعلقة بالغير، والغير بحسب ما تقضي المادة الثانية من النظام هو أي شخص غير المؤمن له أو سائق المركبة - كما أسلفنا.

ب. الأضرار الناجمة عن سباقات السيارات المنظمة

لقد أشارت المادة (١٢/ب) من نظام التأمين الإلزامي إلى إعفاء شركة التأمين من المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالغير إذا كان ناجماً عن استعمال المركبة في سباق سيارات منظم، وسواء أكان ذلك السباق سباقاً محلياً أم دولياً، أما العلة من ذلك فتتمثل في أن اشتراك المركبة في مثل هذه السباقات يؤدي إلى زيادة المخاطر المؤمن منها زيادة كبيرة بحيث لا يعود من المناسب والعادل إلزام شركات التأمين بتغطية الأضرار الناجمة عنها بالعقد ذاته، وبموجب الشروط ذاتها لا سيما المتعلق منها بمقدار القسط المطلوب من المؤمن له، بل يكون الأحرى إبرام عقد خاص وبشروط مختلفة تلائم تلك السباقات.

⁽²⁶³⁾ يلاحظ أن نظام التأمين الإلزامي النافذ يوسع من حالات الإعفاء من المسؤولية وعلى خلاف نظام التأمين الإلزامي لسنة ١٩٨٥ والذي لم يكن ينص سوى على حالتين للإعفاء من المسؤولية، فقد كانت المادة الرابعة منه تنص على الآتي: (تعتبر الأضرار المادية والجسدية الناجمة عن حوادث المركبة غير مشمولة بالتعويض في أي من الحالات التالية:

أ. إذا وقع الحادث أثناء أو بسبب اشتراك المركبة في سباق محلي أو دولي منظم .

ب. إذا وقع الحادث أثناء أو بسبب استعمال المركبة في تعليم قيادة المركبات إلا إذا كانت مرخصة لهذه الغاية).

فيما أضافت المادة (١٢) من النظام نفسه الحالة المتعلقة بتدخل السبب الأجنبي والتي تعد تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

على أن ما يجب ملاحظته هو أن المشرع اشترط لكي يعفي المؤمن من ضمانه للخطر أن يكون السباق منظماً، وإلا فإن شيئاً لن يتغير من أمر إلزام المؤمن في مواجهة الضرر أن كان السباق غير منظم، إلا أن ذلك لا ينفي أيضاً إمكانية رجوع المؤمن على المؤمن له بما تم دفعه للمضرور⁽²⁶⁴⁾.

وما قيل بشأن سباقات السيارات ينطبق على اختبارات تحمل المركبات، فلا تلزم شركة التأمين بالتعويض عنها إلا بموجب عقد تأمين خاص يبرم لهذا الغرض.

الأضرار اللاحقة بركاب المركبة أثناء تعليم القيادة عليها

فلا يجب على شركة التأمين تغطية الضرر الذي يلحق بركاب مركبة المؤمن له نتيجة لاستعمالها في تعليم قيادة المركبات إذا لم تكن مرخصة لهذه الغاية.

أولهما:	يصيب	التأمين	مسؤوليتها	هذه	مرهون	أمرين
قيادة	ترخيص،	يزيد	هذه	يكون	التدريب	
تأمله	يؤهل	أحدهم	يعلم	يقودها	قيادة	هذه

الذين يعلمون	أنه	التأمين	لتعليم القيادة عليها، وبين	التفريق بينهم	للتعليم	التأمين	تعويضه.
بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون

الذين يعلمون	أنه	التأمين	لتعليم القيادة عليها، وبين	التفريق بينهم	للتعليم	التأمين	تعويضه.
بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون

الذين يعلمون	أنه	التأمين	لتعليم القيادة عليها، وبين	التفريق بينهم	للتعليم	التأمين	تعويضه.
بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون	بين	الذين يعلمون

الأضرار اللاحقة ببضائع الغير المنقولة بأجر

فالضرر أو الخسارة التي تلحق ببضائع الغير المنقولة بواسطة مركبة المؤمن له لقاء أجر لا تلزم شركة التأمين بالتعويض عنها بحسبما تقضي الفقرة (د) من المادة (١٢) من نظام التأمين الإلزامي.

^(٢٦٤) لقد منح المشرع بموجب المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي لشركة التأمين الحق في الرجوع على المؤمن له في حالات عدة من بينها ما يمكن أن ينطبق على حالة استعمال المركبة في السباقات غير المنظمة، فقد جاء في الفقرة لرابعة من المادة المذكورة ما نصه: (إذا استعملت المركبة بطريقة تؤدي إلى زيادة الخطر بسبب مخالفة تشريعات السير المعمول بها أو استخدمت في أغراض مخالفة للقانون أو النظام العام شريطة أن تكون تلك المخالفة السبب المباشر في وقوع الحادث).

وعلى ذلك فإنه يشترط لاستفادة المؤمن من هذه الحالة تحقق أمور عدة كالآتي:

١- أن يكون الضرر قد لحق بالبضائع، والبضائع هي أشياء مادية تدخل في التعامل بين الناس ولها ثمن في السوق^(٢٦٥)، وبالتالي فإن المؤمن يلتزم بتعويض الأضرار التي تلحق بأشياء خاصة لا ينطبق عليها وصف البضاعة.

٢- أن تكون تلك البضائع منقولة في المركبة، إما أن كان خارج المركبة فإن شركة التأمين تلتزم بالتعويض، الأمر الذي نعتقد بأنه ينطبق على البضائع أثناء تحميلها وتنزيلها من المركبة.

٣- أن تكون تلك البضائع منقولة بأجر، أي أن يحصل المؤمن له على مقابل مادي نظير قيامه بالنقل، أما إن كان النقل بالمجان فإن مسؤولية الشركة تتعقد، فتلتزم بتعويض المضرور، الأمر الذي لا نعتقد بأنه جدير بالتأييد، فليس من الحكمة التمييز بين البضائع المنقولة باجر وتلك المنقولة بالمجان، لا سيما وأن ذلك قد يفتح باباً للتحايل على شركات التأمين، بادعاء طرفا عقد النقل عقب وقوع الحادث بأن البضاعة منقولة بالمجان بغرض الحصول على التعويض بالرغم من أنها ليست كذلك.

وعلى ذلك نعتقد بأنه من الأولى بالمشروع الأردني تعديل نص الفقرة (د) من المادة (١٢) من نظام التأمين الإلزامي لتصبح على النحو الآتي: (الضرر الذي يلحق ببضائع الغير المنقولة بواسطة مركبة المؤمن له).

هـ. الأضرار الناجمة عن سبب أجنبي

لقد أعفى المشرع الأردني شركة التأمين من المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالغير والناجم عن حادث نتيجة الفيضانات والأنواء والعواصف والأعاصير والانفجارات البركانية والزلازل والانزلاق الأرضي، وغيرها من الأخطار الطبيعية، والحرب والأعمال الحربية والحرب الأهلية والفتنة والعصيان المسلح والثورة واغتصاب السلطة أو أخطار الطاقة النووية، ففي جميع هذه الحالات يكون قد تدخل في إحداث الخطر سبب أجنبي يحول دون أن ينسب الضرر إلى المؤمن له الذي تتعقد مسؤولية الشركة بانعقاد مسؤولية.

ولعله يؤخذ على هذه الحالة أنها لا تضيف جديداً، لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة التي تعفي المسؤول من التعويض في كل مرة يتدخل فيها سبب أجنبي في إحداث الضرر^(٢٦٦).

^(٢٦٥) انظر: د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٨، ص ٨٥.

^(٢٦٦) جاء في المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني ما نصه: (إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك).

بموجب المادة (١٢/و) من نظام التأمين الإلزامي فإن شركة التأمين لا تكون مسؤولة عن تعويض الضرر الناجم عن المركبة ذات الاستعمال الخاص إذا تم استعمالها في الأغراض المخصصة لها.

والمركبة ذات الاستعمال الخاص بحسب تعريف المادة (٣/ب) من قانون السير هي: (واسطة نقل أو رفع أو جر آلية مجهزة بمعدات ثابتة وبصورة دائمة لا يمكن استعمالها إلا في الأغراض المصممة لها).

وعليه فإن الأضرار الناجمة عن المركبات ذات الاستعمال الخاص لا تكون ناجمة عن استعمال المركبة، وإنما عن استعمال المعدات المزودة بها تلك المركبات، كما في الأضرار الناجمة عن استعمال معدات الحفر أو نقل الأنقاض أو حرث الأرض، أو ضخ الباطون الجاهز والإسفلت وغير ذلك من المعدات.

المبحث الثاني

الدعوى المباشرة

إذا كانت الغاية الأساسية من تنظيم التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات تتمثل في حماية حقوق المضرور وتمكينه من الحصول على التعويض المستحق له من جراء الحادث، فإن ترك مثل هذا الأمر للقواعد العامة قد لا يجدي نفعاً، ذلك أن العلاقة بين المضرور وشركة التأمين هي علاقة غير مباشرة تمر عبر ذمة المؤمن له، فالأخير والمؤمن هما طرفا عقد التأمين، وبالتالي فإن المضرور لا يستطيع المطالبة بمبلغ التأمين إلا من خلال الدعوى غير المباشرة⁽²⁶⁷⁾، أي بإقامة الدعوى من المضرور باسم المؤمن له للمطالبة بحقوق الأخير قبل شركة التأمين، الأمر الذي قد يؤدي بدوره إلى مزاحمة دائني المؤمن له الآخرين للمضرور عند استيفاءه لحقوقه، وقسمة الحقوق الناجمة عن الدعوى قسمة غرماء بينهم جميعاً، هذا فضلاً عن إمكانية مواجهة المضرور بكافة الدفوع التي تملكها شركة التأمين في مواجهة المؤمن له⁽²⁶⁸⁾.

لذا، فقد حاول المشرع الأردني تجنب المضرور مثل هذه النتيجة من خلال إيجاد وسيلة فاعلة يكفل بها حماية حقوق المضرور، وذلك من خلال منحه الحق في رفع دعوى خاصة على شركة التأمين لا يخضع بمقتضاها المضرور لخطر قسمة الغرماء عند استيفائه للتعويض المستحق له من الحق الثابت الذي لمدينه في ذمة الغير⁽²⁶⁹⁾، إذ تسمى هذه الدعوى بالدعوى المباشرة⁽²⁷⁰⁾.

(٢٦٧) تعرف الدعوى غير المباشرة بأنها: (وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن ومن أجل حفظ حقه في الضمان العام بمباشرة جميع حقوق المدين المهمل لهذه الحقوق ضمن شروط معينة). د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣، ص ٨٣.

(٢٦٨) حول الدعوى غير المباشرة انظر المواد (٣٦٦-٣٦٧) من القانون المدني الأردني.

(٢٦٩) انظر: المادة (١٧) من نظام التأمين الإلزامي. د. إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٩٥٦.

(٢٧٠) يشار إلى أن اللجوء إلى القضاء ليست هي الطريقة الوحيدة للحصول على التعويض المستحق للمضرور، فقد أوجد المشرع إلى جانب ذلك جهة أخرى خاصة بفض المنازعات المتعلقة بالتأمين ولا سيما منازعات التأمين الإلزامي، وذلك بغية تحقيق السرعة والتيسير على المؤمن لهم والمستفيدين في الحصول على حقوقهم، وهذه الجهة هي لجنة حل نزاعات التأمين، فقد جاء في المادة (٣) من تعليمات لجنة حل النزاعات لسنة ٢٠٠٤ ما يأتي: (يشكل المدير العام لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص للنظر في نزاعات التأمين التي يتبين فيها للهيئة استنفاد المشككي للطرق الودية لحل خلافه مع الشركة وفقاً لما يأتي:

أ. النزاعات المتعلقة بإجازة تأمين المركبات.

ب. النزاعات المتعلقة بقيمة التعويض الخاصة بإجازات التأمين الأخرى غير إجازة تأمين المركبات، وبحد أقصى مقداره خمسة وعشرون ألف دينار للمطالبة).

والدعوى المباشرة هذه تعرف بأنها دعوى يقرها القانون بنص خاص يمكن للدائن إقامتها باسمه شخصاً لمطالبة مدين مدينه بأداء ما كان يجب عليه أدائه للمدين، وذلك في حدود ما للدائن على المدين من دين⁽²⁷¹⁾.

تطبيق	التأمين	فانه يقصد
يستطيع	إقامتها باسمه شخصياً	يجب
عليه	له،	له ⁽²⁷²⁾ .

إذن فيشترط لنظر هذه اللجنة في النزاع ألا يزيد مقدار المبلغ الذي يطالب به المستحق عن (٢٥) ألف دينار. كما يشترط لاختصاص اللجنة بنظر النزاع ألا يكون ذلك النزاع معروضا على القضاء أو التحكيم أو الوساطة. انظر المادة (١١) من تعليمات اللجنة.

وبحسبما تقضي المادة (٦) من التعليمات نفسها فان اللجنة تتولى الفصل في النزاع خلال مدة لا تتجاوز الشهرين. فإذا ما صدر قرار اللجنة فانه يكون ملزماً لشركة التأمين دون المؤمن له، إذ تلتزم الشركة بتنفيذه خلال عشرة أيام، وإلا عرضت نفسها للمسائلة القانونية التي قد يترتب عليها عقوبات تأديبية، فقد جاء في المادة (١٤) من تعليمات اللجنة ما نصه: (أ. يكون قرار اللجنة ملزماً للشركة ويتم تبليغ أطراف الشكوى بالقرار وفقاً لاحكام القانون. ب. تلتزم الشركة بتنفيذ قرار اللجنة خلال عشرة أيام عمل من تاريخ تبليغ القرار، وذلك تحت طائلة المسؤولية القانونية).

ومع ذلك فقد يؤخذ على هذه اللجنة أن اللجوء إليها غير مجاني، فبحسب ما تقضي المادة (٧) من التعليمات فان اللجنة تتقاضى بدل خدمات من المشتكي بمقدار (٣%) من قيمة الشكوى، الأمر الذي قد يشكل عبئاً غير يسير بالنسبة للمشتكي.

^(٢٧١) انظر: د.إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٩٥. ويعرفها جانب آخر من الفقه كالاتي: (هي دعوى يرتبها المشرع للدائن في مواجهة مدين مدينه، يستأثر بموجبها الدائن بثمرات الحق موضوع الدعوى. أي بمعنى يستأثر بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين). د.ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، (الجزء الثاني: في آثار الحقوق الشخصية)، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٩٧، ص ٢١١.

^(٢٧٢) هناك رأي في الفقه يذهب إلى ان الدعوى التي يستطيع من خلالها المصاب من حوادث السير مطالبة شركة التأمين لا تعد من قبيل الدعوى المباشرة وانما من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك استناداً إلى تعريف التأمين الذي أورده المشرع الأردني في المادة (٩٢٠) من القانون المدني. انظر: د.ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص ٢١٥.

ومع ذلك لا نعتقد بتأييد الرأي السابق، لان مطالبة المصاب من حوادث السير لا ينظمها القانون المدني، وانما يثبت الحق فيها بموجب تشريع خاص هو نظام التأمين الإلزامي، والذي نصت المادة العشرة منه صراحة على منح الغير الحق في مطالبة مدين المدين، فقد جاء في المادة المذكورة ما يأتي: (...يحق للغير المتضرر مطالبة شركة

وعلى ذلك، فإن هذه الدعوى تشبه نسبياً حق الامتياز، فهي تحقق للمضروور مركزاً يفضل به على غيره من الدائنين، وهو ما يفسر عدم ثبوتها للدائن إلا استثناءً وبنص تشريعي خاص⁽²⁷³⁾، وهو فعلاً ما تبناه المشرع في نظام التأمين الإلزامي حين نص في المادة (١٧) على الآتي: (...يحقق للغير المتضرر مطالبة شركة التأمين مباشرة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به ... ولا تسري بحقه الدفع التي يجوز لشركة التأمين التمسك بها تجاه المؤمن له).

وبناءً على ما سبق، فإن دراسة الدعوى المباشرة يتطلب التعرض لما يأتي:

المطلب الأول: أطراف الدعوى المباشرة

المطلب الثاني: شروط الدعوى المباشرة

:

المطلب الأول

أطراف الدعوى المباشرة

التأمين مباشرة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به وفق أحكام المادة (١٠) من هذا النظام ولا تسري بحقه الدفع التي يجوز لشركة التأمين التمسك بها تجاه المؤمن له).

(٢٧٣) لقد بات جانب كبير من الفقه في الوقت الحاضر يرجح الركون إلى القانون بوصفه الأساس الذي تقوم عليه الدعوى المباشرة التي يستطيع استعمالها المضروور، إلا أن التوصل إلى ذلك لم يكن أمراً سهلاً، إذ يشهد بذلك الجدل الفقهي الواسع النطاق الذي أثير بشأن الأساس القانوني للدعوى المباشرة، فقد ذهب الفقه في ذلك مذاهب شتى، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال إحصاء الآراء التي قيلت بشأن هذا الأساس، إذ يزيد عددها على ثمانية عشر رأياً، وهي على النحو الآتي:

الاشتراط لمصلحة الغير، النيابة، الإنابة، التجديد، الحوالة، الوكالة، الامتياز، الحلول، الباعث العيني، تجميد التعويض، الإثراء بلا سبب، نظرية العدالة، ونظرية المسؤولية المدنية، ونظرية التضامن الاجتماعي، الحق في الحبس، بالإضافة إلى القانون والذي يرجحه الرأي الغالب في الفقه.

للمزيد من التفصيل انظر: د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السير، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٤٠٠. د. غازي أبو عرابي، التنظيم القانوني للتأمين الإلزامي على المركبات في القانون الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني (أ)، ١٩٩٧، ص ١٩٩. د. خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الإجباري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٠٨. كاظم حسن الربيعي، تأثير التأمين الإلزامي في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، مطبعة الحوادث، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٥٠. لؤي ماجد أبو الهيجاء، التأمين ضد حوادث السيارات، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٥٨.

المدعي في الدعوى المباشرة هو المضرور الذي لحق به أضرار من جراء استعمال المركبة، ويطالب شركة التأمين بالتعويض.

والمدعي هذا إما أن يمارس حقه بنفسه، وإما أن ينيب عنه غيره لهذا الغرض، وهو ما يحدث عادة إذا ما تعدد المضرورون من الحادث.

كما قد يكون المدعي شخصاً آخر غير المضرور المصاب بالحادث، كما هو الحال بالنسبة لورثة المضرور إذا ما توفى مورثهم نتيجة إصابته، إذ ينتقل الحق في التعويض إلى الورثة وهو ما جرى الفقه على تسميته بالتعويض الموروث⁽²⁷⁴⁾، لا بل أن لهؤلاء الورثة أيضاً رفع الدعوى لا بوصفهم ورثة، وإنما بوصفهم مدعين أصليين وذلك عما أصابهم من أضرار مادية ومعنوية⁽²⁷⁵⁾.

ومع ذلك، فقد لا يكون المدعي ممن لحقت به أضرار، بل محالاً له قام المضرور بالنزول له عن حقوقه إزاء شركة التأمين⁽²⁷⁶⁾.

أما المدعي عليه في الدعوى المباشرة فهو دائماً (شركة التأمين) التي أبرم معها المؤمن له عقد التأمين الإلزامي من الأخطار التي تسببها المركبة للغير، فهي الجهة الملزمة بتعويض الأضرار الناجمة عن الحادث.

وما لا يجب أن يغيب عن بالنا هنا هو أهمية إدخال المؤمن له خصماً في الدعوى⁽²⁷⁷⁾، وذلك لتقرير مسؤوليته عن الحادث وتحديد مقدار التعويض الواجب أدائه، وهو ما يتم عادة بقرار يصدر عن المحكمة، أو بناء على إقرار بالمسؤولية عن الحادث صادر عن المؤمن له بموافقة المؤمن⁽²⁷⁸⁾.

(٢٧٤) انظر: د. محمد حسين منصور، المضرور المستفيد من التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٥٧.

ويلاحظ أن انتقال الحق في التعويض لا يشمل التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تم تقديره بموجب اتفاق احكم نهائي، فقد نصت المادة (٣/٢٦٧) من القانون المدني الأردني على الآتي: (لا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي).

(٢٧٥) تنص المادة (٢/٢٦٧) من القانون المدني الأردني على الآتي: (يجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب).

(٢٧٦) انظر: د. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ٢٨٧.

(277) انظر: تمييز حقوق (١٨٩١/١٩٩٧)، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين

الأردنيين، العدد السابع والثامن، السنة السادسة والأربعون، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٥٣٨.

(٢٧٨) قد يسلك المضرور طريقاً آخر للحصول على حقه في التعويض، وذلك برفع دعوى على المتسبب للحصول على حكم بتقرير مسؤوليته أولاً، ومن ثم رفع دعوى ثانية على شركة التأمين لمطالبتها بالتعويض، أي (الدعوى

المطلب الثاني

شروط إقامة الدعوى المباشرة

لما كان الخطر المؤمن منه في التأمين الإلزامي هو قيام المضرور بمطالبة المؤمن له بالتعويض عن الأضرار التي تسبب بها، فإن هذا الخطر لا يتحقق إلا بانعقاد مسؤولية المؤمن له، وانعقاد المسؤولية هذه هي مناط ومنشأ مسؤولية شركة التأمين، لذا فإن رفع الدعوى المباشرة يبقى مرهوناً بتوافر الشرطين الآتيين:

١- ثبوت مسؤولية المؤمن له

لا يجوز إقامة الدعوى المباشرة على شركة التأمين إلا بصدد الأضرار التي يكون المؤمن له مسؤولاً عنها من جراء استعماله للمركبة، أما غيرها من الأضرار فإن شركة التأمين ستنتفي مسؤوليتها عنها لانعدام الخصومة بشأنها، فلا يجوز مثلاً مسائلتها عن الأضرار التي تسببها المركبة أثناء وقوفها أو تلك التي يسببها أشخاص آخرون غير المؤمن له، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هناك من الأشخاص من يأخذ حكم المؤمن له، ونقصد بذلك السائق المصرح له بقيادة المركبة من المؤمن له، فقد جاء في المادة (١١) من نظام التأمين الإلزامي ما نصه: (يعتبر في حكم المؤمن له أي شخص مخول من المؤمن له لقيادة المركبة).

مباشرة)، وفي هذه الحالة لا يكون المتسبب بحاجة إلى لإدخال المتسبب خصماً في الدعوى المباشرة اكتفاء بالحكم الصادر بتقرير مسؤولية المتسبب. انظر: د. عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص ٢٨٨. ومع ذلك، فقد لا يفضل الكثير من المضرورين اللجوء إلى هذه الطريقة ورفع دعويين للحصول على التعويض، ذلك أن اللجوء لها يستغرق وقتاً وجهداً أكثر.

للمزيد من التفصيل انظر: د. محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣٢٧ وما بعدها.

وعليه فإنه يجوز رفع الدعوى المباشرة حالما تثبتت مسؤولية المؤمن له مالك السيارة، أو أحد تابعيه⁽²⁷⁹⁾، أو أي شخص آخر مخول بقيادة المركبة، كأفراد أسرته كما في الأبناء أو الزوجة، أو من يؤذن له بقيادة المركبة من الأصدقاء أو الزملاء أو غيرهم، وسواء أكان هذا الإذن مكتوب أم شفاهه، صريح أم ضمني.

فإذا ما تثبتت مسؤولية المؤمن له عن الأضرار التي لحقت بالغير بقرار صادر عن المحكمة، فلا يهم من بعد ذلك أن تكون هذه المسؤولية عقدية أم تقصيرية، عمدية أم غير عمدية، فالأصل في التأمين الإلزامي انه يغطي الأضرار الناجمة عن استعمال المركبات وبقطع النظر عن أساس مسؤولية قائد المركبة⁽²⁸⁰⁾.

٢ - عدم استيفاء المضرور لحقه

إذا كان حق المضرور في استيفاء التعويض الذي يجبر الأضرار التي أصابته من جراء استعمال المركبة ثابت في ذمة المؤمن له، فإن مطالبة هذا الأخير قد لا تؤتي ثمارها لكونه معسراً أو يعاني من ضيق ذات اليد، وبالتالي فإن حقوق المضرور تلك قد لا يتم الحصول عليها نهائياً، أو قد لا يتم الحصول عليها كاملة، خصوصاً إذا ما كانت الأضرار بليغة ويستحق عنها تعويضات كبيرة، لذلك فإن مصلحة المضرور هنا تقضي باستعمال الدعوى المباشرة في مواجهة شركة التأمين التي تعاقدها معها المؤمن له والمسؤولة عن التعويض، فهي في الغالب الأعم من الأحوال أكثر ملاءمة من

(279) انظر: تمييز حقوق (١٩٨٩/١٢٧٥)، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، العدد السادس والسابع والثامن، السنة التاسعة والثلاثون، عمان، ١٩٩١، ص ١٤٣٣.

(280) للمزيد من التفصيل انظر: د. محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، المرجع السابق، ص ٣٧٢ وما بعدها. موسى أبو مويس، فعل المباشرة والتسبب في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠١. وللمزيد من التفصيل في الفقه الإسلامي انظر: د. محمد راكان الدغمي، الجرائم المترتبة على حوادث المرور وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، مجلة، المجلد العاشر، العدد الأول، جامعة آل البيت، ٢٠٠٤، ص ١٢ وما بعدها. د. محمد عبد الرزاق الطبطباني، الأحكام والآداب الشرعية لسائق السيارة - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الرابع، الكويت، ٢٠٠٠، ص ١٠ وما بعدها.

المتسبب ولا يعجزها دفع مبالغ التعويض، حتى وإن كانت ذات مقدار مرتفع أو تعدد المضرورين المستحقين لها.

ومع ذلك، فإن استيفاء المضرور لأية مبالغ يبقى مقيداً في حدود ما يجبر الأضرار التي أصابته فحسب، إذ لا يجوز أن تصبح الدعوى المباشرة أو الإصابة بالأضرار مصدراً لإثراء المضرور على حساب الآخرين.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مانعاً لا يحول دون رجوع ذلك المضرور على المؤمن له ومن ثم المؤمن، أو القيام بالعكس، أي الرجوع على المؤمن ثم المؤمن له أن هو لم يحصل على كامل ما يستحق من تعويضات، إذ يتصور ذلك في أحيان كثيرة، لأن ما تلزم به شركات التأمين تجاه المضرورين محدد سلفاً ضمن حدود قصوى لا تكون الشركة مسؤولة عما يجاوزها بحسبما يشير نظام التأمين الإلزامي⁽²⁸¹⁾، وبالتالي فإنه من غير المستبعد عدم استيفاء المضرور لما يجبر الضرر الذي أصابه بالرغم من حصوله على الحد الأعلى للمبلغ الملزمة به شركة التأمين، الأمر الذي التفت إليه المشرع وارتأى توفير حماية أكبر للمضرور عبر فرض التضامن ليس بين شركة التأمين والمؤمن له فحسب، بل ومع السائق أيضاً، فقد جاء في المادة (١٥) من نظام التأمين الإلزامي ما يلي: (أ) . يعتبر كل من شركة التأمين والمؤمن له والسائق مسؤولاً بالتضامن عن الضرر الذي يلحق بالغير وفق أحكام المادة (١٠) من هذا النظام .

ب . يعتبر كل من المؤمن له والسائق مسؤولاً بالتضامن عن أي مبالغ يحكم بها تزيد على حدود مسؤولية شركة التأمين وفق أحكام المادة (١٠) من هذا النظام).

وعليه فإن للمضرور الرجوع على المؤمن أو المؤمن له أو كلاهما لاستيفاء التعويض المستحق له، ولكن مسؤولية شركة التأمين تبقى محددة بما وضع المشرع من حدود قصوى، فإن كانت الأضرار ذات قيمة أكبر من تلك الحدود القصوى، كان للمتضرر مطالبة المؤمن له بها، فإن كان هناك المتسبب غير المؤمن له جاز الرجوع عليه أيضاً، وبالتضامن مع المؤمن له كذلك.

المطلب الثالث

أحكام الدعوى المباشرة

يترتب على استعمال الدعوى المباشرة حصول المضرور على التعويض، إلا أن الوصول إلى ذلك قد يثير جملة من الأمور أبرزها مسألة الإثبات، الدفع، ومدة التقادم.

⁽²⁸¹⁾ جاء في المادة (١٠) من نظام التأمين الإلزامي ما نصه: (تلتزم شركة التأمين بتعويض الغير عن أي مبالغ يكون المؤمن له مسؤولاً عن دفعها كتعويض عن الضرر . وتحدد مسؤولية شركة التأمين في التعويض وفق أسس تحدد بمقتضى تعليمات يصدرها مجلس الوزراء بناء على تنسيب المجلس).

التعويض :

لا شك في أن الفائدة التي يبتغي المضرور تحقيقها من استعماله الدعوى المباشرة هي الحصول على مبلغ التعويض الذي يجبر الأضرار المادية والأدبية اللاحقة به، ودون مزاحمة من دائني المؤمن له المتعاقد مع شركة التأمين.

ومع ذلك فإن التزام شركة التأمين بالتعويض لا يكون مطلقاً، وإنما محدد بموجب تعليمات يصدرها مجلس الوزراء بحسبما تنص المادة العاشرة من نظام التأمين الإلزامي، إذ يناط بهذه التعليمات بيان الأسس التي يتم بمقتضاها تحديد نطاق مسؤولية شركة التأمين، فقد وضعت هذه التعليمات حدود قصوى لقيمة ما تلزم به شركة التأمين في مواجهة المضرور، وهو ما نعتقد بضرورة إعادة النظر فيه، فالحكمة التي توخى المشرع تحقيقها من خلال تنظيمه للتأمين الإلزامي تكمن في جانبها الأسس في توفير أكبر قدر من الحماية لحقوق المضرور في التعويض، وهذه الحماية قد لا تكون كاملة في أحيان غير قليلة إن لم تكن الأضرار اللاحقة بالمضرور أقل من الحدود الملزمة بها شركات التأمين، ولو في مقابل زيادة القسط الذي يلزم به المؤمن له، فالزيادة مهما كان مقدارها، يمكن تحملها، وهي في النهاية تصب في مصلحة المؤمن له، خصوصاً إذا ما قورنت هذه الزيادة بحجم التعويضات التي سيلزم بها المؤمن له فيما لو كانت الأضرار فادحة.

ولعل ما يعزز في هذه الوجهة أيضاً التعديل المتكرر الذي تتعرض لها الجداول التي يحدد بموجبها قيم التعويضات الملزمة بها شركات التأمين، لاختلاف وتطور الظروف الاقتصادية وما يستتبعها من ارتفاع في الأسعار ومستوى المعيشة، فضلاً عن موقف المشرع الأردني نفسه، إذ كان بموجب النظام السابق يضع حدوداً قصوى للتعويضات المستحقة لكل شخص، بل وحدود قصوى أخرى للتعويضات المستحقة عن كل حادث، الأمر الذي ارتأى المشرع التخفيف منه بموجب النظام النافذ، وهو ما يجدر التخلص منه نهائياً في المرحلة المقبلة، الأمر الذي يمكن ملاحظة مثله في العديد من التشريعات المناظرة في الدول الأخرى⁽²⁸²⁾.

(282) انظر على سبيل المثال قانون التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات المصري رقم (٦٥٢) لسنة ١٩٥٥، إذ نصت المادة (٥) من هذا القانون على ما يأتي: (يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارات إذا وقعت في جمهورية مصر ، وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة (٦) من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ ويكون التزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته ، ويؤدي المؤمن مبلغ التعويض إلى صاحب الحق فيه).

انظر كذلك المادة (٢) من قانون التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ (البحريني).

ومن جهة أخرى فإن تدخل المشرع في تحديده لمبلغ التعويض المستحق للمضرور لم يقف عند حد وضع جداول تبين الحدود القصوى لمسؤولية شركة التأمين، بل أنه وبغية قطع أوجه النزاع التي قد تنشأ مع شركات التأمين عاد ليحدد أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق بالمركببات⁽²⁸³⁾، إذ تم من خلال هذه الأسس تمكين المضرور من الخيرة بين أحد أمرين: إما دفع قيمة الأضرار التي لحقت بالمركبة نقدا ووفقا للأسعار والأجور السائدة في السوق المحلية وقت وقوع الحادث، واما إصلاح تلك الأضرار وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الحادث مباشرة⁽²⁸⁴⁾، ليس هذا فقط، بل أن هذه الأسس تطرقت أيضا إلى الكيفية التي يتم بموجبها احتساب بدل فوات المنفعة⁽²⁸⁵⁾.

(٢٨٣) انظر قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق المركبات رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٨٤) جاء في المادة الأولى من قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق المركبات ما نصه: (لغير المتضرر الخيار في أن يطلب من شركة التأمين دفع قيمة الأضرار التي لحقت بمركبته نقدا وفقا للأسعار والأجور السائدة في الأسواق المحلية وقت وقوع الحادث، أو إصلاح تلك الأضرار وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الحادث مباشرة).

(٢٨٥) جاء في المادة الثانية من قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق المركبات ما نصه: (أ. يحدد بدل فوات المنفعة على أساس بدل المثل اليومي السائد في السوق المحلية وقت وقوع الحادث للمركبة المتضررة.

ب. تحتسب مدة بدل فوات المنفعة بالأيام اعتبارا من تاريخ مراجعة المتضرر لشركة التأمين ولحين إصلاح الأضرار التي لحقت بمركبته وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الحادث مباشرة.

يتم تقدير مدة بدل فوات المنفعة بالاتفاق بين الغير المتضرر وشركة التأمين، في حال دفع شركة التأمين قيمة الأضرار التي لحقت بمركبة الغير نقدا ووفقا للأسعار السائدة في السوق وقت وقوع الحادث). =

= انظر كذلك المادة (٢٦٦) من القانون المدني. كما جاء في إحدى قرارات محكمة التمييز الأردنية ما نصه: (استقر الاجتهاد على ان التأمين الإلزامي على السيارات يشمل الضرر المادي والكسب الفائت والضرر الأدبي عملا بالمادتين (٢٦٦ و ٢٦٧) من القانون المدني سواء ذكر ذلك في عقد التأمين أم لم يذكر).

تمييز حقوق (١٩٩٤/٢٣١)، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، العدد

السابع والثامن، السنة الثالثة والأربعون، عمان، ١٩٩٥، ص ٢٠٦٨.

انظر تمييز حقوق (١٩٨٦/٧٣٨)، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين،

العدد التاسع، السنة السابعة والثلاثون، عمان، ١٩٨٩، ص ١٧٢٤.

وبدل نقصان القيمة⁽²⁸⁶⁾، وكيفية استبدال القطع التالفة بأخرى جديدة أو صالحة للاستعمال⁽²⁸⁷⁾، هذا فضلا عن إمكانية إحالة موضوع التعويض إلى مسوي خسائر مرخص من قبل هيئة التأمين لتحديد الأضرار ومبلغ التعويض⁽²⁸⁸⁾.

⁽²⁸⁶⁾ تنص المادة الثالثة من قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق المركبات على الآتي: (يحدد بدل نقصان القيمة على النحو الآتي:

إذا طلب الغير المتضرر دفع قيمة الأضرار التي لحقت بمركبته نقداً، فيكون بدل نقصان القيمة هو الفرق بين قيمة المركبة المتضررة قبل وقوع الحادث مباشرة وقيمتها بعد وقوع الحادث مباشرة وقبل إصلاحها، ويكون البديل في هذه الحالة شاملاً لقيمة الإصلاح.

إذا طلب الغير المتضرر إصلاح الأضرار التي لحقت بمركبته وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الحادث، فيكون بدل نقصان القيمة هو الفرق بين قيمة المركبة المتضررة قبل وقوع الحادث مباشرة وقيمتها بعد الإصلاح). انظر كذلك المادة (٢٧٦) من القانون المدني.

⁽²⁸⁷⁾ جاء في المادة الرابعة من قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق المركبات ما نصه: (مع مراعاة ما ورد في البند (١) من هذا القرار، يتم احتساب مبلغ التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمركبات دون خصم ما يقابل نسبة الاستهلاك، وبما يكفل إعادة الغير المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الحادث مباشرة، وفقاً للأسس التالية:

تستبدل القطع المتضررة للمركبات التي مضى على صنعها ثلاث سنوات أو أقل بقطع جديدة من الجهة صانعة المركبة المتضررة.

تستبدل القطع المتضررة للمركبات التي مضى على صنعها أربع سنوات ولغاية عشر سنوات بقطع جديدة ممثلة لقطع الجهة صانعة المركبة المتضررة، أو بقطع مستعملة مصدرها ذات الجهة صانعة المركبة المتضررة وبمستوى جودة القطع المتضررة قبل تعرضها للحادث مباشرة، ويكون الخيار في ذلك للغير المتضرر.

تستبدل القطع المتضررة للمركبات التي مضى على صنعها إحدى عشرة سنة أو أكثر بقطع مستعملة مصدرها ذات الجهة صانعة المركبة وبمستوى جودة القطع المتضررة قبل تعرضها للحادث مباشرة.

عند عدم توافر القطع التبديلية المشار إليها في الفقرات (أ) و (ب) و (ج) من هذا البند تقدر قيمتها وفقاً للأسعار السائدة في السوق المحلية وقت وقوع الحادث وتدفع نقداً للغير المتضرر).

⁽²⁸⁸⁾ تنص المادة الخامسة من قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق المركبات على ما يأتي: (في جميع الأحوال يجوز للمؤمن له أو الغير المتضرر، في جال الاختلاف مع شركة التأمين على قيمة الأضرار، إحالة موضوع التعويض إلى مسوي خسائر مرخص من قبل الهيئة لتحديد الأضرار ومبلغ التعويض، ويتم اختيار مسوي الخسائر باتفاق الطرفين وتحدد أتعابه مناصفة بينهما، وفي حال اختلافهما يتم اختياره وتحديد أتعابه من قبل مدير عام الهيئة).

ثانياً:

يجب على المضرور أثناء إقامته الدعوى المباشرة علاوة على إثبات مسؤولية المؤمن له عن الأضرار التي لحقت به، إثبات مسؤولية شركة التأمين في مواجهة المؤمن له.

وعليه، فإن على المتضرر أن يثبت قيام مسؤولية المؤمن له بإثبات ارتكابه لفعل سبب له ضرراً، إذ يعد هذا الفعل من قبيل الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة، وبضمنها التقرير الخاص بالحادث والذي تحرره الجهة المختصة بإدارة السير⁽²⁸⁹⁾، والذي يستعين به القاضي عادة عند تقريره مسؤولية المؤمن له عن الحادث وما نجم عنه من أضرار، وإلا فإنه لن يكون أمام المضرور من سبيل سوى الحصول على إقرار من المؤمن له بمسئوليته عن الحادث، إلا أن إعطاءه مثل هذا الإقرار يبدو أمراً مستبعداً، فهو أمر محفوف بالمخاطر بالنسبة للمؤمن له، لأنه قد يفضي إلى إعفاء شركة التأمين من مسؤوليتها إذا كانت قد اشترطت ذلك في العقد المبرم مع المؤمن له⁽²⁹⁰⁾.

^(٢٨٩) لقد ألزم المشرع المؤمن له بضرورة إبلاغ شركة التأمين بوقوع الحادث في أسرع وقت ممكن وتزويدها بالوثائق المتعلقة بالحادث، فقد نصت المادة (١٣) من نظام التأمين الإلزامي على الآتي: (أ) يلتزم المؤمن له أو السائق بتبليغ شركة التأمين خلال مدة مقبولة بالحادث الذي تسببت فيه المركبة ونجم عنه الضرر وعليه ان يتخذ كل الاحتياطات والإجراءات الضرورية لتجنب تفاقم ذلك الضرر أو زيادته دون إخلال بحق الغير في التبليغ عن الحادث .

ب . يلتزم المؤمن له بان يقدم إلى شركة التأمين جميع الوثائق المتعلقة بالحادث حال تسلمها بما في ذلك المراسلات والمطالبات والإعلانات والتبليغات وإذا تخلف المؤمن له عن ذلك يحق لشركة التأمين الاحتجاج بالأضرار التي أصابتها بسبب الإخلال بهذا الالتزام ما لم يكن التأخير مبرراً.

ج. على الرغم مما ورد في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة لا يجوز لشركة التأمين رفض طلب تعويض الغير بحجة التأخير عن التبليغ عن الحادث).

كما ألزم المشرع الجهة المختصة في مديرية الأمن العام إعداد تقرير خاص بالحادث وتضمينه بيانات معينة، فقد نصت المادة (١٤) من نظام التأمين الإلزامي: (على الجهة المختصة تضمين تقرير الحادث الذي نجم عنه الضرر جميع المعلومات الواردة في رخصة سير المركبة).

^(٢٩٠) لقد سمح المشرع الأردني بالاتفاق على حرمان المؤمن له من نقاضي حقه في التعويض قبل شركة التأمين إذا كان قد أقر بانعقاد مسؤوليته عن الأضرار اللاحقة بالغير، فقد جاء في المادة (١/٩٢٥) من القانون المدني ما نصه: (يجوز الاتفاق على إعفاء المؤمن من الضمان إذا أقر المستفيد بمسئوليته أو دفع ضماناً للمتضرر دون رضا المؤمن).

على أن ذلك لا يعني بالضرورة السماح لشركة التأمين بالاحتجاج بوجود إقرار إذا ما اقتصر هذا الإقرار على سرد الوقائع المادية كما حدثت دون أن يستخلص منها أنه مسؤول من الناحية القانونية، فهذا جائز⁽²⁹¹⁾، لا بل أن ما يجب توافره في المؤمن له من أمانة وصدق يقضي ذلك⁽²⁹²⁾.

لذلك كله فإن حرص المؤمن له على مصالحة ستدفعه على الأرجح إلى عدم الإقرار بالمسؤولية عن الحادث إلا بموافقة شركة التأمين، الأمر الذي ينطبق من باب أولى على قيام المؤمن له بما هو أكثر من ذلك، كإجراء تسوية أو صلح مع المضرور بشأن المسؤولية عن الحادث، وهو ما ارتأى المشرع الأردني التأكيد عليه مباشرة فنص في المادة (١٦) من نظام التأمين الإلزامي على ما يأتي: (لا تعتبر أي تسوية بين المؤمن له والغير المتضرر ملزمة لشركة التأمين إلا إذا تمت بموافقتها خطياً).

وعليه فإن استعمال الدعوى المباشرة لن يجدي نفعاً بالنسبة للمضرور إن كانت التسوية بشأن المسؤولية عن الحادث قد تمت مع المؤمن له بمفرده، أي دون الموافقة الخطية من شركة التأمين، أما تبرير ذلك فيظهر في محاولة قطع أوجه النزاع التي قد تنشأ من جراء مثل هذه التسوية، لا سيما وأن شبه التواطؤ بين المؤمن له والمضرور قد لا تكون مستبعدة، وهو ما قد يؤدي إلى تحميل شركة التأمين بمبالغ تزيد عن حجم الأضرار الحقيقية.

أما مسؤولية شركة التأمين فإن إثباتها يتم بإبراز العقد المبرم بينها وبين المؤمن له والذي يمكن طلبه من المؤمن له أو شركة التأمين، إذ يتمثل دور هذا العقد في إثبات وجود التعاقد بين الطرفين⁽²⁹³⁾، أما ما خلا ذلك من أمور فإن الحاجة قد لا تدعو إليه، لا سيما وأن شركات التأمين كافة ملزمة بتحرير الوثيقة طبقاً لأنموذج يتم إعداده بما يوافق أحكام نظام التأمين الإلزامي، فقد نصت

⁽²⁹¹⁾ تنص المادة (٢/٩٢٥) من القانون المدني على الآتي: (يجوز الاتفاق على إعفاء المؤمن من الضمان إذا أقر المستفيد بمسؤوليته أو دفع ضماناً للمتضرر دون رضا المؤمن).

⁽²⁹²⁾ انظر: د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص ١٩٧.

⁽²⁹³⁾ إذا أبرم عقد التأمين بين المؤمن له وشركة التأمين فإنه يبقى نافذاً إلى نهاية مدته، فلا يجوز لأي منهما أو كلاهما إلغاؤه إلا في حالة إحلال عقد جديد محله أو بشطب تسجيل المركبة، فقد جاء في المادة (٨) من نظام التأمين الإلزامي ما نصه: (لا يجوز لشركة التأمين أو المؤمن له إلغاء عقد التأمين الإلزامي للمركبة إذا كان ترخيصها قائم ما لم يحل عقد تأمين إلزامي آخر محله). في حين جاء في المادة (٩) من النظام نفسه ما نصه: (يعتبر عقد التأمين الإلزامي ملغى بصورة تلقائية في حالة التلف الكلي للمركبة شريطة شطب تسجيلها بتقرير تصدره إدارة ترخيص المركبات يؤكد عدم صلاحيتها للاستعمال).

المادة السادسة منه على ما يأتي: (تلتزم شركة التأمين بإصدار وثيقة التأمين الإلزامي وفق الأنموذج الذي يعد بما يتفق مع أحكام هذا النظام ويتم إصداره بقرار من المدير العام)⁽²⁹⁴⁾.

ولكن ماذا لو أُصيب شخص بضرر من جراء حادث اشتركت به مركبة لم يتم التحقق من صاحبها لفراره من موقع الحادث مثلاً، فهل يعوز المتضرر في مثل هذه الحالة؟

نعتقد بأن روح نظام التأمين الإلزامي وفحواه تقضيان بضرورة تعويض المضرور هنا، ولكن التسليم بذلك يقودنا للتساؤل عن شركة التأمين المسؤولة عن تعويض هذه الأضرار؟

لقد أجاب المشرع الأردني على مثل هذا التساؤل، فعلى الرغم من أن المسؤولية عن هذه الأضرار لم تثبت في جانب مؤمن له معين، إلا أنها بحسب الأصل ثابتة بحق إحدى شركات التأمين العاملة في المملكة، ذلك انه يجب على جميع المركبات التي تسير على الطرقات الحصول على ترخيص من دائرة السير ووثيقة تأمين من إحدى شركات التأمين⁽²⁹⁵⁾، وانطلاقاً من هذه الفكرة فقد تدخل المشرع الأردني - وحسناً فعل - فانشأ صندوق تعويض المتضررين من حوادث المركبات⁽²⁹⁶⁾، وألقى على عاتقه تلقي المطالبات الخاصة بتعويض المتضررين في حالات عدم التحقق من هوية المركبة المسببة للضرر، أو عدم معرفة مالكيها أو سائقها، أو حتى في حالة عدم وجود وثيقة تأمين سارية المفعول لتغطية المسؤولية الناجمة عن استعمال المركبة⁽²⁹⁷⁾، إذ يتولى هذا الصندوق بعد ذلك تعويض هؤلاء المضرورين بحسب الأضرار اللاحقة بهم⁽²⁹⁸⁾ ووفق المبالغ المحددة بمقتضى نظام التأمين الإلزامي⁽²⁹⁹⁾، أما مصادر تمويل هذا الصندوق فتركز بالدرجة الأساس على اقتطاع نسبة

⁽²⁹⁴⁾ انظر: قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أنموذج وثيقة التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٢. قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن آلية إصدار وثائق التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤.

انظر كذلك تعليمات مكتب التأمين الإلزامي الموحد للتأمين على المركبات لسنة ٢٠٠٤.

⁽²⁹⁵⁾ انظر المادة (٦) من قانون السير.

⁽²⁹⁶⁾ انظر تعليمات صندوق المتضررين من حوادث المركبات لسنة ٢٠٠٤.

⁽²⁹⁷⁾ تنص المادة الثالثة من تعليمات صندوق المتضررين على الآتي: (ينشأ بمقتضى هذه التعليمات صندوق لتعويض المتضررين من لوفاة والإصابات الجسمية والأضرار المعنوية ومصاريف العلاج الطبي الناشئة عن حوادث المركبات في الحالتين التاليتين:

أ. عند عدم وجود وثيقة تأمين سارية المفعول لتغطية المسؤولية الناجمة عن استعمال المركبة.

ب. عند عدم التحقق من هوية المركبة المسببة للضرر، أو عند عدم معرفة مالك تلك أو سائقها).

⁽²⁹⁸⁾ انظر المادة (٨) من تعليمات صندوق المتضررين.

⁽²⁹⁹⁾ تنص المادة (٤/أ) من تعليمات صندوق المتضررين على التي: (لا تزيد مسؤولية الصندوق لتعويض المتضررين من حوادث المركبات في الحالتين المنصوص عليهما في المادة (٣) من هذه التعليمات عن حدود

(١%) من إجمالي أقساط التأمين المستوفاة من قبل شركات التأمين المختلفة لحساب ذلك الصندوق⁽³⁰⁰⁾.

:

لم يشأ المشرع الأردني إخضاع دعوى المضرور في مواجهة شركات التأمين إلى الدفع التي تستطيع شركة التأمين الاحتجاج بها في مواجهة المؤمن له بحسبما تقضي القواعد العامة، فحق المضرور وعلى الرغم من أنه ينتقل في حدود ما يكون للمؤمن له، إلا أنه يتميز عنه بتطهيره من مثل هذه الدفع، والحكمة من ذلك تبدو جلية، فضرورة حماية المضرور والحرص على استيفائه لحقوقه التي كفلها له نظام التأمين الإلزامي تقضي بتخليص الدعوى التي يرفعها من أي دفع، لأن السماح بغير ذلك قد يحول دون استيفاءه لحقه ولو جزئياً، الأمر الذي صرح بمثله المشرع الأردني مباشرة في عجز المادة (١٧) والتي جاء فيها ما نصه: (ولا تسري بحقه - أي المضرور - الدفع التي يجوز لشركة التأمين التمسك بها تجاه المؤمن له).

وطبقاً لهذا النص فإن المركز الذي يتمتع به المضرور قبل شركة التأمين يفضل نظيره الذي يتمتع به المؤمن له⁽³⁰¹⁾، فشركة التأمين لا تستطيع أن تتمسك في مواجهة المضرور ببطان العقد أو فسخه أو إلغائه أو وقف سريانه، أو بسقوط حق المؤمن له، أو عدم دفع التعويض بسبب مخالفة شروط العقد، أو أي دفع آخر كانت تستطيع بموجبه أن تواجه المؤمن له.

ومع ذلك فقد انقسم الفقه القانوني حول مسألة نطاق الدفع التي لا يجوز لشركة التأمين التمسك بها في مواجهة المضرور، هل تشمل الدفع كافة أم بعضها منها؟ فذهب جانب من الفقه

المسؤولية عن الوفاة والإصابات الجسمية والأضرار المعنوية ومصاريف العلاج الواردة في نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات النافذ المفعول والتعليمات لصادرة بمقتضاه).

(٣٠٠) تنص المادة (٥) من تعليمات صندوق المتضررين على ما يأتي: (تتكون موارد الصندوق من المصادر التالية:

أ. نسبة (١%) من إجمالي أقساط التأمين المستوفاة من قبل شركات التأمين، ويجوز للمجلس بناء على تنسيب المدير العام إعادة النظر في هذه النسبة، على أن يحدد ميعاد استيفاء تلك النسبة وطرق استيفائها بقرار يصدر من المدير العام لهذه الغاية.

ب. المساعدات والتبرعات والهبات والمنح التي ترد باسم الصندوق ويقرها المجلس ويوافق عليها مجلس الوزراء إذا كانت من مصدر غير أردني.

ج. عوائد استثمار أموال الصندوق.

د. أي موارد أخرى يقرها المجلس بناء على تنسيب المدير العام والمستند إلى توصية من اللجنة).

انظر كذلك: قرار مدير عام هيئة التأمين بشأن استيفاء مساهمة شركات التأمين في صندوق تعويض المتضررين من حوادث المركبات رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٣٠١) انظر: د. عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

للتفريق بين نوعين من الدفع⁽³⁰²⁾، أولها: الدفع الناشئة قبل وقوع الحادث الذي تسبب في الأضرار التي لحقت بالمضرور المدعي، إذ أجاز للشركة التمسك بها، وثانيها: الدفع الناشئة عقب الحادث إذ لم يجز الاحتجاج بها، أما الحجة التي يستند إليها هذا الرأي فتتمثل في أن حق المضرور تجاه شركة التأمين يولد وقت وقوع الحادث، وبالتالي فإنه لا يتأثر من ذلك التاريخ بما يجد من دفع دون ما سبق منها، وبعبارة أخرى فإن هذا الرأي حدد نطاق الحكم الذي أورده المادة (١٧) من نظام التأمين الإلزامي، بحيث لا يشمل جميع الدفع التي تكون لشركة التأمين، وإنما يقتصر على تلك اللاحقة في وقوعها على الحادث.

ومع ذلك، فلا نعتقد بصحة التفرقة بين الدفع التي تملكها شركة التأمين في مواجهة المضرور على أساس وقت نشوئها، فالناظر إلى النص السابق- المادة (١٧)- لا يجد سنداً لمثل هذه التفرقة، والأولى القول بانطباق الحكم على الدفع كافة دون تمييز بينها، فالحكم الوارد في النص مطلق، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد، علاوة على أن السماح بغير ذلك يعني إهدار الحكمة التي توخى المشرع تحقيقها، ذلك أن التسليم بحق شركة التأمين بالتمسك بالدفع السابقة على وقوع الحادث لعقد التأمين الإلزامي يجعل المضرور مجرداً من الحماية القانونية، لأنه يكفي شركة التأمين لكي تتصل من التزاماتها التمسك بأي دفع، وإقرار المؤمن له بصحته، وسواء أكان هذا الإقرار بحسن نية أو سوء نية⁽³⁰³⁾، الأمر الذي يظهر أن الحيلولة دون تحققه كان الباعث الأبرز من وراء تطهير الدعوى المباشرة من مثل تلك الدفع، وهو ما تستوي فيه الدفع كافة سواء أكانت سابقة أم لاحقة على الحادث، فلا فرق بينها في ذلك، لا سيما أيضاً وأن مانعاً لا يحول دون رجوع شركة التأمين على المؤمن له فيما يكون لها من حقوق، وذلك بموجب القواعد العامة.

وعليه فإن الأجدر في اعتقادنا هو حماية حقوق المضرور لا تجريده من الحماية لصالح شركة التأمين، وإلا لأصبحت الجدوى من التأمين الإلزامي قاصرة وناقصة.

بقي أن نشير إلى أن المشرع الأردني كان قد حدد مدة مرور الزمان المانع من سماع الدعاوى الناشئة عن التأمين الإلزامي وبضمنها الدعوى المباشرة بمدة قصيرة نسبياً هي ثلاث سنوات فقط، إذ نص في المادة (١٩) على ما يأتي: (أ) . لا تسمع الدعوى بالتعويض من المؤمن له أو الغير بعد انقضاء ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الواقعة التي نجمت عنها تلك المطالبة أو من تاريخ علم ذي المصلحة بتلك الواقعة .

انظر كذلك: قرار مدير عام هيئة التأمين بشأن استيفاء مساهمة شركات التأمين في صندوق تعويض المتضررين من حوادث المركبات رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٣٠٢) انظر: د. عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص ٢٩٤-٢٩٥.

(٣٠٣) انظر: د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

ب . تنتهي حقوق المؤمن له وحقوق شركة التأمين الناشئة عن حادث بالمطالبة بهذه الحقوق بانقضاء ثلاث سنوات ابتداء من التاريخ الذي ثبتت فيه مسؤولية أي منهما بمقتضى أحكام هذا النظام).

المبحث الثالث

حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له والسائق والمتسبب

لقد أتاح نظام التأمين الإلزامي للمؤمن الرجوع على المؤمن له أو السائق أو المتسبب فيما دفع من تعويضات عن الأضرار اللاحقة بالغير في أحوال معينة.

لذلك فإنه يتوجب على المؤمن قبل أن يمارس حقه في الرجوع أداء ما ترتب في ذمة المؤمن له أو المتسبب في الضرر للمضرور⁽³⁰⁴⁾، والحكمة من ذلك تبدو في وجهين: أولهما يتمثل في تمكين المضرور من الحصول على ما يستحقه من تعويضات ببسر وسهولة وذلك بالنظر للملاءة التي تتمتع بها شركة التأمين خاصة إذا ما قيست بالمؤمن له أو المتسبب، في حين أن ثانيهما يتجلى في ضرورة مسائلة المؤمن له أو السائق عن الأضرار التي سببها للغير، ذلك أن معظم الحالات التي يسمح فيها بالرجوع ناجمة عن خطأ يصعب اعتباره يسيراً في أغلب الأحوال، بمعنى أن هذا الخطأ يؤدي إلى تفاقم الخطر على نحو غير مألوف، أي زيادة نسبة احتمال وقوعه قياساً على الحالة التي يفترض أن يكون في نطاقها، وبالتالي فإن شركات التأمين قد تتكبد خسائر كبيرة قد لا تطيقها، فضلاً عن أن ذلك سيؤدي إلى زيادة عدد الحوادث والأضرار، لأن المؤمن له أو المتسبب سيكون أقل حرصاً وانتباهاً لوجود شخص آخر يتحمل عنه جريمة ما يرتكب من أخطاء حتى وإن كانت جسيمة.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن الحالات التي يجوز فيها لشركة التأمين الرجوع على المؤمن له أو السائق أو المتسبب حالات مذكورة حصراً ولا يجوز التوسع فيها، كما أنه يجوز الاتفاق على إلزام شركة التأمين بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنها، فلا يعد مثل هذا الاتفاق مخالفاً لقواعد النظام العام، الأمر الذي يمكن ملاحظته من نص الفقرة (أ) المادة (١٨) والتي جاء صدرها لينص على جواز الرجوع على المؤمن له والسائق في حالات معينة، إذ جاء فيه: (يجوز لشركة التأمين الرجوع على المؤمن له والسائق لاسترداد ما دفعته من تعويض إلى الغير في أي من الحالات التالية...)، وهو ما كرره المشرع أيضاً بصدد المتسبب في حالتين أخريين، فقد نصت الفقرة (ب) من المادة ذاتها على أنه: (يجوز لشركة التأمين الرجوع على المتسبب في الضرر لاسترداد ما دفعته إلى الغير في أي من الحالتين التاليتين...) (305).

(304) انظر تمييز حقوق (١٩٩٩/٥٧٨) ، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين

الأردنيين، العدد الأول والثاني، السنة الخمسون، عمان، ٢٠٠٠، ص ٥١٩.

(305) لقد وسع المشرع الأردني بموجب نظام التأمين النافذ من حالات الرجوع على المؤمن له والسائق، ذلك ان نظام التأمين الملغي لم يكن ينص سوى على ثلاث من

وعليه فإن دراسة حق المؤمن في الرجوع تقضي السير على ذات النهج الذي تبناه المشرع، إذ فرق بين الحالات التي يجوز فيها الرجوع على المؤمن له والسائق، وتلك التي يجوز فيها الرجوع على المتسبب، وهو ما يمكن إجماله من خلال المطلبين الآتين:

المطلب الأول: حالات الرجوع على المؤمن له والسائق

المطلب الثاني: حالات الرجوع على المتسبب في الضرر

حالات الرجوع على المؤمن له والسائق

لقد أجاز المشرع بموجب المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي الرجوع على المؤمن له والسائق معاً أو أي منهما لاسترداد ما تم دفعه من تعويض إلى الغير، وذلك في الحالات الآتية: أولاً. إذا كان السائق غير مرخص له بقيادة المركبة وقت وقوع الحادث

الحالات التي يوردها النظام النافذ، كما وسع من حالات الرجوع على المتسبب بإضافة حالة جديدة، ومن ثم فإن الحالات التي يجوز فيها لشركة التأمين الرجوع أصبحت سبعة بعد أن كانت خمسة في النظام الملغي وهو ما يعد أمراً إيجابياً بالنسبة لشركات التأمين، أما الحالات التي كان ينص عليها نظام التأمين الملغي فقد وردت في المادة (١١) منه والتي كانت تنص على الآتي: (يجوز لشركة التأمين الرجوع على المؤمن له أو السائق لاسترداد ما دفعته من تعويض إلى الغير في الحالات التالية :

- أ . إذا كان السائق غير مرخص لسوق المركبة وقت وقوع الحادث .
- ب. إذا كان السائق في حالة سكر شديد أو تحت تأثير المخدرات وقت وقوع الحادث .
- ج. إذا وقع الحادث أثناء استعمال المركبة في غير الأغراض المرخصة من أجلها أو استخدمت لغايات مخالفة للقانون أو النظام العام .
- د . إذا ثبت أن الحادث كان متعمداً من قبل سائق المركبة .
- هـ. أية مبالغ تدفعها شركة التأمين للغير والتي تزيد على حدود مسؤوليتها بموجب هذا النظام).

فقد أشارت المادة (١٨/أ) إلى حق شركة التأمين في الرجوع إذا كان السائق وقت وقوع الحادث غير حائز على فئة رخصة السوق لنوع المركبة⁽³⁰⁶⁾، فعلى سبيل المثال يجوز لشركة التأمين بعد أداء مبلغ التعويض للمتضرر الرجوع بما دفعته إذا كان السائق يقود سيارة ركوب خصوصية تتطلب رخصة سوق من الفئة الثالثة وهو حائز على رخصة سوق من الفئة الثانية التي تجيز قيادة المركبات الزراعية أو مركبات الأشغال⁽³⁰⁷⁾.

وعلى نحو مشابه فإن للشركة حق الرجوع بموجب المادة (١٨/أ) إذا كانت رخصة السائق ملغاة بصورة دائمة أو معلقة لمدة يحظر على السائق القيادة خلالها، إذ لا يكون السائق مرخصاً لقيادة المركبات في مثل هذه الحالات أيضاً.

ثانياً. عدم قدرة السائق على التحكم بالمركبة لتناول مسكر أو مخدر

لقد وضع المشرع معياراً لما يجب أن يتوافر فيمن يقوم بقيادة المركبة، وهذا المعيار بحسبما تشير المادة (١٨/ب) يتمثل في القدرة على التحكم بقيادة المركبة على النحو المألوف والمتوقع من الشخص العادي، فإذا توافرت هذه القدرة لم يكن لشركة التأمين استعمال حقها في الرجوع عليه، أما إذا انعدمت هذه القدرة، فإن الأمر يبدو مختلفاً، إذ يكون للشركة الحق في الرجوع على السائق، وسواء أكان السبب في ذلك الوقوع تحت تأثير المسكر أو المخدر أو العقار الطبي.

وما يجدر ملاحظته في هذا السياق هو أن إيراد مثل هذا المعيار يجعل من وجود هذه الحالة بين حالات الرجوع أمراً عديم الجدوى، ليس هذا فحسب، بل انه قد يسهم في زيادة عدد حوادث السير، ذلك أن التحقق من أمر تناول السائق للمسكر أو المخدر ليس بالأمر الهين في العديد من الحالات، لا سيما إذا ما ترتب على الحادث وقوع إصابة للسائق استدعت نقله إلى المستشفى، فمن المكلف بالتحقق من تناول المسكر، ومتى؟ فوراً أم بعد مرور ساعات على الحادث تكون معها آثار المسكر قد زالت؟

يضاف إلى ذلك ان الحالة المذكور تعطي للسائق الحق في التعويض بالرغم من قيادة المركبة بعد تناول المسكر أو المخدر، فهو لا يفقد الحق في التعويض إلا إذا كان فاقد القدرة على التحكم

(306) انظر: تمييز حقوق (١٩٩٤/٣٥١)، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين

الأردنيين، العدد السابع والثامن، السنة الثالثة والأربعون، عمان، ١٩٩٥، ص ٢٠٧٢. تمييز حقوق (١٩٨٩/١١٦٨)، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، العدد السادس والسابع والثامن، السنة التاسع والثلاثون، عمان، ١٩٩١، ص ١٣٧١.

(307) لقد صنف المشرع الأردني رخص سوق المركبات إلى فئات متعددة تتدرج بين ستة فئات، لمزيد انظر المادة (٢٥) من قانون السير.

بالمركبة بسبب تعاطيه لذلك المسكر أو المخدر، الأمر الذي نعتقد بضرورة تداركه من قبل المشرع الأردني، وذلك من خلال منح شركة التأمين الحق في الرجوع على السائق لمجرد ثبوت تناوله لمسكر أو مخدر أثناء قيادته المركبة، فالخطأ الذي ارتكبه السائق هنا لا يعد خطأ يسير، وإنما خطأ جسيماً، يحسن التشدد إزاءه لا المكافئة عليه بالتعويض عن آثاره.

ومن جانب آخر، فقد ذكر المشرع العقار الطبي من بين الأسباب التي قد تقضي إلى فقد القدرة على التحكم بقيادة المركبة، الأمر الذي قد يفضل استعمال المشرع لمصطلح المؤثرات العقلية⁽³⁰⁸⁾، وذلك للخروج من اللبس الذي قد يثيره استعمال السائق للعقار الطبي في بعض الأحيان، لأن من يتناوله قد لا يعلم بوجود آثار جانبية له تؤثر على قدرته في قيادة المركبة، علاوة على أن تناوله يكون لسبب مشروع عادة وعلى خلاف حالة السكر أو تناول المخدرات التي يدل تناولها ومن ثم قيادة المركبة على إهمال واستهتار غير قليل.

وناء على ما سبق نتمنى على المشرع الأردني تعديل نص الحالة الثانية من الفقرة (أ) من المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي لتصبح على النحو الآتي: (إذا كان السائق وقت وقوع الحادث تحت تأثير مسكر أو مخدر أو مؤثر عقلي).

ثالثاً. استعمال المركبة في غير الأغراض المرخصة لأجلها

فالمؤمن عند إبرامه لعقد التأمين الإلزامي يأخذ على عاتقه جملة من الأخطار تتلاءم مع الغرض الذي خصصت له المركبة، وبالتالي فإن مخالفة المؤمن له أو السائق لذلك يعني أنه هو وحده من يتحمل نتيجة هذه المخالفة، وبالتالي فإن شركة التأمين وإن كانت ملزمة بالتعويض قبل المضرور، إلا أن لها الحق بالرجوع على المؤمن له والسائق.

وبناء على ذلك فإنه لا يجوز - مثلاً - استعمال مركبة مرخصة لنقل البضائع في نقل الركاب، أو استعمال سيارة الركوب الخصوصية لنقل الركاب مقابل أجر⁽³⁰⁹⁾.

(٣٠٨) انظر في تعريف المادة المخدرة والمؤثر العقلي قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (١١) لسنة ١٩٨٨، والذي أحال بدوره إلى جداول تفصيلية يحدد بموجبها ما يعد من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية وما لا يعد كذلك، فقد جاء في المادة الثانية من هذا القانون بصدد تعريف المادة المخدرة ما نصه: (كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول ذوات الأرقام (١ و ٢ و ٤) الملحقة بهذا القانون). في حين عرفت المادة نفسها المؤثرات العقلية على أنها: (كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول ذوات الأرقام ٥ و ٦ و ٧ و ٨ الملحقة بهذا القانون).

(٣٠٩) انظر: د. عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

رابعاً. استعمال المركبة على وجه مخالف للتشريعات والنظام العام

فقد قضت الفقرة الرابعة من المادة (١٨/أ) بحق شركة التأمين في الرجوع إذا استعملت المركبة بطريقة تؤدي إلى زيادة الخطر بسبب مخالفة تشريعات السير المعمول بها أو استخدمت في أغراض مخالفة للقانون أو النظام العام شريطة أن تكون المخالفة السبب المباشر في وقوع الحادث، ولعل التساؤل الذي يثار هنا يتعلق بمدى إمكانية وقوع حادث دون أن يكون ناجماً عن مخالفة التشريعات المختلفة وبضمنها تشريعات السير، فهل يوجد حادث دون ارتكاب مخالفة؟

نعتقد بأن حق الرجوع في مثل الحالة السابقة يفرغ نظام التأمين الإلزامي من أحد أهم مضامينه، فالغاية التي يبرم من أجلها التأمين الإلزامي ليست قاصرة على حماية حقوق المضرور، بإيجاد شخص أكثر ملاءة يقوم بتعويضه عما أصابه من أضرار، بل أن يطال المؤمن له الذي تحمل في مقابل ذلك قسط التأمين، والسماح برجوع شركة التأمين على المؤمن له إذا ما كان الحادث ناجم عن مخالفة لقانون السير أو غيره من القوانين أو النظام العام يعني بالنتيجة تحمل المؤمن له لجميع الآثار الناجمة عن الحوادث كافة، ففي كل مرة سترجع شركة التأمين على المؤمن له لاسترداد ما دفعته، لأن الحالات التي يكون فيها الحادث غير ناجم عن مخالفة للتشريعات قد تكون محدودة جداً إن لم يصعب تصورها، لا بل أن جل الحالات التي يجوز فيها الرجوع على المؤمن له - السابق ذكرها- يمكن إدراجها ضمن نطاق هذه الحالة، فلا يعود من المفيد أو الضروري ذكرها جميعاً.

وبتعبير آخر فإن مهمة شركة التأمين لن تتعدى مهمة الكفيل، فهي تؤدي باليمن للمضرور وتأخذ بالشمال من المؤمن له ذات المبلغ، فضلاً عن حصولها على أقساط التأمين التي ستعد والحالة هذه ربحاً خالصاً، وهو يشكل بلا شك خروج على الوظيفة الأساسية للتأمين من المسؤولية المدنية بصفة عامة، والتأمين من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث المركبات بصفة خاصة، فالغرض الذي من أجله يبرم الشخص عقد التأمين من أي مسؤولية يتمثل في حمايته من رجوع الغير عليه بالتعويض من جراء ما سبب للغير من أضرار، وبغض النظر عن حجم الخطأ الذي ارتكبه، فالخطأ المقصود هنا لا يقتصر على الخطأ اليسير، بل يطال الخطأ الجسيم أيضاً بحسبما ذهبت تشريعات عدة⁽³¹⁰⁾، فالمحذور التأمين منه هو فقط الخطأ العمدي، لأن السماح بالتأمين منه لا يغري بإيقاع الضرر فحسب بل ويهدم عنصر الخطر بجعله محققاً لا احتمالياً⁽³¹¹⁾.

(310) لقد أثير جدال في الفقه حول مدى إمكانية التأمين من الخطأ الجسيم للمؤمن له، ففي حين كان البعض يرى حظر التأمين منه مثله مثل الخطأ العمدي، بدعوى أن الخطأ فيه يقوم على الإهمال البالغ مبلغاً كبيراً، فهو لذلك شبيه بالخطأ العمدي، الأمر الذي حدا ببعض المشرعين إلى التسوية بينهما في أحكام المسؤولية وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء منها، إلا أن الفقه ما لبث أن عاد عن الرأي السابق، فجاز التأمين من الخطأ الجسيم، لأن الشخص الذي يرتكب الخطأ وإن كان لديه إرادة الفعل إلا أنه مع ذلك يفتقد إلى قصد تحقيق نتائجه، فضلاً عن أن من يقوم

وبناءً عليه، فإنه من الأجدر رفع الحالة الرابعة من المادة (١٨/أ) من نظام التأمين الإلزامي لما تمثله من إجحاف بحقوق المؤمن لهم، أما حقوق شركة التأمين فقد تقاضت في مقابلها أقساط التأمين، والقول بأن النص السابق ضروري لحماية شركة التأمين في حالة تعمد المؤمن والسائق، لا يعد بالأمر الدقيق، خاصة وأن الفقرة (ب) من المادة ذاتها تتيح لشركة التأمين الرجوع في حالة التعمد - كما سيأتي.

خامساً. استعمال المركبة في تعليم قيادة المركبات

إذا كانت الأضرار اللاحقة بركاب المركبة التي يتم التعليم على قيادة المركبة بها غير مشمولة بنظام التأمين الإلزامي كما أسلفنا، فإن الأضرار اللاحقة بالغير وإن كانت تعوض إلا أن لشركة التأمين الرجوع فيها على المؤمن له و السائق، الأمر الذي حرص المشرع على تأكيده مع أنه مشمول بالضرورة في الحالة السابقة التي تجيز الرجوع لمخالفة التشريعات، لأن في تعليم القيادة دون ترخيص مخالفة لقانون السير، علاوة على الحالة الثالثة، أي استعمال المركبة في غير الأغراض المرخصة لها.

ولكن ثمة تساؤل قد يطرح هنا حول مدى أحقية شركة التأمين بالرجوع على المؤمن له والسائق إذا ما كانت مسؤوليتهما ناجمة عن استعمال المركبة في تعليم قيادة المركبات؟ فقد يرى البعض أن قيام المؤمن له بمثل هذا الأمر لا يستحق التشدد معه على هذا لوجه، لاسيما وأنه لا يقصد إلحاق الضرر بالغير، وما قام به من فعل لا يشكل سوى مخالفة لاحكام قانون السير، فإذا ما أوقع عليه الجزاء المخصص لتلك المخالفة كان من غير المنطقي معاقبته مرة أخرى بحرمانه من ثمرة عقد التأمين الذي أبرمه، وهي قيام شركة التأمين بتغطية مسؤوليته في مواجهة الغير، وما قيل بصدد قيام المؤمن له بتعليم القيادة على مركبته ينطبق على جميع حالات الرجوع على المؤمن له والسائق التي نص عليها نظام التأمين الإلزامي في المادة (١٨) منه، لأنها جميعا لا تعدو أن تكون مخالفات لقانون السير.

بالتأمين من خطائه الجسيم لا يرغب بالفاكك من المسؤولية عنها، وإنما تأكيدها عن طريق تقوية ضمان المضرور وجعله يرجع على مديني اثنين لا مدين واحد وهما المؤمن له والمؤمن.

انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني (عقود الغرر)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٢٢٥، ١٦٤٤. د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، الطبعة الأولى، منشورات نادي القضاة، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٣٠ محمد المبروك اللافي، العقود المسماة (أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي)، منشورات جامعة ناصر، طرابلس، ١٩٩٢، ص ٢٠٨. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٦، ص ١٢٦.

(٣١١) انظر: د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد (في التأمين)، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٢٥٣. د. محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

يضاف إلى ذلك أن شركة التأمين تتقاضى في مقابل التزامها بتغطية الخطر قسط التأمين الذي يدخل في حسابان شركة التأمين عند فرضه على المؤمن له حجم الخطورة الناجمة عن قيادته للمركبة، فتستطيع الطلب منه دفع مبلغ إضافي على القسط إذا كان سجله المروري يشهد ارتكابه لحوادث ومخالفات كثيرة أو جسيمة خلال الفترة السابقة⁽³¹²⁾، وهو ما يكفي بدوره لحث المؤمن له على عدم مخالفة قواعد السير للحيلولة دون رفع قيمة القسط عليه، ولا يعود بالتالي من العادل حرمانه من إلزام شركة التأمين بالتعويض في مقابل ما بذل من أقساط⁽³¹³⁾.

⁽³¹²⁾ لقد سمح المشرع بزيادة قيمة الأقساط على المؤمن لهم الذين يرتكبون مخالفات لقواعد السير، فقد نصت المادة (٧) من نظام التأمين الإلزامي: (أ). تحدد أقساط التأمين الإلزامي وأي زيادة عليها، تقتضيها المعلومات المثبتة في السجل المروري للمؤمن له أو السائق، وفق أسس تحدد بمقتضى تعليمات يصدرها مجلس الوزراء بناء على تنسيب المجلس المستند إلى توصية المدير العام.

ب. على إدارة السير تزويد شركة التأمين وبناء على طلبها بالمعلومات المتعلقة بالسجل المروري المشار إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة).

واستكمالاً لما نص عليه المشرع في هذه المادة فقد صدرت فعلاً التعليمات الخاصة بتحديد المخالفات والمقدار الممكن زيادته على أقساط التأمين، انظر: تعليمات أقساط التأمين الإلزامي للمركبات ومسؤولية شركة التأمين الناجمة عن استعمالها لسنة ٢٠٠٢، وانظر خصوصاً جدول رقم (٣) والخاص بالزيادة على أقساط التأمين الإلزامي للمركبات الأردنية وفقاً للمعلومات المثبتة في السجل المروري للمؤمن له أو السائق.

انظر كذلك: تعليمات النقاط لمكرري الحوادث والمخالفات المرورية لسنة ٢٠٠٤.

ومع ذلك فقد حظر المشرع الأردني على شركات التأمين الامتناع عن التأمين على أي مركبة مستوفية للشروط حتى وإن كان المؤمن له أو سائقها ممن ينطوي إبرام التأمين معه على خطر أكبر لسبق ارتكابه مخالفات لقواعد السير، فقد نصت المادة (٥) من النظام ذاته على الآتي: (لا يجوز لشركة تأمين مجازة لممارسة فرع تأمين مسؤولية المركبات أن تمتنع عن تأمين المركبة وفقاً لإحكام هذا النظام إذا كانت مستوفية للشروط المقررة في قانون السير النافذ المفعول وذلك تحت طائلة المسؤولية القانونية بمقتضى قانون مراقبة أعمال التأمين المعمول به).

⁽³¹³⁾ يلاحظ بأن المشرع الأردني يأخذ بمبدأ تجزئة قسط التأمين، لذلك فقد سمح للمؤمن له استرجاع جزء من القسط إذا ما تم إلغاء عقد التأمين بسبب إحلال عقد آخر محله أو بسبب شطب تسجيل المركبة، فقد جاء في المادة (٨) من نظام التأمين الإلزامي ما نصه: (...وفي حالة إلغائه أي عقد التأمين الإلزامي - يحق للمؤمن له أن يسترد من الشركة مبلغاً من قسط التأمين يتناسب مع المدة المتبقية من مدة عقد التأمين ما لم يكن متسبباً في حادث خلال مدة عقد التأمين).

في حين نصت في المادة (٩) من النظام نفسه على الآتي: (يعتبر عقد التأمين الإلزامي ملغى بصورة تلقائية في حالة التلف الكلي للمركبة شريطة شطب تسجيلها بتقرير تصدره إدارة ترخيص المركبات يؤكد عدم صلاحيتها للاستعمال، وفي حالة إلغائه يحق للمؤمن له أن يسترد من شركة التأمين مبلغاً من قسط التأمين يتناسب مع المدة المتبقية من مدة عقد التأمين ما لم يكن متسبباً في حادث خلال مدة عقد التأمين).

ولعل مما يعزز في وجهة الرأي السابق أيضا أن المشرع نفسه يقضي في المادة (١/٩٢٥) من القانون المدني بعدم جواز إسقاط حق المؤمن له في التأمين إلا إذا كان فعله يشكل جريمة تصنف على أنها جناية أو جنحة عمدية، أما المخالفة فلا يبدو أن ارتكابها يتيح إسقاط حق المؤمن له⁽³¹⁴⁾، فقد نصت المادة المذكورة على ما يأتي: (يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية... الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة قصدية).

إذن فوثائق التأمين الصادرة بموجب نظام التأمين الإلزامي تسمح لشركة التأمين بالرجوع على المؤمن له بما بعد دفعت من تعويض للمضرور، بمعنى أنها تسقط حق المؤمن له في التعويض بسبب ارتكاب مخالفة لقانون السير في حين أن القانون المدني يحظر مثل هذا الأمر، الأمر الذي يطرح تساؤلاً عن الحكم الواجب التطبيق؟

لا نعتقد بإمكانية تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام في هذا المقام، ذلك أن مثل هذه القاعدة تطبق إذا كان كلا الحكمين وارد في تشريع من المرتبة ذاتها، ولكن ما نحن بصدد هو أحكام متباينة في تشريعين مختلفين من حيث المرتبة، أحدهما تشريع عادي (قانون)، والآخر تشريع فرعي (نظام)، وبالتالي فلا مناص والحال هذه من القول بتغليب أحكام التشريع الأعلى مرتبة على ما دونه، أي أحكام القانون المدني دون سواها من الأحكام.

ومع ذلك، نعتقد بأنه من الأجدر السماح لشركات التأمين بالرجوع على المؤمن له بما تدفع من تعويضات إذا ما ارتكب المؤمن له مخالفة جسمية كما في بعض حالات الرجوع التي أشارت إليها المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي، وذلك بقصد حث المؤمن له على بذل مستوى أكبر من الحرص والاحتراز أثناء قيادة المركبة وعدم مخالفة قواعد السير، فالتلويح للمؤمن له والسائق بتحمل تبعات وخيمة من جراء انعقاد مسؤوليته عن الحوادث التي يسببها قد يحول بينه وبين ارتكاب مخالفات لقواعد السير لا سيما المخالفات الجسيمة منها، وهو ما يسهم بدوره في الحد من حوادث السير والحفاظ على الأرواح.

أما السبيل إلى تفعيل استعمال شركات التأمين لحقها في الرجوع وتجاوز ما قد يعوقه من عقبات فنعتقد بإمكانية التوصل إليه من خلال تنظيم الأحكام المتعلقة بالتأمين الإلزامي بواسطة تشريع ذا مرتبة أعلى، أي بواسطة قانون وليس نظام.

⁽³¹⁴⁾ بحسب ما يقضي قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ فان الجرائم تقسم إلى ثلاثة أقسام هي الجناية والجنحة والمخالفة، أما التمييز بينها فيتم بحسب العقوبة المفروضة للجريمة، فقد نصت المادة رقم (٥٥) من القانون نفسه على الآتي: (تكون الجريمة جناية أو جنحة أو مخالفة حسبما يعاقب عليها بعقوبة جنائية أو جنحية أو مخالفة).

لقد أجاز نظام التأمين الإلزامي بموجب الفقرة (ب) من المادة (١٨) لشركة التأمين الرجوع على المتسبب في الضرر وذلك لاسترداد ما دفعته للغير من تعويضات في حالتين هما:
أولاً. تعمد السائق إحداثه الضرر

يجوز لشركة التأمين الرجوع على السائق الذي يتعمد إلحاق الضرر بالغير، وسواء أكان المؤمن له أم غيره من الأشخاص، إما تبرير ذلك فيتمثل في أن تعمد السائق إحداث الضرر فيه مخالفة لقواعد النظام العام، ذلك أن أساس التأمين هو احتمال وقوع الخطر المؤمن منه، فإذا ما توقف تحقق الخطر على محض إرادة المؤمن له بتعمد إحداثه، كان مؤدي ذلك انتفاء الاحتمال، وبالتالي انتفاء عنصر الخطر، الأمر الذي يفضي بدوره إلى بطلان عقد التأمين لانعدام محله⁽³¹⁵⁾، هذا فضلاً عن أن في تعمد إحداث الخطر غش وإخلال بما يجب أن يتوافر في المؤمن له أو السائق من حسن نية⁽³¹⁶⁾.

ثانياً. الحادث الذي تتسبب فيه مركبة سرقة أو أخذته خصباً

إن الفارق بين السرقة والغصب يكمن في عنصر العلنية، فالسارق يأخذ المركبة خفية، أما الغاصب فيأخذها عنوة⁽³¹⁷⁾، إلا أن أي منهما لا تكون يده على المركبة يدا مشروعة، وكذلك الحكم بالنسبة استعماله لها، وبالتالي فإن إحداثه الضرر لغيره يكون مضموناً عليه لا على المؤمن ولا على المؤمن له، وهو ما لا يجانب الصواب في اعتقادنا، لا سيما وأن الغاية التي قد يرمي إلى تحقيقها ذلك السائق أو الغاصب هي تحديداً إلحاق الضرر بالآخرين وتحميل غيره المسؤولية عنها.

(٣١٥) انظر: د. محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص ٣١، ٢٥٤. د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٣١٦) انظر: المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني. د. محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٣١٧) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني بنقابة المحامين، الطبعة الثالثة، عمان، ١٩٩٣، الجزء الأول، ص ٣٠٨. د. ليلى عبد الله، النظرية العامة للضمان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢١٤.

تبين من خلال دراسة التنظيم القانوني للتأمين الإلزامي من حوادث المركبات وجود بعض الثغرات القانونية التي يجدر التركيز عليها بغية إعادة النظر فيها ومعالجتها، لذلك نعرض في ختام هذه الدراسة إلى أبرز النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

* النتائج

أولاً. لا يغطي التأمين الإلزامي الأضرار المادية والمعنوية التي تسببها المركبات للغير إلا إذا نجمت عن المركبة وهي في حالة استعمال، مع أن الأضرار اللاحقة بالغير قد تسببها المركبة في غير هذه الحالة.

ثانياً. حدد المشرع الأردني حالات عدة لا تكون فيها شركة التأمين مسؤولة عن التعويض، إلا أن جانباً من هذه الحالات قد يعتوره بعض العيوب، وذلك على النحو الآتي:

- أ. يجوز إعفاء شركة التأمين من المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بركاب المركبة التي تستعمل لتعليم القيادة بالرغم من أن بعض هؤلاء الركاب قد لا يعلم باستعمالها لهذه الغاية.
- ب. يشترط لإعفاء شركة التأمين من التعويض عن الأضرار اللاحقة ببضائع الغير بواسطة المركبة أن تكون منقولة فيها مقابل اجر، مع أن الحكمة من الإعفاء هنا واحدة سواء تم النقل باجر أو دون اجر.

ج. أشار المشرع إلى إعفاء شركة التأمين من المسؤولية في حالات تدخل السبب الأجنبي في إحداث الضرر، وهذه الحالات لا تضيف جديداً لنظام التأمين الإلزامي لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقاً لما ورد في القواعد العامة.

ثالثاً. منح المشرع للمضروع الحق في رفع دعوى مباشرة على شركة التأمين، وذلك بغية ضمان حصوله على مبلغ التعويض المستحق له، وتتميز هذه الدعوى بتطهيرها من الدفع كافة دون تفريق بينها، أي سواء كانت سابقة على نشوء حق المضروع أو لاحقة عليه.

رابعاً. أجاز المشرع الأردني لشركة التأمين الرجوع على المؤمن له والسائق بما تدفع من تعويضات في حالات عدة قد يجانب الصواب بعضها:

- أ. يجوز لشركة التأمين استعمال حقها في الرجوع إذا كان السائق وقت الحادث فاقداً للقدرة على التحكم بالمركبة لتناوله مخدر أو مسكر أو عقار طبي، مع أن الأولى السماح للشركة بالرجوع عليه لتناوله المسكر أو المخدر وبقطع النظر عن قدرته على التحكم بالمركبة من عدمها، كما أن تناول العقار الطبي مختلف عن غيره من المواد كالمسكر والمخدر لا من حيث الغاية والباعث فقط، بل ومن حيث علم الشخص بتأثيره.

ب. لشركة التأمين الحق في الرجوع إذا كان السبب المباشر للحادث يرجع إلى استعمال المركبة بطريقة تتضمن مخالفة لتشريعات السير أو تخالف القانون أو النظام العام، وهو ما قد يؤدي إلى إهدار أحد أهم الاعتبارات التي يقوم عليها التأمين الإلزامي وتجريد المؤمن لهم من حقوقهم، لأن جل حوادث السير التي تقع يكون سببها ارتكاب مخالفة، لا بل انه قد يصعب عمليا تصور حادث دون ارتكاب مخالفة.

ج. تتضمن وثيقة التأمين الإلزامي النموذجية على ما يفضي إلى سقوط حق المؤمن له في التعويض بسبب ارتكابه مخالفة، وهو ما يشكل تناقضا مع أحكام القانون المدني الذي لا يسمح بسقوط الحق في التأمين إلا بارتكاب جناية أو جنحة قسدية.

* التوصيات

أولاً. يجدر بالمشروع الأردني تنظيم الأحكام الخاصة بالتأمين الإلزامي بموجب قانون يتم من خلاله معالجة الجوانب المختلفة للموضوع وصياغة عباراته بدقة أكبر، بحيث لا يشترط لتعويض المضرور ان تكون المركبة في حالة استعمال، ونقترح لذلك تسميته بقانون التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث المركبات.

ثانياً. يحسن بالمشروع إعادة النظر في السقوف المحددة لمبالغ التعويض التي تلزم بها شركات التأمين وذلك لضالة مقدارها، إذ يجدر نسخها من أحكام التأمين الإلزامي ليصبح التعويض عن الأضرار كاملاً مهما بلغت قيمته، وإلى حين أن يتم ذلك فلا اقل من أن يتم مؤقتاً رفع مقدار تلك السقوف لتتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية السائدة وموجات الغلاء التي شهدتها الآونة الأخيرة.

ثالثاً. يجدر بالمشروع الأردني إعادة النظر في بعض حالات إعفاء شركة التأمين من المسؤولية، وحالات الرجوع على المؤمن له والسائق، ونقترح على وجه الخصوص تبني ما يأتي:

أ. استبدال نص الفقرة (ج) من المادة (١٢) من نظام التأمين الإلزامي لتصبح كالآتي: (الضرر الذي يلحق بركاب مركبة المؤمن له نتيجة لاستعمالها لتعليم قيادة المركبات إذا لم تكن مرخصة لهذه الغاية وكانوا على علم بذلك).

ب. استبدال نص الفقرة (د) من المادة (١٢) من نظام التأمين الإلزامي لتصبح كالآتي: (الضرر الذي يلحق ببضائع الغير المنقولة بواسطة مركبة المؤمن له).

ج. رفع الفقرة (هـ) من المادة (١٢) من النظام نهائياً.

د. استبدال نص الحالة الثانية من الفقرة (أ) من المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي لتصبح كالآتي: (إذا كان السائق وقت وقوع الحادث تحت تأثير مسكر أو مخدر أو مؤثر عقلي).

هـ. رفع الحالة الرابعة من الفقرة (أ) من المادة (١٨) من النظام بصورة نهائية.

قائمة المراجع

١. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٦.
٢. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السير، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٥.
٣. د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، الطبعة الأولى، منشورات نادي القضاة، القاهرة، ١٩٩١.
٤. د. إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٦.
٥. د. خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الإجباري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٦. د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني (عقود الغرر)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
٧. د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣.
٨. د. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦.
٩. د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٨.
١٠. د. عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
١١. د. غازي أبو عرابي، التنظيم القانوني للتأمين الإلزامي على المركبات في القانون الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني (أ)، ١٩٩٧.
١٢. كاظم حسن الربيعي، تأثير التأمين الإلزامي في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، مطبعة الحوادث، بغداد، ١٩٧٦.
١٣. لؤي ماجد أبو الهيجاء، التأمين ضد حوادث السيارات، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.
١٤. د. ليلي عبد الله، النظرية العامة للضمان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٥. د. محمد المبروك اللافي، العقود المسماة (أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي)، منشورات جامعة ناصر، طرابلس، ١٩٩٢.
١٦. د. محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٧. د. محمد حسين منصور، المضرور المستفيد من التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
١٨. د. محمد راكان الدغمي، الجرائم المترتبة على حوادث المرور وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، مجلة، المجلد العاشر، العدد الأول، جامعة آل البيت، ٢٠٠٤.

١٩. د. محمد عبد الرزاق الطبطباني، الأحكام والآداب الشرعية لسائق السيارة - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الرابع، الكويت، ٢٠٠٠.
٢٠. د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد (في التأمين)، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٩.
٢١. موسى أبو موسى، فعل المباشرة والتسبب في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، رسالة ماجستير جامعة ال البيت، ٢٠٠١.
٢٢. د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، (الجزء الثاني: في آثار الحقوق الشخصية)، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٩٧.

* التشريعات

١. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٢. قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (١١) لسنة ١٩٨٨.
٣. قانون السير رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠١.
٤. قانون التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات رقم (٦٥٢) لسنة ١٩٥٥ (المصري).
٥. قانون التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ (البحريني).
٦. قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
٧. نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٥.
٨. نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١.
٩. تعليمات أفساط التأمين الإلزامي للمركبات ومسؤولية شركة التأمين الناجمة عن استعمالها لسنة ٢٠٠٢.
١٠. تعليمات النقاط لمكرري الحوادث والمخالفات المرورية لسنة ٢٠٠٤.
١١. تعليمات صندوق المتضررين من حوادث المركبات لسنة ٢٠٠٤.
١٢. تعليمات مكتب التأمين الإلزامي الموحد للتأمين على المركبات لسنة ٢٠٠٤.
١٣. للمزيد من التفصيل انظر: تعليمات لجنة حل النزاعات لسنة ٢٠٠٤.
١٤. قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أنموذج وثيقة التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٢.

١٥. قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن آلية إصدار وثائق التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤.
١٦. قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن استيفاء مساهمة شركات التأمين في صندوق تعويض المتضررين من حوادث المركبات رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٤.
١٧. قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن أسس تسوية التعويضات عن الأضرار التي تلحق المركبات رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢.
- ١٨.

* التشريعات المقارنة

١. قانون التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات رقم (٦٥٢) لسنة ١٩٥٥ (المصري).
٢. قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٠ (العراقي).
٣. قانون التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ (البحريني).

* المذكرات الإيضاحية والمجلات

١. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني بنقابة المحامين، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، عمان، ١٩٩٣.
٢. مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، (العدد التاسع - السنة ١٩٨٩).
٣. مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، (العدد السادس والسابع والثامن - السنة ١٩٩١).
٤. مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، (العدد السابع والثامن - السنة ١٩٩٥).
٥. مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، (العدد السابع والثامن - السنة ١٩٩٨).
٦. مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، (العدد الأول والثاني - السنة ٢٠٠٠).
٧. مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، (العدد الأول والثاني والثالث - السنة ٢٠٠٧).



وسائل الدفع الالكترونية

د. سلام منعم مشعل

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة النهرين

المقدمة

لا ريب ان من العقود ما ترتب التزامات متقابلة في ذمة عاقيدها بحيث يكون كل منهما وفي الوقت ذاته دائناً ومديناً للآخر ، كما ان هناك عقوداً تؤدي الى ان يأخذ فيها كل متعاقد من المتعاقدين الآخر مقابلاً لما يعطيه ⁽³¹⁸⁾ ، وينبغي على ما تقدم انه يتعين على المدين ان يقوم بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه جراء ارتباطه بعقد معين مع طرف اخر .

هذا ويعد الوفاء بالالتزام هو الطريق الطبيعي لانقضائه (أي انقضاء الالتزام) عن طريق تنفيذه ، والوفاء بالالتزام يتم وفقاً للقواعد العامة من قبل المدين ⁽³¹⁹⁾ ، ولما كان الامر كذلك فأن تنفيذ الالتزامات يتم بالوسائل التقليدية لهذا التنفيذ وذلك من خلال اداء مبلغ معين من النقود اذا كان محل الالتزام اداء هذا المبلغ او تسليم شئ مثلي او قيمي او غير ذلك من الاموال التي تقتضي ان يتم التنفيذ فيها من خلال المناولة اليدوية للطرف الاخر ووجهاً لوجه ⁽³²⁰⁾ .

واذا كان تنفيذ الالتزام يقتضي عادة في ان يكون مبلغاً من النقود ، بيد ان التطور العلمي والالكتروني الذي رافق الحياة الانسانية والتقدم في مجال المخترعات ادى الى ظهور وسائل جديدة في تنفيذ مختلف الالتزامات لا تقتضي بالضرورة ان يحصل هذا التنفيذ وجهاً لوجه او من خلال المناولة بين المتعاقدين ، هذه الوسائل اطلق عليها " وسائل الدفع الالكترونية " ، او ما تسمى ايضاً بـ " وسائل الدفع عن بعد " ، غير ان السؤال الذي يمكن ان يطرح في هذا المقام يتعلق بالمفهوم القانوني لهذا

(١) -انظر د . عبد المجيد الحكيم واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج(١) في مصادر الالتزام . بغداد ١٩٦٧ ، ص ٢٥ .

(٢) ان المعنى القانوني لتنفيذ الالتزام اوسع من المعنى اللغوي ، إذ ينصرف معنى هذا الاخير عادة الى دفع مبلغ من النقود .

لمزيد من التفصيل انظر : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج(٢) في احكام الالتزام ط (٢) بغداد ١٩٦٧ ، ص ٣٥٩ .

(٣) يلاحظ ان الثمن هو احد محلي عقد البيع الى جانب المبيع ، ويشترط في الثمن ان يكون نقدياً ، وفي هذا الصدد تنص المادة ٥٢٧ من القانون المدني العراقي على " في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدراً بالنقد " ، وعلى هذا فأن الفقه يذهب الى القول ، ان الثمن النقدي هو الذي يميز عقد البيع عن المقايضة ولا يغني عن النقود أي شئ اخر .

لمزيد من التفصيل انظر : د. جعفر الفضيلي ، العقود المسماة ، البيع - الايجار - المقايضة ، الموصل - ١٩٨٩ ، ص ٦٦-٦٧ ، د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج(١) في البيع والايجار ط (٣) بغداد ١٩٧٤ ، ص ٢٤ .

النوع الجديد من اساليب الدفع او تنفيذ الالتزام وايضاً يثور تساؤل اخر يتعلق بالاحكام القانونية التي تتمخض عن استخدام هذه الاساليب الجديدة في تنفيذ الالتزامات؟ .

لغرض الاجابة عن هذه التساؤلات فإننا سنقسم هذا البحث الى فصلين نخصص الفصل الاول الى بيان اهمية وسائل الدفع الالكترونية وتعريفها القانوني ، في حين سنتناول احكام هذه الوسائل في الفصل الثاني من هذا البحث .

الفصل الاول

اهمية وسائل الدفع الالكترونية وتعريفها القانوني

سوف نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث نتناول في الاول مدى اهمية وسائل الدفع الالكترونية ، في حين سنخصص المبحث الثاني لبيان التعريف القانوني لهذه الوسائل ، اما الخصائص التي تتمتع بها وسائل الدفع الالكترونية فستكون عنواناً للمبحث الثالث .

المبحث الاول

اهمية وسائل الدفع الالكترونية

تتبع اهمية وسائل الدفع الالكترونية باعتبارها اداة لتنفيذ العقود ومختلف التصرفات القانونية من اهمية التجارة الالكترونية ، على اساس ان الاولى (وسائل الدفع) ما هي الا عبارة عن افراز من افرازات الفكرة الثانية ، فالتجارة الالكترونية تكمن اهميتها في كونها مؤهلة لتصبح ركيزة التجارة الدولية الاولى وذلك لاعتمادها على شبكة الانترنت العالمية واسعة الانتشار والتي اظهرت نوعاً جديداً للتبادل التجاري بين الاشخاص من مختلف دول العالم ، حيث وجد هؤلاء في هذا النوع الجديد من التجارة (التجارة الالكترونية) وسيلة سهلة ورخيصة للانتشار والتسويق على المستوى العالمي ، مقارنة بوسائل التجارة التقليدية ، وفي هذا فقد فتحت التجارة الالكترونية المجال امام المستثمرين والمتسوقين دون حاجة الى الدخول في علاقة مباشرة بينهما وهو الامر الذي يميز التجارة الالكترونية عن التجارة التقليدية من حيث ان المتعاقدين يظان حكماً على اتصال دائم بينهما في مجلس العقد بالرغم من تباعد المكان والموقع بينهما⁽³²¹⁾ . وعلى هذا الاساس يمكن ان يطرح تساؤل يتعلق بمدى اهمية الدور الذي تؤديه وسائل الدفع الالكترونية بالعقود التي تبرم الكترونياً او حتى بالعقود التي يمكن ان تعقد بين شخصين عادييين دون الحاجة الى استخدام وسائل الكترونية في الابرار ولكن التنفيذ يمكن ان يؤدي بأحدى وسائل الدفع الالكترونية ؟.

للإجابة عن هذا التساؤل يلاحظ ان هناك من يقول ، ان وسائل الدفع الالكتروني تلعب دور بوابة الدخول الى النظام المصرفي عند تأدية الالتزامات القانونية لشخص ما ، كما انها محرك قوي للنمو

(¹) انظر : المحامي عمر حسن المومني ، التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية ، دراسة قانونية وتحليلية مقارنة ط (١) ، عمان ٢٠٠٣ ، ص ٢٦-٢٧ .

وتعمل هذه الوسائل على سحب النقود من التداول وإدراجها ضمن حسابات مصرفية وتوفير أموال منخفضة التكلفة لدعم الاقراض المصرفي الاستثماري وبالتالي النشاط الاقتصادي بأكمله ، ويؤدي ذلك الى المزيد من الشفافية وتحديد المسؤولية ويعزز كفاءة وإداء الاقتصاد (322).

هذا ويلاحظ ان هناك من يشير الى القول ان الغالبية العظمى من النقود ما هي الا عبارة عن وسائل الكترونية او نبضات الكترونية مخزنة على أي حاسوب (وذلك عند تنفيذ الالتزام الذي يقتضي اداء مبلغ معين من النقود) ومن الممكن تداولها وتحويلها بسرعة الضوء ، وهذه الوسائل الالكترونية هي نظم دفع جديدة تنطوي على تأثيرات ونتائج رهيبية فضلاً عن ان هذه الوسائل لا تتعدى كونها بطاقة تسجيل على الحساب لا تحتاج الى موافقة المصرف لدى كل تعامل ، فالمقاصة وتصفية الحسابات بين المصرفين تحدث يومياً وتستقر القيمة في حساب الشخص الذي تم الدفع له عن طريق هذه الوسائل ، لذلك ينظر الى هذه الوسائل على انها عالم من العملات الالكترونية (323).

ومع ذلك يلاحظ ان (ان كوب) وهي رئيسة (فيزا انترناشيونال) في منطقة الشرق الاوسط قالت : ان النقد لايزال هو الوسيلة السائدة لانجاز المعاملات في منطقة دول مجلس التعاون الخليجي على حساب وسائل الدفع الالكتروني رغم ان الاقتصادات المحلية تدفع ثمناً غالياً لإدارة النقود المستخدمة في هذه التعاملات ، وازافت ان النقود تحتاج الى السك والطباعة والنقل والتوزيع والحفظ وغير ذلك من الامور المماثلة ، وفي المقابل فإن تكلفة المعاملة الواحدة بواسطة وسائل الدفع الالكتروني تصبح اقل بكثير من تكلفة المعاملة النقدية مثلتها بمجرد انشاء نظام دفع الكتروني ، وأشارت (ان كوب) ان لوسائل الدفع الالكتروني فوائد كثيرة ومتعددة للاقتصاد عموماً من خلال ما تتمتع به من كفاءة وامان وسهولة استخدام ، وانه يمكن تشبيهه انظمة الدفع الالكتروني بالنسبة للاقتصاد باهمية التروس للدراجة ، فعندما يتم تزويد أي اقتصاد بنظام دفع الكتروني في منافذ البيع يساعد على ابقاء الاموال داخل النظام المصرفي وبالتالي على زيادة الايداعات العائلية وعلى وضع حد لاقتصاد (الظل) ودمجها في النظام المصرفي بما يعزز من شفافيته ويزيد الثقة والمشاركة فيه ، وانه يمكن ربط جميع

(١) انظر وسائل الدفع الالكترونية اكثر كفاءة وامان من النقد ، مداخلة متاحة على شبكة المعلومات الدولية وعلى الموقع :

WWW. Arabiyat. Com/ forums .

(٢) انظر : د. زيد بن محمد الرماني ، ثورة الوسائط المعلوماتية والتجارة الالكترونية ، مداخلة متاحة على شبكة المعلومات الدولية وعلى الموقع :

WWW. Smsma 4 law. Com / vb / show thread .

هذه المعطيات الايجابية لرسم صورة كاملة لاهمية استخدام انظمة الدفع الالكترونية والابتعاد التدريجي عن التعاملات النقدية⁽³²⁴⁾.

ومهما يكن من امر فإنه لا ينكر الدور الذي يمكن ان تلعبه وسائل الدفع الالكترونية في تنفيذ العديد من الالتزامات التعاقدية دون الحاجة الى استخدام الوسائل التقليدية في التنفيذ ولا سيما في العقود التي يكون محلها اداء مبلغ معين من النقود فضلا عن اعتماد غير دولة لهذه الوسائل وتضمينها في نصوص وقوانين خاصة وهو ما سيتضح لنا لاحقا.

المبحث الثاني

التعريف بوسائل الدفع الالكترونية

يرتبط التعريف القانوني لوسائل الدفع الالكترونية ايضا بتعريف التجارة الالكترونية ، وفي هذا السياق فقد عرفت التجارة الالكترونية بتعاريف عدة ، فعلى مستوى التشريع يلاحظ ان القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ قد عرفها وذلك في الفصل (٢) منه يقصد في مفهوم هذا القانون ب : التجارة الالكترونية : العمليات التجارية التي تتم ((والذي ينص على عبر المبادلات الالكترونية⁽³²⁵⁾، اما قانون امارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ فإنه اعطى تعريفاً للتجارة الالكترونية وذلك في المادة (٢) منه التي تنص على : ((

(٣) انظر : الخليجون يفضلون التعامل بالنقود على وسائل الدفع الالكترونية ، مداخله متاحة على شبكة المعلومات الدولية وعلى الموقع :

WWW. Arabiyat. Com/ forums .

هذا ويلاحظ ان دولاً عديدة اعتمدت اساليب الدفع الالكترونية في تعاملاتها بل انها اصبحت الوسائل الرئيسية في انجاز التعاملات والعقود والتصرفات القانونية ، كما هي الحال بالنسبة لهونغ كونغ ، كندا ، سنغافورة .

One rare success has been Hong Kongs octopus card system and has grown in to widely used electronic cash system . Another success is canadas Intrac network, which in 2000 at retail (in Canada) surpassed cash as a puy ment method . Singapore has avery success ful electronic money implementation for its public bas transportation system , wichis very similar to Hong Kongs octopus card .

Electronic money. WWW. Wikipedia

انظر

(١) المقصود بالمبادلات الالكترونية بموجب الفصل (٢) من القانون اعلاه هو : (المبادلات التي تتم بأستعمال الوثائق الالكترونية) .

التجارة الالكترونية - المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الالكترونية ((⁽³²⁶⁾ ، اما على صعيد الفقه فقد عرفتها الوثائق الحكومية الامريكية بأنها الاستعمال الامثل لكل انواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من اجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات⁽³²⁷⁾ .

الى جانب ذلك هناك من ذهب الى القول ان التجارة الالكترونية تتكون من كلمتين انكليزيتين هما مجموع النشاطات المنظمة COMMERCE ويقصد بالاولى ELECTRONIC/ COMMERCE الممتدة على الشبكات المفتوحة (بيع ، شراء ، تجارة ، اعلان ، خدمات) ، وشتى الاعمال التجارية فيقصد بها ، الشبكة العالمية ELECTRONIC العاملة على تبادل القيم بين الطرفين ، اما الثانية المكونة من الحاسبات ووسائل الاتصال التي يتم تبادل البيانات خلالها⁽³²⁸⁾ ، في حين يعرفها رأي آخر في الفقه على انها مجموعة المبادلات الالكترونية المرتبطة بنشاطات تجارية⁽³²⁹⁾ .

ومهما يكن من امر فإن التساؤل الذي يمكن ان يطرح في هذا المقام هو ما التعريف القانوني لوسائل الدفع الالكترونية ؟.

للأجابة عن هذا التساؤل يلاحظ ان هناك من يقول ، انه بالنظر لكون هذه الوسائل ترتبط ارتباطاً مباشراً بالتجارة الالكترونية ، فلذلك تعد وسائل الدفع الالكترونية من ضمن الاشكال الحديثة للنقود)

(٢) المراسلة الالكترونية هي (ارسال واستلام الرسائل الالكترونية) ، انظر المادة (٢) من القانون اعلاه .

(٣) اشار الى ذلك : د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٦٠ .

(١) د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، الجديد في القانون التجاري ، ابحاث منتقاة ومهداة الى د.سميحة القليوبي ، الاردن، ٢٠٠٥ ، ص ٥٠٥ .

(٢) انظر : وليد الزيدي ، التجارة الالكترونية عبر الانترنت ، الموقف القانوني ، ط(١) ، عمان ٢٠٠٤ ، ص ١١ .

هذا ويشير الفقه الى القول بأن اشكال التجارة الالكترونية متعددة تتمثل بـ :-

أ- التجارة المتبادلة ما بين تاجرين ، حيث يتم هذا النوع بين الشركات (المواقع الالكترونية) من خلال تقديم البيانات الكترونياً .

ب- التعامل التجاري ما بين الشركات والمستهلكين ، ويتم بأبرام العقود الالكترونية ما بين التجار والمستهلكين من خلال شبكة الانترنت .

ت- التعامل التجاري ما بين الحكومة والمستهلكين .

ث- التعامل التجاري ما بين الشركات والهيئات الحكومية ، ويتمثل هذا النوع فيما تقوم به الشركات والهيئات الحكومية من المزايدات والمناقصات والتوريدات وغيرها من خلال التجارة الالكترونية .

ج- التعامل بالتجارة الالكترونية فيما بين الهيئات الحكومية .

لمزيد من التفصيل انظر : محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، مصدر سابق ، ص ٥٠٥ وما بعدها .

كما هي الحال بالنسبة للاوراق التجارية كالصك والكمبيالة والسفتجة) ، وهذا المصطلح - وسائل الدفع الالكترونية - يشير الى تلك العملية غير الملموسة مادياً والذي يتم استعماله والمتاجرة به من خلال ابرام العقود والتصرفات القانونية عن طريق شبكة المعلومات الدولية⁽³³⁰⁾ ، وبالتالي فإن هذا الموضوع يعني ارتباطه الوثيق والمباشر بموضوع النقود والتي تستخدم في تنفيذ الكثير من الالتزامات القانونية .

وإذا كان الامر كذلك فإن النقود تعرف على انها أي شئ يلقي قبولاً عاماً كوسيلة لتسديد الديون ، او هي أي شئ مقبول عموماً كوسيلة دفع مقابل السلع والخدمات وتسديد الديون⁽³³¹⁾ . وإذا كانت النقود التقليدية (الورقية - المعدنية) تعتبر أي سلعة او بضاعة او مال تؤدي به الاغراض المتوقعة من استعمالها ، فإنها (أي النقود) وعلى حد قول الفقه قد استخدمت بشكل اكثر تحديد في عملية تبادل العملات⁽³³²⁾ ، ولكن مع ذلك فإن التساؤل يبقى قائماً حول المفهوم القانوني لوسائل الدفع الالكترونية والتي هي الوجه الثاني للنقود الالكترونية ؟.

بقصد الاجابة عن التساؤل المتقدم يلاحظ ان القانوني التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ قد اشار الى فكرة وسائل الدفع الالكترونية وذلك في الفصل (٢) منه والذي ينص على ((يقصد في مفهوم هذا القانون ب : وسيلة الدفع الالكتروني : الوسيلة التي تمكن

(3) There are also less tangible forms of money , which never the less serve the same functions as money. Checks are used as means to more easily transfer larger amounts of money between bank accounts. Electronic money is an entirely non . Physical currency that traded and used over the internet.

(١) انظر :

Money . مداخلة متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع :

WWW.Wikipedia. Com .

Electronic law

انظر :

journal

مداخلة متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع :

WWW2. Warwick. As. Uk/fac/joc/law. لمزيد من

التفصيل انظر : د. عوض فاضل اسماعيل ، النقود والبنوك ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٢٤ وما بعدها .

(2) In Common usage, money refers more specifically to currency , Particularly the many circulating currencies

oney مداخلة سبق الاشارة اليها على شبكة الانترنت

انظر :

=.

صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات)) ، اما قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ فقد وردت فيه اشارة ايضاً لوسائل الدفع الالكترونية ، إذ جاء الفصل الخامس من هذا القانون على فكرة - الدفع الالكتروني - والتي تنص على ((يعتبر تحويل الاموال بوسائل الكترونية وسيلة مقبولة لاجراء الدفع ، ولايؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الاشخاص المقررة بقضى التشريعات ذات العلاقة النافذة المفعول) . اما تشريع الخدمات والاسواق المالية في المملكة المتحدة الصادر سنة ٢٠٠٠ والمعدل بتشريع تنظيم النشاطات المالية الصادر سنة ٢٠٠١ فقد عرف النقود الالكترونية وذلك في المادة / ٣ / ١ منه على انها : ((قيمة نقدية ، ممثلة ببناءً على طلب المصدر (المنشئ) لها والتي تكون اما : أ- مخزونة على جهاز الكتروني.ب- صادرة على وصل الاعتمادات ، واخيراً .ج - مقبولة كأداة للدفع من قبل الاشخاص الاخرين غير المصدرين (المنشئين) لها^(٣٣٣) .

هذا على مستوى التشريع اما على مستوى الفقه فيلاحظ ان وسائل الدفع الالكترونية اشير على والنقود - ELECTRONIC MONEY - انها ماهي في الحقيقة الا عبارة عن النقود الالكترونية الالكترونية (وفي احيان اخرى يشار الى انها السيولة الالكترونية ، العملة الالكترونية ، العملة الرقمية ، النقود الرقمية او السيولة (الرقمية) هي تلك النقود التي يتم تبادلها بشكل الكتروني فقط ، وهذا المفهوم يضم استخدام هذه الوسيلة من خلال شبكات الانترنت وانظمة خزن القيمة الرقمية^(٣٣٤) .

=ELECTRONIC MONEY IS DEFINED IN ARTICLE 3/1, AS MONETARY VALUE, AS REPRESENTED BY A CLAIM ON THE ISSUER, WHICH IS – (A) STORED ON AN ELECTRONIC DEVICE, (B) ISSUED ON RECEIPT OF FUNDS, AND (C) ACCEPTED AS A MEANS OF PAYMENT BY PERSONS OTHER THAN ISSUER. THE FINANCIAL SERVICES AND MARKETS ACT/2000 (REGULATED ACTIVITIES) ORDER/2001.

: ELECTRONIC LAW JOURNAL

:

www2.warwick.ac.uk / fac / joc / law .

(1) Electronic money also known as electronic cash, electronic currency , digital currency, digital money or digital cash refers to money which is exchanged only electronically. Typically, This involves use of computer net works, the internet and digital stored value systems.

انظر : Electronic money مداخلة متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع :

WWW.Wikipedia. Com.

في حين يذهب رأي آخر الى القول بأن هذه الوسيلة من وسائل الدفع عبارة عن دفع او تحويل الودائع المدخلة والمعالجة الكترونياً ضمن انظمة البنوك الالكترونية ، ويرى اتجاه آخر ان النقود الالكترونية هي بطاقات تحتوي على مخزون الكتروني او ارصدة نقدية محملة الكترونياً على بطاقة تخزين القيمة ، ويضيف البعض الاخر ان التعريف الاكثر دقة للنقود الالكترونية هو انها عبارة عن سلسلة من الارقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية او الافتراضية لمودعيها ويحصل عليها هؤلاء في صورة نبضات كهرومغناطيسية على كارت ذكي او على القرص الصلب⁽³³⁵⁾.

اما المفوضية الاوربية فقد عرفت على انها قيمة نقدية مخزونة بطريقة الكترونية على وسيلة الكترونية كبطاقة او ذاكرة الكمبيوتر ، ومقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين عبر المؤسسة التي اصدرتها ويتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية وذلك بهدف احداث تحويلات الكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة ، الى جانب ما تقدم فقد اعطى البنك المركزي الاوربي تحديداً لمعنى النقود الالكترونية من خلال القول ، انها مخزون لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة القيام بمدفوعات لمتعهدين غير من اصدرها دون الحاجة الى وجود حساب يكفي عند اجراء الصفقة وتستخدم كأداة مدفوعة مقدماً⁽³³⁶⁾.

هذا ويفرق البعض بين وسائل الدفع الالكتروني بشكل عام والنقود الالكترونية ، حيث إن هذه الاخيرة ماهي إلا صور من صور وسائل الدفع الالكتروني ، وبالتالي فأن مفهوم وسائل الدفع الالكتروني اوسع من مفهوم النقود الالكترونية ، إذ ان نظام الوفاء الالكتروني يقوم على ايجاد وسيط للوفاء ، حيث يقوم هذا الوسيط بإدارة عملية الوفاء لحساب العملاء والموردين وتسوية ما ينشأ عن التصرفات والعقود المبرمة بينهم من ديون وحقوق وتقادي تداول البيانات على شبكة الانترنت ، في حين ان النقود الالكترونية او الافتراضية يتم شحنها مقدماً برصيد مالي ويتم تسجيله في بطاقة خاصة ويمكن للعميل الذي يرغب في التعامل بهذه النقود ان يحصل من احد البنوك او المؤسسات المالية الوسيطة على ترخيص يسمح له بأستعمال هذه النقود السائلة الالكترونية⁽³³⁷⁾.

ويضيف البعض الآخر الى ما تقدم القول ، ان النقود الالكترونية عبارة عن وسيلة من وسائل الدفع الالكتروني الذي يتم بوسائل عدة اخرى غير النقود الالكترونية ، إذ يختلف مصطلح النقود

(٢) انظر : المشاركة في جوريبيديا ، مداخل متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع : <http://ar.Jurispedia.Org/index.php> .

(١) اشار الى ذلك : النقود الالكترونية ، ماهيتها ، مخاطرها وتنظيمها القانوني ، مداخل متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع :

-WWW. Arriyadh. Com/economic/left bar.

(٢) انظر : د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٥ - ١٢٦ .

الالكترونية عن البطاقات المصرفية الالكترونية (التي هي احدى صور الوفاء الالكتروني) مثل بطاقة الائتمان وبطاقة السحب الآلي وبطاقات الصرف المصرفي والبطاقات الذكية ، كما يختلف مفهوم النقود الالكترونية عن التحويل الالكتروني الذي يعني تحويل قيمة نقدية من حساب الى آخر بوسيلة الكترونية ، وهو بالتالي لا يتضمن تمثل قيمة نقدية معينة في كيان مادي دون ان يختلف عن التحويل العادي الذي يتم في المعاملات الورقية ، كذلك تختلف النقود الالكترونية عن خدمات المصرف عبر الانترنت مثل الهاتف المصرفي وخدمات المقاصة الالكترونية والانترنت المصرفي (338) .

وعلى اية حال فإنه اذا كانت النقود الالكترونية هي احدى صور وسائل الدفع الالكتروني ام لا، فإن مثل هذا الامر سيكون غير ذي جدوى ، فالمحصلة النهائية هي ان تنفيذ العقد في مسائل التجارة الالكترونية سوف يتم عن طريق بيئة غير مادية ، إذ المتعاقد الدائن لن يحصل على حقوقه التي حصل عليها المتعاقد المدين في العقد بشكل مباشر من هذا المدين وانما من خلال اعتماد احدى هذه الوسائل ، فالمهم في التعامل بين الطرفين في هذه الحالة هو انه يحصل في جو او بعبارة ادق في نطاق الكتروني يتم في غالب الاحوال عبر شبكة الانترنت او احدى وسائل الاتصال الحديثة كالفاكس ، حيث المتعاقدان في مكانين مختلفين ، ومن هنا جاء تعريف وسائل E- MAIL او البريد الالكتروني الدفع الالكتروني في التوجيه الصادر عن المجموعة الاوربية على انها قيمة نقدية محملة على كارت (بطاقة) به ذاكرة رقمية او الذاكرة الرئيسة للمنشأة التي تدير التبادل (339) ، لذلك لا يهم بعد هذا الامر ان تكون وسائل الدفع الالكتروني محصورة فقط في النقود الالكترونية ام ان هذه الاخيرة ما هي الا جزء من كل في تلك الوسائل الالكترونية ، فجميع الاوصاف المتقدمة تحمل بين طياتها قيمة نقدية محملة على دعامة تمكن صاحبها من تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بغض النظر عن أي شئ اخر فهذه الوسائل جميعها تستخدم كأداة للوفاء بالالتزامات بدلاً من الدفع الفوري بالنقد ، وما يؤيد ما تقدم هو ان القوانين التي اجازت التعامل بوسائل الدفع الالكتروني كالقانون التونسي والقانون الاردني (340) ، لم تحصر هذه الوسائل بشكل او نوع معين وانما جاءت تعاريفها لها (أي لهذه الوسائل) عامة مشيرة الى جواز تحويل الاموال الكترونياً ، فضلاً عما تقدم فإن هذه القوانين ايضاً لم تنقيد بأستخدام شبكة الانترنت وانما اية طريقة من طرق تحويل الاموال بشكل الكتروني ، سمحت هذه القوانين بأستخدامها.

(٣) المشاركة في جوريسبيديا ، مداخلة سبقت الإشارة إليها .

(١) انظر : د. فاروق الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٦٤ .

(٢) انظر : المادة /٢٥ من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ والفصل (٢) من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ .

وعموماً فأن وسائل الدفع الالكتروني هي عبارة عن بطاقات تحمل شكلاً هندسياً معيناً تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها ورقمها واسم حاملها ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها ، بموجبها يمكن لحاملها سحب المبالغ النقدية من ماكينات سحب النقود الخاصة بالبنوك ، أو ان يقدمها كأداة وفاء للسلع والخدمات للشركات والتجار الذي يتعامل معهم ، وقد تكون ضامنه للوفاء في التعاملات التجارية وفي حدود مبلغ نقدي معين⁽³⁴¹⁾ .

المبحث الثالث

خصائص وسائل الدفع الالكترونية

لقد عرفت وسائل الدفع الالكترونية على انها الوسائل التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات⁽³⁴²⁾ ، ويستشف من هذا التعريف ان هناك خصائص معينة تتصف بها هذه الوسائل وهو ما سنتناوله في المطالب الآتية :-

المطلب الاول

قيمة مخزونة الكترونياً

وهذه الحقيقة تعني ان وسائل الدفع الالكترونية تشمل وحدات نقدية لها قيمة مالية فوسائل الدفع وخلافاً للنقود العادية القانونية (المطبوعة والمسكوكة) عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها او شحنها على دعائم الكترونية في شكل بطاقات بلاستيكية⁽³⁴³⁾ ، او على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي ، ويترتب على ماتقدم ان بطاقات الاتصال التليفوني لا تعتبر من قبيل ادوات الدفع الالكتروني ، إذ ان القيمة المخزونة على بطاقات الاتصال عبارة عن وحدات اتصال تليفونية بمدة زمنية معينة وليست لها قيمة نقدية قادرة على شراء السلع والخدمات ويتفرع على ما تقدم ايضاً القول ان شحن القيمة النقدية بطريقة الكترونية على بطاقة بلاستيكية او على الكمبيوتر الشخصي لصاحب (حامل) وسيلة الدفع

(٣) انظر : د. عبد الفتاح بيومي مجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٦-١٠٧ .

(٤) انظر : الفصل (٢) من القانون التونسي المشار اليه سابقاً .

(١) كبطاقة فيزا ، حيث تم اصدار ٨ ملايين بطاقة فيزا (التي هي احدى صور وسائل الدفع الالكتروني) بمنطقة الشرق الاوسط ، وهو ما يدل على تعاظم الدور الذي تلعبه وسائل الدفع الالكترونية في مجال الدفع .
لمزيد من التفصيل انظر : الخليجيون يفضلون التعامل بالنقود على وسائل الدفع الالكترونية ، مداخله سبقت الاشارة اليها .

الالكتروني ، ان هذا الامر هو الذي يميز هذه الاخيرة عن النقود القانونية او الائتمانية التي تعد وحدات نقدية مصكوكة او مطبوعة⁽³⁴⁴⁾ .

المطلب الثاني

تحظى بقبول واسع من غير من قام بأصدارها

تقرر المادة ١/٣ من تشريع الخدمات والاسواق المالية في المملكة المتحدة ان النقود الالكترونية (... تعد وسيلة مقبولة في الدفع من قبل الاشخاص الاخرين غير الذي قام بأصدارها)⁽³⁴⁵⁾ ، والذي يفهم من النص المتقدم ان وسائل الدفع الالكترونية يجب ان تحظى بقبول واسع من جمهور الاشخاص والمؤسسات غير تلك التي قامت بأصدارها ، إذ يتعين ان لا يقتصر استعمالها (الوسائل) على مجموعة معينة من الافراد او لمدة محددة من الزمن او في نطاق اقليمي محدد ، فالنقود ولكي تصير نقوداً يتعين ان تحوز ثقة الافراد وتحظى بقبولهم بأعتبارها اداة صالحة للدفع ووسيطاً للتبادل ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فإن هناك من يذهب الى القول انه لا يجوز اعتبار هذه الوسائل نقوداً الكترونية في حالة ما اذا كان مصدرها ومتلقيها هو شخص واحد ، فعلى سبيل المثال لا تعد بطاقات الاتصال الهاتفي وسيلة من وسائل الدفع الالكتروني بالنظر لكون من اصدرها ومن يقبلها شخص واحد هو (شركة الاتصالات الهاتفية) ، حيث لا يصلح العمل بهذه البطاقة إلا في اجهزة الهاتف التي خصصتها شركة الاتصالات ، فضلاً عما تقدم فأن هذه الوسائل سهلة العمل لخفة وزنها وصغر حجمها ، ولذا فهي اكثر عملية من النقود العادية ، ولانها تعفي الشخص من حمل سيولة نقدية كبيرة لغرض الحصول على سلع او خدمات معينة⁽³⁴⁶⁾ .

المطلب الثالث

ثنائية الابعاد

وهذه الخصيصة تعني ان كل من المستهلك والتاجر يمكن ان يستعملها في تعاملاته ، فهي تحقق فوائد ومزايا للتاجر والمستهلك (العميل) على ذات الخط من المساواة ، فوسائل الدفع الالكترونية صالحة لبراء الذمة المالية ، فهي تعد وسيلة لتنفيذ الالتزامات المترتبة بذمة شخص معين حتى وان لم يكن الشخص الاخر المتعاقد معه متواجد في ذات المكان المتواجد فيه المتعاقد الاول الذي يستخدم

^(٢) انظر : النقود الالكترونية ، ماهيتها ، مخاطرها وتنظيمها القانوني ، مداخله متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع :

[http. // www. Arriyadh. Com / economic / leftbar](http://www.Arriyadh.Com/economic/leftbar) .

⁽³⁾ Electronic money is defined in Article /3/1 as : a-b-c- accepted as a means of payment by persons other than issuer .

^(١) انظر : النقود الالكترونية ، مداخله سبقت الاشارة اليها .

هذه الوسائل او حتى لو كان المتعاقدان متواجدين في ذات المكان الا انه بالنظر لامكانية استخدام هذه الوسائل في تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وهو امر يستتبع القول ان وسائل الدفع الالكترونية تستعمل لتحقيق اغراض متعددة⁽³⁴⁷⁾.

بعبارة اخرى ان وسائل الدفع الالكترونية صالحة للوفاء بالتزامات مختلفة كسواء السلع والخدمات او لدفع الضرائب والرسوم ، اما اذا اقتصرت وظيفة الوسيلة على غرض واحد كسواء نوع معين من السلع دون غيره او للاتصال الهاتفي ، ففي هذه الحالة لا يمكن وصفها وسيلة دفع الكتروني⁽³⁴⁸⁾ . ولعل من نافلة القول الاشارة اخيراً الى ان وسائل الدفع الالكترونية ليست متجانسة ، اذ ان كل انترناشيونال هي ليست VISA مصدر لها يقوم بأنشائها واصدارها بشكل مختلف ، كبطاقة فيزا ، لذلك توصف هذه الوسائل بأنها نقود خاصة ، بمعنى انها على MASTERCARD كبطاقة ماستركارد ، عكس النقود القانونية التي يتم اصدارها من قبل البنك المركزي ، في حين ان وسائل الدفع الالكترونية يتم اصدارها في معظم الدول عن طريق شركات ومؤسسات مالية خاصة ، لذلك يطلق عليها مصطلح

((PRIVATE MONEY⁽³⁴⁹⁾)).

الفصل الثاني

احكام وسائل الدفع الالكترونية

يستلزم استخدام وسائل الدفع الالكترونية وجود رابطة تعاقدية بين من يقوم باستخدام احدى هذه الوسائل وبين من حصل الوفاء لمصلحته بموجب احدى هذه الادوات الالكترونية ايضاً ، بعبارة اخرى ان التزاماً تعاقدياً ترتب على انشاء عقد معين ادى الى تنفيذ الالتزام بطرق الدفع الالكترونية بدلاً من الطرق التقليدية ، والعقد في حالتنا هذه اما ان يكون عقد تم بين شخصين متقابلين وجهاً لوجه كما هي الحال عندما يشتري شخص سلعة او يحصل على خدمة من شخص آخر ويقوم باستخدام وسيلة الكترونية لغرض الدفع وتنفيذ الالتزام الذي ترتب بذمته ، او ان العقد قد لا يكون كذلك وهو الصورة الشائعة وذلك عندما يكون احد المتعاقدين في مكان والاخر في مكان آخر بيد ان انعقاد العقد يتم بوسائل الكترونية ، والعقد في هذه الحالة يطلق عليه بالعقد الالكتروني الذي يعرف على انه كل عقد يتعلق بمنتجات او خدمات معقود بين طرفين في اطار نظام بيع او تقديم خدمات عن بعد منظم

(٢) انظر : زهير علي اكبر ، مصدر سابق ، د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

(٣) انظر : النقود الالكترونية ، مداخلة سبقت الاشارة اليها .

(٤) انظر : النقود الالكترونية ، مداخلة سبقت الاشارة اليها .

بوساطة احد الطرفين الذي من اجل هذا العقد يستعمل حصراً وسائل الاتصال عن بعد لابرار العقد⁽³⁵⁰⁾.

والذي يهمننا من العقد هنا هو الاثر الذي يترتب عليه والمتمثل بالالتزامات الناشئة عنه والتي تقع على عاتق كل من طرفيه ، وبعبارة ادق مرحلة تنفيذ العقد ، وهو ما يعني ان استخدام وسائل الدفع الالكترونية لن يتم الا في مرحلة التنفيذ ، بيد ان السؤال الذي يمكن وبحق ان يطرح في هذا المقام يتعلق بالآلية او الكيفية التي يتم التعامل بها بوسائل الدفع الالكترونية من جهة وبالمزايا التي تتميز بها عن غيرها من جهة اخرى ؟ .

للإجابة عن هذين التساؤلين المهمين سنقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نخصص المبحث الاول الى الاجابة عن آلية التعامل بوسائل الدفع الالكترونية، اما مزايا هذه الوسائل فستكون عنواناً للإجابة عن التساؤل الثاني والذي سنتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل .

المبحث الاول

آلية التعامل بوسائل الدفع الالكترونية

يذهب الى الفقه الى القول ان مرحلة تنفيذ العقد تعدّ مرحلة حاسمة بشأن انجاز الالتزامات التعاقدية بين اطرافه ، حيث ان مسألة تنفيذ هذه الالتزامات بموجب عمليات الدفع المالي بالبطاقات الالكترونية او غيرها من وسائل النقل الالكتروني للاموال قد اصبحت حقيقة ملموسة في عمليات التبادل التجاري عبر شبكة الانترنت ، فالنقود الالكترونية قد مكنت المتعاملين من تحويل مبالغ طائلة من دولة الى اخرى بسهولة ودون مخاطر تذكر⁽³⁵¹⁾.

(^١) انظر : وليد الزيدي ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

اما قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ قد عرف العقد الالكتروني وذلك في المادة ٢/ منه والتي تنص على : ((العقد الالكتروني : الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الالكترونية كلياً او جزئياً)) .

(^١) انظر : وليد الزيدي ، مصدر سابق ، ص ٤٥-٤٦

هذا ويترتب على ماتقدم ان تساؤلاً يمكن ان يثور يتعلق بالجهة التي تقوم باصدار ومنح هذه الوسائل الالكترونية ويتفرع عن هذا تساؤل اهم هو ما الاثر الذي يخلفه هذا التعامل بالنسبة لطرفي العلاقة العقدية ؟.

ستكون الاجابة عن هذين التساؤلين في هذا المبحث الذي سنوزعه الى مطلبين نخصص المطلب الاول الى آلية التعامل بوسائل الدفع الالكترونية من حيث الجهة التي تقوم بمنح هذه الوسائل ، اما المطلب الثاني فسيخصص الى آلية التعامل من حيث الاثر .

المطلب الاول

آلية التعامل بوسائل الدفع الالكترونية من حيث الجهة

ينص قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على ان الصك الصادر في العراق والمستحق الوفاء فيه لايجوز سحبه إلا على مصرف ، والورقة المسحوبة في صورة صك على غير مصرف لاتعتبر صكاً⁽³⁵²⁾ ، والذي يفهم من هذا النص ان القانون يشترط في الصك - الذي هو احد الاوراق التجارية⁽³⁵³⁾ - ان يكون المسحوب عليه فيه مصرفاً ، اما اذا كان غير ذلك كأن يكون شركة او مؤسسة تتعاطى الاعمال المالية او الصيرفة ، فأن الورقة المسحوبة في هذه الحالة وإن كانت بصيغة صك الا انها لاتعتبر صكاً استناداً الى النص السابق ، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية يفهم من النص اعلاه ان اطراف العلاقة القانونية في الصك هم ثلاثة ، الساحب (الذي قام بتحرير الصك) والمسحوب عليه (المصرف) والمستفيد .

هذا في نطاق قانون التجارة ، اما في نطاق قوانين التجارة والمعاملات الالكترونية فيلاحظ ان البعض من هذه القوانين لم يشر الى الكيفية التي تتم بها عملية اصدار ومنح وسائل الدفع الالكترونية⁽³⁵⁴⁾ ، وهو الامر الذي دفع البعض الى القول ان النقود الالكترونية - التي هي احدى وسائل الدفع الالكترونية - لا يشترط فيها ان تكون مرتبطة بحساب بنكي⁽³⁵⁵⁾ ، ومع ذلك يبقى السؤال قائماً

(٢) انظر : المادة / ١٤٠ من القانون اعلاه .

(٣) تنص المادة / ٣٩ من قانون التجارة العراقي على " الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص او يأمر شخصاً اخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلاً للتداول بالتظهير او بالمناولة " .

(١) انظر : قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ والقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم ٨٩٣ لسنة ٢٠٠٠ .

(٢) انظر : النقود الالكترونية ، ماهيتها ، مخاطرها ، مداخلة سبقت الاشارة اليها .

حول الجهة التي يمكن ان تقوم بأصدار هذه الوسائل وهل يشترط في هذه الجهة ان تكون مصرفاً أم ان اية مؤسسة مالية يحق لها اصدار وسيلة الدفع الالكتروني ؟ .

بادئ ذي بدء لابد من الاشارة الى ان فكرة حديثة استخدمت بشكل كبير في الالونة الاخيرة اصطلاح كتعبير متطور وشامل للمفاهيم ELECTRONIC BANKING على تسميتها بـ (البنوك الالكترونية) التي ظهرت في مطلع التسعينات من القرن الماضي كمفهوم الخدمات المالية عن بعد او البنوك ONLINE او البنك على الخط REMONTE ELECTRONIC BANKING الالكترونية عن بعد ، وجميع هذه التعبيرات تتصل بقيام الزبائن بأدارة حساباتهم وانجاز اعمالهم عن طريق BANKING المنزل او المكتب او أي مكان اخر وفي الوقت الذي يريده الزبون ، ويعبر عنه بعبارة " الخدمة المالية في كل وقت ومن أي مكان " (356).

(٢) ، ان وسائل الدفع الالكترونية لا تعد فقط الى جانب ما تقدم فإن الفقه من يشير الى القول منتجات جديدة وشفافة سهلة الاستخدام تم تطويرها واختبارها بشكل فعال ، الا انه ايضاً قد تم التوقيع على انها ستصدر بشكل مغاير من قبل مجموعة مصرفية (بنكية) او حتى مجموعة غير مصرفية (غير بنكية) ، هذا الامر يرتب تساؤلات جوهرية واساسية تتعلق بالدرجة او المدى الذي ستحكم به هذه المنتجات الجديدة من الناحية القانونية ، وسؤال اخر يتعلق بالقوانين التي ستتظمها وكيف ستتعامل الحكومة والمواطنين مع هذه التغيرات الجديدة في اساليب وانظمة الدفع (357)، ويضيف هذا الرأي الى ما تقدم القول ، انه عندما لم تكن هناك وسائل دفع الكترونية ، فأن المصارف كانت تعد الطرف الثالث الذي يتوسط في اتمام الصفقات والعمليات التجارية ، هذه الوظيفة لا تزال ضرورية وحيوية ، لذلك هل من الضروري ان تكون المصارف هي الجهة الوحيدة التي يحق لها اصدار هذه الوسائل (ادوات الدفع الالكترونية) ؟ ، هذا الرأي يشير الى امكانية اصدار النقود الالكترونية (الوسائل الالكترونية) من

(٣) فالبنك الالكتروني يشير الى ذلك النظام الذي يتيح للزبون الوصول الى حساباته او اية معلومات يريدها والحصول على مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة معلومات يرتبط بها جهاز الحاسوب الخاص به او اية وسيلة اخرى .

انظر : البنوك الالكترونية ، مداخلة متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع :

<http://www.Arablaw.org/e-Banking.htm>.

(4) Not only are new and more sophisticated products being developed and tested, they also are expected to be offered by a diverse group of banks and nonbanks. this arises fundamental questions concerning the extent to which these new products and players are covered by or subject to existing laws, and how the government, and individual will respond to development likely to fundamentally change the payments system .

معايير واسس ثابتة في هذا المجال وعدم فتح الباب على مصراعيه في السماح لأكبر عدد ممكن من الأشخاص باصدار والمشاركة في اصدار وسائل الدفع الالكترونية (360) .

وفي المملكة المتحدة يلاحظ انه بموجب المادة ٩/ب من امر تنظيم النشاطات المالية لسنة ٢٠٠١ المعدل لتشريع الاسواق والخدمات المالية الصادر عام ٢٠٠٠ ، يلاحظ ان هذه المادة اكدت على ان اصدار النقود الالكترونية تعد مسألة " نشاط مالي منظم " ولذلك فإن هذا الاصدار (السماح بخلق وتوزيع الوسائل الالكترونية للدفع) يجب ان لا يتم الا من قبل المؤسسات المالية ، وهو امر تضمنته ايضاً المادة ١٩/ من تشريع سنة ٢٠٠٠ اعلاه والتي تقضي ، بأنه لا يحق لاي شخص ان يتعاطى النشاطات المالية في المملكة المتحدة ما لم يكن هذا الشخص مرخصاً له او يكون شخصاً مستثنى لغرض ممارسة هذه النشاطات (361) .

اما في الولايات المتحدة الامريكية فنجد ان تشريع نقل الموجودات المالية بشكل الكتروني لا يطبق على كل العمليات التجارية التي يتم نقل الموجودات فيها الكترونياً ، فتعريف التشريع لهذا الامر (النقل الالكتروني) يتضمن " ان نقل الاموال بشكل الكتروني يشمل فقط أي نقل للاموال بصورة ابتدائية عن طريق استخدام اجهزة الهاتف ، الحاسبات والاشربة الممغنطة حسب الطلب ، يتم من قبل

(1) In the European union the European commission, the 1994 report of the European monetary Institution, confirmed that electronic money issuance should be subject to restricted only to credit institution. In 1997 report is stated that "the funds collected in exchange for electronic money are redeemable by nature, and such issuers should be subject to minimum requirements regardless of their status as credit institution.

The European commission published the proposed electronic money directive in 1998 , one of the most important parts of the proposal concerns the plan to amend the definition of credit institution in the first Banking Directive to allow non- Banking institution to issue- Electronic money. Article / 4 of the proposed directives issuers can make with the funds they hold in the " float " all of which are highly liquid ultra low risk rated. However, the European council Economic and Social committee obviously took the view that it was more important to protect consumers and maintain prudential standards than to open the market place to the largest number of participants possible . Electronic money and Relevant Legal .

مداخلة سبقت الإشارة إليها .

(1) Article /a/B of the Regulated Activities order confirms that issuing electronic money is a regulated activity, hence subjecting electronic money firms to S/19 financial services and market Act / 2000, which provides that no person may carry on a regulated activity in the u.k. unless he is an authorized or exempt person.

انظر :

Dr. Gbenga Bamodu. The Regulation of Electronic money Institution in the united kingdom .

[http : // elj. Warwick. Ac. Uk.](http://elj.Warwick.Ac.Uk)

مداخلة على الموقع :

المؤسسات المالية المرخص لها بنقل الحقوق والقيود في الحسابات المصرفية ، وبناءاً على ذلك فإنه بموجب هذا التعريف لا يمكن عدّ الشخص الذي يقوم بأصدار النقود الالكترونية مؤسسة مالية ، ولذلك فإن التشريع لن ينطبق على مثل هذا الشخص ، او بعبارة اخرى ان الشخص الذي يصدر هذه الوسائل لن يحكم بهذا التشريع ، فهذا الاخير ينظم ويحدد فقط الحقوق الاساسية للزبون الذي يتعامل مع المصارف والمسؤولية القانونية للمؤسسات المالية التي تقدم الخدمات المصرفية ، اما الكيانات غير البنكية فأن تعريف ((المؤسسة المالية)) لن يشمل هذه الكيانات ولذلك فأن أي نقل للاموال يتم بين كيانين غير مصرفيين لن يحكم بهذا القانون حتى وان تم هذا النقل بشكل الكتروني⁽³⁶²⁾، بيد ان الامر استقر اخيراً في الولايات المتحدة - وكما يبدو - على انه بموجب التشريعات والقوانين الاتحادية هناك، فأن الكيانات والمؤسسات المالية وحتى غير المالية يحق لها اصدار وسائل الدفع الالكترونية⁽³⁶³⁾ .

والواقع انه في مسألة اصدار وتوزيع وسائل الدفع الالكترونية يلاحظ ان المصارف ما وجدت الا لغرض التسهيل على الاشخاص في اتمام اعمالهم التجارية وحتى المدنية فضلاً عن الخدمات التي تقدمها هذه المؤسسات في حفظ الاموال واستثمارها وحفظ المقتنيات الشخصية ، فالمصرف بما يملكه من قدرات وخبرات ، يدخل تعاطي الاعمال المالية في صلب عمله (كمنح التسهيلات والقروض لعملائه) ، لذلك فأن هذه المؤسسة (المصرف) استناداً الى نوع العمل الذي تمارسه يحق له اصدار وتوزيع وسائل الدفع الالكترونية كالنقود الالكترونية وبطاقات الائتمان وغيرها ، وكذا الحال بالنسبة للمؤسسات المالية الاخرى التي تتخذ من ممارسة الاعمال المالية عنواناً لها كالشركات المالية ، بالنظر لنوع العمل الذي تمارسه يحق لها اصدار وتوزيع وعرض هذه الوسائل ، اما المؤسسات

⁽¹⁾ Clearly , the Electronic Funds transfer Act / 1978, as written, does not apply to all electronic money transactions the Acts definition of " electronic funds transfer " includes " any fund Initiated through an electronic terminal, telephonic mechanism or computer or magnetic tape so as to order, instruct, or authorize a financial institution to debit or credit an account, to the extent that the electronic money issuer is not a " financial institution " within the acts definition, the act will not apply. Regulation established the basic rights, liabilities and responsibilities of consumers who use electronic money transfer services.

The definition of financial institution does not include non bank. Consequently, any transfers between non bank entities will not be covered.

Kandall W. Sifers. op. cit.

انظر : مداخلة

⁽²⁾ In the united states of America it appears that under current state and federal law, entities other than depository institutions may issue- electronic money .

Electronic money and Relevant legal .

انظر مداخلة سبقت الإشارة إليها

والكيانات غير المالية فلا نعتقد بصحة قدرتها على اصدار وسائل الدفع الالكترونية وتوزيعها ، كون الزبائن والمستهلكين قد لا تكون لديهم ذات درجة الثقة والاطمئنان التي يشعرون بها عند تعاملهم مع مصرف او مؤسسة مالية .

المطلب الثاني

آلية التعامل بوسائل الدفع الالكترونية من حيث الاثر

الاصل الذي تقرره القواعد العامة في الوفاء ان يتم للدائن فهو صاحب الحق وهو الذي له الحق في استيفائه ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يشترط في الوفاء ، الذي هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وزواله ، ان المدين هو الذي يقوم به⁽³⁶⁴⁾ / هذه الامور تكون ضمن الاطار العام الذي تقرره القواعد العامة ، الا ان الواقع الذي يجب التوقف عنده فيما يتعلق بقيام المتعاقد في ظل عقود التجارة الالكترونية وكذلك العقود التي يترتب على الوفاء بها استخدام احدى وسائل الدفع الالكترونية ، هو كيفية تنفيذ المتعاقد لالتزامه بالوفاء بالمبلغ الذي يترتب بذمته المالية جراء هذا التعاقد ، ويرجع ذلك بصفة اساسية الى خصوصية التعاقد عن بعد⁽³⁶⁵⁾ .

يشير الفقه الى ان وسائل الدفع الالكترونية تستخدم من قبل حاملها كوسيلة وفاء لالتزاماتهم بدلاً من الدفع الفوري بالنقد ، ولذلك لا بد ان يكون حامل الوسيلة الالكترونية عميلاً ل احد البنوك او المؤسسة المالية المرخص لها باصدار وتوزيع هذه الوسائل وقبل ان تمنح هذه المؤسسات مثل هذه الوسائل للعميل بناءً على طلبه ، لا بد وان تتأكد المؤسسة من توافر شروط عدة في حق العميل (المتعاقد مع المؤسسة التي تمنحه وسيلة الدفع الالكتروني) وتتمثل في ضمانات شخصية وعينية يقدمها العميل ، وتصدر البطاقة (الوسيلة) في حدود سقف مالي معين لا يجوز للعميل تجاوزه⁽³⁶⁶⁾ ، وبعبارة اخرى انه يمكن للعميل الذي يرغب في التعامل باحدى وسائل الدفع الالكتروني ان يحصل من احد البنوك او احدى المؤسسات المالية الوسيطة على ترخيص يسمح له باستعمال هذه الوسيلة في تسوية التزاماته التعاقدية بالمقابل الذي يتفق عليه هذا العميل مع المؤسسة المالية⁽³⁶⁷⁾ . والذي يفهم مما تقدم انه ولأجل حصول شخص معين على اصدار احد وسائل الدفع الالكتروني فإنه يتحتم ان يكون هناك عقد مبرم بين هذا الشخص والمؤسسة المصدرة للوسيلة نظير مقابل معين

(١) انظر : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج (٢) احكام الالتزام ، بغداد ١٩٦٧ ، ص ٣٦٠ وص ٣٩١ .

(٢) انظر : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

(٣) انظر : د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

(٤) انظر : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

تحصل عليه هذه الاخيرة في مقابل منحها للوسيلة له (للعميل) ، بمعنى آخر ان التسهيلات التي تمنحها المؤسسة المالية لشخص معين ترخص له بأستخدام وسيلة الدفع الالكتروني لاتكون دون مقابل وانما هناك مقابل يتفق عليه الطرفان ، فالتزام المؤسسة المانحة لوسيلة الدفع ليس مجانياً او هو التزام لايمكن وصفه على انه التزام تبرعي ، وانما هناك اجر معين تتقاضاه المؤسسة من عميلها الذي يرغب بتنفيذ وتسوية التزاماته التعاقدية من خلال هذه الوسائل بدلاً من السيولة النقدية ، فعندما يتعاقد شخص للحصول على خدمة او شراء مال معين فأن الدفع هنا سيكون بالوسيلة الالكترونية .

التعامل في هذه الحالة يتم من خلال اصدار المصرف لعمله الكترونية تعبر عنها سلسلة من الارقام العشوائية ويتم حفظ هذا الرقم في بطاقة او في جهاز العميل ، بعد ذلك يقوم العميل بأستخدام هذه البطاقة او تقديمها الى من يتعامل معه ، فيقوم هذا الاخير بالاتصال بالمؤسسة المالية المصدرة للبطاقة الالكترونية لتحويل القيمة النقدية الى حسابه ويقوم المصرف من خلال قائمة الارقام لديه بالتحقق من كون هذه البطاقة صادرة منه⁽³⁶⁸⁾.

هذا ويستخلص مما تقدم ان نظام الوفاء هنا يقوم على ايجاد وسيط للوفاء حيث يقوم هذا الوسيط بأدارة عملية الوفاء لحساب العملاء والموردين المتعاقدين مع العملاء وتسوية ما ينشأ عن هذه التعاقدات المبرم بينهم من ديون وحقوق ، أي انه بمقتضى هذه التقنية الحديثة يصبح لوحدة القيمة الالكترونية ذاتية مستقلة حيث يمكن نقلها من محفظة الكترونية الى اخرى على نحو يؤدي الى الوفاء من قبل المدين بمجرد نقل هذه الرموز الالكترونية ، ويمكن لمتلقي هذا الوفاء على حافظة الكترونية ان يقوم بتحويل هذه النقود الالكترونية الى نقود حقيقية من خلال مراجعة المؤسسة المصدرة لها⁽³⁶⁹⁾.

واستناداً لما تقدم تستخدم ادوات الدفع الالكترونية كوسيلة وفاء لما يحصل عليه حاملها من خدمات او بضاعة لدى جميع المحلات التجارية التي تضع اشارة معينة تفيد قبول البطاقة الالكترونية كوسيلة وفاء ، ذلك انه بعد حصول حامل البطاقة على البضاعة او الخدمة التي يريدتها يقوم محاسب المحل التجاري بالتأكد من صلاحية البطاقة من حيث تاريخ سريانها وعدم كونها في البطاقات الموقوف التعامل بها لأي سبب ويتأكد المحاسب من ان عملية البيع التي تمت كانت في حدود السقف الائتماني المسموح به لحامل البطاقة من قبل المؤسسة او البنك الخاص به ومن ثم يقوم التاجر

(١) انظر : المشاركة في جوريسبيديا ، مداخله سبقت الاشارة اليها .

(٢) د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٢٥-١٢٦ .

بارسال نسخ جميع الايصالات التي لديه الى شركة خدمات الدفع (المؤسسة المالية المصدرة للبطاقة والتي عليها الوفاء للتاجر متى كان قد تقيد بشروط استخدام البطاقة⁽³⁷⁰⁾).

ومتى ما التزم الشخص الذي ستقدم اليه وسيلة الدفع الالكتروني بشروط استخدام هذه الوسيلة فإنه يكتسب حقاً مباشراً في مواجهة بنك العميل ، بصرف النظر عما اذا كان هناك رصيد للعميل لدى البنك الخاص به او لا ، ولذلك يستطيع العميل الذي يتقيد بالتعليمات الاعتماد على ملاءة البنك الذي منحه البطاقة لان هذا الاخير ملزم بالدفع الى التاجر متى تقيد العميل بشروط نظام استخدام البطاقة الصادرة اليه ، فالتزام البنك مصدر البطاقة في مواجهة التاجر الذي تم الدفع له بالوسيلة الالكترونية هو التزام مباشر ومستقل عن العلاقة بين البنك مصدر البطاقة وحاملها ، وعليه يمكن القول ان اطراف العملية التي تتم عن طريق وسائل الدفع الالكترونية هم مصرف (او المؤسسة المالية) العميل حامل البطاقة ، وكذلك حامل هذه البطاقة ، والتاجر وقد يكون كذلك بنك التاجر⁽³⁷¹⁾.

وجميع الاحكام المتقدمة يمكن تطبيقها ايضاً في حالة وجود عقد الكتروني معقود بوسائل الكترونية وتنفيذه يتم ايضاً بوسائل الكترونية من خلال شبكة الانترنت ، إذ يستطيع مورد السلعة او الخدمة بشكل الكتروني التأكد من ملاءة الطرف الاخر الذي يروم الحصول على الخدمة او السلطة بشكل الكتروني ايضاً وذلك من خلال الولوج الى الموقع الالكتروني للمؤسسة المالية التي يتعامل معها العميل ومعرفة ما اذا كان موقفه المالي سليم ام لا ، فأذا ابرم العقد استطاع الحصول على حقه بالمقابل من خلال تزويد الطرف الاخر بموقعه الالكتروني لغرض دفع المبالغ المترتبة بذمة الطرف الاخر وايداعها في المؤسسة المالية التي يتعامل معها هذا الشخص (أي مورد السلعة او الخدمة) .

المبحث الثاني

مزايا وسائل الدفع الالكترونية

يتفرع عن موضوع التجارة الالكترونية ، موضوع وسائل الدفع الالكترونية ، وهذا الاخير قد شاع استعماله نتيجة لتطور وسائل الاتصالات الحديثة بالنظر للفوائد العملية التي يحققها بالنسبة لجمهور المستهلكين والمحترفين على حد سواء⁽³⁷²⁾.

(٣) انظر : د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ .

(١) انظر : المصدر نفسه ، ص ١٠٩ - ١١٠ .

(٢) يشير الفقه الى ان فوائد التجارة الالكترونية تتمثل بالاتي :-

أ- سرعة الاتصالات خاصة في التعامل الدولي.

ب- تحسين الكفاءة فليس هناك حاجة لاعادة ادخال البيانات وبالتالي لا يوجد اخطاء في عملية الادخال .

ج - قلة التكلفة ، حيث يؤدي نظام تبادل البيانات إلكترونياً بدرجة كبيرة الى عدم وجود مخازن ويقلل دورات الشراء والبيع .

ويترتب على ما تقدم ان وسائل الدفع الالكترونية تتمتع بمزايا معينة من حيث الطريقة التي يتم بها الاداء او الدفع الى جانب طبيعة الجهة التي تقوم بالتنفيذ ، فضلاً عن السرعة والكفاءة والامان الذي يحققه استخدام هذه الوسائل ، وهو ما سنتولى بيانه تباعاً في المطالب الاتية :-

المطلب الاول

طريقة الاداء (الدفع)

تستخدم النقود بالمعنى التقليدي كوسيلة مباشرة لتسهيل عملية تبادل السلع والخدمات فهي اداة تمنح صاحبها القدرة على شراء اية سلعة او خدمة وتعطيه الحق في تسوية المدفوعات وسداد الديون بدون ابطاء او تأجيل ، لذا فانها تتضمن الالتزام الفوري والنهائي للالتزامات⁽³⁷³⁾، بيد ان السيولة المادية للنقود امست اقل وقعاً واستعمالاً في الحياة العملية ، اذ اصبحت بتقدم وسائل الاتصال الحديثة وخصوصاً الانترنت شيئاً من الماضي (أي السيولة النقدية) ، فالمصارف اليوم والمؤسسات المالية المختلفة تعرض على عملائها العديد من الخدمات (كخدمات شراء الاسهم و نقل الموجودات المالية دون ان يتم استحصال نقود بشكل مادي من قبل العملاء⁽³⁷⁴⁾، ففي نطاق العقود الالكترونية ، وهي العقود التي يكون فيها المتعاقدان في مكانين مختلفين ، يتم تنفيذ هذا العقد الكترونياً ايضاً والطريقة التي تحقق هذا التنفيذ هي وسائل الدفع الالكترونية من خلال شبكة الانترنت باعطاء امر الدفع الذي يتم وفقاً لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد ، فالدفع يحصل من خلال المسافات عبر تبادل المعلومات الالكترونية⁽³⁷⁵⁾.

ومن هنا اصبحت مسألة تنفيذ عمليات الدفع المالي بالبطاقات الالكترونية او غيرها من وسائل الدفع الالكتروني للاموال ، اصبحت حقيقة ملموسة في عمليات التبادل التجاري عبر وسائل

د- علاقات مقاربة بين العملاء والموردين ، اذ تكون مواقع التجارة الالكترونية دائماً محدثة على شبكة الانترنت ما يجعل العملاء والموردين على علم فوري باي تغيرات تحدث في السوق وغير ذلك من الفوائد لمزيد من التفصيل انظر : د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٧-١٨ .

(١) انظر : د. عوض فاضل اسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٠ ، د. سامي خليل ، النقود والبنوك ، الكويت ، ١٩٨٢ ، ص ٤٠ .

(2) Most Maney in to deys world is electronic and tangible cash is becoming less frequent. With the intraluction of internet , on line banking , debit cards , online bill pay ments and internet business,poper money is becoming athing of the past banks now offer many servies where by acustomer can transfer funds, purchase stocks,contri bute to their retirement plans offer avariety of other services without having to handle physical cash or check .

(٣) انظر : د. فاروق الاباصيري ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ .

الاتصال الحديثة⁽³⁷⁶⁾، فهذه الوسائل تستخدم كأداة وفاء لما يحصل عليه حاملها من خدمات او بضاعة لدى جميع المحلات التجارية او حتى من خلال ابرام العقود الالكترونية ، فهي تستخدم بدلاً من الدفع الفوري للنقد⁽³⁷⁷⁾، فطريقة الاداء هنا لا تنقيد او لا ترتبط بالضرورة بدفع مبلغ معين من احد المتعاقدين الى المتعاقد الاخر ، بل ان كل ما في الامر هو ان الذي يحمل احدى وسائل الدفع الالكتروني ، اذا ما رغب بابرام عقد معين وابرم هذا العقد فأن تنفيذه للعقد لا يتطلب اداء مبلغ نقدي فوري بل ان الوسيلة الالكترونية هي التي سوف تحل محل الدفع المباشر الى الطرف الذي سيحصل على حقه- وكما سنرى - من خلال اعتماد هذه الوسيلة لدى احدى المؤسسات المالية .

هذا ويذهب الفقه الى القول بأن نظام الدفع الالكتروني له اكثر من صورة او شكل ويمكن ان يقسم الى طائفتين ، الاولى نظام الدفع الالكتروني في تجارة الجملة والثانية انظمة الدفع الالكترونية في تجارة التجزئة ، فالنظام الاول يتم التعامل به - وهو ما يعمل به في الولايات المتحدة الامريكية - في تلك العمليات والعقود والصفقات التي لا يوجد فيها مستهلك وانما يتم التعامل بها بين المصارف والشركات والحكومة ومختلف المؤسسات التي تقدم خدمات مالية ، بينما النظام الثاني (تجارة التجزئة) يستخدم او يتعلق بتلك الصفقات والعقود التي تبرم مع المستهلكين ، ويتضمن هذا النظام عمليات الدفع التي تتم عن طريق الاجهزة الميكانيكية من قبل المستهلكين وامثلتها ، بطاقات الائتمان وغيرها من الوسائل بيد انه في كلا النظامين يلاحظ انه لا يوجد هناك استخدام نقود بشكل مباشر وانما الاداء يتم بطريق الكتروني⁽³⁷⁸⁾

(٤) انظر : وليد الزبيدي ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٥) انظر : د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٨-١٠٩ .

(١) وهذا النظام معمول بها في الولايات المتحدة الامريكية ، وفيصل التفرقة بين انظمة الدفع الالكتروني في تجارة الجملة والمفرد يقوم على التنظيم التشريعي لكل منهما فنظام الدفع الالكتروني المتعلق بتجارة قانون التجارة الموحد ، بينما نظام الدفع الالكتروني ينظمه تشريع حماية الائتمان .

Electronic payment systems exist in a variety of forms which can be divided into two groups : Wholesale payment systems and retail payment systems . Wholesale payment systems exist for nonconsumer transactions- transactions initiated among and between banks, corporations, governments, and other financial service firms. Retail electronic payment systems encompass those transactions involving consumers . these transactions involve the use of such payment mechanisms as credit cards, automated teller machines . The distinction between wholesale and retail electronic payment systems . Parallels the distinction that has evolved in regulating these systems . Whole sale electronic payment systems are regulated by Article/ 4A of the uniform commercial code. Retail electronic payment systems are regulated by the consumer Credit protection Act.

انظر : Randall .W.Sifers. Regulating Electronic money in small-Value Payment systems . Telecommunications law as a Regulatory model.

المطلب الثاني

جهة الدفع

أن من العوامل التي ساعدت على نمو التجارة الالكترونية التطور الكبير في استخدام الحاسبات وبرامجها نتيجة ظهور نمط جديد من هذه الالات تتميز بالسرعة والكفاءة والبساطة في الاستخدام ، كما أن اتساع شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت) كان هو الآخر احد العوامل المهمة التي ساعدت في هذا المجال ، إذ أن توفر هذه الخدمة في النطاق المدني والتوسع والزيادة في قدراتها واستحداث استخدامات جديدة لها - مثل البريد الالكتروني والمواقع الالكترونية المتخصصة على الشبكة ، كان لها بالغ الاثر في زيادة حجم التعاملات والتصرفات القانونية التي تتم من خلال استخدام هذه الوسائل^(١).

وبالتالي كان لزاماً أن توجد وسيلة تحقق للاطراف القدرة على مسايرة هذه التطورات عند ابرام عقود معينة ، لذلك فأن تساؤلاً يمكن يثور هنا يتعلق بالجهة التي تقوم باداء التنفيذ في مثل هذا النوع من العقود والتصرفات .

ان الاجابة عن هذا التساؤل تتمثل بالقول ، أن تنفيذ العقد بموجب القواعد العامة يقتضي ان يحصل من قبل اطرافه اصاله او من خلال من ينبيه الاصيل ، بيد أن الامر في هذه الحالة ليس كذلك ، فوسائل الدفع الالكتروني وجدت لغرض تسهيل الامور على المتعاملين بمسائل التجارة الالكترونية ، لذلك فأن هؤلاء ينفذون التزاماتهم بموجب وسائل الدفع الالكتروني ، فهذه الاخيرة تقتضي وجود نظام مالي معد لغرض التعامل بالوسائل المتقدمة ، فالفكرة هنا تتضمن وجود وسيط الالكتروني بين الطرفين المتعاقدين من خلال نظام مالي بموجب علاقة قانونية تربط الشخص الذي يستخدم احدى وسائل الدفع الالكتروني والجهة التي منحت هذه الوسيلة^(٢) ، بعبارة اخرى يستلزم وجود نظام مالي مسبق لدى اطراف التعامل يتيح الدفع بهذه الوسيلة ، أي توفر اجهزة تقوم بادارة مثل هذه العمليات التي تتم عن بعد من شأنها توفير الثقة لدى المتعاملين بهذا النوع من طرق الدفع، هذا الدور تؤديه - على حد قول الفقه - المصارف او المؤسسات المالية الاخرى^(٣)، ولكن بشرط وجود اتفاق مسبق بين المؤسسة المالية التي تمنح وسائل الدفع الالكتروني والشخص الذي يستخدم هذه الوسيلة ، وبالتالي فأن نظام الوفاء هنا يقوم على ايجاد وسيلة

مدأخنة متاحة على الانترنت وعلى الموقع :

[http : // www. Lawer . 20 m. com/ English.](http://www.Lawer.20m.com/English)

(١) انظر : سمير برهان ، ابرام العقد في التجارة الالكترونية، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية .

مجموعة باحثين ، المجلس الاعلى للثقافة ٢٠٠٢ ، ص ١٠٠-١٠١ .

(٢) انظر المشاركة في جو يسيبيديا . مداخلة سبقت الاشارة اليها

(٣) انظر : د. فاروق الاباصيري - مصدر سابق ص ١٦٦

للفاء يمكن من خلالها تفادي تداول الاموال بشكل مباشر او نقدي ، اذ يقوم هذا الوسيط بادارة عملية الوفاء لحساب العملاء والموردين وتسوية ما ينشأ عن التصرفات المبرمة بينهم من ديون وحقوق (379).

المطلب الثالث

السرعة والكفاءة والامان

يشير الفقه الى ان واحداً من اهم المواضيع المتعلقة بالتجارة الالكترونية والعقود الالكترونية هو أمن المعلومات وصحة وسلامة المعطيات المنقولة إلكترونياً عبر الانترنت ، لذلك فإنه في حالة تعامل الكتروني معين بين طرفين ، فإن وسائل الدفع الالكتروني توفر سرعة في نقل الموجودات من حساب الشخص العادي الى حساب الشخص الذي يتعامل معه بدون تقديم اية نقود ورقية حقيقية وهو ما يوفر راحة كبيرة للأشخاص في اعمالهم ، الامر الذي يوفر للعملاء بيئة مريحة نتيجة عدم انتظارهم في صفوف بانتظار تسلم الاموال النقدية بشكل مباشر ومادي من المؤسسات المالية ، فضلاً عما تقدم فإن استخدام وسائل الدفع الالكترونية يسمح بسرعة نقل الاموال بين المستهلكين والموردين بشكل سريع وامين دون ان يعرضهم للاخطار الناجمة عن حملهم مبالغ نقدية معينة(380).

هذا وهناك من يقول ، ان الهدف من استخدام هذه التقنية هو تفادي اختراق البيانات التي يتم تداولها عبر شبكة الانترنت او وسائل الاتصال الحديثة والتغلب على امكانية استخدامها غير المشروع من قبل الغير على نحو يضر باطراف التعامل ، اذ بمقتضى هذه الوسائل يتمكن المتعاملين من نقل القيمة الالكترونية من محفظة الكترونية الى اخرى على نحو يؤدي الى الوفاء من قبل المدين بمجرد نقل الرموز الالكترونية ، ويمكن لمتلقي هذا الوفاء على حافظة الكترونية ان يقوم بتحويل هذه النقود الالكترونية الى نقود حقيقية من خلال المؤسسة المالية المصدرة لها(381)، الى جانب ما تقدم فإن الدفع الالكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي ، وعليه فإنه يمكن التغلب على فرصة السطو على ارقام وسائل الدفع الالكتروني من خلال تشفير الوسيلة ، أي اعطائها رمزاً سرياً لا يعرفه الا صاحب الحق فيها الامر الذي يوفر الثقة بين اطراف التعامل ويضمن فعاليتها الاكيدة (382).

(٤) انظر : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ .

(1) Banks now offer many services where by a customer can transfer funds, purchase stocks and offer a variety of other services without having to handle physical cash or checks. Customers do not have to wait in lines; this provides a lower-hassle environment – Debit cards and online bill payments allow immediate transfer of funds from an individual's personal account to a business account without any actual paper transfer of money. This offer is a great convenience to many people and business alike .

انظر : Electronic money مداخلة سبقت الإشارة إليها .

(٢) انظر : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٢٦-١٢٧ .

(٣) انظر : د. فاروق الاباصيري ، مصدر سابق ، ص ١٦٨-١٦٩ .

وبالرغم من كل المزايا السابقة التي تتمتع بها وسائل الدفع الالكتروني الا انها مع ذلك لم تسلم من النقد من قبل بعض الفقه ، حيث يشير البعض الى جانب ما تحققه هذه الوسائل من تقليل لمخاطر الوفاء مقارنة بغيرها ، غير ان الملاحظ ان هناك شكاً في امكانية انتشارها مستقبلاً بسبب العمولات والفوائد الكبيرة التي تفرضها المؤسسات المالية المتعاملة بهذا النوع من الانظمة مقابل السماح باستخدام وسائل الدفع الالكتروني ولاسيما النقود الالكترونية⁽³⁸³⁾، كما يرى البعض الاخر ان عدم امكانية تتبع العمليات التي تتم من خلال النقود الالكترونية يخشى معه ازدياد فرص التهرب الضريبي، الامر الذي يفتح باباً جديداً لعمليات غسيل الاموال⁽³⁸⁴⁾ ، ويضيف رأي اخر الى ماتقدم القول ، انه مع المزايا التي توفرها وسائل الدفع الالكتروني بيد انها لا تخلو من العيوب التي يمكن ان تعتري هذا النوع الحديث

ويضيف البعض الاخر - الى جانب المزايا المتقدمة - مزايا اخرى تحققها وسائل الدفع الالكتروني بالنسبة لكل من المستهلك والتاجر على حد سواء ، فالفائدة التي يتحصل عليها المستهلك تتمثل بـ :

أ- تمكنه (أي وسائل الدفع الالكترونية) من شراء ما يبدو له شراؤه في ظروف مفاجئة لم يستعد لها بحمل ما يقابلها من اموال .

ب- تيسر لحاملها السداد بأي عملة كانت ، وبهذا يستريح المستهلك او الزبون من اجراءات تحويل العملة من بلد الى اخر .

ت- تحمل معها وسيلة المحاسبة وضبط المصاريف وتوثيق السداد .

ث- تزود حاملها تسهيلات نقدية في اية دولة كان ضمن حدود ممنوحة له عند طلبه .

ج- تحقق للعميل سهولة وامان على الاموال ان حملها تعرضت للسرقة والفقدان .

ح- في حالات معينة يلتزم التاجر بتخفيض ثمن السلعة لحامل الوسيلة عن السعر السوقي اما بالنسبة للتاجر فإن هذه الوسائل تحقق له بعض المزايا المتمثلة بـ:

أ- تخفف عن التاجر مخاطر الاحتفاظ بمبالغ نقدية كبيرة في متجره فيأمن السرقة .

ب- تضمن الجهة المصدرة للوسيلة للتاجر تغطية المبالغ الناشئة من استعمال هذه الوسائل .

ت- يستقطب التاجر زبائن جدد ونوعية جيدة وثقافة عالية .

لمزيد من التفصيل انظر : زهير علي اكبر ، البصرة اول مدينة في تاريخ الصيرفة العراقية تستخدم النقود الالكترونية ، مداخلة متاحة على شبكة الانترنت وعلى الموقع :

4 law. Com / vb / show thread .

<http://www.smsma>

(^١) انظر : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

(^٢) انظر : د. رأفت رضوان ، عالم التجارة الالكترونية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية ، القاهرة ١٩٩٩ ، ص ٦٥ .

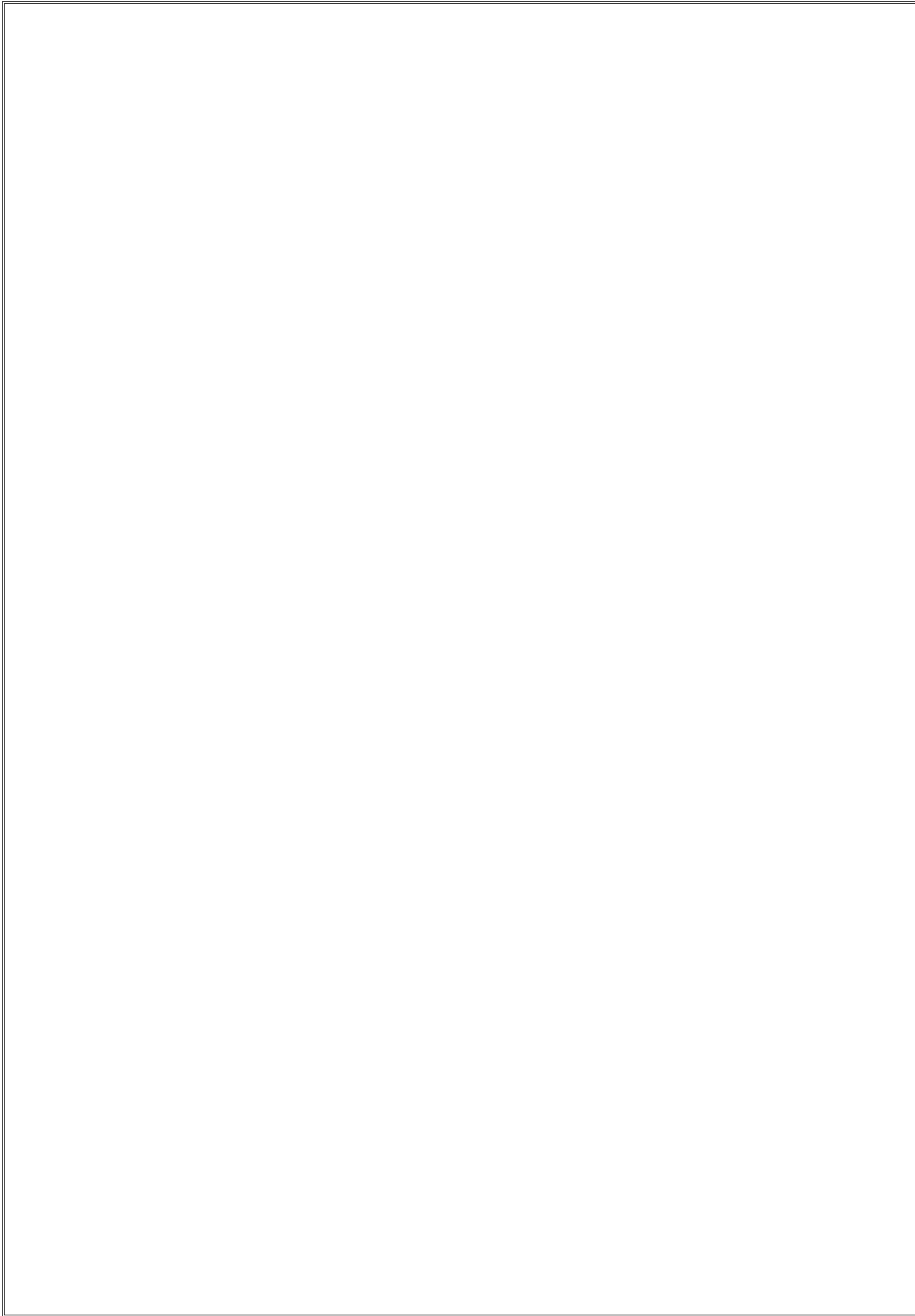
من الانظمة التي تستخدم للوفاء بالالتزامات السيولة الرقمية ، اهم هذه العيوب الغش والفشل التكنولوجي والعلمي وكذلك امكانية فقدان التفاعل الانساني بين الاشخاص⁽³⁸⁵⁾.

ومهما يكن من امر فإنه لا يمكن انكار الفوائد التي يمكن ان تتحقق من خلال الاعتماد على وسائل الدفع الالكتروني ، اذ يشير الواقع العلمي الى تعاظم الاخذ بهذه الانظمة في مختلف دول العالم عند اجراء أي تعامل او تصرف قانوني ، وليس ادل على ذلك من اعتماد تشريعات معينة واقرارها ضمن النظام القانوني في غير دولة⁽³⁸⁶⁾، اذ ما توفره هذه الوسائل من سرعة في اجراء التعاقدات في مرحلة التنفيذ وما توفره ايضاً من ثقة وامان بالنسبة لجهود المتعاملين بها يدحض القول بعدم اهميتها والخطورة عند التعامل بها ، فالخطورة تكمن ايضاً باستخدام الاشخاص النقود التقليدية او وسائل الدفع التقليدية التي تحمل الكثير من العيوب بالرغم ما كانت توفره من ضمانات وقت ظهورها في العهود القديمة .

⁽³⁾ Although there are many benefits to digital cash, there are also many significant disadvantages. These include fraud, failure of technology, possible tracking of individuals and loss of human interaction. Fraud over digital cash has been a pressing issue in recent years. Hacking into bank accounts and illegal retrieval of banking records has led to a widespread invasion of privacy and has promoted identity theft. There is also a pressing issue regarding the technology involved in digital cash. Power failure, loss of records and undependable software often cause a major setback backing promoting the technology .

انظر : Electronic money مداخلة سبقت الاشارة اليها .

^(١) انظر : على سبيل المثال القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٠ وقانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ وتشريع الخدمات والاسواق المالية في المملكة المتحدة لسنة ٢٠٠٠ .



«الخاتمة»

نستنتج من خلال بحثنا في موضوع (وسائل الدفع الالكترونية) ، أن تنفيذ الالتزام في مسائل التجارة الالكترونية يتم في بيئة غير مادية ، اذ المتعاقد الدائن لن يحصل على حقوقه التي حصل عليها من المتعاقد المدين في العقد بشكل مباشر من هذا المدين وانما من خلال اعتماد احدى وسائل الدفع الالكترونية ، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية نجد أن القوانين التي اعتمدت هذه الوسائل لم تحصرها بشكل او نوع معين وانما جاءت نصوصها وتعريفها عامة مشيرة الى جواز تحويل الاموال الكترونياً دون التقيد بطريقة معينة من طرق التحويل لهذه الاموال ، فضلاً عما تقدم ان مورد السلعة او الخدمة بشكل الكتروني يستطيع التأكد من ملاءة الطرف الاخر الذي يروم الحصول على الخدمة او السلعة بشكل الكتروني ايضاً وذلك من خلال الولوج الى الموقع الالكتروني للمؤسسة المالية التي يتعامل معها العميل ومعرفة ما اذا كان موقفه المالي سليم من عدمه ، فأذا ابرم العقد استطاع الحصول على حقه بالمقابل عن طريق تزويد الطرف الاخر بموقعه الالكتروني لغرض دفع المبالغ المترتبة بذمة الطرف الاخر وايداعها في المؤسسة المالية التي يتعامل معها هذا الشخص (أي مورد السلطة او الخدمة) .

ولابد من الاشارة اخيراً الى افتقار النظام القانوني العراقي الى تنظيم تشريعي يتعلق بالتجارة الالكترونية في مختلف جوانبها ولعل من اهم هذه الجوانب مسائل التنفيذ عن بعد او تنفيذ العقود بالوسائل الالكترونية وهذا الامر ادعى الى تدخل المشرع في معالجة هذا الموضوع المهم ولاسيما وان غير دولة قد أصدرت العديد من التشريعات المتعلقة بتنظيم مسائل التجارة الالكترونية .

﴿ المصادر ﴾

أولاً: الكتب :

- ١- د جعفر الفضيلي ، العقود المسماة ، البيع ، الايجار ، المقاوله ، الموصل ١٩٨٩ .
- ٢- د رأفت رضوان ، عالم التجارة الالكترونية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية ، القاهرة ١٩٩٩ .
- ٣- د سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج (١) ، في البيع والايجار ط(٣) ، بغداد ١٩٧٤ .
- ٤- سمير برهان ، ابرام العقد في التجارة الالكترونية ، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، المجلس الاعلى للثقافة ٢٠٠٢ .
- ٥- د عبدالفتاح بيومي حجازي ، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية ، الاسكندرية ٢٠٠٤ .
- ٦- د عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج(٢) احكام الالتزام ، بغداد ١٩٦٧ .
- ٧- د عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج -١ في مصادر الالتزام - بغداد ١٩٨٦
- ٨- المحامي عمر حسن المومني، التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية ، دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، ط(١) ، عمان ٢٠٠٣ .
- ٩- د عوض فاضل اسماعيل ، النقود والبنوك ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد ١٩٩٠ .
- ١٠- د فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية ، دار النهضة العربية ٢٠٠٣ .
- ١١- د محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، الجديد في القانون التجاري ، الاردن ٢٠٠٥ .
- ١٢- د محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، الاسكندرية ٢٠٠٥ .
- ١٣- وليد الزبيدي ، التجارة الالكترونية عبر الانترنت ، الموقف القانوني ، ط (١) ، عمان ٢٠٠٤ .

ثانياً : المداخلات على شبكة الانترنت :

أ - العربية :

١- زهير علي اكبر ، البصرة اول مدينة في تاريخ الصيرفة العراقية تستخدم النقود الالكترونية ،

مداخلة متاحة على الموقع :

[HTTP:// WWW. SMSMA 4 LAW. COM / VB / SHOW THREAD.](http://www.smsma4law.com/vb/showthread)

٢- النقود الالكترونية ، ماهيتها ، مخاطرها وتنظيمها القانوني ، متاحة على الموقع :

[COM / ECONOMIC / LEFT BAR.](http://www.arriyadh.com/economic/leftbar)

[WWW.ARRIYADH](http://www.arriyadh.com)

٣- المشاركة في جوريبيديا : متاحة على الموقع :

[HTTP:// AR.JURISPEDIA. ORG/ INDEX. PHP.](http://ar.jurispedia.org/index.php)

٤- الخليجيون يفضلون التعامل بالنقود على وسائل الدفع الالكترونية ، متاحة على الموقع :
WWW.ARABIYAT.COM/ FORUMS.

٥- وسائل الدفع الالكترونية اكثر كفاءة وامان من النقد ، متاحة على الموقع :
WWW. ARABIYAT.COM/ FORUMS.

٦- د. زيد بن محمد الرماني ، ثورة الوسائط المعلوماتية والتجارة الالكترونية ، متاحة على الموقع :
HTTP:// WWW. SMSMA 4 LAW. COM / VB / SHOW THREAD.

ب - الاجنبية :

1- DR. GBENGABAMODU. THE REGULATION OF ELECTRONIC MONEY
INSTITUTION IN THE UNITED KINGDOM.

HTTP:// ELJ WAR WICK. AS. U.K.

2- RANDALL .W.SIFERS. REGULATING ELECTRONIC IN SMALL- VALUE
PAYMENT SYSTEMS-TELECOMMUNICATION LAW AS AREGULATORY MODEL.

HTTP:// WWW. LAWER.20 M0COM/ ENGLISH.

3- ELECTRONIC LAW JOURNAL : WWW 2 . WARWICK.AS.UK/FAC/JOC/LAW.

4- MONEY : WWW. WIKIPEDIA. COM.

5- ELECTRONIC MONEY :WWW. WIKIPEDIA. COM.

ثالثاً : القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

٣- قانون التجارة الالكترونية البحريني لسنة ٢٠٠٢ .

٤- قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ .

٥- القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ .

٦- قانون اماره دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ .

٧- قانون الاونسترال ، القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر عن لجنة الامم

المتحدة لقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٩٦ .



أهمية ودور التحكيم التجاري الدولي في الحياة الخاصة الدولية

الدكتور

جعفر كاظم جبر

المقدمة

يقصد بالتحكيم التجاري الدولي ، اخراج المنازعات ذات الصلة بالعلاقات التجارية المشوبة الوطنية واحالتها التحكيم يسمى (التحكيم) .

التحكيم هذا اما ، يكون بصورة شرط يتضمنه العقد التجاري عقد الاستثمار عقد النقل او التأمين يسمى (شرط التحكيم) ، وقد يكون اتفاق التحكيم بصورة اتفاق مستقل عن العقد التحكيم يسمى (387) .

ومهما يتخذ التحكيم قوته القانونية واحدة ، ويترتب على وجوده في كلا نوعيه حجب ولاية المحاكم الوطنية عن النظر في النزاع وقيام ولاية هيئة التحكيم التي تم اختيارها .

حرية التجارة واتساعها الراسي لتشمل كافة ، العالم ، واتساعها الاقتصادية والثقافية والعلمية فيها الملكية الفكرية

انواعها وجوانبها حرية وجود منظمة التجارة العالمية التي تملك اجهزة لتحقيق اهدافها وبالذات هدفها الرئيس المتمثل حرية التجارة والاستثمار ونقل التكنولوجيا ، اهمية التحكيم التجاري الدولي تبدو متميزة ومتعاظمة نحوها

بحيث هذا التحكيم ليس الرئيسي التجارية (هو عليه الوحيد هذا .

اهمية يتضح بالتحكيم ، على اهمية معرفية ببيان وصلت اليه اهمية التحكيم التجاري الدولي ، ومدى اتساع مساحة

منها لتطوير التعليم وتوسيع المختصين اهمية عملية ايجاد الدول العربية ومنها العراق من المشاركة في التحكيم من خلال

اقامة ودعم مراكز التحكيم ، وتطوير التشريع الوطني والدخول في الاتفاقيات الدولية متعددة بالتحكيم وتمكين التجارية والصناعية من معرفة

عليها الاجنبية ، تتعامل معها هذه المؤسسات والوقوف على افضل الخيارات المتاحة يمكن تفرضها الدولية امامها التحكيم .

اهداف :-

يستهدف هذا تمكين المعنيين الدولية :-

- تحديد افضليات التحكيم ، من حيث ضمان الخبرة وتقليل الجهد والكلفة والابتعاد غير

- بيان اهمية قليمية المعنية ايجاد التحكيم العربية وبما يوفر حرية اختيار التحكيم يحال اليه التجارية .

- بيان الاهتمام التحكيم : في الدول العربية وحث الجهود الى انشاء جديدة فيها تحكيم ومنها .

هذه بيان اهمية تحقيق هذه الاهداف من خلال تحديد العوامل الرئيسية التي تدت الى ظهور وازدياد اهمية دور التحكيم التجاري الدولي ، لذلك حاولنا تقسيم هذا البحث الى

() . هاشم العلوي . شرط التحكيم في التشريع العراقي واثره في عقود البترول العراقية ، مجلة القضاء العراقية

بيان بين أهمية التحكيم ، وحرية التجارة
وتطرقنا في المبحث الثاني الى أهمية : دور التحكيم التجاري الدولي في ظل التطور التكنولوجي
وبينا أهمية التحكيم

أهمية التحكيم :-
بين أهمية التحكيم وحرية
أهمية التحكيم :-

أهمية التحكيم :-
أهمية هيئات التحكيم ودورها .
هذا أهم إليها .

المبحث الاول

الصلة بين أهمية التحكيم التجاري الدولي ومبدأ حرية التجارة

التشريعات التحكيم
تجسيدا إيديولوجية ومواجهة عملية
مجال التجارة ، فانها بذلك
هي وظيفة وظائف الدولة يؤديها الجهاز
بيد التحكيم يعد قضاء ثانويا ، بل صار يلعب ا رئيسيا
التجارية وهو يتشكل يتم اختيارهما
باتفاق الاطراف لحل ازعائهم التجارية بصرف النظر عن الموطن او الجنسية ، وتستمد هيئة
التحكيم صلاحياتها عنها التحكيم الذي استنادا له يتحدد التطبيق
ويختلف التحكيم ، الدولي عن التحكيم الدولي الذي يكون طراف النزاع فيه
واساسه معاهدات واتفاقيات المبرمه بين هذه ، ومثاله التحكيم
الدولية - التحكيم فيه اشخاص هذا
الذين ينتمون بصفتها
التحكيم يختلف اللجان المراكز الاشخاص الذين
يتم اليهم فنية الدولية ، كمطابقة السلعة للمواصفات العالمية

(١) . عز الدين عبد الله . تنازع القوانين في مسائل التحكيم

(٢) . التحكيم الاختياري والاجباري الاسكندرية ، . - .

عليها تقدير المسؤولية التقصيرية وتحديد التعويض ، خاصة
فنية يكون التعويض الصناعية
غير عنها التجارية الصناعية برامج الكمبيوتر
ان هذه اللجان والمراكز تتكون من خبراء تطلب منهم المحاكم او هيئات التحكيم تقديم
(390)

ويختلف التحكيم المنازعات المتعلقة بعلاقات غير مشوبة بعنصر اجنبي ويطبق القانون الوطني على اجراءات التحكيم التجاري الدولي فانه يفصل في المنازعات المتعلقة بعلاقات لحقتها الاجنبية ويطبق له هيئة التحكيم .
التحكيم الوطني في التحكيم الوطني انما ينظر في
المنازعات المتعلقة بعلاقات غير مشوبة بعنصر اجنبي ويطبق القانون الوطني على اجراءات التحكيم التجاري الدولي فانه يفصل في المنازعات المتعلقة بعلاقات لحقتها الاجنبية ويطبق له هيئة التحكيم .
تنفيذه او جنسية ايا من لاطراف
يكون التحكيم وطنيا كافة عناصره وطنية (391)
معينة غير ها .

ويكون التحكيم التجاري دوليا و اجنبيا متى ما كان النزاع موضوع التحكيم ناشيء عن
قانونية تثير القوانين الجنسية محل ابرام العقد محل تنفيذ (392)

التحكيم : هو التحكيم المنازعات المتصلة بعلاقات ، عنصر
وينصرف التحكيم فيها عدا التحكيم الذي يجري بين الدول كانت
الاتفاقيات الدولية القانونية الرئيسية كانت الدولة احد طراف النزاع فانه تكون
ليس بصفتها سيادة وشخص من أشخاص القانون الدولي العام ، وانما بصفتها طرفا في
التجارية الدولية بين

التشريعات التحكيم غير اهمية التحكيم المتميز
مبدأ (حرية التجارة وحرية باقدها
حرية التجارة التحكيم هذا اومن
الدولية اهمية التحكيم التحكيم يفسخ

اختيار تسوية منازعاتهم
وتعقيداتها واختلافها من بلد الى اخر التحكيم يملك فسحة اعمال مبادئ العدالة وعدم التقيد
هو (393)

كذلك زاد من اهمية التحكيم التجاري الدولي افضلياته المتعددة مقارنة مع المحاكم واهم
يات التقليدية للتحكيم :-

كلفته :- وهنا الاهمية الكبيرة للتحكيم . انه يمكن
النزاع من تجنب الصعوبات التي تظهر امام محاكم الدولة بسبب الاشكالات الناشئة عن
لتحديد أية دولة تختص بنظر النزاع ، وهذه الصعوبات
نظرية معقدة تحتاج الى وقت طويل لحلها فقط ، بل ، الاختلاف الكبير بين
تشريعات مسائل الاختصاص القضائي الدولي تبرز صعوبات عملية قد تكلف
طراف النزاع الكثير من الوقت والجهد والمال ، حيث يمكن يواجه المدعي بالحكم بعدم

(١) . عز الدين عبد الله .

(٢) من هذه العناصر : جنسية الخصوم جنسية المحكمين مكان تنفيذه....

(٣) . بن عبد الله .

(٤) د. سراج حسين محمد ابو زيد . التحكيم في عقود البترول ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس

اختصاص محاكم الدولة التي رفع دعواه امامها للنظر في النزاع وفيما تمسكت المحكمة باختصاصها فيه ، موضوع الدعوى ، فان المحكوم له قد يواجه بعدم عتراف محاكم الدولة الواجب تنفيذ الحكم على اراضيها بحكم المحكمة الاجنبية لانعدام ولايتها تنفيذ لكونه - لتشريعها - غير (()) .

تسوية ؛ بصورة غير علنية : كانت علنية التقاضي امام محاكم الدولة تستهدف قيام رقابة سيادة حرية

افضليات التحكيم تمكين - على اسرار الانتاج والتجارة وهي امور اصبحت تحتل اهمية كبيرة بالنسبة للشركات الرأسمالية الكبيرة على وجه التحديد .

١. يكفل التحكيم الخبرة القانونية المتخصصة والمعرفة الفنية والسرعة اللازمة لتسوية المنازعات التجارية حيث المحكمين قضية معينة عادة ما يكونون متخصصين القانوني وهو الامر الذي ، الى جعل ذلك التخصص سببا من اسباب النجاح الكبير للتحكيم .

اختيار فيما بينهم واختيار القواعد القانونية لها عقودهم وعلاقاتهم التجارية . وفضلية التحكيم هذه تجنب لاطراف مشكلات جمود القانونية وتعقيداتها يصعب معها طريق (()) .

يترك التحكيم مجالا واسعا لتقدير المحكمين باعمال قواعد العدالة المستنبطة من مختلف النظم القانونية الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية وتجنب مفاجات القانون الواجب التطبيق وفقا هذه الافضليات والمميزات الرئيسية للتحكيم اهمية التحكيم ، وعلو الدولية .

المبحث الثاني

أهمية ودور التحكيم في عصر التقدم التكنولوجي والتعاون الدولي

اهمية التحكيم ظل التطور التكنولوجي والتعاون الدولي وذل ظهور جديدة تعقيدا من قبل لحل المنازعات في العلاقات التجارية يلى ((396)) .

ميل - القانونية القائمة الى عدم سيادة قانونه الـ ، وقد يميل إلى تغليب مصالح مواطنيه عندما يكونون اقامه .

بسبب الصعوبات التي قد تواجه القاضي عند تطبيق القانون الاجنبي غير المألوف لديه سيادة قانونه ، فانه يمكن استبعاد تطبيق القانون الاجنبي واجب التطبيق ، على

(١) . ابراهيم شحاتة . نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية ، الاستثمار الدولي ، مع الاهتمام بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة مصر المعاصرة العدد

(١د) . سامية راشد . التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الكتاب الاول اتفاق التحكيم ، القاهرة دار النهضة العربية

(٢) . ابراهيم احمد ابراهيم . التحكيم بدون مكان وتاريخ إصدار ، ص .

قانونه نفسه مفاهيم خلافية، ليس القانونية
الاجتماعية والاقتصادية ، النظام اجتماعي
المفاهيم: التكيف ، والتحويل
مفاهيم يمكن يؤدي استخدامها تطبيق
الاقتصادية تطبيق
والتكنولوجيا تطبيق
النامية
الدولية شركاتها بهذه التشريعات
، اتساع صلة تعاون الاقتصادي الدولي وزيادة عالية في التجارة
الدولية بين
القوانين
قد تخضع لأكثر من قانون الى جانب قانونها الوطني ، الامر الذي يستلزم وقتا طويلا ويسبب
يكونوا توقعوها
٤. بعد صارت الدولة ومؤسساتها تلعب رئيسيا في العلاقات الاقتصادية ذات العنصر
ظهرت ثائية مع قيام
فيها باعتبارها
() هذه هي
يتعرض تعسفية تصدرها
سياسية اقتصادية ((
ظهور علاقات ومعاملات جديدة في مجال التجارة الدولية تخرج عن نطاق عقود التجارة
الخارجية ها: ، التكنولوجي ، بناء وتشديد المشاريع والمؤسسات التجارية
الكبيرة ، اقامة الصناعات التكميلية وعقود تسليم المفتاح ، عقود نقل التكنولوجيا ، عقود التمويل
وغيرها بحيث ، المنازعات التجارية يتطلب معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة
التجارية وزيادة الطلب على الاستثمار الاجنبي المباشر وتوسع
مجالاته النامية ((
هنا ، تطور التكنولوجيا وضرورة التعاون الدولي في هذا المجال قد . من اهمية
التحكيم يمكن بواسطته ، من خلال تنظيم مسبق عن
طريق ، على التحكيم وتحديد نظامه وموضوعه ، واختيار اجراءات حكم والقانون الذي
يخضع له
وبسبب تلك الاهمية للتحكيم التجاري الدولي وتعاضل رة في مجال العلاقات والتبادل
، فقد حظي التحكيم باهتمام كبير من قبل منظمة الامم المتحدة ، حيث تم ابرام
العديد من الاتفاقيات الدولية في هذا المجال منها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف باحكام التحكيم
الاجنبية وتنفيذها حزيران
جنيف نيسان
وهي اتفاقية غير مقتصرة على الدول الاوربية بل مفتوح
التوقيع عليها

(١) حول اشكاليات هذه المفاهيم : انظر د. محمد احمد علي . مسائل خلافية في القانون الدولي الخاص وموقف
التشريع اليمني منها ، مجلة دراسات يمنية ، عدد اكتوبر ونوفمبر وديسمبر ، .

(٢) . هشام علي صادق. مشكلة خلو اتفاق التحكيم من اسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية

(٣) . يوسف عبد الهادي الاكياي. النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، رسالة
جامعة عين شمس

والتعمير اتفاقية لتسوية

مديروا

هذه الاتفاقية

حيث

بين وبين

١٩ واصبحت نافذة في ١٤ تشرين
اقليمية منها اتفاقيات ابرمتها ، العربية بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني
الدول الاخرى ، حيث اقرها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية في القرار رقم ٦ لسنة
والتي لعبت ورا كبرا في زيادة الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي . كذلك تم توقيع العديد من
الاتفاقيات الاقليمي منها اتفاقية نيويورك
القسم الخاص
بالتعاون الصناعي والتجاري فيها الى ان التحكيم يعتبر من انسب واعدل وسائل حل المنازعات
التجارية وفيه رعاياها ، اشخاص طبيعيه واعتبارية
بضرورة اج شرط التحكيم ضمن عقود التجارة الخارجية او ابرام مشارطة و اتفاقيات تحكيم
يظهر اليه اهمية التحكيم

(١) . ابو زيد رضوان . الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي،
محسن شفيق . التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة دار النهضة العربية
التحكيم .

المبحث الثالث

اهمية التحكيم في مجال الاستثمار الاجنبي

بينا الاهمية الكبيرة للتحكيم التجاري الدولي ، اعتراف مختلف ، العالم بدوره كقضاء رئيسي للتجارة الدولية وارتباط ذلك بتوسع وتشعب وتشابك العلاقات الاقتصادية الدولية تطوير والتكنولوجيا ، منجزاتها ، الأمر الذي يعني التحكيم ، الاستثمار الاجنبي قد ساهم في اضعاف الاهمية الكبيرة للتحكيم المضيفة تستهدف تشجيع التحكيم ، الاستثمار الاجنبي وتشجيعه ، ولعل اسباب اضعاف اهمية كبيرة للتحكيم قضايا هي اهمية التحكيم فيها هنالك اسباب خاصة ، ضمنها تتعلق باهمية التحكيم الاجنبية اهمها:

الرئيسية المضيفة للاستثمارات الاجنبية هي غالبا من البلدان النامية ويكون الطرف المستثمرين يضعو التحكيم () الراسمالية ، الأمر الذي يدفع المستثمرين يضعو التحكيم ، استعمال المضيفة سيادتها عند نظر المنازعات بواسطة محاكمها ، وعدم الثقة بقدرة ونزاهة تلك وتشريعاتها (()) . من البلدان النامية على جذب الاستثمارات الاجنبية ، اقرت التحكيم محاكمها الوطنية قوانين وعقود الاستثمار تقدمها الاجنبية .

وعادة ما يتم اللجوء الى المراكز المتخصصة في المجال الاستثمار عند حل المنازعات الاستثمارية ، وكذلك قد يتفق الاطراف على اللجوء الى اجهزة التحكيم النظامية التجارية او الى (ويتفق الاطراف على كيفية تشكيل الهيئة في عقد ADHOC التحكيم العرضي الخاص) ((402)) هذا يرجع اساسية :

ينشئ بين اجنبية يتم تنفيذ . على اراضيها ، فان الذي يمكن ، يثور بشأن هذه العلاقة يجب ابتداء ، يخضع لقواعد التشريع الوطني وقضائها الدولة المضيفة ، اذا لم تكن الدولة قد التزمت بغير ذلك بموجب اتفاقية الاست هذا التشريع .

كانت الشركات الاستثمارية الكبرى والحكومات المصدرة لراس المال الاجنبي قد بدأت المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الاجنبية الخاصة من اختصاص محاكم التحكيم المضيفة بهدف حماية الاموال

عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع

() تجدر الاشارة في هذا الصدد الى ان قانون الاستثمار العراقي الجديد لسنة () قد منح هذه الضمانة للمستثمر . في المادة (٢٧) منه الى ان المنازعات الناشئة بين الاطراف الخاضعين لاحكام القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يت

الاجنبية الخاصة بواسطة نظام دولي متعدد الاطراف^(١) . واخضاع موضوع النزاع الى التحكيم .

المضيفة الاجنبية بالاستثمارات الاجنبية الخاصة من اختصاص محاكمها الوطنية واعطاء الولاية للتحكيم الدولي واخراج عقود امتياز على الطبيعية الاجنبية سريان قانونها الداخلي لكنها احتفظت بحق اخضاع عقود الاستثمار الاخرى في المجال الصناعي والزراعي والسياد وغيرها قانونها .

يشمل الاستثمار الاجنبي :- المال النقدي . المعدات والاجهزة حقوق الملكية الفكرية (الصناعية والتجارية) الصناعية الخبرات المعارف الفنية والادارية والاسرار لتجارية والصناعية المستثمرة في المشروع الصناعي وغيره^(٢) . وبالتالي تتنوع العلاقات وتتشابك بين الدول المضيفة والمستثمرين ، ومنازعات متعددة ومعقدة تتعلق بتنفيذ احكام العقود ، وبالذات بشأن تفسير شروط عقود الاستثمار ومحتوى التزامات لاطراف المشمولة بالعقود واسلوب وطبيعة تنظيم سير عملية الاستثمار اثناء مدة عقد الاستثمار وبعد انتهائه^(٣) .

لهذه ولغيرها اهمية التحكيم كوسيلة ، بالنسبة للمستثمرين الاجانب في تجنب ما يعتبرونه مخاطر ناتجة عن عدم قدرة محاكم البلدان النامية (المضيفة) في حل المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الاجنبية الخاصة وعدم الثقة بعدلتها ، وبالنسبة للبلدان النامية تكمن هذه الاهمية في اعتبار التحكيم احد اهم وسائل جذب الاستثمارات وضمانه مهمة ضماناته غير القانونية . صار التحكيم الدولي القضاء الوحيد لحل المنازعات الناجمة عن عقود الاجنبية .

هذا ، الى انه في عام ١٩٦٥ حققت الشركات الاستثمارية خطوة لاحراج المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الاجنبية الخاصة من ولاية القضاء والتحكيم ، المضيفة الى نظام متعدد لاطراف عن طريق البنك الدولي للانشاء والتعمير وذلك بابرام اتفاقية دولية بشأن حل منازعات الاستثمار وقعت عليها الدول الاعضاء في البنك سارية اليمن وغيرها^(٤٠٦) . هذه الاتفاقية (الدولي لتسوية منازعات الاستثمار) مصر وهو مركز يختص بالنظر في منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدول الاعضاء في المركز ومواطني الدول الاخرى الاعضاء ايضا . ووفقا للمادة ١/١ من الاتفاقية فان المركز يختص

(١) حول هذا الموضوع انظر . هشام علي صادق . النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية الاسكندرية ، - ، كذلك د. عصام الدين مصطفى بسيم . النظام القانوني للاستثمارات

الاجنبية الخاصة في الدول الاخذة بالنمو ، القاهرة ،

(٢) حول مفهوم الاستثمار الاجنبي الخاص انظر . د. محمد علي احمد . الاستثمار الاجنبي بين اختلاف المفاهيم والمواقف ، مجلة دراسات يمنية ، عدد . كذلك د. علي حسيب ملحم . دور المعاهدات الدولية في

حماية الاستثمارات الاجنبية الخ . رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، (٣) فوز نيسيكيا . ن . ن . الاستثمارات الاجنبية والمشروعات المشتركة في بلدان افريقيا ، موسكو ،

(٤) جميل الشرقاوي . المقاصد الاساسية لقوانين ضمانات الاستثمار في البلاد العربية ، القاهرة ، معهد والبحوث العربية ، وما بعدها .

ويشترط لقيام هذا يكون التحكيم⁽⁴⁰⁷⁾.

هذا وقد أتى تشكيل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار معبرا عن مدى الأهمية الكبيرة للتحكيم التوقيعية اتفاقية انشائه فيها المضيفة الأجنبيات سابقا هذه لاتفاقية أهملت كثير الأحيان سيادة المضيفة الاستثمارية الوطنية الأجنبية

فرضت المادة ٢ الفقرة / دخول المنازعات في اختصاص المركز ولو كان الشخص الاعتيادي () جنسية المضيفة ، خلال النص على انه () يعمل _ هذه الاتفاقية _ المستثمر (الوطني) كما لو كانت له جنسية هناك اجنبية مسيطرة عليه () .

لهذه الأسباب وغيرها تفضل الدول المضيفة اللجوء الى مراكز التحكيم التجاري الدولي كتحكيم الدولية اجراءاتها⁽⁴⁰⁸⁾.

أهمية التحكيم التجاري الدولي في حل المنازعات الاستثمارية الخاصة اتفاقية نيويورك لعام ، حيث اهتمت هذه الاتفاقية بمسألة بالغة الأهمية وهي مسألة التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، ليس هذا فحسب بل عنيت هذه الاتفاقية كذلك بمسألة التحكيم وقوته القانونية ، حلولا لمختلف مسائل تنازع القوانين التي تواجه التحكيم وازدياد أهميته بصورة غير مسبوقة التحكيم الحياة الدولية . حيث ، هذه الاتفاقية لاتفاق التحكيم قوة قانونية مانعة لنظر محاكم هذه والزامها في حالة طرح النزاع امامها تحيل هذه التحكيم يستمد ولايته التحكيم يعد مانعا لولاية الاتفاقية⁽⁴⁰⁹⁾ .

يصد يعني ولاية الذي اتفق إخضاعه للتحكيم .

تنفيذ المحكمين الاتفاقية ، أعمال مبدا سلطان اختيار اختيار⁽⁴¹⁰⁾ بيق هنا يكون بموجب يتم السير تسوية تشكيل التحكيم واجراءاته يختاره .

اتفاقية نيويورك يحمل اتفاق حكيم قوة قانونية تلزم لأطراف عنها وتحقيق الهدف المرجو من التحكيم والذي يتمثل له ولاية معين التحكيم يمثل هيئة التحكيم

(١) انظر في هذا الصدد : . شرح قوانين الاستثمار ، الاسكندرية ، - .

(٢) عصام الدين مصطفى بسيم . وما بعدها .
(٣) () من الاتفاقية نيويورك لسنة على انه () على محكمة أي دولة متعاقدة يقوم امامها نزاع في مسألة ابرم بشأنها الاطراف اتفاق بالمعنى المنصوص عليه في هذه المادة (أي اتفاق مكتوب) ان تحيل الاطراف الى التحكيم بناء على طلب أي واحد منهم ، ما لم يثبت ان هذا الاتفاق قد انقضى او انه غير سار او غير قابل للتنفيذ) .
(٤) وهو ما نصت عليه المادة () الفقرة الاولى من الاتفاقية .

بين صلاحية المحكمين وتحديد
تطبيقه
نفسها
تشكيل هيئة التحكيم وتحديد
يعقود
الاجراءات في دولة
الدولية
التحكيم
التطبيق
اختياره
الاصبح
وهكذا ، ومع الاخذ بنظر الاعتبار المشاركة الدولية الواسعة في اتفاقية نيويورك
الرئيس في حل المنازعات المتصلة بالعلاقات الاقتصادية والتجارية
الطبيعة الدولية
تحكيم
.

المبحث الرابع

اهمية هيئات التحكيم الدائمة ودورها

- ، الممارسة العملية في مجال المنازعات التجارية الدولية نوعين من هيئات التحكيم
- () وهيئة التحكيم AD HOC.⁽⁴¹¹⁾ : هيئة التحكيم
- هيئة التحكيم فهي عرفه التحكيم وهي هيئة وتنتهي بانتهااء عملية التحكيم الهئية لحلها ، انها تتشكل من شخص و اكثر يختارهم لاطراف لحل نزاع معين وتتبع في حل هذا النزاع القواعد الإجرائية والموضوعية يتفق عليها هيئة التحكيم المؤقتة بانتهااء مهمتها ، وتكون مهمتها منتهية حكمها امامها.
- هيئة التحكيم فهي هيئة دائمة محددة تنشأ على اساس نظام يحدد اختصاصها لديها التحكيم اساسها ، ولديها جهاز ، دائم وتكون لديها بالمحكمن يتم اختيار يتولون المعين ، بين هذه القائمة وذلك كله على الفردية الدقيق⁽⁴¹²⁾.
- هذا الى ، ظهور هيئات التحكيم الدائمة ، كانت قد بدأت في بلدان الغرب الراسمالي ، بعد ان احتل التحكيم التجاري مكانة بارزة في حل منازعات التجارية ، العنصر الاجنبي لازالت تلك الهيئات تلعب رابارزا ورائدا الى يومنا هذا مثل: هيئة تحكيم الغرفة التجارية الدولية باريس وجمعية التحكيم الامريكية في نيويورك المؤسسة
- () و غيرها (LCIA) للتحكيم
- لا اعتراف العالمي باهمية التحكيم التجاري في بلدان اوربا الاشتراكية، تم انشاء هيئات للتحكيم هناك
- لهيئات التحكيم التجاري الدولي في هذه البلدان ، والزممت الاتفاقيات المبرمة بين الكوميكون مؤسساتها الحكومية
- فيما بينها هيئة التحكيم هذه ، تكون لها الولاية العامة وفقا لقواعد القوانين هذا يفرق هذا التحكيم_ البلدان الاشتراكية_ بين التحكيم المؤقت والتحكيم الدائم ، بل منح طراف النزاع حرية اختيار أي من هذين النوعين من انواع التحكيم⁽⁴¹³⁾.
- العملية الالهية الخاصة للتحكيم التجاري الدولي الدائم : المتميز التجارية
- . اعطاء التحكيم التجاري الدولي الدائم اهمية كبيرة في البلدان ذات الانظمة الاجتماعية والاقتصادية
- اجهزة التحكيم هذه الظاهرة في البلدان وشيوع شهرة بعضها : التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس ، الرابطة الجمعية الامريكية للتحكيم الامريكية للتحكيم بليفربول جمعية للتحكيم وهيئات التحكيم

(١) راجع في هذا المجال د. عز الدين عبد الله .

(٢) . اشرف عبد العليم الرفاعي . اتفاق التحكيم ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، وما بعدها .

(٣) راجع في هذا المجال محمود هاشم . النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، الجزء الأول (اتفاق التحكيم)

السبعينيات ظهرت هيئات التحكيم الشرقية للهيئات العريقة في بلدان
، انشاء هيئات تحكيم تابعة للغرف والجمعيات التجارية والصناعية في
هذه كاجهزة للتحكيم مدى اهمية التحكيم الدائم النظامي
مدلولها ((414)).

. اهتمام
، حيث () التحكيم الاقليمية
القانونية الاستشارية ، اسيا وافريقيا
حزيران اقليمية للتحكيم التجاري الدولي
بين واكثرها اهمية القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (لتسوية
منازعات التجارة والاستثمار لخدمة منظمة غرب اسيا وقارة افريقيا) ، حيث تم اقامة هذا
ابرامه بين اللجنة القانونية (سابق الاشارة اليها) والحكومة المصرية
سنة ١٩٩١. كذلك تم في ايلول ١٩٩٢ افتتاح فرع القاهرة للتحكيم البحري بمدينة
الاسكندرية ((١)).

اهمية حكيم والاهمية للتحكيم والمتجهة
انشئت الى جنب مركز القاهرة عدد من مراكز التحكيم العربية الدائمة، الاقليمية وشبه الاقليمية
والقطرية، منها والتحكيم العربية ، مركز التحكيم جاري
، الخليج العربي ، الجمعية اللبنانية للتحكيم ، الجمعية التونسية للتحكيم ، غرفة
التحكيم تحكيم البحرين تحكيم
العربية على احتلال التحكيم الدائم مكانة خاصة واهمية كبيرة ، العقود
النموذجية تصدرها الغرف التجارية والهيئات المشكلة بقصد تطوير اساليب التحكيم التجاري
الدولي تتضمن شرط التحكيم امام مركز تحكيم دائم معين مشابهة في ذلك اتفاقات التحكيم
النموذجية تضعها هيئات تحكيم هامة ومؤثرة مثل : جمعية التحكيم لامريكية وغرفة التجارة
الدولية ، كما يصاغ شرط التحكيم امام مراكز التحكيم الدائمة في العقود النمطية الصادرة عن
الشركات والمراكز الاتحادات التجارية . ان الطابع التخصصي مثل : شركات التأمين ، البنوك
وغيرها .

هذا اهمية التحكيم التجارية الى المميزات التي يتميز
(هذه المميزات يلي : AD HOC بها التحكيم)
١. اقتصاد الوقت : ن اللجوء الى مركز تحكيم دائم يختصر عملية التحكيم ويوفر على الاطراف
تستغرقه عملية تشكيل هيئة التحكيم المؤقت (ADHOC) ، هذه العملية التي قد تصبح
طويل
(المحكمين
أجهزة محلية دولية
بينما
التحكيم هذه تلقائيا بتشكيل هيئة التحكيم من اعضائها ولا دخل
للتشكيل هذه .
تعمل مراكز التحكيم الدائمة على اساس انظمتها ولوائحها وقواعد لاجراءات الخاصة بها
للمراكز التحكيم الدائمة اجهزة ادارية وفنية دائمة وتمتلك الامكانيات المادية اللازمة لسرعة
التحكيم .

(١) . أبو زيد رضوان .
(٢) . ابراهيم احمد ابراهيم . تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، المجلة المصرية للقانون
وما بعدها .

٤. لدى مراكز التحكيم الدائمة محكمين متخصصين ومستقلين في عملهم لا علاقة لهم باطراف
يجعلهم مؤهلين
التحكيم بها الفنية فنيين مهمتهم تقديم
اختصاصه .

تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التجاري المبرم بينهم الى
طرق الوساطة او التوفيق قبل اللجوء الى التحكيم ، نجد ان مراكز التحكيم الدائمة تسهل عملية
والتوفيق حيث هذه
عملية اختيار وتعيين الوسيط
الموفقين والذين يتبعون القواعد الخاصة
يجعل تحقيق

حرية : واتساع مفهوم التجارة الدولية لتشمل دائرة
العلاقات والمعاملات الاقتصادية ، العنصر الاجنبي ، حيث ادخلت ، مرة على
وحريتها ، والملكية الفكرية بكل انواعها وكذلك
حرية ، فان النتيجة المترتبة على ذلك لا بد ، تكون تعاضد اهمية التحكيم
زيادة اهمية التحكيم

يبدو اهمية التحكيم
تسير حرية وتطورها
وتطور
جيا ، وللعامل الثاني بالذات يرجع الفضل في الاعتراف
باهمية التحكيم
التحكيم يعنى حرية
معين حرية اختيار
التطبيق
وحرية اختيار التحكيم .

الخاتمة

(نتائج ومقترحات)

انه حرية : وتقدم العلم ومنجزات التكنولوجيا ، كلما
اهمية التحكيم التجاري الدولي وعلى وجه الخصوص ، التحكيم الدائم الامر الذي يجعل
الهيئات الدولية العالمية والاقليمية الحكومية ، رفع التحكيم
الى مستويات اكبر واعلى ، الى النحو الذي صار عليه التحكيم التجاري الدولي القضاء الرئيس
للتجارة الدولية . للفصل في المنازعات التجارية المتصلة العلاقات والمعاملات ذات العنصر
هذه توجه يفرض معطياته من خلال اتفاقيات
العالمية ، الدولي وواقع الممارسة ومن التقدم العلمي الهائل في
تكنولوجيا البيوتر والانترنت ، الامر الذي يتطلب للفصل في
بها علمية وفنية عالية المؤشرات التي اشرنا الى بعضها في هذا
الاتية:

اهمية التحكيم تتجه هي عليه .
٢. ان الهيئات والمؤسسات الدولية : العالمية والاقليمية ، الحكومية والخاصة القانونية
والتجارية تتجه . لرفع التحكيم التجاري والدولي وتطويره الى مستويات

اهمية التحكيم ويتجه ، حساب
التحكيم (AD HOC) . انه

يتجه تطبيق (لكل طرف التحكيم)
التحكيم الدائم في ، الشمال على التحكيم التجاري
اختيار التحكيم حرية قانونية شكلية ،
الضعيف . الحرية
وصيرورة حرية التحكيم
الحرية

يلي :-

أولاً :-

التحكيم العناية العلمية العناية
لم تحظ في العراق باهتمام ملحوظ ، نقترح اعطاء
العلمية العناية الخاصة والعامة باهمية هذا
التحكيم الكبير وتوفير
العراقية (التجارية والصناعية والقانونية) من المشاركة ولعب . يعتد به قدر
بهذا صار يلعب الدور الرئيس في نظر المنازعات

٢. ضرورة قيام المؤسسات والمراكز العراقية ذات العلاقة بالمسائل الاقتصادية والتجارة
التحكيم العربية لاختيار مجال تخصص
يكون موجودا في مراكز التحكيم العربية الاخرى وذلك بقصد اقامة مركز تحكيم تجاري
يتبع التجارية والصناعية ، كان يكون هذا المركز

متخصصا في نظر المنازعات المتعلقة بنقل التكنولوجيا : التراخيص وحقوق الامتياز
التعاقدية الملكية الفكرية .

التحكيم التجاري الدولي على نطاق واسع وذلك عن طريق
طرح مواضيعها في الصحف والمجلات الدورية والحلقات النقاشية ، والاستعانة
بالمختصين لاجراء دراسات متخصصة ومعقدة لمختلف مسائل التحكيم ، سيما تلك
حرية : والتي سوف يترتب عليها اثرا بالغ في المستقبل
القريب : مثل حرية تجارة الخدمات ، حرية الاستثمار الاجنبي الخاص ، حماية الملكية
الفكرية وغيرها .

التنسيق
المعلقة بالاتفاقيات والقواعد الدولية وتفسيرها ، والسوابق القضائية الصادرة عن هيئات
التحكيم بتقديمها

ثانيا: الاقليمي:-

اهمية التحكيم التجاري الدولي والدور الكبير الذي اصبح يلعبه التحكيم الدائم
الاجنبية التحكيم الاوربية ا يترتب على
زيادة الاعباء المالية والجهد بالنسبة للطرف العربي ، واحتمالات التحيز ضده ، وتهميش
اجهزة التحكيم العربية ، فمن المفيد هنا قيام المؤسسات العراقية (اتحادات الغرف التجارية
والصناعية المقاولين المهندسين نقابة المحامين وغيرها) بالتنسيق مع المؤسسات
العربية الاقليمية تحقيق الاتية :

التحكيم غير
مركز التحكيم التجاري الدولي الموجود في موطن
المدعى عليه ، او مكان وجود المال موضوع العقد محل النزاع ، او مركز التحكيم
الاقليم يوجد فيه فيه عليه .
تقسيم ، بين مراكز التحكيم العربية القائمة في الاقطار المختلفة وتحويلها الى مراكز
بعضها يكرر بعضها
المحكمين عربي على اسماء المختصين في كل البلاد العربية
بحيث يتم اختيارهم كمحكمين متخصصين

ثالثا : التحكيم نفسه .

يكسب التحكيمي كونه حديثا ، يجب ، يرتكز
عمله المهنية والحيدة :-
اعتماد قوائم المحكمين على اساس التخصص والقدرة المهنية والسمعة المتعلقة بالاقتدار
اهة وتشكيل الهيئات المعنية القضايا
سلوكيات يقع عليه بها ادائه لعمله .
وضع قواعد للخبرة الفنية وقائمة بالخبراء الفنيين المعتمدين لدى المركز حسب مجالات

والتوفيق
المعتمدين
للمعايير
الموفقين
يتم اختيار الخبراء الفنيين والموفقين والوسطاء

المصادر

- ١- د. ابراهيم احمد ابراهيم . تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، المجلة المصرية للقانون
- د. ابراهيم شحاته . نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية ، القاهرة ، مجلة مصر
- . التحكيم الاختياري . الاسكندرية
- . زيد . التحكيم
- . العليم . التحكيم الاسكندرية
- . جميل . الاساسية لقوانين ضمان الاستثمار في البلاد العربية ، القاهرة
- . سامية . العربية
- . الدين . التحكيم الدولية ، الكتاب ، اتفاق التحكيم ، القاهرة
- . الدين . التحكيم
- . الدين . القوانين
- . القوانين الاسكندرية
- . عصام الدين مصطفى بسيم . لمعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الاجنبية
- د. فوز نيسياكايا الاستثمارات الاجنبية والمشروعات المشتركة في بلدان افريقيا
- . التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الخامس ، عمان ، مكتبة الثقافة
- . والتوزيع
- . شفيق . التحكيم القاهرة النهضة العربية
- . مسائل خلافة في القانون الدولي الخاص ، مجلة دراسات يمنية ، عدد
- . وديسمبر
- محمود هاشم . النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية جارية ، الجزء ١ (اتفاق التحكيم)
- . هاشم . التحكيم التشريع ، واثره في عقود البترول العراقية ، مجلة
- . هاشم . صادق . مشكلة خلو اتفاق التحكيم م ، اسماء حكمين في العلاقات الخاصة الدولية

- د. هشام علي صادق . النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية
الاسكندرية .

- . يوسف ، الاكياي . النظام القانوني لعقود نقل
عين
جيا في مجال القانون الدولي .



نهاية القرار الاداري بغير طريق القضاء

الدكتور

محمود خليل خضير

المقدمة

يتناول البحث بيان مبسط عن طرق نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء واثـر انتهاء كل طريقة في المركز الشخصي للفرد عموماً ، مؤثرين قصر البحث في طريق الانتهاء ذات الطبيعة الاعتيادية، وتلك التي تكون نتيجة لاسباب خارجة عن الإرادة، وحالات تنازل من نشأت له الحقوق بموجب هذه القرارات، مع تقرير كيفية إتمام التنازل، مروراً بحالات إمكانية الإدارة بإنهاء القرارات بإرادتها المنفردة، وانتهاء بنهاية القرار الإداري بالإهمال أو الترك لعدم مراعاة مستلزمات تطبيقه.

واملا في تحقيق شمولية البحث وتقصيه لجميع جوانبه، آثرنا التقديم بتعريف القرار الإداري ، وماهية أركانه الأساسية، ثم استعراض وبيان القرار الإداري بشيء من الإيجاز، وصولاً لمادة البحث الرئيسية، نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء ، بشيء من التفصيل لمفرداته والمواضيع التي يشتمل عليها، وحاولنا أن نبتعد عن الدخول بالتفاصيل والأسس، فكان البحث فقط لبيان النقاط الرئيسية.

والله نسأل أن يكون التوفيق والعون سمة لنا منه.

الفصل الأول

القرار الإداري

ان البحث في نهاية القرار الاداري بغير طريق الالغاء يتطلب اولاً التعريف بالقرار الاداري والحديث عن اركانه وهو ما سنتطرق اليه في هذا الفصل.

المبحث الأول

تعريف القرار الإداري

لا يزال مفهوم القرار الإداري وبالتحديد ما يتعلق بإيجاد تعريف جامع ومانع للقرار الإداري محل خلاف وتباين بين فقهاء وشرح القانون الإداري بوجه خاص والقانون العام بوجه عام.

لقد عرفه الفقيه هوريو بأنه ((إعلان للإرادة بقصد أحداث اثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أي في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر))^(١).

وحيث أن هذا التعريف اشترط في القرار أن تنحصر آثاره بالأفراد فقط وكونه يصدر في صورة تنفيذية فقد انتقد لان القرارات لا ينحصر أثرها بالأفراد فقط وانما تتعلق بمجال الإدارة كذلك لا يشترط أن يكون القرار مما يجب تنفيذه ، جبراً على الأشخاص . وعرف القرار أيضاً مجلس الدولة المصري، بأنه ((إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد أحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً

(١) د.محمد فؤاد مهنا ، القرار الاداري في القانون الاداري المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة الرابعة ، ٥٧ ، ١٩٥٨ ، العدد الثالث ، مطبعة جامعة الاسكندرية ، ١٩٥٩ ، ص٣.

قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة^(٢). هذا التعريف الذي أقرته المحكمة العليا الإدارية في مصر والذي تعرض أيضاً للانتقاد من قبل د. فؤاد مهنا ذلك انه لا يقف فقط على تحديد مفهوم القرار الإداري بل يتعرض لشروط صحته وإمكانيات تنفيذه ، مع أن القرار الإداري يعتبر موجوداً ولو شابه عيب يجعله مستحقاً للإلغاء ولو كان تنفيذه ، غير ممكن على حد قول الدكتور مهنا.^(٣)

ولعل من المفيد هنا أن نبرز التعريف الذي حوته رسالة الماجستير الموسومة بالتنفيذ المباشر للقرارات الإدارية دراسة مقارنة باسم (محمود خلف حسين) الصفحة ٤٥، والتي تعرف القرار بأنه تصرف قانوني يصدر صراحة أو ضمناً بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية أو أية هيئة عامة أو خاصة يخولها القانون ذلك بقصد أحداث اثر قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزاً قانونياً.

والذي وجدنا فيه وبحق تصويراً دقيقاً لما يراد بالقرار ويحمل في ذات الوقت المفهوم الحديث والمتطور للإدارة ، فهو لا يقصرها على ميدان الهيئات العامة (الحكومية) وإنما يدخل تحت نطاقها الهيئات الخاصة ذات النفع العام وتحقيق الصالح العام وخيراً فعل إذا أن التطور الحديث يتطلب إنشاء هيئات خاصة لها كياناتها المستقلة ويعترف لها القانون بالشخصية المعنوية، ومن ناحية أردنا بذلك أن نبرز وجوهاً جديدة لتعريف القرار لا التي اعتدنا أن نلاحظها دائماً وفي جميع كتب شراح القانون. ومن المناسب هنا أيضاً أن نذكر ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور شاب توما^(١) حول اعتباره القرار إدارياً أن يكون صادراً من إحدى السلطات الإدارية في الدولة، مركزية كانت أم لا مركزية. ومع تقديرنا لرأيه فأننا وبالإضافة إلى التعريف الذي أبرزناه نتساءل ما هي قيمة القرارات الصادرة من مجالس النقابات الخاصة والتي أنشأت بموجب القانون والمتعلقة بإدارة شؤون منتسبيها وبالأخص ما يتعلق منها بحجب حق معين أو تعديله أو إلغاؤه.

ونجيب على ذلك بأنها تعد قرارات تنظيمية يلتزم أعضاء النقابة بالتقيد بها (كنقابة المحامين والأطباء على سبيل المثال) عند مزاوله المهنة .
ونخلص مما تقدم أن القرار يتميز بما يلي:

(٢) د. الطماوى/ الوجيز في القانون الإداري ١٩٦٧ ص ٥٠٨.

(٣) د. شاب توما منصور ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، بغداد ، ١٩٨٠، ص٩٦.

(١) د. محمود حلمي ، القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي ، ١٩٧٠، ص٦.

- ١- انه عمل قانوني ، طالما انه إفصاح عن إرادة الإدارة بقصد أحداث اثر قانوني.
 - ٢- عمل قانوني يصدر من سلطة إدارية: القرار بهذا المعنى يعتبر كذلك عندما يصدر من سلطة تمارس عملاً إدارياً.
 - ٣- تصرف فردي (أحادي) بمعنى أن يصدر من جانب واحد هو السلطة الإدارية .
- بعد أن عرفنا القرار الإداري وبيننا المميزات التي يمتاز بها ولكي يكون المفهوم القانوني له واضحاً ارتأينا أن ننحى إلى تفصيل وجيز نبين فيه أركان القرار الإداري التي هي مجمل المفردات المكونة ليس فقط لصياغته وإنما لما يجب أن يتوافر فيها من مشروعية سبباً وشكلاً واختصاصاً محلاً وغاية.

المبحث الثاني

أركان القرار الإداري

للقرار أركان التي هي الأسس المفترضة وجودها فيه افتراضاً ومن خلالها يحكم على القرار ما إذا كان مشروعاً أم غير مشروع وهذه الأركان هي :

- ١- السبب.
- ٢- الإفصاح عن الإرادة بالشكل الذي يتطلبه القانون.
- ٣- الاختصاص.
- ٤- المحل.
- ٥- الغاية.

المطلب الأول

السبب

في مفهوم القانون الخاص يختلف تمام الاختلاف عن مفهومه بالقانون الإداري وعلى وجه الدقة عن مفهومه كأحد أركان القرار الإداري. فهو بالقانون الخاص يدل على الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه.^(١)

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الرابع ، نظرية السبب ونظرية البطلان، ص٧.

(٢) د. الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦ ، ص ١٩٤

أما معناه ومفهومه هنا فهو لا يخرج عن الحالة التي تحصل فتحمّل رجل الإدارة إلى التدخل بما توحى له هذه الحالة من دوافع وما تحمل من فكرة معينة لا تكون ابتداءً في ذهن رجل الإدارة بل هي دائماً تتعلق بأمر خارجي ومستقل تمام الاستقلال عنه، هذه الحالة استقر على تسميتها بالسبب . وقد اقر مجلس الدولة المصري هذه التسمية في اغلب أحكامه واعتمدت كذلك من قبل المحكمة الإدارية العليا التي عرفتة (بأنه حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته تتم فتوحى له بأنه يستطيع أن يتدخل وان يتخذ قراراً ما) ^(٢) .

والعميد دوجي يرى إن السبب هو تلك الحالة الواقعية التي تولدت في رجل الإدارة احتمال إرادة عمل معين . ^(٣) فهو حينما يستعرض مجمل الأعمال الإدارية ومهما كان مصدرها فانه يجب (على حد تعبيره) ان هناك واقعة سابقة على العمل الإداري هذه الواقعة التي كانت المحرك لنشاطه الإداري الهمت رجل الإدارة الفكرة وكانت الدافع لنشاطه الصادر عنه بهيئة قرار . او انه الوقائع التي ينبغي وجودها مقدماً لتبرر قانونا القرار المتخذ . وعدم وجودها يعني ان القرار قد وقع معيباً بعبء عدم صحة سببه القانوني .

ومن الامثلة التي يعلل بها ما ذهب إليه دوجي ، صدور قرار بقبول إحالة الموظف على التقاعد بناءً على تقديمه الطلب المتضمن رغبته في الإحالة بينما نرى ان توافر الاستحقاق القانوني للإحالة كان هو السبب في صدور القرار فلو لم يتوفر هذا الاستحقاق وصدور القرار بالإحالة ، هل نكون أمام قرار إداري صحيح.

المطلب الثاني

الإفصاح عن الإرادة بالشكل الذي يتطلبه القانون

القرار وهو عمل قانوني لا بد له من مظهر خارجي يتجسد فيه مضمونه ، فلا إدارة حين تعلن عن إرادتها فلا بد لهذا الإعلان من هيكل كي يستطيع الأفراد ومن خلاله التعرف على ماهيته ذلك ان القرارات تصدر بقصد إلزامهم بعمل او بالامتناع عنه أو لتحقيق بالنسبة لهم أثراً قانونياً محدداً فكان من الأولى أن تكون لتلك القرارات مظهراً خارجياً حتى يتعرف عليها الجميع وان يكون المظهر الخارجي متفقاً مع ما أراده القانون.

(٣) المصدر نفسه اعلاه ، ص ١٩٥ .

وان أهمية الشكل تكمن في إنها تحول دون اتخاذ قرارات متسرة وفي ذلك تحقيق مصلحة الأفراد وتحقيق لحسن سير المرافق العامة والنشاط الإداري على حد سواء .

المطلب الثالث الاختصاص

لقاعدة الاختصاص أهمية معينة إذ أنها تبين الأشخاص أو الهيئات الذين يملكون الحق في اتخاذ القرارات وهو من الأمور المنطقية لمبدأ فصل السلطات في الدولة وبيان جهة إصدار القرارات حتى في الهيئة الواحدة أو السلطة الواحدة.

وهذه القاعدة تشابه إلى مدى بعيد قواعد الأهلية في القانون الخاص وان الفاصل بينهما أن الأولى ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة والثانية تسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة.^(١)

فالاختصاص، كما أسلفنا مناطه دائماً المصلحة العامة التي يدور في فلكها مصلحة الفرد الجزء الحيوي من تشكيلة النظام الاجتماعي. كما أن اقتصار عمل ما أو إجراء معين على موظف أو هيئة إدارية يبرز نواحي الإبداع في هذا التصرف في كثير من الأحيان نظراً للممارسة الطويلة، مما ينتج عنه سرعة إنجاز العمل.

بالإضافة إلى أنها تساعد الأفراد إلى معرفة الجهة التي قامت بالتصرف وماهية حدود اختصاصها لامكان التظلم لديها أو مخاصمتها أمام القضاء تبعاً للأحوال المقررة.

لذا فان قواعد الاختصاص تعد من النظام العام مما يترتب على عدم إمكان التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها أو التوسع في تفسيرها وبالتالي فان الإجازة اللاحقة على تصرف سابق ومن جهة غير مختصة لا تبطل اثر عيب الاختصاص في القرار.

وقواعد الاختصاص تتجسد في العناصر التالية:

أ. عنصر شخصي : أي أنها تحدد الموظفين أو الهيئات الإدارية الذين يجوز لهم إصدار القرارات الإدارية.

ب. عنصر موضوعي : تحديد نوع القرارات التي تستطيع الهيئات المحددة أو الموظفين المعنيين في إصدارها.

(١) د. الطماوى، النظرية العامة للقرارات، ص ٢٩٠، ط ٣، نقلاً عن الأستاذ فالين دراسة حول فكري الاختصاص والاهلية مؤلفه رقابة القضاء لآعمال الإدارة، ص ١٣١.

ت. عنصر زمني : بيان السقف الزمني الذي تستطيع تلك الهيئات الإدارية أو الموظف الإداري من إصدار القرار خلاله.

ث. عنصر مكاني : هو بيان الدائرة المكانية التي يستطيع في حدود مجالها للموظف الإداري أو الهيئات الإدارية ممارسة نطاق الاختصاص فيها.

المطلب الرابع

المحل

هو الأثر القانوني الذي يترتب على صدور القرار ما ينتج عنه مباشرة وفي الحال ويكون مادة القرار (حسبما يذهب إليه الفقيه بونار).^(٢)

فالقرار حينما يصدر فانه يتضمن قواعد أو أوامر أو حقوق أو يكون لاغياً لها أو معدلاً لها فهو دائماً يتضمن مراكز قانونية يريد مصدر القرار تحقيقها وتحقيق الأثر القانوني الذي يترتب عليها. فالقرارات الإدارية ليس محلها في جميع الأحوال أحداث مراكز قانونية خاصة بل قد تكون قرارات تنظيمية تحوى على قواعد عامة مجردة تمنح حقوقاً أو ترتب التزامات معينة فهذه تتصل أثارها المباشرة بكل من تتوفر فيه شروط تطبيقها والأثر المباشر الذي ينجم عنها هو إنشاء مراكز قانونية عامة^(١) لذلك فان الفرق بينه وبين العمل المادي تكمن في أن الأخير يكون دائماً نتيجة واقعية مادية.

وعليه فان الآثار التي ترتبها القرارات تجعلنا أمام نوعين منها الأول وهو القرارات الفردية حينما تكون الآثار القانونية التي يسعى لتحقيقها رجل الإدارة أو إنشائها تتعلق بفرد معين كالقرار الصادر بتعيين موظف معين أو فصله من الوظيفة والنوع الثاني منها تلك التي تتوفر فيها صفة العمومية وهي ما تعرف بالقرارات التنظيمية التي من شأنها أن تنشأ مراكز قانونية عامة تضم كل من تتوفر فيه الصفات والشروط المطلوبة بتلك القواعد العامة.

المطلب الخامس

الغاية

(٢) د. الطماوى، المصدر اعلاه، ص ٣٢٩.

(١) المصدر نفسه ، ص ٣٣٧.

وهي المحطة النهائية أو النقطة النهائية التي ينبغي مصدر القرار الوصول إليها أو بلوغها . وبعبارة أخرى فإن الغرض هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها عن طريق الأثر المباشر المتولد عن عمله . فاتخاذ القرار يبدأ بالسبب ويمر بالمحل وذلك توصلاً للغرض المعين . فالغرض الذي يمثل النتيجة النهائية للقرار يقابل على الناحية الأخرى السبب الذي يسبق القرار .

ومن المسلم به أن السبب هو الحالة المادية الواقعية الملهمة لرجل الإدارة التي لولا حصولها لما تقدم على نحو التدخل وبناء على ما له من سلطة تقديرية وما له أيضاً من سلطة قانونية وفي حدود اختصاصه لإصدار قرار معين ووفق تصوره للنتائج التي يمكن الوصول إليها . فالغاية إذن مردها التقدير الشخصي لرجل الإدارة . لكنه وفي هذا التصور يكون خاضعاً في جميع أعماله وتصرفاته لتحقيق الصالح العام.^(١)

فالمصلحة العامة هي جوهر الغاية من القرار أو التصرف الإداري ، فإذا ثبت أن القرار أو التصرف سواء كان صادراً من هيئة إدارية أو موظف إداري لا يتضمن أعمالاً لقواعد المصلحة العامة وابتغاء لها فإن القرار يكون محل طعن لانتفاء هذا الركن الأساسي وهو الغاية التي قررت لحماية مصالح الأفراد والهيئات سواء بسواء . فالإدارة لم يسوغ لها إصدار قراراتها وقت ما تشاء وإنما فقط حين تقتضي المصلحة العامة اتخاذ ما يوجب حمايتها .

بعد هذا البيان الموجز عن تعريف القرار والذي أوجزنا فيه المفهوم المراد عن معنى القرار من أنه عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة لأحداث أثار قانونية معينة.^(٢) وما له من خصائص أو مميزات أجملناها في كونها عملاً قانونياً وأن يكون صادراً من إحدى الجهات الإدارية وبالإرادة المنفردة لتلك الجهات ، ثم وضعنا الأركان الأساسية للقرار من سبب وشكل واختصاص ، ثم محل وغاية . وبيننا المراد بكل ما يتعلق بمفهومها بشكل مبسط . وحاولنا جهد الإمكان أن نبين المعنى المتعلق بكل ركن من أركانه بدون أن نتدخل بالتفاصيل الدقيقة حيث أن الغاية من إيرادها في هذا البحث هو فقط أن ندلل على ما يعنيه القرار كي نتعرض بعد ذلك إلى طرق انتهاءه وحتى

(١) نفس المصدر أعلاه - ص ٣٤٢ .

(٢) من محاضرات الدكتور عصام البرزنجي القيت على طلبة الدراسات العليا (الماجستير) - كلية القانون / جامعة بغداد - سنة ١٩٨٩ .

يكون البحث متكاملًا بعض الشيء، لذا فإن القادم من صفحات البحث ستكون مهمة للدخول بجوهره عن طريق موجز عن محتوى مفردات طرق انتهاء القرار الإداري.

الفصل الثاني

صور نهاية القرار الإداري

عرفنا من خلال تعرضنا للقرار الإداري تعريفاً وبياناً لأركانه بشكل موجز أن القرار هو وسيلة الإدارة في بلوغها لغايتها بمناسبة قيامها بأداء وظيفتها الإدارية المتعددة والمتشعبة، رأينا أنها ومن خلاله تعبر عن إرادتها بما لها من سلطة منحها لها القانون وبالشكل الذي أوجب صدره وضمن الاختصاصات التي تملكها كل سلطة إدارية أو موظف إداري لأحداث اثر قانوني محدد سواء بالإتشاء أو التعديل أو الإلغاء ووفق ما تقتضيه المصلحة العامة التي ينشدها مصدر القرار .

وفي جميع تلك الأحوال يوجد القرار وتوجد معه الحصانة ويفترض أن يكون القرار سليماً لا تشوبه شائبة، وعلى من ينازع في صحته أن يلجأ إلى القضاء طالباً إلغاءه متحماً عبء إثبات ادعائه وذلك أن افتراض السلامة قرينة أوجدت كي لا يتعرض مبدأ استقرار المعاملات الإدارية إلى عدم الاستقرار الأمر الذي يتنافى مع مساهمة التطور في النواحي الوظيفية للسلطات الإدارية.

ولما لم تكن دعوى الإلغاء الطريق القضائي للطعن بالقرارات هي جوهر بحثنا فأننا سوف لن نتعرض لها بل مقصرين الدراسة على الطرق التي ينتهي بها القرار وبالشكل الطبيعي عندما ينتهي الأجل المحدد لنفاذه أو انتهائه عن طريق استنفاد فحواه كذلك فإن القرار ينتهي عندما يقتصر بأجل فاسخ أو شرط فاسخ ويصدف أن يتحقق ذلك الأجل أو هذا الشرط فينتهي معهما القرار . وفي مواقع أخرى تكون نهايته بسبب تغيير الظروف الواقعية أو القانونية التي أوجبت صدره وكانت الأساس الذي دفع رجل الإدارة في إصداره وبزوالها أو تغييرها يتدخل رجل الإدارة مرة أخرى، أما بإلغائه فينتهي، أو بتعديله حسبما تدفعه عوامل المصلحة العامة والغاية المطلوبة المتفقة مع سلطته المخصصة

بالقواعد العامة القانونية وما له من سلطة تقديرية ، ذلك أن القرار هو الوسيلة التي تحقق بها الإدارة غايتها المنشودة وهي ابتغاء المصلحة العامة. وفي أحوال أخرى ينتهي القرار بتنازل من تولدت له حقوق بموجبه عن تلك الحقوق ومصادقة الإدارة على هذا التنازل عن طريق سحبه، وأحياناً تقوم السلطة الإدارية وبدافع المصلحة العامة (وهذا افتراض مسلم به ما لم يثبت عكسه) في إنهاء القرار وإزالة ما ترتب عليه من آثار من وقت نشوءه ويكون القرار وكأن لم يكن وتسمى هذه الطريقة ((بسحب القرار)).

والجدير بالإشارة هنا هو أن القرار حتى يكون خاضعاً لطرق الانتهاء التي أردناها فلا بد وان يكون قراراً إدارياً سواء فردياً أو تنظيمياً تتوفر فيه جميع الأركان المطلوب توافرها ومكتمل وأنه حاز على شهادة الميلاد وذلك بالإفصاح عنه من قبل الإدارة وإيرادتها الملزمة وبالشكل الذي يقرره القانون، أما إذا كان قراراً معيباً لم تتوفر فيه أسباب الحياة القانونية ابتداءً فلا يخضع لطرق انتهاء القرار. لذلك سنتنصب دراستنا في هذا البحث على العوامل التي ينتهي بها القرار وعلى الوجه الذي تعرضنا إليها.

المبحث الأول

النهاية الطبيعية للقرار الإداري

ويشتمل:

- ١- تنفيذ القرار الإداري
- ٢- نهاية المدة المحددة لنفاذ القرار الإداري
- ٣- تعليق القرار الإداري على شرط فاسخ أو اقترانه بأجل فاسخ.

المطلب الأول

تنفيذ القرار الإداري

إذا ما اتخذ القرار أصبح قابلاً للتنفيذ ((بمجرد صدوره سليماً))، وأنه يترتب آثاره القانونية بعد إعلانه. ولكن كيف يتم تنفيذه ، فمن القرارات ما يمكن تنفيذها بذاتها وما تملكه من قوة تنفيذية ^(١) ومرد ذلك إلى السلطة التي أصدرته وما ضمنته من امتيازات أوصلته إلى هذه القوة. ومن القرارات ما يحتاج إلى تنفيذها طرق قسرية تلجأ إليها الإدارة أو السلطة التي أصدرت القرار. علماً أن الإدارة تلجأ في

(١) محمود خلف - التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، بغداد - ١٩٧٩ ، ص ٧٥ ، و د. محمد كامل ليله - نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري - دار الفكر العربي - ١٩٦٢ ، ص ٢٢٠ و د. عبد الفتاح حسن - القانون الإداري الكويتي - ١٩٦٩ ، ص ٣٩٩ .

أحوال معينة إلى استعمال الأجراء الضروري لتنفيذ القرار بوسائلها الخاصة، كأجراء هدم الأبنية الآيلة للسقوط وبعد صدور القرار بذلك باستعمال ما لديها من معدات ومكائن لتنفيذ القرار مادياً. وهنا يتم التنفيذ الكامل للقرار ويستنفذ فحواه، والقرارات كما هو معروف تنشأ حقوقاً أو مراكز قانونية وهي تنتهي بمجرد تنفيذها وقد تكون وبالصفة هذه مرتكزاً لمشروعية قرارات لاحقة.^(٢) ومن القرارات ما يبقى أثرها مستمراً ومع أنها قد تم تنفيذها وتمثل لكل حالة بما يلي :

فالقرار الصادر بتعيين موظف ينتهي هذا القرار بمجرد التعيين. ولكنه يبقى أساساً لقرارات أخرى كحقه في الإحالة على التقاعد بعد استحقاقه لهذا المركز أو القرارات المتعلقة بمنح إجازة تأسيس لمعمل لا ينتهي اثر هذا القرار ما دام المعمل مستمراً بنشاطه.

ولذا فإن تنفيذ القرارات تأخذ صورتين:-

الأولى : القرارات الإدارية ذات الأثر المباشر : وهي القرارات التي تنفذ بمجرد صدورها وليس هناك من فاصل زمني يذكر بين مرحلة صدور والتنفيذ ومن صورها قرارات تعيين أو قرارات الترقية. وكذلك القرار الصادر بهدم عقار آيل للسقوط . فأنها تنتهي بمجرد تنفيذها.

الثانية : القرارات الإدارية التي يستمر تنفيذها مدة طويلة أو يكون التنفيذ فيها مستمراً ، وهي تلك القرارات التي تحوي في الأغلب على قواعد عامة مجردة لتنظيم حالة معينة وقد تصدر هذه القرارات ولا يوجد لها محل وانما تصبح نافذة بالنسبة لحالات تتم في المستقبل ومثالها القرارات الصادرة بشأن إلزام أي فرد ينشأ عمارة من عدة طوابق، فإذا زادت طوابقها عن عدد معين فهو ملزم ببناء ملجأ تتوفر فيه الشروط المطلوبة.

عليه يتضح معيار التفريق بالنسبة لتنفيذ القرارات ، ففي الحالة الأولى ينتهي القرار بمجرد صدوره وتنفيذه، ويعتمد هذا التنفيذ على القوة التنفيذية الذاتية الكامنة فيه. وفي الثانية فإن الإدارة تسعى إلى تطبيقه على الحالات التي تتوفر فيها شروط تطبيقه وأيضاً يستمد القرار قوته التنفيذية من مكن ذاته. وإلا لجأت الإدارة وفي كلا الحالتين إلى استعمال وسائلها سواء المادية أو القسرية في التنفيذ.

والذي يهمنا من الأمر أن القرار الإداري الذي ينتج آثاره مباشرة بالتنفيذ ينتهي بمجرد تنفيذه ، أما القرارات المستمرة فتبقى منتجة لآثارها على كل حالة تتوفر فيها شروط القواعد العامة التي تضمنها القرار ولا ينتهي هذا النوع من القرارات إلا بعد قيام الإدارة باتخاذ الإجراءات المناسبة لسحبها.

(٢) د. حسين درويش، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، سنة ١٩٧٨، ص ٣٣

المطلب الثاني

انتهاء القرار بانتهاء المدة المحددة لنفاذه

ومن القرارات التي تصدرها الإدارة وتحدد لسريانها وقت محددًا فإن هذا النوع من القرارات ينتهي عند استنفاد المدة المحددة. فالتصريح الذي تمنحه الدولة لاقامة الأجنبي في البلاد، ولمدة محددة ينتهي القرار المتضمن عليه بحلول الأجل وكذلك إجازة البناء التي تمنحها الإدارة إلى أحد الأشخاص لبناء دار خلال مدة سنة تنتهي بمجرد انتهاء الأجل المحدد. ولكن هل يستطيع من رتب القرار له الحق في إجراء معين وخلال فترة معينة مباشرة الحق قبل حلول الأجل المضروب بالقرار؟

إذا كانت القاعدة تقتضي بأن القرار ينتهي بمجرد سريان المدة ونفاذها وإن إهمال تنفيذه بعد نهاية المدة بفترة طويلة يعطي الحق للإدارة الاعتراض على تنفيذ القرار بالشكل المتأخر^(١)، فإن رأينا هو عدم السماح لمن صدر له الحق في قرار معين بتنفيذه قبل حلول بدء سريان المدة، ذلك أن الإدارة وكما أسلفنا عندما تصدر قراراً ما فإنها تعمل قواعد المصلحة العامة، ولذا فإن تحديد فترة نفاذ القرار كان متروكاً لقواعد هذه المصلحة من ناحية وما للسلطة الإدارية من سلطة تقديرية في هذا التحديد لاعتبارات أخرى تقدرها هي وفق التصور العام من ناحية أخرى.

المطلب الثالث

تعليق القرار الإداري على شرط فاسخ أو اقترانه بأجل

أن الشرط بصورة عامة هو أمر مستقبلي وغير محقق الوقوع ويترتب على وقوعه وجوب الالتزام^(٢) وهو أما أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً فالشرط الواقف هو الذي يتحقق الالتزام بوجوده، والشرط الفاسخ هو الذي يزول الالتزام بتحقيقه. لذا فإن القرار المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً من تاريخ صدوره ومرتباً لجميع آثاره ويزول بتحقيق الشرط الفاسخ بأثر رجعي^(٣) ويكون زوال

(١) د. الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الثالثة/ ص ٥٩١.

(٢) د. عبد الرزاق الشهوري الوسيط، الجزء الثالث، ص ٢٨ وما بعدها.

(٣) د. ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام (إثبات أحكام الالتزام) ص ٧٤، ص ٣٠٦ نقلاً عن نهاية القرار الإداري

من غير طريق القضاء د. حسين درويش، ص ٧٦.

القرار منذ تاريخ صدوره لا من تاريخ تحقق الشرط الفاسخ. وقد استقر هذا الرأي في مصر في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا.^(٤)

والإدارة كثيراً ما تلجأ ولا اعتبارات معينة ان تصدر قرارات تكون نافذه ولكن تعلق زوالها بتحقيق الشرط الفاسخ. ويجب التفريق هنا في حالة كون القرار الصادر والمعلق على شرط فاسخ هو قرارا فردي أو تنظيمي.

ففي الحالة الأولى تمنح الإدارة ترخيصاً بموجب قرار ويستمر هذا الترخيص سارياً ومرهوناً على حالة واقعية أو قانونية وبهذا المذهب اخذ الدكتور سليمان الطماوي في مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية إذ أعطى لهذه الحالة أمثلة قال فيها أن منح ترخيص بفتح محل في منطقة حدد القرار سكانها بعدد معين فإذا حصل وان قل عدد السكان عن العدد المحدد فأن القرار هنا يعتبر منتهياً لتحقيق شرط فاسخ ، وهو عدد السكان. وفي صدد اقتران اللوائح أي القرارات التنظيمية فقد ثار الخلاف حول إمكان تضمينها شرط فاسخ أو واقف وذهب بعضهم إلى أنها قواعد عامة مجردة لا يمكن أن تتضمن هذا النوع من الشرط.

بينما يؤيد الدكتور سليمان الطماوي وكذلك الدكتور حسين درويش^(١) أن تحوى القرارات التنظيمية على شرط فاسخ أو واقف، وان كان هذا نادر الوقوع ولكن شرط أن تكون هناك ضرورة تستلزم ذلك. وفيما يتعلق بالأجل ، فان معناه انه أمر يتعلق بالمستقبل ومحقق الوقوع وهو نوعان، فأما أن يكون واقفاً أو فاسخاً^(٢) ، فإذا صدر القرار وكان سريانه معلقاً على حلول الأجل كان واقفاً، أما إذا صدر القرار وكان زواله وانتهائه معلق على حلول الأجل كان الأجل فاسخاً.

ولكن ما هو الفرق بين القرارات التي تعلق على شرط فاسخ وبين القرارات التي تعلق على اجل واقف. أن سريان القرار يعتبر في هذه الحالة بالنسبة للقرارات المعلقة على شرط فاسخ أن تسري من وقت صدورها، والقرارات التي تعلق على اجل واقف فأنها تسري من وقت حلول الأجل ، فهي لا تسري بأثر رجعي إلى تاريخ صدورها.

وفي جميع الأحوال فان اقتران القرار بشرط سواء كان واقفاً أو فاسخاً يجب أن يكون هذا الشرط مشروعاً وفي حالة كونه شرط غير مشروعاً فالقرار هنا يبقى سارياً ويبطل الشرط المخالف وذلك في حالة ما إذا كان القرار هو أيضاً متفقاً والمبادئ القانونية العامة. أما إذا كان القرار برمته غير متفق مع

(٤) المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(١) د. حسنين درويش، نهاية القرار الإداري من غير طريق القضاء، ص ٧٩.

(٢) السنهاوري - الوسيط ، الجزء الثالث ، ص ٧٤ وما بعدها.

مبادئ القانون العامة وان الإدارة ما كانت لتصدر هذا القرار من غير أن تضمنه الشرط المخالف فعندها يبطل القرار بطلاناً مطلقاً.

وقبل أن تنتقل للصورة الثانية من نهاية القرار لاسباب خارجة عن إرادة الإدارة، فحري بنا أن نستذكر للمتبع لهذا البحث عن جوهر الطرق الطبيعية التي ينتهي القرار فيها، وهو تنفيذ القرار الذي رأينا كيف يتم سواء بما يحويه من قوة تنفيذية أو أن السلطة تلجأ أحياناً إلى استعمال وسائل مادية معينة لتنفيذه وهو في كل الأحوال ينتهي بمجرد استنفاد مضمونه. إضافة إلى ذلك فان الإدارة تقوم أحياناً بتحديد مدة محددة لنفاذ القرار يقتضي أن ينفذ خلالها واستخلصنا من ذلك رأينا حول عدم السماح بتنفيذ القرار قبل حلول اجل تنفيذه وبيننا ان ذلك ربما يكون لحكمة ابتغتها الادارة بما لها من سلطة تقديرية. بعد ذلك وجدنا ومن الطرق التي ينتهي فيها القرار طبيعياً اقترانه بشرط فاسخ أو أجل يزول القرار وينتهي بتحقق ذلك الشرط وفي حالة اقترانه بالأجل فانه ينفذ من وقت حلول الأجل.

المبحث الثاني

نهاية القرارات لاسباب خارجة عن إرادة الإدارة

ومن اوجه نهاية القرار الإداري هو وقوع أسباب خارجة عن إرادة الإدارة تؤدي

بالنتيجة إلى نهاية القرار وهذه الأسباب لا دخل لإرادة الإدارة فيها، ويكون دورها

فقط بعد ظهور حالات واقعية أو قانونية تدفعها إلى التدخل وذلك بوضع حد للآثار

المرتتبة على القرار سواء بأثر رجعي أو بأثر مستقبلي ومن صور نهاية القرار بهذا

الاتجاه ما يتعلق بتغيير الظروف الواقعية أو القانونية واثرتك في بقاء القرار

الإداري أو زواله أولاً. وتنازل صاحب الشأن عن الحق الذي تولد له بموجب القرار

ثانياً أو عدم تطبيق القرار بالترك أو الإهمال ثالثاً. وسنبحث كل من هذه الاتجاهات تباعاً.

المطلب الأول

تغيير الظروف الواقعية أو القانونية

القرار الإداري يصدر ضمن ظروف معينة كانت السبب الذي دفع رجل الإدارة إلى اتخاذهِ ويحصل أن تتغير الظروف فهل يبقى القرار سارياً وما هي نتيجة سريانه ، الفقه الإداري وكذلك القضاء الإداري في فرنسا ينظران إلى شرعية القرار من خلال الظروف الواقعية التي صدر في ظلها^(١) ، وإن سلطة الإدارة تكاد تكون مطلقة في ترتيب تصرفاتها القانونية تبعاً لتغيير الظروف وهذا الإطلاق نجده في اللوائح التنظيمية أكثر من الإطلاق في القرارات الفردية . على أساس أن الأخيرة تؤدي إلى إيجاد حقوق ومراكز قانونية تتعلق بعنصر الشخص الذاتي. ثم أن القرارات التنظيمية ينظر إليها ليس من خلال القواعد والظروف التي نشأت فيها وإنما في

(١) د. حسين درويش، نهاية القرار عن غير طريق القضاء ، ص ٩٧.

ظل القواعد والظروف المستجدة ذلك إنها عبارة عن تصرف دائم وأنها لا تولد حقوقاً ، بل تهدف إلى تنظيم حالات مستقبلية ، وفي هذا الصدد يقول الدكتور سيلمان الطماوي ((أما اللائحة فأنها وفقاً لطبيعتها الإدارية تتغير وفقاً لمستلزمات الحياة الإدارية ومقتضيات سير المرافق العامة))^(٢)

أما القرارات الفردية فأنها كقاعدة لا يجوز التعرض لها إذا تولدت عنها حقوقاً واصبح أمر استقرارها مفروغاً فيه بعكس تلك التي لا تولد حقاً لفرد ما فان الإدارة لها كل الحرية في سحبها تبعاً لتغيير الظروف. ذلك أن سحب القرار الفردي والذي لم يولد حقوقاً لا يتعارض مع مبدأ عدم رجعية القرارات لاحترام الحقوق المكتسبة. أما كون حالة الرجعية هنا حالة ظاهرية وليست حقيقة^(٣) وهو ما ذهب إليه الدكتور الطماوي، فنرى أن هذا التبرير تعوزه الدقة ، فالرجعية تحصل سواء كانت ظاهرية أم غير ظاهرية، وان عدم تعارضها مع المبدأ في رأينا هو خلو القرار من أي حق ، سيما وان الدكتور الطماوي يدلل قوله بأحد القرارات القضائية الصادرة في ١٠ أبريل

(٢) د. الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط ٣ ، ص ٤٥٧ .

(٣) د. الطماوي، المصدر اعلاه، ص ٥٧١، ط ٢.

سنة ١٩٥٥ التي تقول أن القرارات الإدارية الفردية التي لا تنشأ مزايا أو مراكز أو أوضاعاً قانونية بالنسبة للغير هذه القرارات يكون من حق الإدارة سحبها في أي وقت. لأن القيود تفرض على جهة الإدارة في سحب القرارات الفردية في حالة ما إذا أنشأت هذه القرارات مزايا أو أوضاع أو مراكز قانونية لمصلحة الفرد فلا يكون مناسباً حرمانهم منها.

وفي جميع الأحوال فإن سحب القرار يحكمه التطابق الفعلي و الحقيقي للظروف والمستجدات التي تحصل بعد صدوره ويكون السحب أصبح ضرورة لا مجال للحيدار عنها.

المطلب الثاني

نهاية القرار الإداري نتيجة تنازل من تولدت له حقوق بموجب القرار

في هذا الجانب نستعرض جانبين من الموضوع، نوردتهما على هيئة تساؤل ثم

نستنتج على ضوء الإجابة عليهما رأينا في التشابه بين القرار الكاشف وقرار

الإنهاء وتساؤلنا هو ما اثر التنازل عن الحق الوارد بالقرار على القرار ذاته؟

وفي حالة تضمن القرار لحقوق تخص اكثر من فرد وتنازل أحدهم عن حقه فيه فما

اثر التنازل هذا بالنسبة للآخرين؟

كقاعدة عامة أن القرارات التي تنشأ سليمة وتتضمن حقوقاً فردية لا يمكن للإدارة أن

تسحبها ذلك أن السحب معمول به فقط للقرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً ، أو

يكون معمولاً به بالنسبة للقرارات التي فيها عيب أو ليست مشروعة، وان يتم

السحب في المدد المحددة لدعوى الإلغاء فكيف يمكن أذن العمل بمبدأ السحب

بالنسبة للقرارات المولدة لحقوق فردية، وخارج المدة المقررة.

أن أثر التنازل عن الحقوق التي يولدها القرار يجعل من ذلك القرار غير منشئ

لحق^(١)، فالتنازل عن الحق بالقرار لا يعني بالتأكيد إزالة وإنهاء القرار ما لم تتدخل

الإدارة بإرادتها وتنتهي القرار استناداً إلى ذلك التنازل. وإذا تضمن القرار الحقوق

لاكثر من فرد فإن المتنازل لا يستطيع بتنازله أن ينهي القرار، إذ يبقى سارياً

بالنسبة للآخرين الذين لم يتنازلوا عن حقوقهم.^(٢)

أما القرارات التنظيمية التي تصدرها الإدارة لغرض إدارة المرافق الإدارية المختلفة

فإنها تخرج عن نطاق ولاية التنازل التي للأفراد لعدم احتوائها أساساً على حقوق

ومزايا فردية تبعاً لذلك فيجوز للإدارة أن تسحبها في أي وقت تشاء وحسب ما تقرره

المصلحة العامة.

فالتنازل والسحب يرتبط كل منهما بالآخر فالأول يعتبر تصرفاً تحضيرياً وتمهيدياً

والثاني هو الطريق الكاشف من انتهاء القرار وفي رأينا أن ثمة العلاقة التي ترتبط

(١) وجهة نظر الفقه الفرنسي التي تبناها للتوفيق بين عملية سحب القرار وكون القرار صدر سليماً د. حسين درويش نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، ص ٢٢٠.

(٢) المرجع اعلاه ، ص ٢٧١.

كل منهما وبالوجه الذي بيناه والمستمد من الحقائق التي توفرت لدينا تقول أن إنهاء الإدارة لهذا القرار يعتبر بحد ذاته قراراً كاشفاً عن واقعة التنازل وبالتالي يكشف الإنهاء عن قرار جديد وهو إلغاء الحقوق المقررة للفرد المتنازل وبأثر رجعي من وقت تقريرها.

حيث أن الإدارة حينما تقرر التنازل وتنتهي القرار بجميع أثاره كما أسلفنا فأنها تفصح عن قرار جديد يكشف حقيقة ما تقره، طالما أن طبيعة القرارات الكاشفة لا تستحدث جديداً في عالم القانون، بل يقتصر عملها على إثبات أو تقرير حالة موجودة من قبل وتحققه بذاتها للآثار القانونية^(٢)، ذلك أن قبول التنازل من قبل الإدارة عن الحق المتنازل عنه وصدور قرار الإدارة الجديدة بإلغاء القرار (أي إلغاء الحق المتنازل عنه) يعني أنها أفصحت عن الحق المقرر بالأساس وقبلت التنازل عنه سيما وإن السحب وقع على قرار مشروع وسليم.

المطلب الثالث

(١) الطماوى/ النظرية العامة للقرارات، الطبعة الثالثة، ص ٤٤٦.

نهاية القرار بالترك أو الإهمال بعدم التطبيق

يحدث كثيراً أن تصدر قرارات إدارية سواء تنظيمية أو فردية ولكن يصاحبها وبعد نشوءها إهمال أو ترك في تطبيقها سواء من الإدارة وبالأخص فيما يتعلق بالتنظيمية أو من الفرد بالنسبة للقرارات الفردية التي ترتب حقوقاً معينة، فهل يعتبر ذلك بمثابة إسقاط لها ؟

هذا ما سنحاول أن نلقي عليه نوع من التوضيح. فبالنسبة للقرارات التنظيمية ذهب الدكتور سليمان الطماوى بقوله ((أن إهمال الإدارة في تطبيق لائحة معينة لا يمكن أن تؤدي بحال من الأحوال إلى سقوطها بل يكون للإدارة في كل وقت أن تطبقها، ولذي المصلحة أن يطالب الإدارة بتطبيقها إذا ما كانت له مصلحة بذلك))^(١) لذا فإن القرار التنظيمي أو اللائحة التنظيمية تبقى محتفظة بقوتها التنفيذية ما دامت هي باقية لم تلغى بموجب قانون أو يلغى القانون الذي صدرت بموجبه وفي هذا الصدد وجدنا من يقول ((للإدارة أن تطبق اللائحة في أي وقت وإن للأفراد أن يطلبوا من

(٢) الطماوى / المصدر اعلاه ، ص ٥٨٩ وما بعدها.

الإدارة تطبيقها على حالاتهم فإذا امتنعت الإدارة عن تطبيق اللائحة على مراكز الأفراد.... يعد عملاً غير مشروع ويعرض قراراتها الصريحة أو الضمنية بالرفض للطعن بالإلغاء.....^(١)

فإذا كان الحق للأفراد في التصدي للوائح التنظيمية عن تغيير الظروف فمن غير المعقول أن يهدر حقهم في المطالبة بتطبيقها في الظروف المناسبة طالما كانت هذه اللوائح لم تلغى بنص قانوني أو يلغى القانون الذي أسست عليه.

على أننا وجدنا عكس هذا التوجه، فمن شراح القانون الإداري من يذهب إلى أن ((إهمال الإدارة في تطبيق قرار معين أو عدم تنفيذه ، مدة طويلة يؤدي إلى نهاية القرار أو زواله وذلك بشرط أن يكون الامتناع عن التطبيق بعلم الجهة المختصة بالإلغاء وأنها سككت عن التطبيق مدة طويلة واستقر في اعتقادها أنها ملزمة بعدم التطبيق بحيث يمكن أن يقال ، أن هناك قاعدة عرفية قد نشأت مخالفة للقرار ، أما إذا كان عدم التطبيق على سبيل التسامح أو نتيجة إهمال السلطات المنوط بها

(١) د. حسين درويش - نهاية القرار الإداري المصدر السابق ، ص ٢٦٨.

التنفيذ دون علم أو موافقة السلطة المختصة بإصدار القرار وبإلغائه فلا تنشأ قاعدة

مضادة لهذا القرار))^(٢)

ومع احترامنا لهذا الرأي ألا أننا نميل إلى الأخذ بالرأيين السابقين الذين لا يكون إهمال

الإدارة بموجبها بعدم التطبيق سبباً لنهاية اللوائح الإدارية هذا بالإضافة إلى التناقض

الذي وجدناه في مجمل الرأي الثالث. إذ يعزى عدم التطبيق ولمدة طويلة أن يكون مرده

إلى نشوء قاعدة عرفية مخالفة للقرار.

وفي رأينا أن القاعدة العرفية لا يتوفر لها عنصر الإلزام إذا كان النص القانوني لا

يزال سارياً والذي بناءً عليه صدرت اللوائح أو القرارات ، حتى في حالات وجود

قواعد عرفية، فإذا كانت مخالفة للقرار أو بالأحرى للقانون الذي أسس عليه القرار

فلا تكون بهذا الوصف لأنها تصبح مخالفة للقانون وهو الأعلى مرتبة منها.

أما القرار الفردي فإن إهمال المستفيد من التمتع بالحقوق المقررة له مدة طويلة

يعطي للإدارة الحق في الاعتراض على تنفيذه وقد سبق لنا وإن أشرنا إلى ذلك في

(٢) د. محمود حلمي، نهاية القرارات الادارية، مجلة العلوم الادارية، العدد الأول ، ١٩٦٤، ص ٦ ، ص ٣٣٣.

مواقع متقدمة من هذا البحث. فيكون للإدارة هنا فقط التحقق من توافر الشروط المطلوبة والتي بموجبها اتخذتها الإدارة سبباً لإصدار القرار، وفي هذا الاتجاه وجدنا أن احترام الخلف الإداري لسلفه يتحتم على الأخير عدم التعرض واعتداء على السلطة الممنوحة للأول من جهة واستقراراً للتعامل واحتراماً للحقوق المكتسبة. ومع أن البعض يعتبر امتناع الفرد عن تنفيذ القرار لصالحه اختياراً^(١)، يكون بمثابة قرينة على موافقته الضمنية على حق الإدارة في إلغاء هذا القرار.

وأنا نؤيد حق الإدارة في حالة تراخي الفرد في عدم التنفيذ ولمدة طويلة، أن تتحقق من الشروط المطلوبة في تنفيذ القرار وما يجب أن يتوافر بالفرد من مستلزمات لغرض تنفيذ القرار كي يواكب التعامل الإداري التطور المطلوب ولا يكون ذلك امتحان لحقوق الأفراد طالما كانت هناك السبل الكفيلة لحماية الحقوق بصورة عامة. وقبل أن ننتقل إلى نهاية القرار الإداري بعمل الإدارة ووفق إرادتها المنفردة لا بد لنا وأن

(١) الطماوى، النظرية العامة للقرارات ، المصدر السابق، ص ٥٩٠.

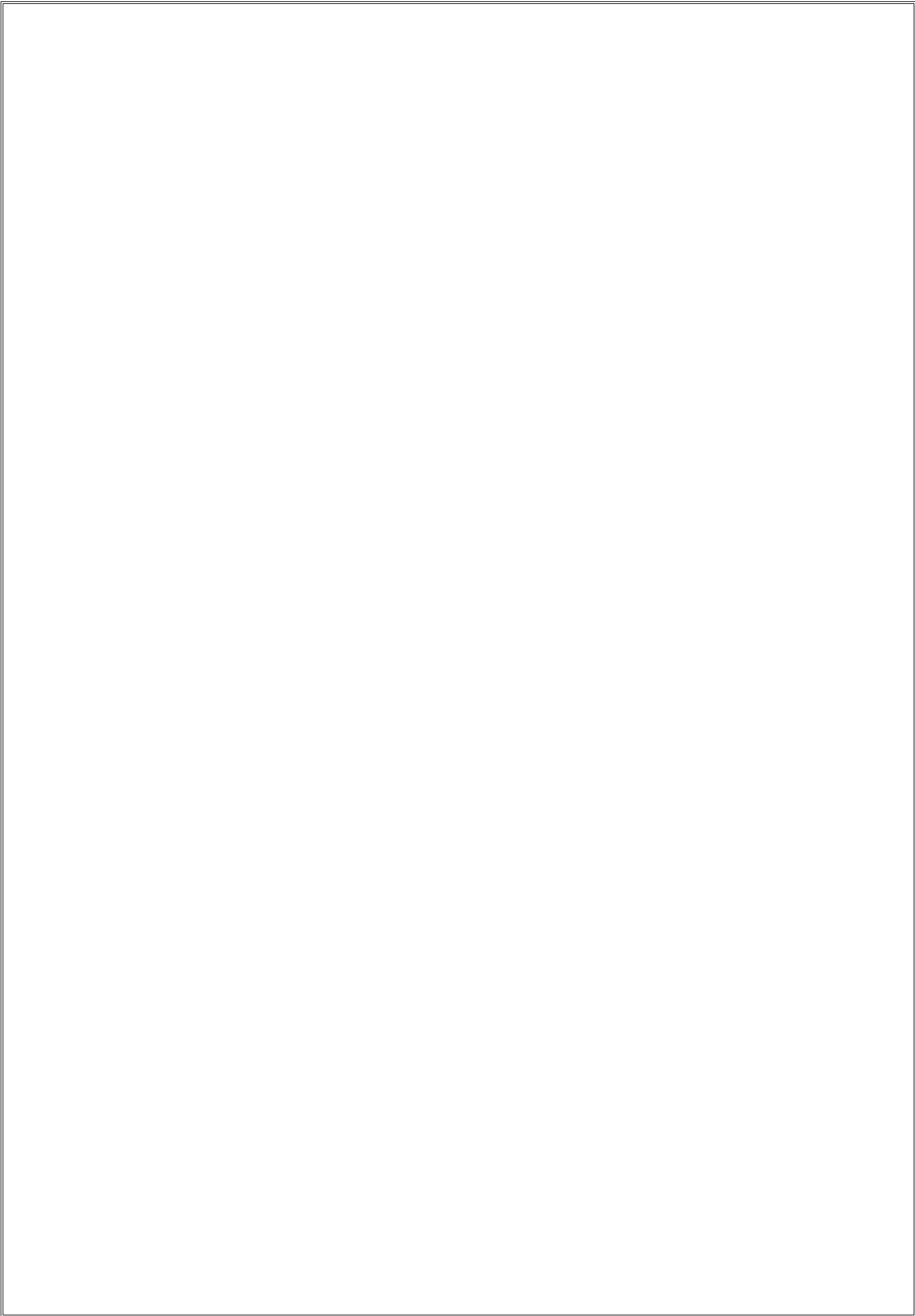
نستعيد مجمل النقاط الجوهرية التي تم بحثها، ممهدين بعدها للانتقال إلى الجانب الأخير في هذه الدراسة والتي أشرنا إليها أعلاه.

حيث وضحنا أن الإدارة تكون أمام أسباب خارجة عن إرادتها تدفعها للتدخل لتجعل من القرار الصادر أكثر انسجاماً مع الظروف المستجدة وإن هذا التدخل هو أمر طبيعي لعملية تسيير المرافق العامة ومما للإدارة من سلطة مطلقة بالنسبة للوائح التنظيمية في هذا المجال لأنها قواعد مستقبلية تستوعب جميع الحالات بالتنظيم لذا كان يجب أن تكون متلازمة مع الظروف ومتغيراتها. وإن الإدارة محددة في عملية التدخل بالنسبة للقرارات الفردية التي ترتب حقوقاً متعلقة بالعنصر الشخصي للفرد، لذا فأنها تتعرض فقط في هذا المجال للقرارات التي لا تولد حقوقاً. ثم تناولنا بعد ذلك نهاية القرار نتيجة تنازل من تولدت له حقوق بموجب القرار، وبيننا كيف أن التنازل والسحب هما وجهان يتم بهما بعضهما بعضاً ذلك أن تنازل الأفراد عما لهم من حقوق بالقرار لا يؤدي إلى نهايته ما لم تقم الإدارة من جانبها بالإفصاح عن هذا التنازل

وذلك بسحبه. واستنتجنا من هذا السحب أي الإفصاح ما يؤدي إلى أن يكون القرار
"المفصح" هو قراراً كاشفاً.

وفي آخر المطاف تناولنا كيف يكون للترك أو الإهمال تأثيرها في إنهاء القرارات،
حيث أوجزنا ما للقرارات التنظيمية من قوة تنفيذية بالرغم من إهمال الإدارة في
تطبيقها ولا يؤدي هذا إلى سقوطها ما لم يكن هناك نص قانوني مغاير لتلك
القرارات. وان ترك الأفراد للقرارات الفردية وعدم تمتعهم بالحقوق الواردة فيها يعطي
الحق للإدارة في الاعتراض على التمتع بتلك الحقوق لمضي فترة طويلة وفي هذا
الاتجاه اعتبرنا حسب رأينا من الأمور التي تتماشى مع حسن تطور التعامل
الإداري.

بعد هذه الخاتمة البسيطة ننتقل إلى الجانب الأخير المهم في عملية انتهاء القرار
الإداري بعملية الإدارة ووفق سلطان إرادتها الذي نبين فيه فقط المبادئ العامة التي
تجيز للإدارة حق إنهاء قراراتها والمعايير التي تحكم هذا التصرف دون التفاصيل
الدقيقة.



المبحث الثالث

نهاية القرار الإداري بعمل الإدارة وفق إرادتها المنفردة

من الأمور المسلم بها ووفق سياق العمل الإداري أن تنفرد الإدارة في إلغاء وسحب قراراتها الإدارية لأسباب تتوخاها، في قصور تلك القرارات عن توكي المصلحة العامة. فالإلغاء يعتبر من الوسائل التي تمكن الإدارة بواسطته من التعرض للقرارات التنظيمية ويجرده من قوته القانونية قياساً للمستقبل فقط ، كما يكون له ذات الأثر بالنسبة للقرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً^(١) ، وفي مواقع من هذا البحث قلنا أن سلطة الإدارة تكون غير محددة في التعرض لهذا النوع من القرارات عكس التي تولد حقوقاً للأفراد ، لذا فأننا سوف نبين الحالات التي تبيح للإدارة حق سحب قراراتها الفردية التي يشوبها عيب وكونها حققت من حيث أثارها حقوقاً فردية، فالإدارة

(١) د. حسين درويش - نهاية القرار الإداري، المصدر السابق، ص ٢٧٧.

يكون لها الحق في سحب القرار الفردي الذي يشوبه عيب خلال فترة الطعن بالقرار

"بدعوى الإلغاء" وإن حكمة السحب هذه هي للتوفيق بين مبدأين متعارضين.^(٢)

١- أن تستطيع إصلاح ما انطوي عليه قرارها من أخطاء.

٢- الاستقرار الواجب توحيه في القرارات التي تولد حقوقاً.

الأصل أن يكون للإدارة الحق أن تجعل قراراتها الصادرة وفقاً للقواعد القانونية أي

خالية من أي شائبة وفي الحالات الكثيرة فإن القرارات هذه تحوى في مضامينها على

حقوق يقضي مبدأ الاستقرار عدم التعرض لها بعد مرور فترة زمنية معينة ، وهذه

الفترة التي اعتبرها بعض شراح القانون هي التي أضفت على القرار قاعدة الاستقرار

وليس مردها فقط إلى الحقوق الواردة فيه ((فالحق - كما ورد برأيهم - لا يولد من

قرار غير مشروع مباشرة ولكن من مرور المدة المعقولة التي يتعين بعدها أن تستقر

الأوضاع))^(٣)

(٢) اسعد سعد برهان الدين - إنهاء القرارات الإدارية بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية - رسالة ماجستير - بغداد -

١٩٧٧ ، ص ١١٣ وما بعدها .

(٣) د. الطماوي- النظرية العامة للقرارات الادارية، الطبعة الثانية، ص ٦٨٧ وما بعدها.

وبالرغم من استقرار الحقوق الناشئة عن القرارات الفردية الغير سليمة فقد وردت

حالات استثنائية يجوز فيها السحب دون التقيد بالمدة على أن السحب هنا ينهي

القرار بأثر رجعي^(٤) ، فيحق للإدارة سحب القرارات التي يكون العيب فيها جسيماً

وبالتالي يجردها من كونها عملاً إدارياً إضافة إلى القرارات التي يحصل عليها المستفيد

نتيجة غش أو تدليس أو عدم توافر مبدأ حسن النية في دفع الإدارة إلى إصدار قرارها

المعيب.^(١)

وحكمة هذا الاتجاه هو عدم جعل هذا المستفيد من القرار جدير بالحماية الواردة

في مبدأ الاستقرار الواجب توخيه في القرارات التي تولد حقوقاً.

نخلص مما تقدم إن سحب القرار في القانون الإداري يشابه الفسخ في القانون

المدني ، لان سحب القرار يترتب عليه زوال اثر القرار المسحوب منذ وقت صدوره

(٤) د. الطماوى، الوجيز في القانون الإداري، ط١٩٧٤، ص٣٧٨.

(١) د. الطماوى، النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة الثانية، ص٦٢٩ وما بعدها و د. فؤاد العطار - القانون

الاداري - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - دون سنة طبع - ص٦١١ .

ويعتبر كأنه لم يولد إطلاقاً. فالسحب لا يترتب عليه إنهاء اثر القرار بالنسبة للمستقبل

فقط كما هو الحال في الإلغاء بل يرجع أثره إلى الماضي كذلك .

الخاتمة

بعد هذا البسط الموجز للمبادئ العامة لطرق نهاية القرار عن غير طريق القضاء، التي حاولنا خلالها من التعرف على ماهية أركان القرار وتعريفه باعتباره المادة الأساسية ليس للبحث وإنما لما سنتناوله الطرق الخاصة بانتهائه ، سواء الطبيعية منها والمشتملة على تنفيذه ، وأنواع طرق التنفيذ ونهايتها المرتبطة بنفاذ المدة الضرورية لتطبيق القرار وكذلك تعليقه على شرط فاسخ أو اقترانه بأجل فاسخ فجميع هذه المنافذ وجدنا أنها ترتسم بالطابع الطبيعي لنهاية القرارات الإدارية. ورأينا أيضاً كيف ينتهي القرار بأسباب لا تكون للإدارة أي دخل في حدوثها وإنما دورها يكون فقط كاشفاً عن هذه الأسباب سواء ما تعلق منها بتغيير الظروف الواقعية أو القانونية وهذا الدور للإدارة هو إفصاحها عن نهاية القرار كما يبدو ذلك واضحاً عندما وجدنا أن التنازل عن الحقوق الواردة بالقرار لا يكون ذي اثر فيه إلا بعد أن تسحب الإدارة القرار، التي ادركنا من خلال تعرضنا لهذا الجانب انهما متلازمان لعملية إنهاء القرار (التنازل والسحب) ، إضافة إلى ما لاحظناه عن اثر الترك أو الإهمال في نهاية القرار

المتروك أو المهمل سواء كان هذا بفعل الأفراد أو الإدارة، وما إذا كان القرار فردياً أو

تنظيمياً وخلصنا القول إلى بقاء هذه القرارات محتفظة بقوتها التنفيذية طالما أنها لم

تلغى بموجب نص قانوني وبالذات ما يتعلق بجانب كونها قرارات تنظيمية (لوائح).

وما يكون للإدارة وبفعل سلطانها المستمد من القانون وجدنا أنها تستطيع أن

تنتهي القرار بإرادتها المنفردة وبالذات قراراتها الغير سليمة، وخلال فترة الطعن التي

تسري من إعلان القرار. ورأينا كيف لها أن تلجأ إلى إلغاء القرارات التنظيمية أو

القرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً في أي وقت تشاء.

المصادر

- ١- اسعد سعد برهان الدين - إنهاء القرارات الإدارية بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية - رسالة ماجستير - بغداد - ١٩٧٧ .
- ٢- حسين درويش - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - ١٩٧٨ .
- ٣- د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - الطبعة الثانية والثالثة والرابعة - ١٩٧٦ .
- ٤- د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - ١٩٦٧ .
- ٥- د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - ١٩٧٤ .
- ٦- د. شاب توما منصور - القانون الإداري - الكتاب الثاني - بغداد - ١٩٨٠ .
- ٧- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - الجزء الثالث .
- ٨- د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان .
- ٩- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - القرارات الإدارية - محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسات العليا - الماجستير - سنة ١٩٨٩ .
- ١٠- د. عبد الفتاح حسن - القانون الإداري الكويتي - ١٩٦٩ .
- ١١- د. فؤاد العطار - القانون الإداري - دون سنة طبع .

- ١٢- د. محمد كامل ليله - نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري - ١٩٦٢ .
- ١٣- د. محمد فؤاد مهنا - القرار الإداري في القانون الإداري المصري والفرنسي - ١٩٥٩ .
- ١٤- د. محمود حلمي - نهاية القرارات الإدارية - مجلة العلوم الإدارية - العدد الأول - سنة ١٩٦٤ .
- ١٥- د. محمود حلمي - القرار الإداري - ١٩٧٠ .
- ١٦- د. محمود خلف حسين - التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - بغداد - ١٩٧٩ .