

الوساطة كطريقة لتسوية المنازعات الدولية (الوسيط القطري أنموذجاً)

أ.م.د. حيدر أدهم الطائي

جامعة النهرين / كلية الحقوق

تلعب الوساطة دوراً مهماً في مجال إبراز الدور الايجابي لطرف ثالث بهدف تسوية نزاع دولي وهي تُعرف بإعتبارها مسعى ودي يبتغي ايجاد تسوية لنزاع ما تقوم به دولة ثالثة تشترك بصورة ايجابية في المفاوضات بين الطرفين المتنازعين حيث يعمل الوسيط على التخفيف من حدة التوتر بين الاطراف المتنازعة ، وهي طريقة اختيارية في الاصل ذات عمق تاريخي يمتد الى الاف السنين ، وقد اكدت عدة اتفاقيات دولية على اهمية الوساطة كطريقة لتسوية المنازعات الدولية منها ميثاق الامم المتحدة ، وميثاق جامعة الدول العربية ، والملاحظ منذ سنين قليلة مضت بروز دور قطري يعمل كوسيط لحل منازعات متنوعة حيث اثبت هذا الوسيط نجاحاً في ميدان عمله رغم المساحة المحدودة لدولة قطر . إلا ان تطلعات القيادات السياسية فيها تجاوزت هذا العامل وهي قيادات شابة برزت على الساحة العربية بعد ان تخلت قيادات عربية عريقة عن دورها الريادي في المنطقة.

Mediation as a way to settle international disputes (median Qatar country as a model)

Play a mediation role in the field to highlight the positive role of the third party in order to settle an international dispute is defined as an effort Woody intended to be a settlement of the conflict in what the third country involved positively in the negotiations between the conflicting parties where he is the mediator to ease tensions between the conflicting parties, a method is optional in the original with historical depth that extends to the thousands of years, has confirmed that several international conventions on the importance of mediation as a way to settle international disputes, including the UN Charter and the Charter of the League of Arab States, observed since a few years ago the emergence of the role of a country acts as an intermediary to resolve disputes variety as it has proved this mediator success in the field of work, despite the limited space of the State of Qatar. But the aspirations of political leaders in this factor over which young leaders emerged on the scene after the abandoned Arab Arab leaders long for their pioneering role in the region

المقدمة:

جاءت الفقرة الأولى من المادة (١) من ميثاق الأمم المتحدة لتكرس أحد أهم مقاصد الميثاق المتمثل بحفظ السلم والأمن الدوليين الذي يتحقق من خلال اتخاذ الأمم المتحدة التدابير المشتركة والفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم ويقصد إزالتها، فضلاً عن قمع أعمال العدوان، وهي تتذرع لتحقيق ذلك بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها. فالمضامين المتقدمة تشكل إحدى الغايات الرئيسية للقانون الدولي العام الذي وجه عنايته بالاتجاه المذكور، وقد أدرك العاملون في مجال السياسة والقانون أهمية هذا الجانب سواء على المستوى السياسي أو على المستوى القانوني، فجرى التمييز بين منازعات قانونية وأخرى سياسية، إذ ظهرت معايير عدة لم يكتب لواحد منها تسجيل قصب السبق والانتصار على المعايير الأخرى، فبقى هذا التمييز ذا طبيعة أكاديمية يستخدم لأغراض الدراسة بالدرجة الأولى نظراً لصعوبة الفصل عملياً بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية، وإذا كان المراد بالنزاع الدولي هو الذي يقوم بين دولتين أو أكثر على موضوع قانوني، أو حادث معين، أو نتيجة لوجود تعارض في مصالحهما الاقتصادية أو السياسية أو العسكرية واختلاف حججهما القانونية بشأنها، فإن هناك عدة أساليب لتسوية مثل هذه المنازعات، ومنها الطرق الدبلوماسية التي قد تأخذ شكل المفاوضات أو المساعي الحميدة أو الوساطة أو التوفيق أو التحقيق، وذلك بقصد إنهاء حالة النزاع القائم أو منع نشوبه أو تطوره باتجاه غير مرغوب فيه، وتتصوي مجمل الطرق المذكورة تحت خيمة القواعد الدبلوماسية التي تتشابه فيها العوامل والاعتبارات السياسية والقانونية، فالدبلوماسية اليوم علم ذو قواعد وفن ذو أصول، فهي علم لأنها تتطلب معرفة علاقات الدول القانونية والسياسية، وهي فن لأنها تؤكد على كفاءة إدارة الشؤون الدولية، وهذا جانب يتطلب الكثير من الاستعداد والقبالية لتسيير وتوجيه المفاوضات في طريق يوصلها إلى تحقيق النتائج المتوخاة، والحقيقة أن الوصول إلى هذه النتائج إنما هي مسألة تعتمد على توافر الحد الأدنى من الثقة المتبادلة بين الأطراف المتفاوضة أو الأطراف الأخرى ذات الصلة بالنزاع المراد تسويته سلمياً، فلا يمكن أن نتوقع حلاً سلمياً إذا لم تتوافر هذه الثقة^١، ومع وجود دعوات حملت بين طياتها الكثير من حسن النية إلا أنها ضاعت في مهب الريح بعد فترة قصيرة من ولادتها، ذلك أن الدبلوماسية بقيت قائمة على أنك يجب أن تقول كل شيء

^١ كان المستشار الاماني بسمارك يقول: (إن الدول الكبرى في عصرنا أشبه بمسافرين لا يعرف أحدهم الآخر جمعتهم الصدفة في عربة واحدة يراقب بعضهم الآخر وعندما يضع أحدهم يده في جيبه يعد جاره مسدسه ليتمكن من إطلاق الطلقة الأولى)، في حين يطرح ميخائيل غورباتشوف تصوراً مثالياً عندما يقول: (إن معادلة كلاوزفيتش الكلاسيكية في حينها والتي تقول: إن الحرب استمرار للسياسة ولكن بأساليب أخرى؛ قد عفا عليها الزمن ولم يعد لها من مكان إلا في الحكميات فقط، ولأول مرة في التاريخ أصبحت هناك حاجة إلى إدراج المعايير والقواعد الأخلاقية والجمالية الإنسانية العامة في أساس السياسة الدولية بالإضافة إلى إعطاء العلاقات بين الدول بعداً إنسانياً وبالتالي جعل هذه العلاقات إنسانية).

تريده، على شرط أن لا يفهم أحد حقيقة ما تعني^١.

إن النظرة إلى الاعتبارات الإنسانية وعامل المصلحة المتحرك دائماً في نطاق العلاقات الدولية أمر يجعل من نجاح طرق التسوية السلمية الدبلوماسية منها على وجه التحديد بحاجة إلى قدر كبير من المرونة والذكاء، وهذا مشهد يجعلنا أمام تساؤل مضمونه إمكانية البحث في المعايير التي قادت إلى تحقيق نجاحات باتجاه الوصول إلى تسويات سلمية لمنازعات معينة، بينما فشلت جهود أخرى نحو التسوية، وإذا كان بحثنا هذا منصّباً على الوساطة كونها إحدى الطرق الدبلوماسية لتسوية المنازعات الدولية، فإن ما سنسطره هو عبارة عن تصورات يختلط فيها العامل السياسي المتحرك دائماً بقواعد القانون الجامدة، فكيف تستثمر السياسة هذه القواعد الجامدة، ومع جمودها فهي تتمتع بقوة الإلزام والخضوع الإنساني للقانون والرغبة في احترامه عامل من العوامل التي تمنح هذه القواعد أو النصوص قوة مضافة.

إن سطور هذا البحث منصبة على محاولة استكشاف أو استقراء مدى وأسباب نجاح الوسيط القطري في أزمنة دولية نشبت مؤخراً في المنطقة، وأسباب ذلك، باستثمار قواعد قانونية دولية في حين فشلت وساطات أخرى سواء في المنطقة أو في غيرها، وفقاً للمباحث التالية:

المبحث الأول: التعريف بالوساطة وأصولها التاريخية.

المبحث الثاني: مميزات الوساطة ومكانتها في ضوء مصادر القانون الدولي العام.

المبحث الثالث: عوامل نجاح الوسيط الدولي وفشله في ضوء التجربة القطرية.

^١ عرف أحد الكتاب الدبلوماسية بقوله: (الدبلوماسية هي أن تقول كل شيء تريده، على شرط أن لا يفهم أحد حقيقة ما تعني)، ولتوضيح ذلك نقول: طلب من أحد أساتذة الجامعات أن يحدد أسماء الأساتذة الذين تلقى العلم على أيديهم باعتبارهم من المؤثرين فيه، فحدد بعض الأسماء لكنه فوجئ بعد يومين إن أحد هؤلاء الأساتذة الذين لازال يكن لهم كل تقدير واحترام قد تبنى موقفاً معارضاً للنظام السياسي الحاكم في بلده، فشعر انه وقع في حرج، فعاد وطلب من الصحيفة التي أجرت اللقاء معه أن تقوم بإجراء تغيير بسيط في هذه المقابلة بحيث يكون الشكر موجهاً لكافة الأساتذة الذين درسوه دون تحديد أسماء. في المثل المتقدم نحن نستعير أسلوب الفقيه الفرنسي ليون ديكي في معرض كلامه عن العمل القانوني حيث يقول ((ليس من جدال في ان حياة البشر تحفل بكمية معتبرة من المظاهر الارادية التي تشكل اعمالاً قانونية بل وتكون أيضاً، حسب التعبير الالاماني، مما لا يعبأ القانون لها. لا ادري اي مؤلف الماني كتب يقول ((عندما اقول لخدامي يا جون ناولني حذائي، فثمة بالتأكيد عمل إلا انه ليس عملاً قانونياً، هناك عمل يفوت على متناول القانون، عمل لا يأبه القانون به)).

انظر ليون ديكي، ترجمة رشدي خالد، دروس في القانون العام، منشورات مركز البحوث القانونية/ وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص ٣٥.

المبحث الأول

التعريف بالوساطة وأصولها التاريخية

سنتطرق في هذا المبحث إلى فكرة الوساطة لتحديد مفهومها بغية تمييزها عن طرق التسوية السلمية الأخرى المعروفة في القانون الدولي، ومنها المساعي الحميدة على وجه التحديد حيث يعالج بعض الكتاب الوساطة والمساعي الحميدة ضمن عنوان واحد رغم وجود فارق من جهة الدرجة حيث ان الوساطة أكثر ايجابية من المساعي الحميدة، وذلك في ضوء توجهات الفقه، والقضاء الدولي، قدر ارتباط أحكامه بتحديد مفهوم النزاع والوساطة على أن يكون هذا الطرح في مطلبين نحدد في المطلب الأول المراد بالوساطة في حين نبحث في العمق التاريخي لهذا الأسلوب الخاص بتسوية المنازعات الدولية وغير الدولية في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: التعريف بالوساطة كطريقة لتسوية المنازعات الدولية

طُبعت سمة الصراع حياة الإنسان في جميع العصور حتى أدرك هذا الكائن ضرورة وجود آليات قانونية فعالة لتسوية المنازعات الدولية بوسائل سلمية تبتعد عن القوة تقوم على أساس التراضي بين الأطراف المتنازعة أو القبول بما تقرره جهة محايدة، وما يراد بالمنازعات الدولية هي تلك الصراعات التي تنشأ بين مجموعة من الدول أو بين أشخاص القانون الدولي العام؛ وهم الدول بصورة رئيسية ثم المنظمات الدولية، فالسمة المميزة للنزاع الدولي انه يثور بين أشخاص القانون الدولي، وقد حددت محكمة العدل الدولية المراد بالنزاع في القضية المتعلقة بالحدود البرية والبحرية بين الكامبيرون ونيجييريا عندما أصدرت حكمها الخاص بالدفع الابتدائية بتاريخ ١١ حزيران ١٩٩٨ إذ ذكرت ان النزاع بالمعنى المقبول في القرارات القضائية للمحكمة وفتاواها وقرارات وفتاوى سلفها، هو خلاف على نقطة قانونية أو واقعية (حقيقية)، تنازع وجهات النظر أو المصالح بين طرفين، وإنه لكي تثبت المحكمة وجود نزاع يجب عليها أن تبين ان ادعاء أحد الطرفين يعارضه الطرف الآخر قطعاً، وان مسألة ما إذا كان ثمة نزاع دولي هي مسألة تقرير موضوعي^١ وإذا كان فقه القانون الدولي يجري على تقسيم طرق التسوية السلمية للمنازعات الدولية إلى نوعين: فهناك الوسائل السياسية لتسوية المنازعات الدولية. وتوجد أيضاً الوسائل القضائية التي تقوم بصورة أساسية على صدور حكم من جهة قضائية أو تحكيمية تملك الولاية القانونية لإصداره، بحيث يكون الحكم القضائي الدولي نافذاً وملزماً لأطراف النزاع، ويكون القرار التحكيمي نافذاً بحسن نية فإن الوساطة تعد من الطرق أو الأساليب السياسية ذات السمة الدبلوماسية التي جرى التعامل الدولي على السير بمقتضاها لتسوية المنازعات الدولية أو بعضاً منها. وبعد ظهور منظمة الأمم المتحدة، ومنها ما كرسته المادة (٣/٢) من الميثاق والتي نصت على (يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن

^١ موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٥،

والعدل الدولي عرضة للخطر)، كما جاء الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة ليكرس نصوصاً تعالج آليات تسوية المنازعات الدولية سلمياً، فجاءت المادة (٣٣) من الميثاق التي ثبتت التزاماً واضحاً طالما إن هذه المنازعات ستقود إلى الإخلال بالسلم والأمن الدوليين فنصت فقرتها الأولى على (يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجأوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها^١) ولا يشير النص المتقدم إلى المساعي الحميدة مما يعكس تبني واضعيه لوجهة النظر التي لا تميز بصورة دقيقة بين المساعي الحميدة والوساطة، وقد أشارت محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها بحكمها الصادر بتاريخ ٢٧ حزيران ١٩٨٦ إلى أهمية اللجوء إلى طرق التسوية السلمية المنصوص عليها في المادة (٣٣) من الميثاق، فذكرت (أحاطت المحكمة علماً بالفعل، في هذه القضية، بعملية كونتادورا، وبحقيقة إنها مؤيدة في مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة وكذلك من نيكاراغوا والولايات المتحدة. وذكرت كلا الطرفين في هذه القضية بضرورة التعاون مع جهود كونتادورا في التماس سلم قطعي ودائم في أمريكا الوسطى، وفقاً للمبدأ الوارد في القانون الدولي والذي ينص على تسوية المنازعات بالطرق السلمية وأيدته أيضاً المادة (٣٣) من ميثاق الأمم المتحدة^٢)، وكررت المحكمة أهمية الالتزام بتسوية المنازعات بالطرق السلمية في القضية المتعلقة بالحادث الجوي الذي وقع في ١٠ آب ١٩٩٩ بين الباكستان والهند (ولاية المحكمة) إذ أشارت في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ حزيران ٢٠٠٠ (إلى إن عدم وجود ولاية لديها لا يعفي الدول من التزاماتها بتسوية المنازعات بالطرق السلمية. ومن المعتبر به ان اختيار هذه الوسائل يعود إلى الدول الأطراف بموجب المادة (٣٣) من ميثاق الأمم المتحدة. ولكنها مع ذلك ملزمة بالتماس تسوية، وبأن تفعل ذلك بحسن نية وفقاً للفقرة (٢) من المادة (٢) من الميثاق. وفيما يتعلق بالهند والباكستان فقد ذكر هذا الالتزام ثانية على وجه الخصوص، في اتفاق سيملا المؤرخ في ٢ تموز ١٩٧٢. علاوة على ذلك إعلان لاهور المؤرخ في ٢١ شباط ١٩٩٩ تصميم البلدين كليهما

^١ أنظر بخصوص التسوية السلمية للمنازعات في نطاق المنظمات الإقليمية، نزار العنبي، وضع التسوية السلمية للمنازعات في نطاق المنظمات الإقليمية . مثال: منظمة الدول الأمريكية ومنظمة الوحدة الأفريقية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون/ جامعة بغداد، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، بغداد، ١٩٩٠، ص ٦٣-٩٣.

European convention for the peaceful settlement of disputes, Encyclopedia of public international law /1/ settlement of disputes, north Holand publishing company p.p 56-57.

وانظر أيضاً على وجه الإيجاز في المساعي الحميدة والوساطة والتوفيق والتحقيق Louis Henkin and others, International law/ cases and materials, second edition, west publishing co, 1987, p.573-575

^٢ موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٢، ص ٢٢٢. يعبر مصطلح كونتا دورا عن مجموعة إقليمية في أمريكا ألاتينية

على تنفيذ اتفاق سيملا. وبناءً على ذلك تذكر المحكمة الطرفين بالتزامهما بتسوية منازعاتهما بالطرق السلمية، وعلى وجه الخصوص النزاع الناشئ عن الحادث الجوي الذي وقع في ١٠ آب ١٩٩٩، بما يتفق مع الالتزامات التي عقدها^١، ويمكن ملاحظة إن المادة (١/٣٣) من الميثاق تبنت مبدأ حرية اختيار الوسيلة المناسبة لتسوية النزاع الدولي دون أن تفرض ترتيباً معيناً أو وسيلة بعينها لفئات من المنازعات، وقد تأكد هذا المبدأ في إعلان مانيلا الخاص بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية والذي جرى إقراره من جانب الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٨٢ حيث أكد على أن الدول الأطراف في نزاع ما لا يمكن أن يفقدوا حريتهم في اختيار وسيلة التسوية السلمية بعينها لتسوية نزاع قائم بينهم^٢، وتعرف الوساطة باعتبارها (مسعى ودي تقوم به دولة ثالثة من أجل إيجاد حل لنزاع قائم بين دولتين. والدولة الثالثة هنا تشترك مباشرة في المفاوضات وإعداد التسوية^٣)، وبذات المعنى يشير أستاذ آخر إلى الوساطة باعتبارها تتمثل (بقيام طرف ثالث بجهود واتصالات تستهدف تسوية النزاع بين أطراف النزاع، وذلك بمحاولة تقديم اقتراحات وحلول يمكن أن تلقى قبول الأطراف^٤)، في حين يذهب جير هارد فان غلان إلى تحديد معنى الوساطة بقوله (ان الوساطة، التي يخلط بينها وبين المساعي الحميدة باعتبارها طريقة لتحقيق التسوية السلمية للنزاع، تذهب إلى أبعد من استخدام المساعي الحميدة، فالوسيط يشترك اشتراكاً فعالاً في التسوية نفسها. والوساطة قد تقوم بها دولة ثالثة، أو مجموعة دول، أو يقوم بها فرد أو وكالة تابعة لمنظمة دولية^٥) والرأي المتقدم يترك مساحة للفرد الذي يمكن ان يقوم بدور الوسيط خارج المفهوم التقليدي لأشخاص القانون الدولي، وهذا يعني عدم وجود قاعدة قانونية دولية تمنع غير الدول او المنظمات الدولية من القيام بدور الوسيط رغم ان الفرد لا يعد أحد أشخاص القانون الدولي كما هو الحال بالنسبة للدول او المنظمات الدولية إلا انه بالمقابل وفقاً لمجرى منطق رأي جيرهارد فان غلان فهو يعترف بمركز دولي او دور للفرد في مجال العلاقات الدولية، ويظهر من هذا التوجه إبتعاداً عن منطق المدرسة الإرادية، والمعبر عنها من جانب فقيه ألماني شهير هو سيدل Seydel عندما قال (انه لمبدأ لا يطاله أي نقاش ان ليس من قانون فوق الدولة وان ليس من قانون في جانب الدولة وان ليس من قانون إلا بالدولة)^٦، وقد عرفت المادة (٤) من اتفاقية فض المنازعات الدولية في المحيط الهادئ لعام ١٩٠٧ الوساطة من خلال تحديد دور الوسيط وتمييزه عن المساعي الحميدة، فدور الوسيط إنما يتحدد من خلال التوفيق بين المطالب

^١ موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، المصدر السابق، ص ١٥٦.

^٢ أنظر صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٩٤٦-٩٤٨.

^٣ محمد المجذوب، الوسيط في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩، ص ٦٨٦.

^٤ صلاح الدين عامر، المصدر السابق، ص ٩٥١.

^٥ جيرهارد فان غلان، تعريب عباس العمر، القانون بين الأمم/ مدخل إلى القانون الدولي العام، الجزء الأول، دار الجيل/

دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص ٢٠٧.

^٦ مشار إليه في ليون ديكي، المصدر السابق، ص ١٧.

المتعارضة وتهدة مشاعر الاستياء التي ربما نشأت بين الدول بصورة مختلفة^١.

المطلب الثاني: الاصول التاريخية لفكرة الوساطة

برزت فكرة الوساطة في اقدم اشارة لها بمعاهدة دولية سبق وان عقدت بين دولتين هما دولة مدينة لكش الواقعة جنوبي العراق وبين دولة أوما المجاورة لها، والتي تعود زمنياً الى اواسط الالف الثالث قبل الميلاد، وقد أشار أنتمينا الى تفاصيل العلاقات العدائية بين الدولتين وهما من دويلات المدن السومرية، ويعود سبب النزاع الى ظهور خلافتات حدودية، وقد تمكن الملك ميسيلم وهو ملك دولة ثالثة تقع في المنطقة ذاتها من التوسط لحل النزاع القائم، ومن ثم عقد اتفاقية بينهما تُبَيِّنُ فيها الحدود وتم تخليد ذلك الحدث على مسلة حجرية أقامها في منطقة الحدود المتنازع عليها^٢.

ان الاشارة الى سابقة تاريخية قديمة تتصل بالوساطة حصراً لا يعني ان طرق التسوية السلمية الأخرى المعروفة في اطار العلاقات الدولية في الوقت الحاضر لا تملك شيئاً من العراقة او القدم التاريخي، فطرق التسوية السلمية قديمة للغاية وهناك اشارات قديمة جداً للتحكيم حيث تم اللجوء الى هذه الطريقة لتسوية منازعات حدود بين ملوك مصريين^٣. فضلاً عن ان فكرة اللجوء الى اسلوب خارج نطاق التسوية القضائية لحل النزاع أمر عرفته القوانين السومرية بل ان حل نزاع ما بطرق بعيدة عن اللجوء الى القضاء كان على حد تعبير ول ديورانت خير ما في القانون كله والذي وضع لتجنب التقاضي، فكل نزاع كان يعرض ابتداءً على محكم عام عليه ان يبذل جهوده لتسويته بطريقة ودية دون طرق باب حكم القانون ويضيف ول ديورانت ((فها هي ذي مدينة بدائية يجدر بنا ان نتلقى منها درساً نصلح به مدينتنا))^٤ واذا كانت الحضارتين العراقية والمصرية القديمة قد عرفت الوساطة على (المستوى الدولي) فان حضارات أخرى مارسست الوساطة كاسلوب لحل المنازعات على مستويات متعددة، فالمجتمعات اليهودية لجأت الى هذه الطريقة في ازمة قديمة بهدف حل الخلافات ذات الطابع الديني والمدني من خلال دور الزعامات الدينية والسياسية بحيث ضمننت لليهود في تلك الفترة حماية الهوية الثقافية الخاصة بهم، كما لعبت الكنيستين الكاثوليكية والارثوذكسية دور الوسيط في حل

¹ Anne Peters, International Dispute settlement, A Network of cooperation Duties, European Journal of International Law (2003), vol, 14, NO.1, pp. 5-6.

^٢ عامر سليمان، القانون في العراق القديم/ دراسة تاريخية قانونية مقارنة، الطبعة الثانية، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٨٧، ص ١٠٦. وانظر حول تفاصيل هذا النزاع، طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، الجزء الاول/ الوجيز في تاريخ حضارة وادي الرافدين، الطبعة الاولى، شركة دار الوراق للنشر المحدودة، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٥١-٣٥٧.

³ Prakash Chandra, International law, vikas publishing house pvt ltd, 1994, p.10 .

^٤ ول ديورانت، ترجمة محمد بدران، قصة الحضارة/ نشأة الحضارة- الشرق الادنى، الجزء الثاني من المجلد الاول، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع، تونس/ بيروت، ١٩٨٨، ص ٢٨.

منازعات وقعت في نطاق المجتمعات الغربية^١.

من جانب آخر لا يمكن تجاهل ما اشار اليه القرآن الكريم في آيات عدة من ضرورة الاصلاح بين الاطراف المتنازعة منها ما ورد في قوله تعالى ((وان طائفتان من المؤمنين إقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل واقسطوا إن الله يحب المقسطين))^٢ فالآية الكريمة أوجبت الوساطة بين الطرفين المتنازعين بهدف الإصلاح ، وتسهيلاً لهذا الدور فقد نهى الرسول محمد (ص) عن بيع السلاح وقت الفتنة سداً لذريعة الاعانة على المعصية، وهذا الدور محكوم بشرط مفاده ان الوصول الى الصلح يجب ان يُبنى على العدل^٣.

١ انظر في تاريخ ممارسة الوساطة في نطاق المجتمعات المحلية، كريستوفرو. مور، ترجمة: فؤاد سروجي، عملية الوساطة/استراتيجيات عملية لحل النزاعات، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٧، ص ٤٤-٤٨.

^٢ سورة الحجرات، الآية ٩/٩

^٣ صبحي محمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢، ص ١٦٤.

المبحث الثاني

مميزات الوساطة ومكانتها في ضوء مصادر القانون الدولي العام

تجد الوساطة أساسها القانوني كطريقة صالحة لتسوية أي نزاع دولي في العرف الدولي، والاتفاقيات الدولية، ومبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة، وبقية المصادر المساعدة الأخرى التي أشارت إليها المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وما سنحاول القيام به في هذا المبحث هو تحديد أبرز المميزات التي تنفرد الوساطة بها، فضلاً عن تعيين الأساس القانوني عند لجوء دولة الى طرح مبادرة وساطة لحل نزاع قائم بين دولتين او تجنب وقوع نزاع محتمل في مطلب أول على ان نبحت في المطلب الثاني موقف محكمة العدل الدولية من موضوع البحث.

المطلب الاول: الاساس القانوني للوساطة وابرز مميزاتها

نصت المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على (١) - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن : أ - الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تصنع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة. ب - العرف الدولي المقبول بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال. ج . مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة. د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم. ويعتبر هذا وذاك وسيلة مساعدة لتعيين قواعد القانون، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (٥٩). ٢- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى عليه). إن هذه المادة تحدد القواعد القانونية الدولية التي يمكن أن تطبق على أي نزاع، ويبدو واضحاً أن في مقدمتها المعاهدات الدولية، إذ نص على الوساطة ميثاق جامعة الدول العربية في المادة (٥) التي أكدت على انه (لا يجوز اللجوء إلى القوة لفض المنازعات بين دولتين أو أكثر من دول الجامعة العربية، فإذا نشب بينهما خلاف لا يتعلق باستقلال الدولة أو سيادتها أو سلامة أراضيها ولجأ المتنازعون إلى المجلس لفض هذا الخلاف كان قراره عندئذ نافذاً. وفي هذه الحالة لا يكون للدول التي وقع بينها الخلاف الاشتراك في مداولات المجلس وقراراته ويتوسط المجلس في الخلاف الذي يخشى منه وقوع حرب بين دولة من دول الجامعة وبين أي دولة أخرى من دول الجامعة أو غيرها للتوفيق بينهما. وتصدر قرارات التحكيم والقرارات الخاصة بالتوسط بأغلبية الآراء). وهذا نص صريح يعد الوساطة من طرق التسوية السلمية للمنازعات الدولية، وقد أشار ميثاق منظمة الوحدة الأفريقية إليها أيضاً، وهي تتميز بما يلي:

أولاً: انها طريقة تسهل إجراء الحوار، والتخفيف من حدة التوتر بين الأطراف المتنازعة، فضلاً عن التوفيق بين مطالبهم المتضاربة، وتقديم المساعدة بهدف إيجاد الحلول الودية والعادلة لمنازعاتهم.

ثانياً: إن الحلول والمقترحات التي يقدمها الوسيط لا تلزم أطراف النزاع إلا إذا كان هناك اتفاق

بين الأطراف المعنية على منح مقترحات الوسيط هذه السمة أو اتفاقهم على القبول بها^١، وهذا ما يميز الوساطة عن التحكيم، الذي يتصف بصفة الإلزام والتي يتم إسباغها على ما يصدره المحكم من قرارات^٢. كما تتميز الوساطة عن المساعي الحميدة في أن الدول التي تقوم بالمساعي الحميدة^٣ تكتفي بمجرد التقريب بين الدولتين المتنازعتين ودفعهما باتجاه استئناف المفاوضات لتسوية النزاع القائم بينهم دون أن تشترك هي في ذلك في حين تشترك الدولة التي تقوم بالوساطة في المفاوضات التي تتم بين الأطراف المتنازعة فضلاً عن تقديم الحل الذي تعتقد أنه مناسب لحل الأزمة إذا ما قدرت أن في مشاركتها بهذه الطريقة ما يساعد أطراف النزاع على الوصول إلى نهاية مثمرة في اتصالاتهم^٤، ويستطيع الوسيط أن يقوم بدور الوساطة بناءً على طلب من أحد أطراف النزاع أو أن يبادر هو بهذا الاتجاه^٥ وبالمعنى ذاته يشير أحد الفقهاء إلى أن المساعي الحميدة تتحول إلى وساطة في حالة عدم اكتفاء الدولة الصديقة بإبداء النصح والمشورة بل هي تساهم برضا طرفي النزاع في المفاوضات الجارية إلى لحظة انتهائها أو انقطاعها، وأثناء ذلك تدلي برأيها في المطالب التي يتقدم بها أطراف النزاع، وتقدم المقترحات التي تعتقد أنها عادلة^٦. والمثال على هذه الحالة ما بذله ملك المملكة العربية

¹ Anne Peters, op. cit, p.6.

^٢ عرفت محكمة العدل الدولية التحكيم في قضية تعيين الحدود البحرية ومسائل إقليمية بين قطر والبحرين (قطر ضد البحرين) في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ آذار ٢٠٠١ بقولها (إن كلمة تحكيم لأغراض القانون الدولي، تشير عادة إلى تسوية الخلافات بين دولتين من قبل قضاة من اختيارهما، وعلى أساس احترام القانون، وهذا ما أكدته لجنة القانون الدولي).

أنظر موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، المصدر السابق، ص ١٨٢.

^٣ من الأمثلة على حالة المساعي الحميدة النزاع الذي نشب بين المملكة المتحدة واليونان ١٨٤٧-١٨٥١ والمتعلق باعتداءات وقعت في الأراضي اليونانية على مواطن بريطاني حيث أجرت المملكة المتحدة اتصالات دبلوماسية أولاً مع اليونان دامت أكثر من سنتين، إلا أنها لم تثمر شيئاً وبعد أن ادعت الحكومة البريطانية أنها جربت جميع ما لديها من وسائل ودية فشلت في الحصول على تعويض، وجهت إلى اليونان إنذاراً نهائياً لكي تتصرف في غضون ٢٤ ساعة، وبعد ذلك أرسلت قوات بحرية لفرض حصار على الموانئ واحتجاز سفن يونانية، وتجدر الإشارة إلى أن قائد الأسطول البريطاني رفع الحصار واحتفظ بالسفن التي احتجزها، إثر المساعي الحميدة التي بذلتها فرنسا، غير أن الوساطة الفرنسية باءت بالفشل فاستؤنف الحصار.

أنظر حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩٢، المجلد الثاني، الجزء الأول، وثائق الدورة الرابعة والأربعين، الأمم المتحدة، نيويورك، ص ٤١ الهامش رقم ٦٠. يشير رينيه جان دويوي إلى وجود فارق بسيط بين الوساطة والمساعي الحميدة فالأولى تتضمن اقتراحاً بإيجاد تسوية حيث قام اتجاه حديث بأقصاء السياسة عن هذا الأسلوب باللجوء إلى تعيين شخصية رسمية كوسيط دولي، انظر رينيه جان دويوي، القانون الدولي، ترجمة سمحي فوق العادة منشورات عويدات، الطبعة الثالثة، بيروت، ١٩٨٣، ص ٩٣.

^٤ عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٥٨٥.

⁵ Prakash Chandra, op.cit, p.105.

^٦ فاضل زكي محمد، الدبلوماسية في النظرية والتطبيق، جامعة بغداد، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٩١.

السعودية وبموافقة أميري البحرين وقطر منذ عام ١٩٧٦، من مساعي لايجاد حل للنزاع في سياق الوساطة والتي أشير إليها أحياناً بالمساعي الحميدة حيث أفضت خلال اجتماع ثلاثي عقد في آذار ١٩٨٣ الى الموافقة على مجموعة مبادئ لاطار التوصل الى تسوية، ثم قدم ملك المملكة العربية السعودية عام ١٩٨٧ مقترحات جديدة بموجب رسائل متطابقة الى اميري قطر والبحرين تضمنت المقترحات السعودية التي أقرها أميرا الدولتين اربع نقاط^١ في حين يشير كاتب آخر الى ان المساعي الحميدة هي عبارة عن عملية وساطة أولاً بين دول متنازعة تستهدف تجنب استعمال القوة لحل المشكلة القائمة او هي الجهود التي بذلتها إحدى الدول لايجاد حل لخلاف قائم بين دولتين متنازعتين لحملهما على التفاوض^٢. ويحق للوسيط، وهذا أمر طبيعي، لقاء الأطراف المتنازعة مجتمعين أو على انفراد، وتنتهي مهمة الوسيط إذا ما جرى تسوية النزاع أو إذا ما قرر أحد الفرقاء أو الوسيط نفسه ان الاقتراحات المقدمة منه غير مقبولة^٣. والحقيقة اننا نستطيع ان نتصور قيام هيئة توفيق خاصة بممارسة المساعي الحميدة تحت اشراف الدولتين الطرفين في نزاع بهدف التوصل الى حل ودي^٤.

ثالثاً: إن القانون الدولي بقواعده الوضعية المطبقة لا يفرض أي التزام على أية دولة كي تؤدي دور الوسيط بصدد نزاع دولي، وفي هذا الاتجاه سارت دول العالم في النصوص التي اعتمدتها في موثائق المنظمات الدولية سواء كان ذلك في ميثاق الأمم المتحدة او في ميثاق جامعة الدول العربية او غيرها من المنظمات مع ملاحظة ان بعض الحالات قد عكست وجود بواعث خاصة للوسيط أو مصالح يسعى إلى تحقيقها ترتبط بتسوية النزاع موضوع الوساطة فيقوم بإجراء الوساطة ويمارس ضغوطاً معينة ومساومات بهدف تحقيق النجاح وصولاً لتسوية النزاع، وهذا ما قامت به الولايات المتحدة عام ١٩٠٥ بين روسيا واليابان لتسوية النزاع بخصوص الجزر اليابانية وكان دورها أولاً قد بدأ بمساعٍ حميدة إلا ان الولايات المتحدة لما وجدت انه لا بد من المساهمة في إنهاء الحرب بصورة فعالة تحول هذا الدور أوتوماتيكياً من دور الدولة القائمة بالمساعي الحميدة إلى دور الدولة الوسيطة، فاشتركت في إعداد الخطوات اللازمة لإنهاء تلك الحرب^٥. وقد كرست الممارسة الدولية بعض الحالات التي فرضت فيها اتفاقيات دولية محدودة اللجوء إلى الوساطة كأمر إجباري وإلزامي واقع على

^١ مشار إليها في موجز الاحكام والفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٢-١٩٩٦، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٨، ص ٨٤.

^٢ عادل محمد القيار، الدبلوماسية (المفهوم)، وزارة الخارجية العراقية، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٣٧.

^٣ جيرهارد فان غلان، المصدر السابق، ص ٢٠٨. أنظر بخصوص عوامل الاختلاف والتشابه بين الوساطة والمساعي الحميدة، Anne peters, op. cit, p.6

^٤ فعلى سبيل المثال نصت المادة ٤٢/أ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على ((إذا تعذر على اللجنة حل مسألة أحيلت إليها وفقاً للمادة ٤١ حلاً مرضياً للدولتين الطرفين المعنيتين، تعين هيئة توفيق خاصة يشار إليها في مايلي باسم الهيئة - تضع مساعيها الحميدة تحت تصرف الدولتين الطرفين المعنيتين بغية التوصل الى حل ودي للمسألة على أساس احترام احكام هذا العهد)).

^٥ فاضل زكي محمد، المصدر السابق، ص ١٩١.

أطراف النزاع، وهوما سارت عليه معاهدة باريس لعام ١٨٥٦ التي تضمنت نصاً مفاده انه في حالة قيام نزاع يهدد بنشوب حرب بين تركيا وإحدى الدول الموقعة على المعاهدة، تلتزم الدول المتنازعة بطلب وساطة باقي الدول^١.

رابعاً: تستخدم الوساطة لتحقيق غرضين: الأول هو منع نشوب حرب، والمثال على هذه الحالة وساطة بريطانية سنة ١٨٦٧ بين فرنسا وبروسيا بخصوص اللكسمبورغ، ووساطة البابا ليو الثالث عشر في النزاع الألماني الإسباني على مجموعة جزر كارولين في المحيط الباسفيكي سنة ١٨٨٥، ووساطة الجزائر في النزاع العراقي الإيراني بخصوص شط العرب والتي أدت إلى عقد معاهدة الحدود وحسن الجوار المعقودة بتاريخ ١٣ حزيران سنة ١٩٧٥، ووساطة مصر في النزاع الحدودي بين المملكة العربية السعودية وقطر بشأن النزاع الحدودي بينهما سنة ١٩٩٢^٢. أما الغرض الثاني الذي يجري استخدام الوساطة لتحقيقه فيتمثل في وضع حد لحرب قائمة، والمثال على ذلك وساطة اليابان لإنهاء الحرب بين فرنسا وتايلند والتي قادت إلى إبرام اتفاقية طوكيو بتاريخ ١١ آذار ١٩٤١، ووساطة الاتحاد السوفيتي لإنهاء النزاع المسلح الهندي الباكستاني في ٧ أيلول التي أدت إلى اجتماع رئيسي الدولتين في مدينة طاشقند بناءً على اقتراح الاتحاد السوفيتي حيث أصدر في ١٠ كانون الثاني سنة ١٩٦٦ تصريح طاشقند الذي نص فيه على وجوب إعادة العلاقات الطبيعية بينهما، ووساطة الولايات المتحدة الأمريكية لإنهاء الحرب بين الأرجنتين وبريطانيا حول جزر الفوكلاند سنة ١٩٨٢ والتي قادت إلى وقف القتال^٣.

من جانب آخر يلاحظ وجود تطبيق نادر لحالة توسط في حرب أهلية بهدف إنهائها، ففي شهر آب سنة ١٩٤٧ وافقت الدول العشرون الممثلة في مؤتمر الدفاع للدول الأمريكية المجتمع بالبرازيل وبالإجماع على اقتراح للقيام بوساطة مشتركة في الحرب الأهلية التي كانت ناشبة في بارغواي. وقد تقدمت أورغواي باقتراح يقضي بإرسال رسائل إلى الجانبين المتنازعين تطلب منهما إنهاء القتال بسرعة^٤. كما يمكن الإشارة الى وساطة الاتحاد الأفريقي في النزاع المسلح الداخلي في ليبيا بين حكومة العقيد معمر القذافي والمجلس الوطني الانتقالي التي جرت عام ٢٠١١.

خامساً: من مظاهر المرونة في الوساطة عدم وجود مدة زمنية محددة لإنجازها إلا في حالة الاتفاق بين الأطراف المعنية على غير ذلك^٥، كما يمكن أن تقوم بدور الوساطة دولة ثالثة، أو

^١ صلاح الدين عامر، المصدر السابق، ص ٩٥٢.

^٢ أنظر أمثلة على هذه الحالة، Parakash Chandra, op.cit, p105 عصام العطية، المصدر السابق، ص ٥٨٦، صلاح الدين عامر، المصدر السابق، ص ٩٥٣، جيرهارد فان غلان، المصدر السابق، ص ٢٠٨. زايد عبيد الله مصباح، الدبلوماسية، الطبعة الاولى، دار الرواد/ دار الجبل، طرابلس/ ليبيا، بيروت/ لبنان، ١٩٩٩، ص ١٣٠-١٣١.

^٣ عصام العطية، المصدر السابق، ص ٥٨٧.

^٤ جيرهارد فان غلان، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

^٥ محمد المجذوب، المصدر السابق، ص ٦٨٨.

مجموعة من الدول، أو يقوم بها فرد أو منظمة دولية^١، ومثال ذلك تعيين السفير غونار يارنغ ممثلاً للأمم المتحدة العام بعد حرب حزيران عام ١٩٦٧، وصدر قرار مجلس الأمن الدولي رقم ٢٤٢ في ١٩٦٧/١١/٢٢ لإجراء الاتصالات الضرورية بين الدول الأطراف في النزاع بهدف التوصل إلى حل سلمي للصراع العربي الصهيوني، وقبل هذا التاريخ في سياق الصراع ذاته عين مجلس الأمن الدولي الكونت برنادوت وسيطاً في فلسطين ثم عين رالف بانش بعد اغتيال الأول على يد العصابات الصهيونية، وفي عام ١٩٥٠ اختار مجلس الأمن قاضياً استرالياً، وشيخاً أمريكياً، ودبلوماسياً سويدياً، للوساطة في حل مشكلة كشمير بين الهند وباكستان، وفي حادثة السفينة **Rainbow warrior** التابعة لحركة السلام الأخضر ارتكب فيها موظفو المخابرات الفرنسية فعلاً غير مشروع دولياً في ميناء اوكلاند بنيوزيلندا عام ١٩٨٥ حيث دمروا السفينة المذكورة التي كانت تحتج على التجارب النووية الفرنسية في جنوب المحيط الهادئ، وأسفر هذا الفعل بصورة عرضية عن وفاة أحد أفراد الطاقم، وأصدرت الحكومة الفرنسية اعتذاراً، ووافقت في نهاية الأمر على إجراء وساطة رأسها الأمين العام للأمم المتحدة، كما تحملت قدراً من المسؤولية تمثل بالتعويض المالي أو النقدي عن وفاة الفرد عضو الطاقم^٢ والحقيقة إن الأمانة العامة للأمم المتحدة قد استعانت في السنوات العشر الأخيرة بعدد من الدبلوماسيين الذين أتقنوا فن الوساطة لمساعدة المنظمة الدولية على حل عدد من الخلافات التي كانت على وشك الانفجار، ومن هؤلاء الوسطاء السفير الجزائري الأخضر الإبراهيمي^٣.

سادساً: يلاحظ عدم تضمين كافة الاتفاقيات الدولية لنصوص تشير فيها صراحة إلى الوساطة كأسلوب لتسوية المنازعات التي تقوم بخصوص تفسير أو تطبيق نصوص هذه الاتفاقيات، ومن ذلك على سبيل المثال اتفاقية مونتريال المؤرخة في ٢٣ أيلول ١٩٧١ التي نصت المادة ١٤/١ منها على، (أي نزاع بين دولتين أو أكثر من الدول المتعاقدة حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية، لا يمكن تسويته عن طريق التفاوض، يحال إلى التحكيم بناءً على طلب إحدى هذه الدول. وإذا لم يتفق أطراف النزاع على هيئة التحكيم في غضون ستة أشهر من تاريخ طلب الإحالة إلى التحكيم، فإنه يجوز لأي طرف أن يحيل النزاع إلى محكمة العدل الدولية بموجب طلب يقدم وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة)، وكذلك الحال مع المادة (١/١٧) من الاتفاقية الدولية لمناهضة تجنيد المرتزقة واستخدامهم وتمويلهم

^١ جيرهارد فان غلان، المصدر، ص ٢٠٧-٢٠٨.

^٢ مشار إليه في، مسائل أخرى/ الإرهاب وحقوق الإنسان، تقرير مرحلي مقدم من المقررة الخاصة السيدة كاليوبي ك. كوفو، لجنة حقوق الإنسان/ اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والخمسون، البند (٦) من جدول الأعمال المؤقت، E/CN.4/sub.2/2001/31 في 27 June 2001، ص ٥٥، الهامش رقم ٩٢. يمكن أن يقوم الأمين العام للأمم المتحدة بمساع حميدة في مجالات متعددة. انظر بهذا الخصوص على سبيل المثال:

B.G Ramcharan, The Good offices of the united nations secretary- general in the filed of human Rights, American Journal Of International Law, 1982, vol. 76, No.1, p.p130-141.

^٣ محمد المجذوب، المصدر السابق، ص ٦٨٨.

وتدريبهم لعام ١٩٨٩ حيث نصت على ((يعرض للتحكيم اي نزاع ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الاطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية ولا يتم تسويته عن طريق المفاوضات وكذلك بناء على طلب أي من هذه الدول، وإذا لم تتمكن الاطراف خلال ستة اشهر من تاريخ طلب التحكيم من الاتفاق على تنظيم أمر التحكيم، جاز لأي من اولئك الاطراف ان يحيل النزاع الى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقاً للنظام الاساسي للمحكمة)). ويبدو واضحاً وفق ما تقدم إن الاتفاقية المذكورة قد أشارت إلى التفاوض واللجوء إلى التحكيم أو لمحكمة العدل الدولية دون ذكر للوساطة، وهذا أمر قد يكون من المهم الانتباه إليه في الاتفاقيات الدولية التي ستعقد مستقبلاً بين دول العالم الثالث بحيث تتضمن النصوص ذات الصلة بتسوية المنازعات اشارة واضحة الى الوساطة نظراً للمميزات التي تتمتع بها.

سابعاً: ساهمت طرق تسوية المنازعات الدولية والنص عليها في عدة وثائق قانونية مهمة ذات طبيعة ملزمة بعد الحرب العالمية الثانية على وجه التحديد في التقليل من حالات اللجوء إلى الحرب أو التدابير المضادة^١ في حين ان قلة النص على مثل هذه الطرق قبل الحرب العالمية الثانية، ومن بينها أي أسلوب لتسوية المنازعات عن طريق طرف ثالث بالمقارنة مع الفترة اللاحقة قد ساهم في عدم ظهور اعتراضات من جانب الدول على مشروعية التدابير الانتقامية التي مورست ضدها استناداً إلى القول بأن الطرف الآخر في النزاع لم يحاول قبل ذلك اللجوء إلى إجراءات سلمية لتسوية النزاع^٢.

ثامناً: في بعض الأحيان تظهر الوساطة فضلاً عن طرق التسوية السلمية الأخرى وكأنها مصممة بطريقة تجعل من عملية تحريكها أمراً ممكناً عند الضرورة بالإرادة المنفردة للطرف المضرور، وهذا هو الحال بالنسبة للإجراءات المؤسسية المتاحة طبقاً لاتفاقيات شائعة أو عامة أو الاتفاقيات الثنائية كأن يتم إجراء الوساطة مثلاً عن طريق مجلس الأمن أو الجمعية العامة الذي تحكمه المواد من الخامسة والثلاثين إلى الثامنة والثلاثين من ميثاق الأمم المتحدة. مما تقدم يتضح وجود عدة أسس قانونية تركز مشروعية لجوء دولة ثالثة الى طرح مبادرة وساطة لتسوية نزاع ذلك أننا نجد اساساً اتفاقياً في حالة وجود معاهدة دولية تسمح للوسيط ان يستند الى نص فيها يجعل من الوساطة أمراً ممكناً في النزاع مع ملاحظة ان ميثاق الامم المتحدة، وهو عبارة عن معاهدة شائعة تركز مشروعية

^١ نظمت المواد ٤٨ الى ٥٤ من مشروع مسؤولية الدول الاحكام ذات الصلة بالتدابير المضادة. انظر الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للامم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون، البند ١٦٢ من جدول الاعمال/ قرار اتخذته الجمعية العامة بناءً على تقرير اللجنة السادسة A/Res/56/83 في ٢٨ كانون الثاني ٢٠٠٢. وانظر بخصوص التدابير المضادة زهير الحسني، التدابير المضادة في القانون الدولي العام/ دراسة في جانب من العواقب القانونية الناشئة عن المخالفات الدولية والتي تحول دون قيام المسؤولية الدولية، الطبعة الثانية، منشورات جامعة قاريونس/ بنغازي، ١٩٩٨.

^٢ حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩٢، المصدر السابق، ص ٤١. وأنظر في شرط استنفاد الالتزامات ذات الصلة بتسوية المنازعات قبل اتخاذ تدابير مضادة، حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩١، المجلد الثاني/ الجزء الاول، ووثائق الدورة الثالثة والاربعين، الامم المتحدة، ص ٥٤-٥٩.

اللجوء الى الوساطة باعتبارها من طرق التسوية السلمية للمنازعات الدولية، ومع ذلك فان امكانية لجوء دولة الى القيام بدور الوسيط أمر لا يرتبط بالضرورة بوجود معاهدة ترتبط بها الدولة القائمة بالوساطة مع الدول المتنازعة أو أية معاهدة جماعية أخرى تمنح الاساس القانوني للدولة الراغبة بالوساطة للقيام بهذا الدور ذلك ان العرف الدولي يقدم لنا أساساً آخر لمشروعية دور الوسيط، فهناك قاعدة عرفية مضمونها جواز مبادرة أية دولة باتجاه التوسط لحل نزاع دولي او غير دولي، وهي قاعدة على درجة كافية من الوضوح رغم وجود جانب من الفقه يخلط بين الوساطة والمساعي الحميدة، فوجود الأساس العرفي للقيام بدور الوسيط أمر يجب ان نسلم به من الناحية الموضوعية، أما رفض بعض الدول لوساطات دول أخرى فهذه مسألة لا ترتبط بالجانب الموضوعي للوساطة من جهة مضمونها أو اساس القيام بها لكنها مسألة سياسية تتعلق بموقف الدولة الراضة للوساطة في مواجهة الدول الراغبة في القيام بدور الوسيط.

المطلب الثاني: موقف محكمة العدل الدولية من الوساطة

اشارت محكمة العدل الدولية¹ في بعض قراراتها الى اهمية اللجوء إلى الوساطة كأسلوب لتسوية المنازعات الدولية، ومن ذلك ما نص عليه قرارها الصادر بتاريخ ٢٥ أيلول ١٩٩٧ حول القضية المتعلقة بمشروع غابشيكوفو- ناغيماروس (هنغاريا/ سلوفاكيا) حيث ذكرت المحكمة (تعترف المحكمة ان كلا الطرفين متفقان على ضرورة النظر إلى المخاوف البيئية بجدية واتخاذ التدابير الاحتياطية اللازمة، ولكنهما مختلفان اختلافاً أساسياً في عواقب هذا الأمر على المشروع المشترك. وفي هذه الحالة ربما تكون مشاركة طرف ثالث مفيدة وهامة للغاية في إيجاد حل، شريطة أن يكون كل من الطرفين مرناً في موقفه²). أما في إطار الآراء الملحقة بحكم محكمة العدل الدولية يشير نائب الرئيس القاضي ويرمانتري في رأيه المستقل إلى ان (الجانب الثالث من القانون البيئي المشار إليه هو مسألة ما إذا كانت مبادئ الحجة القاصرة على صاحبها التي يمكن أن تعمل بين الطرفين ملائمة في

¹ نصت المادة الاولى من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية على ((تكون محكمة العدل الدولية، التي ينشئها ميثاق الامم المتحدة الاداة القضائية الرئيسية للهيئة وتباشر وظائفها وفقاً لاحكام هذا النظام الاساسي)) وقد اشار القاضي رزق في جانب من رأيه المستقل الملحق بقرار محكمة العدل الدولية الخاص بمسائل تفسير وتطبيق اتفاقية مونترال لعام ١٩٧١ الناشئة عن الحادث الجوي الذي وقع في لوكربي (الجمهورية العربية الليبية ضد الولايات المتحدة الامريكية/ دفعو ابتدائية) والصادر بتاريخ ٢٧ شباط ١٩٩٨ الى مدى أهمية الدور الذي يمكن ان تلعبه المحكمة في تفسير القانون حيث أشار الى ((ان للمحكمة ولاية تامة في تفسير وتطبيق القانون في قضية مختلف فيها، حتى ان كانت ممارسة هذه الولاية تتطوي على تمحيص ناقد لقرار جهاز آخر من اجهزة الامم المتحدة، فهي لا تمثل الدول الاعضاء في المنظمة تمثيلاً مباشراً، ولكن كون المحكمة مصنونة من الاوامر السياسية هو بالضبط السبب الذي يجعلها المفسر المتميزة للقانون، والمكان الطبيعي لمراجعة اعمال الاجهزة السياسية باسم القانون، كما هي القاعدة في النظم الديمقراطية)).

موجز الاحكام والفتاوى والامور الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، المصدر السابق، ص٢٨.

² Case concerning the Gabčíkovo – Nagymaros project, judgment of 25 September 1997, International Court Of Justice, Reports, para.113.p.56.

مسائل كذلك المتعلقة بالبيئة، والتي لا تهم مجرد الطرفين، وإنما تهم دائرة أوسع من ذلك، فالمسائل التي تنطوي على واجبات قبل الكافة بطبيعتها ربما لا تكون مناسبة للحل بقواعد إجراءات مصممة لحل المنازعات بين طرفين^١ وهذا الكلام يثير تساؤلاً مضمونه مدى صلاحية الوساطة لحل كافة أو بعض أشكال المنازعات الدولية دون أخرى في ضوء تباين وجهات نظر أطراف النزاع من طبيعة القاعدة المختلف حول تطبيقها، وإذا كانت المحكمة قد أجابت كما أشرنا آنفاً بأهمية تدخل طرف ثالث كوسيط لحل مثل هذه المنازعات في ضوء اعتراف الطرفين إن القواعد الآمرة الجديدة في القانون البيئي قد برزت إلى حيز الوجود بعد عقدها معاهدة ١٩٧٧^٢ وهي المعاهدة المعقودة بين هنغاريا وتشيكوسلوفاكيا حيث أصبحت سلوفاكيا خلفاً لتشيكوسلوفاكيا فيها، في حين يتحدث القاضي ويرمانتري عن قواعد حل المنازعات التي صممت لتسوية نزاع قائم بين طرفين إذا تعلق النزاع بقواعد ترتب التزامات تجاه الكافة^٣ erga omnes.

المبحث الثالث

عوامل نجاح الوسيط الدولي أوفشله في ضوء التجربة القطرية

هنالك عدة عوامل تؤدي دوراً في مجال نجاح الوساطات المبادر بها من جانب بعض الدول أو فشلها، وهي في مجملها أي هذه العوامل ترتبط بمعطيات سياسية ذات طابع موضوعي إلى حد كبير، وإن كان الطابع الشخصي لا يمكن أن ينكر أيضاً في مجال فشل وساطات دولية ونجاح أخرى، وعلى هذا الأساس سنحاول في هذا المبحث تحديد عوامل نجاح الوسيط الدولي في مطلب أول في حين سنتطرق إلى دور الوسيط القطري في تسوية بعض أشكال المنازعات الدولية في مطلب ثاني.

^١ مجموعة الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، المصدر السابق، ص ٩.

^٢ International Court Of Justice, reports (1997), op.cit, para.112, p.64.

^٣ عرفت المادة (٥٣) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول لعام ١٩٦٩ القواعد الآمرة بقولها (...ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العامة القواعد المقبولة والمعترف بها من الجماعة الدولية كقاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العامة لها ذات الصلة).

ومن المفيد الإشارة إلى إن جانباً من فقه القانون الدولي يميز بين ما يعد قاعدة أمرة وما ينظر إليه باعتباره قاعدة ترتب التزاماً في مواجهة الكافة، فكل قاعدة أمرة ترتب التزاماً تجاه الكافة ولكن ليس كل قاعدة ترتب التزاماً تجاه الكافة هي قاعدة أمرة فتحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية أو التهديد باستخدامها مثال بارز على القاعدة الآمرة في حين يوصف مبدأ الالتزامات تجاه الكافة بأنه يتعلق بصورة أساسية بمصلحة الدول وموقفها في حالة معينة تتعلق بحق المثل أمام القضاء

أنظر حول القواعد الآمرة في القانون الدولي، سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة. عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٨٦.

وأنظر أيضاً:

M.cherif Bassiouni, International crimes: jus cogens and obligation erga omnes.

المطلب الأول: عوامل نجاح الوسيط الدولي أو فشله

إن تنمية طرق التسوية السلمية للمنازعات الدولية بكافة الوسائل المتاحة هدف مشروع نادى به الكثيرون، وربما كانت الدعوة إلى تحقيق أو إقامة مجتمع دولي ونحن هنا لانكر وجود هذا المجتمع كوسيلة أو أداة بديلة عن مفهوم التعايش أو التنسيق بحيث يكون الهدف العمل سوياً خدمة لأهداف لا يمكن تحقيقها عن طريق شخص واحد، فالتعاون الدولي على كافة الأصعدة سبق أن أكد عليه الإعلان الخاص حول المبادئ الدولية ذات الصلة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٧٠، إذ تم إقرار واجبات محددة للتعاون في العلاقات الاقتصادية الدولية، وقد تم استعادة المفاهيم المتقدمة في السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي عندما جرى الحديث عن الحق في التنمية، والمرتبطة غالباً بمفهوم التضامن الحديث، ويؤدي واجب التعاون دوراً هاماً في قانون البيئة الدولي، وفي ما يسمى بالحرب ضد الإرهاب، في حين يلاحظ أن الجوانب ذات الصلة بفض المنازعات لم يتم التطرق إليها أو تحليلها إلا نادراً في ضوء هذا المفهوم، وعلى أية حال فإن الأساس القانوني لكافة أساليب ومبادئ وقواعد فض المنازعات بالطرق السلمية إنما يجد نفسه في ميثاق الأمم المتحدة، هذا المبدأ الذي يعد محورياً في النظام القانوني الذي جاء به الميثاق^١.

إن من أهم الإيجابيات التي توفرها الوساطة باعتبارها أسلوباً لتسوية المنازعات الدولية إنها تسمح بحل توافقي أكثر مرونة من الحلول القضائية التي تقوم من حيث المبدأ في غالبها على أن الربح يأخذ كل شيء، فضلاً عن أن الوساطة تراعي احترام مبدأ السيادة أكثر من غيرها من الحلول غير الدبلوماسية^٢، فالوساطة تحتفظ بمزايا الحلول القضائية إلا أنها أيضاً من جانب آخر أي الدول

^١ Anne Peters, op.cit, p.3-4.

^٢ لا يمكن إنكار وجود تطورات كبيرة طرأت على العلاقات الدولية أثرت في النظرة أو الموقف من فكرة السيادة، فهناك اتجاه يذهب إلى اعتبار السيادة مبدأً أساسياً تقوم عليه العلاقات الدولية، وهي تشكل أمراً ضرورياً لتنظيم الروابط فيما بين أعضاء المجتمع الدولي، ومن ثم يجب تقديم احترام هذا المبدأ على ما سواه على اعتبار أن بقاء الدولة مستمد أساساً من هذا المبدأ الذي يعد شرطاً لازماً للمحافظة على الأمن والاستقرار داخل المجتمعات الوطنية، وبهذا فإن مبدأ السيادة يعد شرطاً للحفاظ على الأمن والاستقرار على مستوى العلاقات الدولية في مجملها. في حين يذهب اتجاه ثانٍ إلى القول إن فكرة السيادة الوطنية قد أصبحت شيئاً من مخلفات الماضي، فالقانون الدولي في تطور مستمر، وهو الآن قد تجاوز هذه الفكرة، ويؤكد أحد الباحثين المؤيدين لهذا الاتجاه على المعنى المتقدم منتهياً إلى نتيجة مضمونها نهاية السيادة. في حين يذهب اتجاه ثالث إلى التأكيد على أن مبدأ السيادة من غير الممكن تجاوزه رغم التطورات الحديثة التي شهدتها القانون الدولي إلا أن المفهوم التقليدي لا يمكن قبوله أيضاً.

وصفوة القول أن التطورات التي حصلت في العلاقات الدولية قد قادت إلى تقييد حرية كل دولة في الحركة تجاه الدول الأخرى بشكل جعلها أقرب إلى وضع الفرد في نطاق القانون الداخلي من جهة الخضوع لأحكام القانون وعدم القدرة على التهرب من الالتزامات المترتبة على هذه الأحكام.

أحمد الرشيدى، بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس

المتنازعة ترغب في قرار ملزم صادر عن جهة قضائية لكي تكون قادرة على أن ترمي المسؤولية نحو الخارج، وهي بهذا ستظهر بمظهر أفضل أمام شعبها والجهات المؤثرة في بلدانها، إذ انها على حد تعبير أحد الكتاب (تريد قراراً ملزماً من جانب محكمة لكي تكون قادرة على أن تقول لشعبها: أنظروا، لقد قاتلنا ببسالة عن موقفنا، والآن ليس بوسعنا قبول النتيجة، ليس الذنب ذنبنا، علينا الالتزام بقرار المحكمين أو القضاة^١) وهذا مجرد دفاع سياسي عن النفس من جانب حكومة إحدى الدول المتنازعة. ومع ذلك فإن من الصعب القبول بفكرة إن الحلول القضائية غالباً ما تمنح أحد طرفي النزاع كل شيء، فالجانب التوفيقي يجد له أساساً في المادة (٢/٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية حيث نصت على (لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك)، فضلاً عن أن محكمة العدل الدولية قد تبنت حلولاً يمكن القول عنها انها ذات طابع (توفيقي محدود ظاهرياً) في عدة مناسبات فهي لا تحكم بالضرورة لأحد الأطراف بحيث تلبي كافة طلباته، ومن المفيد الإشارة في هذا السياق الى أن محكمة التحكيم الدائمة قد سعت في الفترة الزمنية الأخيرة الى توسيع الخدمات التي تقدمها إذ تطرح في الوقت الراهن نظاماً واسعاً من اساليب حل المنازعات كتقصي الحقائق والتوفيق وانواع التحكيم للدول وللاطراف من غير الدول، كالمنظمات الدولية والكيانات الخاصة والأفراد^٢.

إن نجاح وساطة أية دولة يتطلب توافر مجموعة من العوامل منها:

١. يجب أن تكون الدولة القائمة بالوساطة على درجة عالية من المهارة في كسب الثقة كي تلقى وساطتها القبول والنجاح، فمهمة الوساطة كما يشير إلى ذلك الفقيه فاتيل vattel (يفترض في الوسيط العدالة والمهارة والرأي الصائب، وتقضي بأن يكون حيادياً فيحول دون التراشق بالتهم ويهدئ الضغائن الكامنة ويقرب الآراء المتباينة، ويطلب منه أن يراعي ناحية الحق وأن يسهر على إيصال كل ذي حق إلى حقه دون التشدد في ضرورة إدراك ذروة العدل والكمال. بل يجب على

والخمسون، ١٩٩٩، ص ٦٩-٧١.

وأنظر بخصوص فكرة السيادة في القانون الدولي Kleffens, E.N.Van, Sovereignty in International law, Recueil des Cours Academi de Droit International (de La Haye), 1953, Volume82, p.1-131 mark w. Janis, An introduction to international law, fourth edition, new York, 2003, p.p.159-163

¹ Anne peters, op.cit, p.7.

من الصعب القبول بوجهة النظر القائلة ان الوساطة ستكون مقبولة بدرجة أكبر في الدول غير الغربية على أساس تقسيم العالم الى حضارات تتعامل بطريقة مباشرة وحضارات تتعامل بطريقة غير مباشرة حيث تجد الوساطة قبولاً أكبر لها بين أبناء الحضارات التي تتعامل بطريقة غير مباشرة إذ يتجنب هؤلاء النزاع المكشوف ويبدلون جهوداً لحفظ ماء وجههم وماء وجه الآخرين في حين يميل أبناء الحضارات التي تفضل التعامل المباشر الى فكرة المواجهة المباشرة والحوار المباشر. مشار الى هذا الرأي في كريستوفرو. مور، المصدر السابق، ص ٦٣.

^٢ محكمة العدل الدولية، اسئلة واجوبة عن الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، منشورات إدارة شؤون الاعلام بالامم المتحدة، الامم المتحدة، ص ٤.

النقيض من ذلك أن يحمل صاحب الحق على التساهل في مطالبيه حسمًا للنزاع وتوطيداً لأركان السلم^١.

٢. من المهم للغاية أن يكون الوسيط مقبولاً من جانب الطرفين المتنازعين، ولأهمية هذا الشرط الذي يعد أساساً لنجاح الوساطة يشير أحد الكتاب إليه ضمناً بقوله: (الوساطة هي طريق مهم آخر لحل المنازعات. وهي تكتسب أهمية خاصة في تسوية المنازعات في المنطقة العربية، حيث السلم كل لا يتجزأ، إذ يمكن أن يتطور نزاع تافه فيشعل فتيل نزاع خطير، ومهما قيل في قلة عدد من تؤمن وساطتهم، فليس من الصعب، مع وجود عشرين دولة عربية، العثور على دولة عربية واحدة، أو سياسي عربي واحد، يثق كلا طرفي النزاع بنزاهتهما^٢). وقد شهدت الممارسة الدولية رفضاً لوساطات دول محددة، فقد رفضت هولندا سنة ١٩٤٧ وساطة الصين في النزاع بينها وبين اندونيسيا، ورفضت الهند سنة ١٩٥١ وساطة استراليا لإنهاء النزاع بينها وبين باكستان حول كشمير، ورفضت المغرب وساطة الجمهورية العربية المتحدة في حل النزاع الذي قام بينها وبين الجزائر في نهاية سنة ١٩٦٣ حول الحدود بين الدولتين^٣.

٣. يعد عامل السرية في بعض الأحيان من العناصر الأساسية المساعدة في نجاح الوساطة، وهذا ما تم الانتباه إليه عندما وضع مؤتمر بوبنس آيرس لسنة ١٩٣٦ معاهدة للمساعي الحميدة والوساطة نصت على اختيار وسيط واحد من مجموعة مرشحين في نصف الكرة الأرضي الغربي. وتضمنت هذه المعاهدة ناحية مهمة، إذ نصت على ان السرية وعدم النشر في تسوية المنازعات بما في ذلك ضرورة عدم وضع أي تقرير من جانب الوسيط فضلاً عن إحاطة المداولات بالسرية الكاملة^٤. في حين لم تفرد المشاريع ذات الصلة بمسؤولية الدول للوساطة أكثر من مادة واحدة مشتركة مع المساعي الحميدة دون التطرق لشرط السرية، فنصت المادة (٥٥) منه على (يجوز لأي دولة طرف في هذه المواد وليست طرفاً في النزاع أن تقوم، بناءً على طلب أي طرف في النزاع، أو بمبادرة منها. ببذل مساعيها الحميدة أو بعرض وساطتها بغية تسهيل التوصل إلى تسوية ودية للنزاع)، ولا نجد في عناوين ونصوص مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً والتي اعتمدتها لجنة الصياغة في القراءة الثانية مثل هذه المادة أو تفاصيل لمواد تتعلق بتسوية المنازعات^٥.

^١ فاضل زكي محمد، المصدر السابق، ص ١٩٣.

^٢ صالح جواد الكاظم، مباحث في القانون الدولي، دار الشؤون الثقافية العامة، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩١، ص ٧٥.

^٣ عصام العطية، المصدر السابق، ص ٥٨٥-٥٨٦.

^٤ جيرهارد فان غلان، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

^٥ أنظر الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة/ لجنة القانون الدولي/ الدورة الثانية والخمسون . جنيف ٢٣ نيسان . حزيران ٢٠٠١ و ٢ تموز . ١٠ آب ٢٠٠٠ / A/CN.4/L.602 في أيار ٢٠٠١. من المهم الإشارة الى ان مشاريع المواد التي اعتمدت في القراءة الأولى قد اشتملت على نصوص تتعلق بتسوية المنازعات ويمكن الاطلاع عليها

٤. يجب أيضاً لنجاح الوساطة أن يكون للوسيط دور إيجابي، وهذا أمر طبيعي، إذ إن هذا الدور هو ما يميز الوساطة عن المساعي الحميدة، ومن ثم فإن من الضروري أن تتوفر للوسيط قاعدة معلومات أساسية ووافية عن تفاصيل النزاع لكي تكون المقترحات أو التوصيات التي يقدمها مقبولة من جانب الطرفين.

المطلب الثاني: دور الوسيط القطري في تسوية بعض أشكال المنازعات الدولية

نادراً ما شهد تأريخ العلاقات الدولية محاولات وساطة قامت بها دول ذات مساحة محدودة إلا أن من جملة عوامل النجاح التي قادت إلى تفكيك بعض الأزمات من جانب الوسيط القطري إنما تعود إلى حالة الفراغ السياسي الناشئ عن غياب القيادات التقليدية في العالم العربي عن التحرك باتجاه تبني وممارسة دبلوماسية نشطة في المنطقة ربما للإحباط الذي أصيبت به هذه القيادات من جراء الأزمات المستمرة التي عصفت في الماضي ومازالت تعصف بمنطقة الشرق الأوسط، والتي كانت وستبقى على المدى المنظور صاحبة الرحم الخصب في إنتاج النزاعات والأزمات بأبعادها القومية والطائفية والدينية والاقتصادية والسياسية، ذلك أن هذه القيادات قد استنفدت طموحاتها السياسية وبلغت بها المدى الأقصى في مقابل تطلعات وطموحات لقيادات شابة تتجاوز حجم الدول التي تمثلها من ناحية المساحة، وفي ضوء ذلك قامت دولة قطر بوساطات ناجحة في لبنان، وفي دارفور، وفي اليمن مما يطرح تساؤلاً مهماً حول أسباب نجاح الوساطات القطرية^١ في عدة مناسبات، والتي يمكن ردها إلى العوامل التالية:

١. إن النزاعات التي قامت دولة قطر ببذل مساعي الوساطة فيها ونجحت في تحقيق نتائج إيجابية كانت عبارة عن نزاعات قائمة في دول صغيرة أو محدودة التأثير أو فقيرة، فكانت النظرة من جانب الأطراف المتنازعة إيجابية للدور القطري، في حين يبدو من الصعب تصور نجاح وساطة

بالرجوع إلى حولية لجنة القانون الدولي، ١٩٩٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني) ص ١٣٨-١٤٠، في حين إن التوصية التي طرحت من جانب الفريق العامل المفتوح العضوية، توصلت لجنة القانون الدولي إلى نتيجة قائمة على التفاهم مضمونها عدم إدراج الأحكام المتعلقة بآلية لتسوية المنازعات بشرط لفت الانتباه إلى هذه الآلية التي صيغت من جانب اللجنة في مشاريع المواد المعتمدة في القراءة الأولى كوسيلة محتملة لتسوية المنازعات فيما يتعلق بمسؤولية الدول، وعلى أن تترك للجمعية العامة قضية النظر في شكل الأحكام المتصلة بتسوية المنازعات ونوع الأحكام التي يمكن أن تدرج إذا ما قررت الجمعية العامة صياغة اتفاقية.

^١ تعد محاولات قطر في الوساطة لحل بعض المنازعات من أدوات السياسة الخارجية ذات الطابع الدبلوماسي. أنظر في أدوات السياسة الخارجية والعوامل المؤثرة فيها، محمد السيد سليم، تحليل السياسة الخارجية، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٩١-٩٥. محمد فتح الله الخطيب السياسة الخارجية والعوامل المؤثرة على اتجاهاتها، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، العدد الرابع/ ١٩٦٥، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٦٦، ص ٩٧٧-١٠١٦.

قطرية إذا كان النزاع الذي تحاول هذه الدول التوسط فيه قائماً بين دول لا تؤثر فيها عوامل القوة أو الجذب القطرية (الثروة، الحياد، الطموح)، ومرد ذلك الكبرياء الذي تشعر به هذه الدول حيال الدول الصغيرة الحجم في منطقة تقوم فيها العوامل الاجتماعية ذات التأثير السياسي دوراً لا يستهان به نظراً لطبيعة المنطقة المحافظة حتى على المستوى السياسي، وربما كان أنزيلوتي Anzelotti مشيراً لجانب من هذه الحقيقة عندما ذكر (إن العنصر الأساسي للعلاقات فيما بين الدول ليس العنصر الاقتصادي وإن كان هذا العنصر يشكل في التحليل الأخير جوهر العلاقات المذكورة بل هو عنصر مثالي: عنصر الشرف والكرامة والقيمة الأخلاقية للأشخاص، وينتج من ذلك أن مجرد شعور دولة ما بتجاهل حق من حقوقها من جانب دولة أخرى أمر ينطوي في حد ذاته على ضرر لا تكون الدولة ملزمة بتحملة حتى ولو لم يسفر عن عواقب مادية^١).

٢. العامل الثاني المساعد في نجاح الوساطات القطرية قد يرتد إلى بريق المال وعوامل النجاح الذي تحقق في دولة قطر بحيث أصبحت محط أنظار الكثيرين وإعجابهم، فقطر تلك الإمارة الصغيرة التي لا تحمل فوق أكتافها عبء الحضارات القديمة وما خلفته من تراكم فكري وقومي وديني وطائفي أثار الكثير من المعرقات التي وقفت في مواجهة البناء كما العراق لعبت دوراً مهماً باتجاه التفرغ لعملية صنع التاريخ في نهايات القرن العشرين ومطلع القرن الحادي والعشرين^٢، وبالعودة للعامل المذكور والذي يمكن رده في إطار القانون الداخلي لفكرة الهيئة المكتسبة بوصفها تعريفاً جامعاً مانعاً، إلا أنه من الممكن التحسس بها كواقعة قائمة، وإذا كنا نتصور دون إنكار دوراً مهماً لظاهرة الهيئة في عصر الفضائيات ووسائل الاتصال التي حولت العالم إلى قرية صغيرة في المجتمعات الوطنية فلا يوجد ما يمنع من تصور دور فعال لظاهرة الهيئة على مستوى المجتمع الدولي وسواء كانت هذه الظاهرة ذات تأثير وطني أم ذات تأثير دولي فإن من العناصر

^١ حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩٣، المجلد الثاني، الجزء الثاني، تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة عن دورتها (٤٥)، ص ١٦٠.

^٢ يلعب الزمن دوراً في تكريس بعض الممارسات والافكار بحيث يصبح من الصعب الافلات من حكمها رغم انها لا تصلح لكل زمان ومكان فالزمن واختلاف ظروف الانسان يجعل من بقاء مثل هذه الممارسات والافكار أمراً غير ملائم ومكرساً للفساد وفي المعنى المتقدم يشير ول ديورانت في معرض حديثه عن اوروكوجينا المصلح السومري والمستبد المستنير الى ان الكهنة اسرفوا في ابتزاز اموال الناس فنهض اوروكوجينا كما نهض لوثر بعده بقرون واخذ يندد بنهبهم وجشعهم، ويتهمهم بالرشوة في توزيع العدالة ابتزازاً منه للزراع والصيادين لثمرة كدهم، واذا كان قد افلح في تطهير المحاكم من هؤلاء الموظفين المرتشين الفاسدين حماية للضعفاء ووضع القوانين التي تنظم الضرائب والرسوم التي تؤدي للمعابد والتي تحول دون اغتصاب الاموال والاملاك، لكن العالم كان قد عمر حتى شاخ، وتأصلت فيه الاساليب القديمة البالية التي القى عليها الزمان ضلاله فغشاها بشيء من التبجيل والتقديس، وقد استعاد الكهنة امتيازاتهم بعد موت اوروكوجينا مثلما استعادوا سلطانهم في بلاد النيل بعد موت اخناتون، ذلك ان الناس لا يترددون في ان يؤدوا اغلى الاثمان لكي يعودوا الى ما خطته لهم أساطيرهم، وكانت جذور الاساطير ذات الطابع الديني في ذلك العهد قد تتأصل في العقول. ول ديورانت، المصدر السابق، ص ٣٠.

التي تساعد في بروز هذه الظاهرة وتأثيرها في المجتمعات الداخلية عامل القوة العسكرية والثروة، والوسامة، والنسب، والمركز الاجتماعي أو الوظيفي، والجهد الشخصي للشخص معنوياً كان أم طبيعياً، وربما يكون عالم الاجتماع الفرنسي غوستاف لوبون أول من درس هذه الظاهرة في كتابه روح المجتمعات^١.

٣. وجود رغبة قطرية حقيقية وإرادة صادقة ذاهبة باتجاه الوساطات التي قامت بها من خلال الصبر الطويل والرغبة في إنجاح الوساطة ببذل المال والجهد وتهيئة بقية مستلزمات وعوامل النجاح إذ يبدو ان الجهود القطرية لم تكن تتعامل مع النزاعات التي توسطت فيها من باب إسقاط الفرض رغم عدم وجود أي التزام قانوني واضح في مواجهة الآخرين يجبر قطر على القيام بهذه الوساطات، وإنما هي عوامل أخلاقية وعناصر أخرى^٢، في حين فشلت على سبيل المثال وساطة

^١ أنظر في ظاهرة الهيبة منذر الشاوي، القانون الدستوري/ نظرية الدولة، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص ٥٧-٥٩.

^٢ كتب أحد الكتاب في مجلة المشاهد/ وهي اسبوعية سياسية جامعة تصدر في لندن/بريطانيا العدد ٧٤٦ حول الوساطة القطرية التي قادت إلى توقيع الاتفاق الإطاري لسلام دارفور (وأهمية الرعاية القطرية للاتفاق هي في انها توجت عملاً قوطياً دؤوباً، اتسم بالحرص والتأني والمثابرة، واستقطبت على مراحل دعماً سودانياً أفريقياً ودولياً. ومعروف ان محادثات السلام الشاملة حول أزمة الإقليم السوداني المتفجر انطلقت قبل خمسة عشر شهراً تقريباً في العاصمة القطرية، بمشاركة أعضاء اللجنة الوزارية العربية والأفريقية والحكومة السودانية ورئيس الاتحاد الأفريقي وبعض الحركات المسلحة في الإقليم والحكومة القطرية. وفي غضون ذلك، واصل الاجتماع التشاوري لمنظمات المجتمع المدني في دارفور أعماله ضمن مفاوضات السلام الشامل، في مسعى لتقديم رؤية مشتركة، وبلورة مقترحات وتوصيات عملية لدفع المفاوضات إلى نهايات سليمة. وبوساطة قطرية وقعت الحكومة السودانية وحركة العدل والمساواة إحدى كبريات حركات دارفور المسلحة اتفاق حسن نية وبناء ثقة في ٢٠٠٩/٢/١٧، أي قبل عام كامل من تاريخ توقيع الاتفاق الإطاري في وقت لاحق، وبعد مضي عشرة أشهر على هذا الاتفاق، عقد ممثلو المجتمع المدني اجتماعاً تشاورياً في الدوحة، دعوا فيها الحكومة والحركات الدارفورية معاً إلى الوقف الفوري لإطلاق النار، وحثوا كل الحركات المسلحة على توحيد رؤاها التفاوضية من أجل وضع حدٍّ لمعاناة الإقليم، مشددين على ان الدوحة هي المنبر الوحيد للتفاوض.

وجاء (إعلان الدوحة) الصادر عن هذا الاجتماع، بعد أربعة أيام من المباحثات والنقاشات، يكرس الدعم المدني الدارفوري لمفاوضات السلام، ويؤكد ان المجتمع المدني السوداني شريك أصيل في هذه المفاوضات.

وأهمية هذا (الإعلان) في انه تضمن أيضاً مبادئ أساسية للتفاوض تنطلق من ان دارفور جزء من السودان الواحد الموحد، وان قضية الإقليم قضية سياسية ذات أبعاد اجتماعية. اقتصادية لا يمكن حلها إلا بالحوار الجاد بين أبناء الوطن. ومن بين القضايا التي تناولها البيان الترتيبات الأمنية ونزع السلاح والجمع المتزامن لهذا السلاح، وتفعيل دور القيادات والإدارات الأهلية على كل المستويات. وبشأن تقاسم الثروة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، أكد الإعلان ضرورة تنفيذ مشاريع استراتيجية تنموية كبيرة ذات طابع قومي، مع مراعاة التمييز الإيجابي، وتخصيص حصة عادلة من الموارد النفطية لدارفور.

ولم تكتف العاصمة القطرية بمواكبة المشاورات من بعد، لأن الوسيط القطري انخرط بقوة في المفاوضات الحكومية مع

جامعة الدول العربية، والأمم المتحدة، وفرنسا وغيرها في حلحلة الأزمة اللبنانية التي كادت أن تؤدي إلى حرب أهلية عام ٢٠٠٨^١.

٤. ينظر إلى قطر من جانب الأطراف المتنازعة في الوساطات التي قامت بها كطرف محايد، وقد أشار حسن صادق، وهو مفاوض من جماعة المتمردين الرئيسية بدارفور، إلى ذلك بقوله (إن قطر مكان جيد للتفاوض لأن المناخ ملائم لهذا) وأضاف (إن القطريين لا يسعون إلى الاستفادة من المفاوضات خلافاً لنتشاد والدول المجاورة الأخرى)، وبذلك يبدو واضحاً عدم وجود أجندة خاصة أو سلبية من جانب دولة قطر عند قيامها بدور الوسيط في نزاعات عربية آسيوية وأفريقية، وبهذا الخصوص يشير باراك بارفي الزائر في مركز لروكينغر الدوحة والخبير في الشؤون الإيرانية واليمنية وتنظيم القاعدة إلى هذه الحقيقة بقوله (ولم يقتصر الدور الإيجابي لقطر على اليمن فقط بل في المنطقة كلها، حيث تقوم الدوحة بدور الجسر بين معسكرات مختلفة في العالم العربي وتريد أن تكون محايدة في عيون العالم، فتكون طرفاً محايداً يلجأ إليه الجميع^٢). وفي ضوء ما تقدم فإن عمل مقارنة بسيطة هدفها تحديد العامل الذي قاد إلى رفض وساطات جهات أخرى دون قطر مما رتب عدم مشروعية سياسية لأدوار الدول الوسيطة التي حاولت القيام بهذا الدور من جانب الأطراف المتنازعة، بحيث قاد ذلك إلى عدم قبول وساطة هذه الدول، في حين قبلت الوساطة القطرية، هذا على المستوى السياسي، أما على المستوى القانوني فيمكن الإشارة إلى عنصر روحي

(حركة العدل والمساواة) ومن أجل هذه الغاية، قصد الخرطوم قادماً من طرابلس، والتقى هناك عدداً من المسؤولين الليبيين وممثلين عن الحركات المسلحة في دارفور. ولم تقتصر المهمة على الخرطوم، لأن الوسيط القطري قصد تشاد وكينيا ليتلقى مجموعة الحركات التي لم تكن قد شاركت في المشاورات، من أجل التشجيع على جولة جديدة من التفاوض مع كل الأطراف الراغبة في السلام.

في تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٩، عادت ورشة العمل المعنية بسلام دارفور إلى الدوحة، لتثبت مبدأ الحوار والتسوية السياسية طريقاً أوحده لحل الأزمة، بمشاركة وفود من عشرين دولة ومنظمة واتحاداً. ومرة أخرى، أكدت الدوحة ضرورة التغلب على كل الصعاب التي تعترض العملية السلمية بالتشاور مع أطراف النزاع، كما أكدت ضرورة الاستعانة بالخبرات الفنية للمشاركة في الورشة، لجهة تقديم مقترحات عملية حول أفضل السبل لتسريع الحل وإشراك المجتمع المدني الدارفوري في التوافق.

وهكذا تسارع إيقاع الوساطة القطرية التي توجت في الأسبوع ما قبل الفائت بتوقيع الاتفاق القطري، في قمة سميت (قمة سلام دارفور)، ضمت أمير قطر الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني، والرئيس السوداني عمر البشير، والرئيس التشادي إدريس ديبي، ورئيس حركة العدل والمساواة خليل إبراهيم، واعتبرت الأطراف المشاركة الخطوة مدخلاً إلى مرحلة جديدة في العلاقات السودانية بدول الجوار من جهة، وعواصم القرار الكبرى من جهة أخرى.

^١ يشير ريجان أي دوهيرتي إلى جانب من عوامل النجاح بقوله (لم يكن انتصارها الدبلوماسي . أي قطر . قائماً على السحر والبراعة وحسب، بل انطوى على مبالغ كبيرة من المال. وقال أحد الوسطاء: إن قطر ساعدت في تعزيز نجاح هذه المحادثات بتوزيع ٤٤ مليون دولار على الأطراف اللبنانية المتنافسة).

^٢ مشار إليه في مقال منشور في صحيفة الشرق القطرية/ الثلاثاء ٢٠ تموز ٢٠١٠.

مشابه قاد القاضي رانجيفا في رأيه المخالف الذي عارض فيه أغلبية أعضاء المحكمة بالحكم في الفقرة ١٥٥- جيم عندما أشار إلى انه (لم يكن عدم مشروعية البديل جيم، في رأي القاضي رانجيفا، في بنائه أو تدشينه، ولا حتى في تحويل مياه نهر الدانوب، وإنما في إحلال مشروع وطني محل مشروع دولي^١)، وبمعنى آخر فأن من عوامل نجاح الوسيط القطري توفر عنصر حسن النية بوساطتها في المنازعات المتعددة^٢.

٥. حالة الفراغ الناشئ نتيجة عدم وجود محاولات جادة وحقيقية من جانب الدول العربية، شكلت فرصة تاريخية لدولة قطر في أن تستجيب للتحديات السياسية بطريقة ايجابية وفعالة^٣.

٦. يمكن رد نجاح الوسيط القطري أيضاً إلى مرونة قطر كوسيط، وهذا عامل جوهري في النجاح يتجسد من خلال عدم وجود قوالب جامدة تنظر قطر من خلالها إلى النزاع أو مواقف مسبقة ذات طابع سلبي فضلاً عن توافر عنصر الكفاءة والخبرة والدراسة للمشكلة التي تقوم قطر بالتوسط لحلها، وهذا يعني توافر كادر سياسي وقانوني كفاء. ويشير مارك فارها أستاذ سياسة الشرق الأوسط بجامعة جورج تاون إلى ان هناك رغبة واضحة في أن تكون قطر رائدة وفي المقدمة بجميع المجالات سواء التعليم أو الإعلام أو الدبلوماسية.

^١ أنظر حكم محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة بمشروع غابنشيوكوفو ناغيماروس (هنغاريا/ سلوفاكيا) الحكم الصادر في ٢٥ أيلول ١٩٩٧، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، المصدر السابق، ص ١١.

وفي إطار النزاع المائي التركي السوري العراقي يبدو ان خطورة المشاريع المائية التركية والسورية على العراق قد تتأتى من خلال احلال مشاريع وطنية محل مشروع دولي قد يوجد إذا ما شارك العراق فيه.

^٢ أشارت محكمة التحكيم الدائمة في حكم لها صادر بتاريخ ٢٤ كانون الثاني ١٩٠٤ في قضية الامتيازات الفنزيلية إلى ان مبدأ حسن النية يجب أن يحكم العلاقات الدولية.

Reports of International arbitral awards-volume IX –UN- Netherlands- 1960.

وأنظر حول هذا المبدأ رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٨٣.

^٣ إن افتقاد العمل العربي لمحاولات جادة من جانب القيادات العربية التقليدية في الوساطة أما لهرمها أو تخليها عن مسؤولياتها الأخلاقية والقانونية، فغياب مصر على سبيل المثال ربما نتيجة العقدة من نشاط حركة الإخوان المسلمين، وهي شبيهة بعقدة دول أخرى من المد الشيوعي أو تصدير الثورة الإيرانية، الأمر الذي قاد إلى فراغ عربي في العراق تعود أسبابه إلى عوامل متعددة ربما يكون منها بقاء هذه القيادات التقليدية العربية أسيرة صراعات الماضي، ففي حين استجابت دولة قطر للتحديات السياسية بطريقة ايجابية تراجعت القوى العربية التقليدية منكفئة وراء أمجاد تاريخية ولت مختارة في ذلك أم غير مختارة.

الخاتمة

تعد الوساطة طريقة من طرق تسوية المنازعات الدولية سلمياً والتي تؤدي دوراً إيجابياً ولا زالت في تاريخ العلاقات الدولية حتى انها لم تفقد أهميتها رغم ظهور وتطور طرق جديدة لتسوية المنازعات، وهي تعرف باعتبارها مسعىً ودياً يستهدف إيجاد تسوية لنزاع ما تقوم به دولة ثالثة تشترك بصورة إيجابية في المفاوضات، وتعد الوساطة من الطرق التي تخفف من حدة التوتر بين الأطراف المتنازعة، ولا تلزم الحلول التي يتقدم بها الوسيط أطراف النزاع، حيث يجري استخدام الوساطة إما لمنع نشوب حرب أو لإيقاف حرب قائمة، والوساطة ذات عمق تاريخي موغل في القدم، إذ إن هناك إشارات تاريخية مؤكدة تتضمن في محتواها استخدام الوساطة في حضارة بلاد ما بين النهرين التي تعد من حضارات الري القديمة، وقد أشارت محكمة العدل الدولية إلى أهمية اللجوء إلى الوساطة لتسوية بعض المنازعات ذات الطابع الدولي في القضية المتعلقة بمشروع غابيتشيكوفو ناغيماروس في قرار صادر عنها عام ١٩٩٧. وفي ضوء ما تقدم من حقائق يمكن تثبيت الاستنتاجات والتوصيات التالية:

١. إن الإشارات التاريخية القديمة للوساطة واستخدامها في تسوية المنازعات التي نشأت في ظل حضارة ري قديمة إنما تعكس العمق التاريخي لهذا الأسلوب من أساليب تسوية المنازعات الدولية والذي لا زال محتفظاً بالكثير من خصائصه القديمة كعدم إلزام طرف في القيام بدور الوسيط أو عدم إلزام أطراف النزاع بقبول وساطة طرف ثالث، وهذه العوامل في حد ذاتها وعلى وجه التحديد العمق التاريخي لها إنما تعكس الطابع الأخلاقي في هذه الممارسة أو هذا الأسلوب حتى إن بعض الكتاب يدرس الوساطة بصورة مشتركة مع المساعي الحميدة.
٢. أكدت عدة اتفاقيات دولية متخصصة في تسوية المنازعات الدولية على الوساطة كإحدى الطرق التي يمكن اللجوء إليها لفض المنازعات بين الدول، فضلاً عن اتفاقيات دولية أخرى غير متخصصة بذلك، إلا أن الملاحظ أن هناك اتفاقيات أخرى لم يجرِ النص فيها على تسوية المنازعات الدولية عن طريق الوساطة وهذا لا يعني مطلقاً عدم إمكانية اللجوء للوساطة لتسوية منازعات دولية ترتبط بتطبيق مثل هذه الاتفاقيات.
٣. نص ميثاق الجامعة العربية على ضرورة إتباع عدة طرق لتسوية المنازعات التي قد تقوم بين الدول العربية، ويبدو إن تاريخ العلاقات العربية العربية وحجم المشاكل الموجودة بين دول الجامعة التي وصلت في بعض الأحيان إلى استخدام القوة المسلحة من جانب أحد الأطراف ضد آخر يحتم على المنظمة المذكورة أن تدرس بجدية فكرة العمل على وضع اتفاقية عربية لتسوية المنازعات تتبنى آليات ملزمة وفعالة بهدف إيجاد الحلول لأشكال المنازعات العربية، من جانب آخر فإن الوساطة كما ذكرنا ذات طابع اختياري غير ملزم إلا إذا تم النص عليها بموجب اتفاقية دولية تضع أطرافها أمام التزام واضح باللجوء إلى الوساطة، ونظراً للمرونة التي تتمتع بها هذه الطريقة فمن الممكن جعلها إلزامية في بعض أشكال المنازعات الدولية

والتي ثبت تاريخياً جدواها في حل هذه المنازعات ومنها منازعات المياه، كما ان هذه الفكرة يمكن أن تمتد لتشمل منظمة المؤتمر الإسلامي التي تم تغيير التسمية الخاصة بها إلى منظمة التعاون الإسلامي.

٤. لقد امتد دور الوسيط القطري ليشمل منازعات متعددة، وإذا كانت قضية عدم إمكانية تجاوز حقيقة مفادها ان الوسيط القطري قد خطا الخطوة الأولى فإن بإمكان عدة جهات عربية تطوير ما بدأته دولة قطر، حيث شملت وساطتها منازعات حملت أبعاداً قانونية وسياسية وربما أثمرت الوساطة القطرية نتيجة لقيامها بدور توفيقى بين المصالح المتضاربة، وبذلك تم التخفيف من قسوة وصلابة القواعد القانونية فضلاً عن تقديم بعض ما يطالب به كل طرف أو التخفيف من هذه المطالبات من خلال منح سخية.

٥. قد نتصور إمكانية التركيز في اللجوء إلى أسلوب الوساطة في المنازعات ذات الطابع غير الدولي فمثل هذه المنازعات بحاجة إلى وقت طويل نسبياً لحلها وإلى صبر ونفس طويلين لتهيئة الأجواء وتنقيتها لوضع الأطراف في بداية الطريق المؤدية إلى حل المشكلة وقبول المصالحة. فهل يمكن ان نشهد ظهور اتفاقية عربية لتسوية المنازعات تتناول جانب المنازعات ذات الطابع غير الدولي في النطاق العربي، فضلاً عن المنازعات بين الدول العربية .

٦. من الملائم دراسة إمكانية الوصول إلى تأسيس منظمة دولية غير حكومية في دولة قطر تهتم بجدوى التوسط في بعض المنازعات، وقد تكون الخطوة الأولى متمثلة بالعمل على ظهور منظمة وطنية قطرية متخصصة تقوم بدور الوسيط وتعنى بدراسة طرق التسوية السلمية للمنازعات الدولية على غرار اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي تقوم بدور رائد في مجال القانون الدولي الإنساني.

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

١. أحمد الرشدي، بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس والخمسون، ١٩٩٩.
٢. الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة/ لجنة القانون الدولي/ الدورة الثانية والخمسون - جنيف ٢٣ نيسان . حزيران ٢٠٠١ و٢ تموز ١٠ آب ٢٠٠٠ / A/CN.4/L.602 في أيار ٢٠٠١.
٣. الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون، البند ١٦٢ من جدول الأعمال/ قرار اتخذته الجمعية العامة بناءً على تقرير اللجنة السادسة A/Res/56/83 في ٢٨ كانون الثاني ٢٠٠٢.
٤. جيرهارد فان غلان، تعريب عباس العمر، القانون بين الأمم/ مدخل إلى القانون الدولي العام، الجزء الأول، دار الجيل/ دار الآفاق الجديدة، بيروت.
٥. حولية لجنة القانون الدولي، ١٩٩١، المجلد الثاني/ الجزء الأول، وثائق الدورة الثالثة والأربعين، الأمم المتحدة.
٦. حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩٢، المجلد الثاني، الجزء الأول، وثائق الدورة الرابعة والأربعين، الأمم المتحدة، نيويورك.
٧. حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩٣، المجلد الثاني، الجزء الثاني، تقرير لجنة القانون الدولي الى الجمعية العامة عن دورتها .
٨. رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حُسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٨٣.
٩. رينيه جان ديبوي، ترجمة سموحي فوق العادة، القانون الدولي، منشورات عويدات، الطبعة الثالثة، بيروت، ١٩٨٣.
١٠. زايد عبيد الله مصباح، الدبلوماسية، الطبعة الأولى، دار الرواد/ دار الجيل، طرابلس/ ليبيا، بيروت/ لبنان، ١٩٩٩.
١١. زهير الحسني، التدابير المضادة في القانون الدولي العام/ دراسة في جانب من العواقب القانونية الناشئة عن المخالفات الدولية والتي تحول دون قيام المسؤولية الدولية، الطبعة الثانية، منشورات جامعة قار يونس/ بنغازي، ١٩٩٨.
١٢. سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٣. صالح جواد الكاظم، مباحث في القانون الدولي، دار الشؤون الثقافية العامة، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩١.
١٤. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٥. صبحي محمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢.
١٦. صحيفة الشرق القطرية/الثلاثاء ٢٠ تموز ٢٠١٠
١٧. مجلة المشاهد السياسي/أسبوعية سياسية جامعة تصدر في لندن/العدد ٧٤٦
١٨. طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، الجزء الأول/ الوجيز في تاريخ حضارة وادي الرافدين، الطبعة الأولى، شركة دار الوراق للنشر المحدودة، بيروت، ٢٠٠٩.
١٩. عادل محمد القيار، الدبلوماسية (المفهوم) وزارة الخارجية العراقية، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٠.
٢٠. عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
٢١. عامر سليمان، القانون في العراق القديم/ دراسة تاريخية قانونية مقارنة، الطبعة الثانية، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٨٧.
٢٢. عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٨٦.
٢٣. فاضل زكي محمد، الدبلوماسية في النظرية والتطبيق، جامعة بغداد، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٧٣.
٢٤. كاليوبي ك. كوفاء، الإرهاب وحقوق الإنسان، تقرير مرحلي مقدم من المقررة الخاصة لجنة حقوق الإنسان/ اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والخمسون، البند (٦) من جدول الأعمال المؤقت، E/CN.4/sub.2/2001/31 في 27 June 2001، ص ٥٥، الهامش رقم ٩٢.
٢٥. كريستوفرو. مور، ترجمة فؤاد سروجي، عملية الوساطة / استراتيجيات عملية لحل النزاعات، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٧.
٢٦. ليون ديكى، ترجمة رشدي خالد، دروس في القانون العام، منشورات مركز البحوث القانونية / وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١.
٢٧. محمد السيد سليم، تحليل السياسة الخارجية، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٢٨. محمد المجذوب، الوسيط في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩. محمد فتح الله الخطيب، السياسة الخارجية والعوامل المؤثرة على اتجاهاتها، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، العدد الرابع/ ١٩٦٥، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٦٦.
٢٩. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣.
٣٠. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ١٩٩٢-١٩٩٦، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٨.
٣١. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٥.
٣٢. محكمة العدل الدولية، أسئلة وأجوبة عن الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، منشورات إدارة

شؤون الإعلام بالأمم المتحدة، الأمم المتحدة.

٣٣. منذر الشاوي، القانون الدستوري/ نظرية الدولة، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩١.

٣٤. نزار العنكي، وضع التسوية السلمية للمنازعات في نطاق المنظمات الإقليمية . مثال: منظمة الدول الأمريكية ومنظمة الوحدة الأفريقية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون/ جامعة بغداد، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، بغداد، ١٩٩٠.

٣٥. ول ديورانت، ترجمة محمد بدران، قصة الحضارة، الجزء الثاني من المجلد الأول، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع، تونس/ بيروت، ١٩٨٨.

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية

1. Anne peters, International Dispute settlement, A Network of cooperation Duties, European Journal of International Law (2003), vol, 14, NO.1.
2. B.G Ramcharan, the good offices of the united secretary- general in the filed of human rights, American Journal Of International Law, 1982, Vol. 76, No.1.
3. Case concerning the Gabcikvo – Nagymaros project, judgment of 25 September 1997, International Court Of Justice, Reports.
4. European convention for the peaceful settlement of disputes, Encyclopedia of public international law /1/ settlement of disputes, north Holand publishing company.
5. Kleffens, E.N.Van, sovereignty in international law, Recueil des Cours Academi de Droit International (de La Haye), 1953, Volume82.
6. Louis Henkin and others, International law/ cases and materials, second edition, west publishing co, 1987.
7. M.cherif Bassiouni, International crimes: jus cogens and obligation erge omnes.
8. Mark W.Janis, An introduction to international law, fourth edition, New York, 2003
9. Prakash Chandra, international law, Vikas publishing House pvtltd, 1994.
10. Reports of international arbitral awards- volume IX- U.N, Netherlands, 1960.

الدفع بالاستتوبيل للتحكيم التجاري الدولي

Payment by Estoppel for International Commercial Arbitration

د.مرتضى جمعة عاشور

كلية القانون/ جامعة ذي قار

الملخص

يدور البحث حول فكرة الدفع بالاستتوبيل للتحكيم التجاري الدولي وعدم استفادة الدولة من تناقضاتها، استناداً لمبدأ حسن النية الذي يحرم عليها الاستفادة من تلك التناقضات، والقائمة على اقرارها لوجود الاتفاق على التحكيم ثم تذرعه بعدم الزاميته لها، علماً أنّ طبيعة هذا الدفع تكيف بانها دفع بعدم قبول الدعوى ما زال شرط التحكيم قائماً، وان الفصل في ذلك وان كان قانون المرافعات المدنية العراقي يوكله الى المحكمة المختصة، بيد أن المستقر عليه دولياً هو احالة مسألة النظر فيه الى هيئة التحكيم المختصة. يدور البحث حول هذه الفكرة وبيان أساسها القانوني وطبيعة هذا الدفع والنتائج المترتبة عليه وفي مباحث أربعة.

Abstract

Going research on the idea of Payment by Estoppel for International Commercial Arbitration and not to state benefits from its own contradictions, based on the principle of good faith, which prohibits the use of these contradictions and based on assent to the existence of the agreement to arbitrate, then virtue of its invoking non-binding as a not that the nature of the payment adjustment as a payment not to accept lawsuit what remains of the arbitration clause exists and that the chapter in that although Code of Civil Procedure Iraqi assigned by the competent court, however, which is recognized the internationally is to refer the issue of consideration to the Board of Arbitration competent going research on this idea and indicate the legal basis and the nature of this payment and the consequences in the Investigation of four.

المقدمة

أهمية البحث:

إنَّ أهلية الدولة والاشخاص المعنوية التابعة لها شكلت ولا تزال تشكل مادة نقاش وجدل كبيرين سيما في اطار العلاقات الدولية، على اعتبار أنَّ الدول تعتمد غالباً في المنازعات التي تكون طرفاً فيها عند عرض النزاع على التحكيم الى اثاره مسألة أهليتها في اللجوء الى التحكيم، ويعتبر سريان قانون الدولة التي يتبعها الجهاز المتعاقد مع الطرف الاجنبي على اهليته التعاقدية مبدأ من المبادئ المستقرة في اطار القانون الدولي الخاص.^(١)

وإذا كان هذا الامر تفرضه الظروف المحيطة، اذ انه مجرد انبثاق عن الدولة، بيد ان اعماله على نحو مطلق يؤدي الى الاضرار بالطرف الاجنبي المتعاقد مع الجهاز التابع للدولة في حالة تمسك هذا الاخير ببطلان التصرف الصادر عنه نظراً لانه اجراء خارج حدود الاختصاص الممنوح له او لان التصرف تضمن شرطاً من الشروط لايمكن للدولة التي يتبعها الجهاز المتعاقد ان تجيزه.

اذ انه من الثابت ان الجهاز التابع للدولة ليس الا مجرد شخص معنوي يعهد اليه بممارسة النشاط في حدود معينة اعمالاً لمبدأ تخصص الاشخاص المعنوية، فاذا ابرم الجهاز العقد مع الطرف الاجنبي في خارج حدود نشاطه المعهود اليه به على نحو قاصر ومانع فان هذا يعني عدم اهليته على الاتيان بالتصرف بما يؤدي الى امكانية التمسك ببطلانه. كذلك قد يكون العيب الذي لحق التصرف الذي ابرمه الجهاز التابع للدولة مع الطرف الاجنبي ليس مصدره عدم اهليته التعاقدية بصفة عامة وانما قبوله ادراج احد الشروط التعاقدية في العقد على الرغم من ان هذه الشروط تعتبر شروطاً باطلة من وجهة نظر قانون الدولة التي يتبعها الجهاز.

ونظراً للمخاطر التي يتعرض لها الطرف الاجنبي المتعاقد مع الجهاز التابع للدولة في حالة تمسك هذا الاخير ببطلان التصرف اما لانعدام اهليته للتعاقد بصفة عامة او نظراً لان العقد احتوى على شروط محظورة عليه قبوله، ونظراً لان الطرف الاجنبي المتعاقد مع الجهاز التابع للدولة يجهل في كثير من الاحيان القيود الادارية والقواعد القانونية التي تحد من أهلية الجهاز التابع المتعاقد معه في التصرف، فلقد دافع الفقه وذهبت الاحكام القضائية^(٢) الى ضرورة وضع استثناء على التطبيق المطلق لمبدأ سريان قانون الدولة التي يتبعها الجهاز المتعاقد على اهليته، استناداً الى مبدأ حسن النية.

فرضية البحث:

^١ . د. حفيدة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٧١-٧٣.

^٢ . فقد قضت محكمة الاستئناف في باريس في ٢٢/٢/١٩٩٤، في قضية وزارة التجهيز التونسية ضد باك قتاف، بأنَّ (منع الدولة من الالتجاء الى التحكيم، لا يصح الا في العقود الداخلية، ويكفي أن يكون العقد دولياً حتى يقع الاقرار بإمكانية التجاء الدولة الى التحكيم طبقاً لحاجات التجارة الدولية واحتراماً لاعراف هذه التجارة). ينظر مجلة التحكيم، ع ١٠٤، ٢٠١١، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٢٧٧.

قد تبرم الدولة عن طريق أحد الاجهزة التابعة لها عقداً مع أحد المستثمرين الاجانب وتوافق فيه على التحكيم، كشرط أو مشاركة تحكيم، وتمضي في تنفيذ العقد، ثم اذا ما حصلت مشكلة في العقد، صرفت وجهها عن البند التحكيمي محتجةً بعدم أهلية من وقع العقد على الموافقة على بند التحكيم، أو تنتظر حتى صدور حكم التحكيم، فتتذرع بعدم قابليته للتنفيذ لانه لم يصدر من محكمة أجنبية مختصة، وهي في كل ذلك تكون قد نالت من الثقة التي أولاها لها ذلك المستثمر عندما أقدم على التعاقد معها وأخلت بمبدأ حسن النية، فلا يجوز للدولة أن تتذرع بمثل هكذا ذرائع طالما أنها قد قبلت العقد ومضت في تنفيذه، فذلك تناقض واضح في تصرفاتها يترتب اخلافاً بتوقعات الغير، ذلك الذي لم يكن يقدم على التعاقد لولا موافقتها على الشرط التحكيمي، فكيف اذا حان تنفيذه تتصلت الدولة منه.

أن مبدأ حسن النية هو في الأصل مبدأ أخلاقي، ولكنه مع كثرة النص عليه والإشارة اليه اخذ إطاره القانوني حتى أصبح ذا صفة أمرة، وله أهمية كبيرة في القانون، فلا يملك أحد الحق في علاقاته المتبادلة أن يتصرف بسوء نية، لأن الصفة الأمرة لمبدأ حسن النية لا تسمح بذلك، فالمبدأ يجب أن يفهم على أنه شرف وعدم وجود تناقض بين الأقوال والتصرفات والرغبة الحقيقية في انجاز كل شيء على أحسن وجه. والقاعدة السائدة لدى معظم التشريعات ومنها القانون العراقي هي أن يتم تنفيذ العقد بحسن نية ، ففي القانون العراقي تنص المادة (١٥٠ / ١) من القانون المدني العراقي على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)^(١).

اشكالية البحث:

ويقوم مبدأ الاستويل أساساً على فكرة حسن النية التي تحرم الاستفادة من التناقضات الذاتية للشخص فلو أن شخصاً اعتمد على تصريح دولة لتأسيس حقوق له أو امتيازات بناءً على هذا التصريح، فلا يجوز للدولة صاحبة التصريح أن تقوم بأي تصرف يتعارض وتصريحها بقصد حرمان الطرف المتعاقد معها مما حصل عليه من حقوق وامتيازات لأنها بذلك تناقض نفسها وتكون سيئة النية^(٢)، فلا يجوز للدولة الادعاء ببطلان الاتفاق على التحكيم المبرم من قبل أحد الاجهزة التابعة لها مع طرف أجنبي، بحجة عدم صلاحية من وافق عليه وما الى ذلك من الحجج، طالما أقرت الدولة العقد ومضت في تنفيذه.

وبشأن تنفيذ أحكام التحكيم، نجد أن قانون تنفيذ أحكام المحاكم الاجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ اشترط في مادته الاولى صدور الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه في العراق من محكمة مختصة مؤلفة خارج العراق، اضافة الى الشروط الاخرى التي تتطلبها تلك الاحكام وضرورة عرضها على المحكمة العراقية المختصة واصدارها الامر بالتنفيذ في العراق، واذا كان العراق قد انضم الى عدد من الاتفاقيات العربية التي تعالج تنفيذ أحكام التحكيم، فانه لم ينضم الى العدد الاكبر والاهم من الاتفاقيات الدولية سيما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، وعليه ستوافق الدولة عن طريق اجهزتها على التحكيم التجاري الدولي عندما تتعاقد مع الاشخاص الاجانب

١. وتقابلها المادة (١/٤٨) من القانون المدني المصري.

٢. مشكاة صبيح عبد علي المؤمن، مبادئ العدل والأنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١١٤.

مستندة في ذلك الى نص المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، وكذلك المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، وبعد ذلك لا تقرر بالتحكيم أو لا تقبل تنفيذ حكم التحكيم سيما اذا كان المتعاقد معها من غير الدول العربية الداخلة معها في اتفاقيات تنفيذ الاحكام، وهذا ما سيخلق المشكلة!.

نطاق البحث:

يدور البحث عن الدفع بالاستتويل للتحكيم التجاري الدولي فقهاً وقضاءً وتشريعاً في ثنايا القانون العراقي سيما قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وعدد من الاتفاقيات وقواعد ولوائح وأنظمة التحكيم الدولية وبعض القوانين الداخلية سيما قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) في ٢٠١١ وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك بتحليل الدفع بالاستتويل للتحكيم لعناصره الرئيسية ومناقشتها في القانون العراقي بالمقارنة مع بعض القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، وقد قسمنا البحث الى مباحثٍ أربعة الاول للتعريف بالدفع بالاستتويل والثاني لاساسه القانوني والثالث لطبيعة هذا الدفع أما الرابع فكان للآثار المترتبة على التمسك به، مع خاتمة سجلنا فيها أبرز النتائج وأهم التوصيات التي استطعنا التوصل اليها من خلال هذا الجهد المتواضع.

المبحث الاول

التعريف بالدفع بالاستتوبيل

يتطلب الالمام بالتعريف للدفع بالاستتوبيل التطرق لمفهوم الدفع بالاستتوبيل أولاً ولشروطه ثانياً ولتمييزه من غيره ثالثاً، وسنخصص لكل مفردة من هذه المفردات مطلباً خاصاً.

المطلب الاول

مفهوم الدفع بالاستتوبيل

يعبر الدفع بالاستتوبيل^(١) عن قاعدة تطبق في سياق المنازعة القضائية لمنع التناقض في الأقوال والأفعال، فعدم قبول الادعاء بما يتعارض مع الإقرار قولاً أو عملاً وحجية الإقرار على المقر دفع بالاستتوبيل Estoppel^(٢)، فاذا تسبب (أ) بمسلكه الى دفع (ب) الى الاعتقاد بوجود حالة واقعية محددة وتصرف (ب) على نحو تسبب في الحاق الضرر بنفسه تحت تأثير هذا الاعتقاد فان (أ) يتمتع عليه التمسك ضد (ب) بوجود حالة واقعية اخرى في ذات الفترة، وهو ما يتناقض مع مبدأ حسن النية وهو مبدأ معترف به في جميع نظم القانون الخاص^(٣). ويذهب الاتجاه الحديث في القانون الدولي إلى اعتباره واحداً من المبادئ العامة للقانون

^١ . وأصل هذا التعبير الكلمة الانكليزية estoppel وهو لا يخلو من معنى الإغلاق أو الايقاف عن سير أو تصرف أو سلوك. ينظر: حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، ط٤، ١٩٨٢، ص٢٥٧-٢٥٨.

ويعرف معجم (Black's law Dictionary) مصطلح (estoppel) بأنه " مصطلح بمقتضاه يكون احد الاطراف ممنوعاً عليه بواسطة افعاله الخاصة من المطالبة بحق ما من شأنه الاضرار بطرف آخر كان قد اعتمد على هذا السلوك او تصرف بموجبه " . ينظر : Blacks law Dictionary , abridged Fifth edition , west, publishing co . 1983 , p. 285

وهي تقابل القاعد الشرعية المعروفة (من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه)، المنصوص عليها في المادة (١٠٠) من مجلة الاحكام العدلية. (سليم رستم باز، شرح المجلة، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠١٠، ص٥٢).

وترتبط نشأة الاستتوبيل قانونياً بالقانون الانكليزي لمعالجة حالة التناقض، والاستتوبيل على صورتين، هما estoppel by res judicata وهو يقابل مبدأ حجية الامر القضائي، وتعود نشأته الى قضية Kingston عام ١٧٧٥، و estoppels by representation وهو المقصود من البحث، لمعالجة عدم التناقض، وتعود نشأته الى القرن السادس عشر، ويعد حكم (w.share v. The United States) عام ١٨٧١، من أوائل الاحكام التي استندت للاستتوبيل في مجال العلاقات الدولية.

Martin (A.), L'estoppels en droit international public, Phédon, Paris, 1979., p.19
^٢ . د.ابراهيم شحاتة، قانون استثمار المال العربي والمناطق الحرة، محاضرة ملقاة في جمعية القانون الدولي، القاهرة ١٩٧٢ (أشار اليه د.غسان رباح العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨، ص٣٠٠).

^٣ . نصت المادة (٦٤/ ثانياً/ أ) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على انه (إذا ناقض المقر ماكان قد اقر به سابقاً، كان هذا التناقض مانعاً من سماع دعواه او دفعه).

المعترف بها صراحة من جانب الأمم المتمدنة^(١).

والـ Estoppel بالمعنى الاصطلاحي طرحت له عدة تعريفات، فقد عرف بأنه (منع أحد أطراف النزاع من أن ينكر أمام المحكمة حقيقة الوقائع المدعاة من قبله في وقت سابق في مواجهة الطرف الآخر، على النحو الذي دفع بهذا الأخير إلى اتخاذ فعل أدى إلى إلحاق الضرر به، أو تحقيق الفائدة لمصلحة الطرف المدعي)^(٢)، وعرف أيضاً بأنه (تدافع بين كلامين أو ما في حكمهما صراحة أو ضمناً على الغير)^(٣)، وحكمه أنه يمنع سماع الدعوى، وهو مانع لسماع الدفع أيضاً، لان الدفع في الحقيقة هو دعوى يثيرها المدعى عليه على المدعي)^(٤)، و هو أن (يحمل شخص بتصريحاته أو تصرفاته أو سلوكياته شخصاً آخر على الاعتقاد بوجود بعض الوقائع، فيتصرف انطلاقاً من ثقته وإيمانه بوجودها الفعلي معدلاً من موقفه، ثم يتذرع لاحقاً بوقائع مغايرة لتلك التي صور بأنها موجودة وقائمة فعلاً).^(٥)

الاستتيل في القانون الدولي

والاستتيل في القانون الدولي قيل فيه (أن الصيغة الأساسية لمبدأ الاستتيل في القانون الدولي تتطلب من الدولة أن تلتزم بمراعاة الاستقامة والثبات في مواقفها المنتجة للمركز القانوني أو الفعلي، وربما يجد هذا المتطلب أساسه في الحاجة المستمرة للقليل من الثبات وإمكانية التنبؤ إلى حد ما بنمط سلوك الدولة..... وأن فشل الدولة في ممارسة وتطبيق معيار الاستقامة والثبات في مجال علاقاتها الدولية يعتبر أمراً غير مرغوب فيه من جانب كل من الدول الأخرى والمحكمة الدولية التي يطلب منها الفصل في النزاع الذي يكون مثل هذا السلوك موضوعه)^(٦).

وهناك من يعرف مبدأ الاستتيل بأنه (نظرية طبقاً لها يكون الشخص ممنوعاً من انكار الحقيقة الواردة في بيان أو تصريح معمول به سابقاً من قبل ممثل سلطة مخول أو وجود واقعة يحمل هذا القول أو السلوك على الاعتقاد بها)^(٧)، و(أن مضمون المبدأ، يتركز في امتناع الشخص الدولي عن الادعاء بما يخالف أو يناقض أو

^١ Mac gibbon(I.C.), Estoppel in international law, the international and comparative law quarterly, vol. 7, No. 3-4, Part. 3, July, 1958, P. 512.

^٢ . . Bowett(D.W.), Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, B.Y.I.L. 1957 p.176.

^٣ وقريباً من ذلك د. مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٢٣، سنة ١٩٦٧، ص ١٩. د. محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١١١، د. مصطفى سيد عبد الرحمن قانون التنظيم الدولي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٨١.

^٤ . ينظر في ذلك الاستاذ منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ط ١، ١٩٥٧، ص ٢٥، حيث ورد التعريف تحت مصطلح (التناقض).

^٥ . المرجع نفسه، ص ٢٨.

^٥ . Martin (A.), op.cit, p16

^٦ Mac Gibbon (I.C.), op, cit, pp. 468-469.

^٧ .. p. 645 . Schwarzenberger , Amanual of international law , 7th edition , 1967 .

ينكر ما قبله أو ارتضاه صراحة أو ضمناً بالقول أو الفعل أو السلوك^(١)، و(بأنه دفع يستهدف المستند إليه- من ورائه- الحكم بعد قبول طلبات خصمه المتعارضة وما سبق لهذا الخصم اتخاذه من مواقف صريحة أو ضمنية أعتمد عليها هو بحسن نية واعتماداً على الثقة الواجب توافرها في العلاقات الدولية، في تحديد مسلكه موضوع النزاع)^(٢).

الاستويل في التحكيم

وعموماً يفيد الاستويل منع التناقض في سياق المنازعة القضائية، ويقصد بالتناقض (قول الشيء وعكسه)، والقول هنا لا يؤخذ بمعناه الضيق بل الواسع، فهو يشمل القول والاشارة والسلوك، كما أنه لا يفيد عن عدم تنفيذ أو تقبل، بل عدم تطابق أو تجانس بين سلوكين أو موقفين أو تصريحين صادرين من نفس الشخص ويتصلان بالموضوع ذاته.^(٣)

ومهما تعددت المصطلحات المستخدمة للتعبير عن مفهوم مبدأ أو نظرية الاستويل فأنها مع ذلك ذات مضمون وهدف وآثار قانونية واحدة ، فمن حيث المضمون لا يجوز التناقض في ادعاءات وسلوك الدولة، ومن حيث الهدف أو الغاية لا يجوز للدولة ان تستفيد من تناقضات سلوكها للأضرار بالآخرين ومن باب أولى ليس للدولة ان تستفيد من تناقضاتها عندما تحرم بواسطة اخطائها وفعالها غير المشروعة طرفاً آخر من حقوقه او تمنعه من ممارستها، اما من حيث الآثار القانونية فأذا ما التزم طرف ما بموقف معين وعبر عن ذلك باعترافه او ادعاءه او تصريحه او سلوكه او سكوته وكان هذا الموقف يتناقض او يتعارض مع الحق الذي يدعيه امام المحكمة تمتنع عليه عندئذ المطالبة بهذا الحق^(٤).

فمضمون مبدأ الاستويل يتطلب من الدولة أو الشخص ان يكون سلوكها الحالي متناعماً ومتالفاً مع ما اتخذته سابقاً من اوضاع قانونية او واقعية^(٥) ، استجابة لما يتطلبه حسن النية في ممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات، كما ان هذه القاعدة تضمن لكل طرف ممارسة حقوقه واداء واجباته بمنأى عن خشية ان يقوم طرف آخر في يوم ما بتغيير سلوكه ومواقفه والتكرار لحقوق لم يتكرر لها سابقاً^(٦) ، فمبدأ الاستويل ينبع من معين حسن النية ليصب في محيط استقرار العلاقات القانونية .

^١ . د. رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة- جامعة بغداد، آذار، ١٩٨٣، ص ١٤٦.

^٢ . د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج ٢، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط ٦، ١٩٨٤، ص ٢٨٦، هامش (١٣).

^٣ . والتناقض مأخوذ من علم المنطق وهو أحد أقسام التقابل، ويقصد به اختلاف في القضيتين يقتضي لذاته أن تكون احدهما صادقة والاخرى كاذبة. ينظر السيد كمال الحيدري، شرح كتاب المنطق للعلامة المظفر، مج ٢، دار المرتضى، بيروت، ط ١، ٢٠١١، ص ٣٨٣.

^٤ . Reports(I.C.J.), separate opinion of the judge alfaro , 1962 , p . 40 .

^٥ .. Mac Gibbon , op.cit . p . 468 .

^٦ .. Reports I . C . J , op.cit, p . 42 .

بناءً على ما تقدم، يمكن تعريف الدفع بالاستتويل للتحكيم بأنه دفع يستند اليه الطرف المتمسك به للدعاء بعدم قبول المطالبة القضائية التي تقدم بها خصمه لوجود الاتفاق على التحكيم.

المطلب الثاني

شروط الدفع بالاستتويل للتحكيم

ان القابلية على التحكيم تتحدد من الناحية الموضوعية المجردة بالمنازعات المتعلقة بالحقوق المالية الجائز التصرف فيها^(١)، بيد ان التشريعات الوطنية لا تلتزم دائماً بهذا التحديد، وهذا ما يضع المحكم امام مشكلة القانون الواجب التطبيق في شان قابلية النزاع للتحكيم اذا عمد احد الطرفين الى الدفع ببطلان الاتفاق على التحكيم لوروده على ما لا يجوز التحكيم فيه.^(٢)

بيد ان الراجح هو التمييز في مجال القابلية للتحكيم بين كل من النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي لا يتطلب في النزاع حتى يكون قابلاً للتحكيم سوى ان يكون محله حقاً من الحقوق المالية، وأن ما تضعه القوانين الوطنية من قيود على قابلية الحقوق المالية للتحكيم تتعلق بالنظام العام الداخلي وتطبق بشأن التحكيم في المعاملات الداخلية، وان القيود المفروضة على اهلية الدولة او الاشخاص المعنوية العامة بشأن الاتفاق على التحكيم انما تخص التحكيم في العلاقات الداخلية، فهي تتعلق بالنظام العام الداخلي لا الدولي الذي يخضع له التحكيم في العلاقات الدولية حتى وان كانت الدولة او الاشخاص العامة طرفاً فيها.^(٣)

ويتعين تحاشي الاستخدام التعسفي والاعمال غير الحذر لهذا المبدأ، اذ أن الاعمال الآلي لهذا المبدأ بمجرد ظهور أي تناقض او تعارض في تصرفات الدولة قد يؤدي في نهاية المطاف الى نوع من الظلم الفادح. ومن هنا ولهذا السبب بالذات يتعين الاخذ بعين الاعتبار عدداً من الشروط ينبغي مراعاتها عند تطبيق هذا المبدأ، وسوف نتناول هذه الشروط تباعاً وبشيء من الشرح والتوضيح، ووفق الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

وجود اتفاق على التحكيم

^١ . نصت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا يصح الا ممن له أهلية التصرف في حقوقه...، ونصت المادة (١/٧٠٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (يشترط أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ البذل في مقابله، ويشترط أن يكون معلوماً...).

^٢ . د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ١٩٩٨، ص ١٢٧.

^٣ .. 188-197. Bowett (D.W) , op. cit, pp. وكذلك د. فيصل عبد الرحمن طه، المرجع السابق، ص ١٥٦-١٥٩.

للحديث عن دفع بالاستتويل للتحكيم، ينبغي أن يوجد ابتداءً اتفاق على التحكيم، في المسألة المثارة الدفع بشأنها، فيجب أن يوجد سلوك ايجابي الذي في ضوء تحققه نخوض في غمار الاستتويل، متمثلاً بموافقة الدولة على شرط التحكيم في العقد أو اقرارها له في مشاركة التحكيم^(١).

والحال ان اقرار التحكيم ينبغي ان يكون صريحاً وواضحاً ولا لبس فيه^(٢)، واذا كان التحكيم من العقود الرضائية^(٣)، بيد أنه لا يثبت الا بالكتابة^(١)، ويجب النص عليه بشكل قطعي لا يقبل التأويل، بيد أن حسم مسألة

^١ . ينظر في الاطار العام لذلك الاستاذ منير القاضي، المرجع السابق، ص ٢٧.

^٢ . Martin (A.), op.cit, p.44.

^٣ . ينظر في ذلك د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد ٥، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ص ١٢٣.

وفي حكم لمحكمة التمييز (ان عقد التحكيم هو من العقود الرضائية وهو ملزم للجانبين ويرتب التزامات متقابلة على كل من المتعاقدين...)، حكم محكمة التمييز العراقية، رقم الاضبارة ٣٥٥، هيئة عامة أولى، ٧١، في ١٣/٥/١٩٧٢. (أشار اليه عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج ٤، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠، ص ٤٠٢). وان كان الامر على خلاف ذلك -في الواقع- اليوم، فنجد أن هنالك تشريعات اشترطت الكتابة للانعقاد لا للاتبات فقط، فقد نصت المادة (١٤٤٣) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ على أنه (يكون اتفاق التحكيم مكتوباً تحت طائلة البطلان...) بيد أن ذلك الحكم -في التشريع الفرنسي- يخص التحكيم الداخلي، بدليل ما ورد في المادة (١٥٠٧) ضمن الباب الثاني والمعنون (التحكيم الدولي) حيث نصت على أنه (لا يخضع اتفاق التحكيم لأي شرط شكلي) بيد أنه لا يمكن اثباته الا بالكتابة فقد نصت المادة (١٥١٥) من نفس القانون على انه (يثبت وجود القرار التحكيمي بابرار أصله مرفقاً باتفاق التحكيم أو بصورة عن هذين المستندين تستجمع الشروط المطلوبة لصحتها...)، ونصت المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل على أنه (يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً...)، ونص الفصل (١/٣٠٧) من قانون المسطرة المدنية المغربي على أنه (يتعين ابرام عقد التحكيم كتابةً).

في حين نجد تشريعات أخرى نصت على الكتابة بالنسبة للتحكيم، بيد أنها لم تبين أن تلك الكتابة للانعقاد أم فقط للاتبات، فقد نصت المادة (٢/٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً)، وكذلك هو نص المادة (٢/٧) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤، وعرفت المادة (١/ط) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي اتفاق التحكيم بأنه (...اتفاق الاطراف كتابة على اللجوء الى التحكيم...)، والمادة (١/٢) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية ١٩٥٨ والتي نصت على أنه (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الاطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة...)، والمادة (١/١) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي والتي نصت على أنه (اذا اتفق أطراف العقد كتابة على احالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية الى التحكيم...)، وكذلك نص المادة (٢٥) من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى والتي نصت على أنه (يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ... ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز).

اللبس والتأويل تخضع لقواعد التفسير، فينبغي على المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تقوم بمراجعة كافة ظروف وخلفيات المفاوضات والمراسلات بين الاطراف المعنية.

وان كنا نرى خضوع هذه المسألة لسلطة محكمة التحكيم استناداً لمبدأ سلطة المحكم للنظر في اختصاصه، فهي (أي محكمة التحكيم) التي تقرر وجود التحكيم من عدمه.

وأن يكون قبول التحكيم إرادياً، أي أن لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الرضا، فقد بينت المادة (٦٤/ ثانياً/ ج) من قانون الاثبات العراقي ان التناقض يرتفع اذا ظهرت معذرة للمدعي وكانت محل خفاء يصعب تبيانه عليه، وألا فان تصرفه أو سلوكه لن يكون معبراً عن أرادته ولا يمكن الاستناد إليه للدفع بالاستتوبل أمام المحكمة التي تنظر في النزاع، فإذا أثبتت الدولة صاحبة السلوك أو التصرف أنها وقعت في خطأ مثلاً، فانه لا يمكن الدفع بمبدأ الاستتوبل استناداً إلى هذا السلوك أو التصرف الخاطئ، والاصل ان الجهل بالوقائع او القانون لايعتبر من من اسباب المعذرة.

وينبغي ان يكون قبول شرط التحكيم او مشارطته من جهة مفوضة باتخاذ صراحة أو ضمناً، وإذا كانت الحالة الاولى لاثير لللبس والغموض كما في قضية **Amco** (٢) ، فان الحالة الثانية فيها ما يتطلب فهم للوضع الحقيقي للجهة التي

^١ . نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة...)، وكذلك هو نص المادة (٢/١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠، ونص الفصل (٦) من مجلة التحكيم التونسية.

^٢ .وتتلخص وقائع هذه القضية في أنَّ شركة امكو شركة اميركية ابرمت في عام ١٩٦٨ عقداً مع حكومة اندونيسيا ، موضوعه ان هذه الشركة سوف تقوم ببناء فندق في جاكرتا و تجهيزه و ادارته و تملكه لمدة ٣٠ سنة ثم بعد ذلك تقوم بالتنازل عنه بشكل تمهيدي لأندونيسيا. وفي عام ١٩٨٠ قام جيش اندونيسيا بالإستيلاء على هذا الفندق و قامت الحكومة الإندونيسية بسحب الترخيص الذي كانت قد اعطته للشركة ، و لذلك قامت الشركة الأميركية و ايضا الفرع المحلي لها برفع الدعوى على حكومة اندونيسيا لتعويضها عن الخسائر الناجمة عن سحب الترخيص ، استنادا لنص المادة ١٠ والتي تقضي بان اي منازعة تنشأ بين الحكومة الأندونيسية و هذا المشروع ، سوف يتم حسمه وفقا لقواعد المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار و هو المركز الذي تتمتع بعضويته كل من اندونيسيا و اميركا. الحكومة الإندونيسية تمسكت بان ليس للمركز الإختصاص للنظر في المنازعة، و تمسكت الحكومة الاندونيسية المدعى عليها من اجل تأييد دفعها بعدم الاختصاص بالتناقصات التي وقعت فيها الشركة المدعية والتي تمسكت بها امام المركز بعكس ما ادعت به امام جهات الاختصاص الوطنية الاندونيسية المختصة بالمنازعات الناشئة عن عدم تنفيذ عقد الايجار المبرم بين الشركة الوطنية P.T. Amco والمؤجر P.T. Wisma .

و لذلك فان محكمة التحكيم انتهت الى ان حكومة اندونيسيا قد ارتضت صراحة الى ان المنازعات التي تنشأ تخضع للمركز لأنها رضت بان شركة امكو على الرغم من تمتعها بالجنسية الأندونيسية تعامل بوصفها شركة اميركية بسبب سيطرة المصالح الأميركية عليه سيما ان كان معروف من البداية ان اميركا تمتلك تقريبا ١٠٠% من الأسهم للشركة، اذن فان المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار ICSID هو مختص للنظر في المنازعة الناشئة بين الحكومة الأندونيسية و شركة امكو (JOINT VENTURE).

ينظر تفاصيل القضية د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة، المرجع السابق، ص١٢٧-١٣٣.

صدرت منها الموافقة على التحكيم وكذا معرفة التصرفات التي تدعي أنها مفوضة باتخاذها وتدخل ضمن اختصاصها ومدى حجية ذلك كما في قضية

Framatome^(١)، وقد قضت محكمة التمييز الفرنسية بـ(أنَّ الشرط التحكيمي يمكن استنتاجه من عناصر حسن النية والاعتقاد المشروع بصلاحيات الطرف الموقع عليه، وليس فقط من عنصر الإرادة، وذلك حتى عند غياب أي اختصاص لأحد الاطراف بالتوقيع عليه).^(٢)

الفرع الثاني

رفض الاعتراف بالتحكيم من قبل الدولة

بأن تتخذ الدولة سلوكاً لاحقاً يناقض السلوك الاول^(٣)، فتدعي بعدم حجية شرط التحكيم او مشارطته كما حدث في قضية Icori Estori^(٤) وكذلك في قضية حكومة باكستان/ وزارة الشؤون الدينية ضد شركة Dallah

١ . وتتخلص وقائع هذه القضية في أنه على عهد شاه ايران، تم توقيع اتفاق بين ايران و فرنسا، موضوعه مساعدة فرنسا لإيران على استخدام الطاقة الذرية في الأغراض السلمية، هذه المعاهدة سميت بـ umbrella convention ، فمن اجل تفعيل هذه المعاهدة تم وضعها موضع التنفيذ الفعلي. وتم توقيع مجموعة من العقود أبرمت بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية (AEOI) و بين ثلاث شركات فرنسية من بينها شركة framatome . ونظرا لأن هذه العقود قد تم تنفيذها بشكل جزئي. فالدولة الإيرانية لم تدفع للشركة ، فقامت الشركة باللجوء الى التحكيم. دفعت المنظمة (الحكومة الإيرانية) امام هيئة التحكيم بان العقد الذي قامت بابرمه في ٢٨ ايلول ١٩٧٧ مع هذه الشركات الفرنسية هو عقد باطل بطلانا مطلقا ومن ضمن الدفوع التي تمسكت بها إيران في مواجهة اختصاص المحكمة، استنادها الى قانونها الوطني أي القانون الايراني، والذي يعتبر رئيس المنظمة الايرانية للطاقة الذرية غير ذي أهلية في ابرام العقد، لتوقيعه دون الحصول على اذن مسبق من مجلس المنظمة وأيضاً من البرلمان الايراني، وهو الامر الذي يرتب القانون الايراني الصادر في ١١ تموز ١٩٧٤ على تخلفه بطلان التصرف الصادر من رئيس المنظمة، وكذلك حكم المادة (١٣٩) من الدستور الايراني لعام ١٩٧٩.

وفي ٣٠ نيسان ١٩٨٢، صدر القرار التحكيمي والذي ذهب لاعتبار ان الترخيص او الاذن المسبق مجرد شكل بسيط لممارسة السلطة او الاختصاص او الحق وليس احد مكوناتها القانونية التي قد يؤدي عدم تحققها الى التأثير على صحة التصرف المبرم، فمبدأ حسن النية يحول دون ان تستبعد الدولة من المخالفات التي ارتكبتها الاجهزة التابعة لها للوصول الى الحكم ببطلان العقد، سيما وان العقد محل المنازعة قد تم تنفيذه من قبل طرفيه طوال شهور عديدة، وهو ما يقوم تصحيح هذه المخالفات، ويستبعد ان تؤدي هذه المخالفات، وفقاً للقانون الايراني، لبطلان مطلق غير قابل للتصحيح. (ينظر تفاصيل القضية المرجع نفسه، ص ٨٩-٩٣).

٢ . حكم محكمة التمييز الفرنسية/ الغرفة المدنية الاولى في قضية رقم ١٦,٠٢٥-٠٨ في ٢٠٠٩. منشور في مجلة التحكيم، ع ٤، ٢٠٠٩، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٧٨٩.

٣ . ينظر في الاطار العام لذلك الاساذ منير القاضي، المرجع السابق، ص ٢٧.

٤ . وتتخلص وقائع هذه القضية في أنَّ الشركة الكويتية للتجارة و الإستثمار و هي شخص عام كويتي تابع لدولة الكويت ، عملت مناقصة دولية من اجل انشاء مقر سفارة في الجزائر. تم ارساء المناقصة على الشركة الإيطالية Icori Estro و تم ادراج شرط التحكيم وفقاً لغرفة التجارة الدولية في فرنسا ICC و شرط تحكيم آخر يتضمن ان يفسر العقد و اخضاعه

Real Estate and Tourism Holding^(١)، ما يترتب عليه اضرار بالمتعاقد معها وبالثقة التي تولدت لديه، اضافة الى ان العديد من المستثمرين الاجانب يقرن موافقته على التعاقد مع الدولة بقبول شرط التحكيم، لما يرونه من ايجابيات للتحكيم وسلبات للقضاء الوطني^(٢) سيما النظرة لقضاء بلدان العالم الثالث.

المطلب الثالث

تميز الاستويل مما يشته به

ينبغي عدم الخلط بين الاستويل وأوضاع معينة قد تشترك معه في جوانب معينة، بيد أنها تبقى تفترق عنه في أخرى، وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المطلب.

لدولة الجزائر. و قد تضمن هذا العقد شرط يقضي بتنفيذ هذا العقد وفقا لسعر جزافي و انه تم تحديد سعر الدولار بمبلغ محدد.

و قد حصل و انخفض سعر الدولار عن السعر المتفق عليه، طلبت الشركة الإيطالية من الشركة الكويتية ان تعطيها المبالغ بسعر الدولار بالسعر الأعلى، فذهب الطرفان الى التحكيم. تمسكت الشركة الإيطالية بان لها الحق في ان تحصل على الثمن بسعر الدولار بالسعر الأعلى لأن القانون الجزائري يعرف نظرية الظروف الطارئة و قد استجابت لها محكمة التحكيم في هذا الأمر، فاعطت الحق للشركة الإيطالية في ان تأخذ المبالغ التي طالبت بها، قامت الشركة الكويتية بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم امام القضاء الفرنسي و استندت في بطلانها على ان حكم التحكيم باطل لأنه استند على شرط تحكيم باطل لأن القانون الجزائري الواجب التطبيق على العقد ينص في قانون المرافعات الجزائري على انه يحظر على الأشخاص المعنوية قبول شرط التحكيم.

محكمة استئناف باريس اعتبرت ان الحظر الوارد على الدولة او الأشخاص المعنوية العامة في قبول شرط التحكيم يعمل به في اطار العلاقات الداخلية البحتة، و ان هذا الحظر غير متعلق بالنظام العام، و ان النظام العام الدولي يستند الى مبدأ معروف بموجبه يمنع على الشخص المعنوي ان يستند الى النصوص الداخلية سواء السائدة في القانون الوضعي او القانون الذي يحكم العقد من اجل التوصل من شرط التحكيم وهذا هو مبدأ الاستويل و ان شرط التحكيم يعتبر صحيحا على الصعيد الدولي طالما ابرم بين علاقات دولية. (نقلاً عن د.أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٤، ص ١٢٣).

^١ . حيث أن حكومة باكستان أنشأت اتحاد شركات له شخصية معنوية لتولي مشروع معين، وبعد زوال هذا الاتحاد أعلنت حكومة باكستان أنه من الخطأ مد التحكيم اليها، فقضت محكمة استئناف باريس في ٢٠١١ بأنه (طالما أن حكومة باكستان والتي وبشكل مواز وبعد زوال اتحاد الشركات هذا، تستمر في التدخل في تنفيذ العقد، وتتصرف كما لو كان العقد المتنازع فيه خاص بها، من دون الاخذ بالاعتبار الأعمال التي قام بها اتحاد الشركات وهو طرف موقع، والتي عند المفاوضات التي سبقت ابرام العقد كانت تتصرف بهذه الطريقة، تؤكد أن انشاء اتحاد الشركات كان شكلياً محض، وأنها كانت الطرف الحقيقي في العملية الاقتصادية، وبالتالي، أن السبب المبني على أن الهيئة التحكيمية مدت خطأ بند التحكيم ليشمل هذه الدولة وأعلنت نفسها مختصة لا أساس له). ينظر مجلة التحكيم، ١١٤، ٢٠١١، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٦١٥-٦١٦.

^٢ . ينظر في عرض ايجابيات التحكيم التجاري الدولي د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها.

الفرع الاول

تمييز الاستتوبل من العدول وحق الخيار والرضوخ

أولاً: الاستتوبل والعدول

العدول، عمل قانوني احادي الجانب بموجبه يتخلّى الشخص عن حق له عبر المفاضلة بين سلوكين محتملين^(١).

ويفترق العدول عن الاستتوبل من جوانب متعددة أهمها، استدعاء العدول الارادة المنفردة لابرار فعاليته، بينما الحال على خلاف ذلك في الاستتوبل، فينبغي أن يتواجد طرفين الاول يتخذ مسلكاً والاخر يتغير موقفه بناءً على هذا المسلك، كذلك يهدف العدول لضمان أمن وسلامة العلاقات التعاقدية، في حين يهدف الاستتوبل لحماية الثقة المنخدة^(٢).

انما قد يتداخلان معاً، فمثلاً لو أنّ المدعى عليه شارك في مسار المنازعة التحكيمية دون اي تحفظ بيد أنه بدأ ينزع في صحة الاتفاق التحكيمي عند صدور قرار التحكيم، فيمكن استنتاج العدول في هذا الموقف، كذلك حين يقوم المستفيد من اتفاق التحكيم برفع النزاع أمام قاضي وطني، فهو بذلك يعدل عن مسار العملية التحكيمية.

وعموماً تشكل حماية الطرف الذي وقع ضحية تناقضات الآخر، فضلاً عن الاضرار بضحية السلوك التناقضي، المعيار الاساس لتمييز الاستتوبل عن العدول^(٣).

ثانياً: الاستتوبل وحق الخيار

حق الخيار، حق يخول صاحبه الاختيار بين حالات قانونية شتى، وأن يختار احداها بمحض ارادته المنفردة^(٤). ويلاحظ أنّ من ضمن آثار الخيار العدول، لانه يختار أحد الامور ويعدل عن الامور الاخرى. بيد أنّ حق الخيار وان كان قد يتشابه مع الاستتوبل، الا أنه يفترق عنه في جملة أمور أهمها، أنه لكي يكون الخيار تاماً، لابد من أن يكون هنالك تنازل ضمني عن أحد السلوكين المتاحين للشخص، في حين يقوم الاستتوبل على مسلك واحد يؤثر في الآخر، ثم لابد من المفاضلة منذ البداية بين السلوكين في الخيار، والحال ليس كذلك في الاستتوبل لوجود سلوك شخص يؤثر في موقف الآخر.

ثالثاً: الاستتوبل والرضوخ (النزول)

الرضوخ (النزول)، تصرف قانوني من جانب واحد، وتكييفه القانوني أنه واقعة مادية تتطوي على تصرف قانوني، فهو واقعة مختلطة^(٥)، حيث يرضى شخص طرف في نزاع بعدم مطالبة الطرف الآخر مثلاً أو بعدم

^١ . Martin (A.), op.cit, p.304

^٢ . Ibid, p.305

^٣ . Ibid, p.305

^٤ . ينظر في ذلك د.مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٢، ص٢١٠.

^٥ . د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص٤٨٣.

منازعته في مطالبته.

ويختلف الرضوخ عن الاستويل، في ان الاول يعبر عن حالة سلبية تتمثل بالصمت والامتناع عن المطالبة، في حين يقوم الثاني على سلوك ايجابي، فمصدر الرضوخ هو الصمت الذي يعد الاكثر غموضاً وايهاً في حين لا يمكن للسلوك المؤسس للاستويل ان يكون غير أكيد، بل يتطلب سلوكاً أكيداً فعلياً خالٍ من أي غموض^(١).

الفرع الثاني

الاستويل ونظرية الظاهر

الظاهر، هو المركز الفعلي، الذي يخالف الحقيقة الذي لا يستند الى القانون، وهو كذلك لأنه يتناقض مع مركز آخر يحميه القانون، ويترتب على ذلك أن في مواجهة صاحب الظاهر يوجد كقاعدة عامة صاحب المركز القانوني^(٢).

وتؤدي الاوضاع الظاهرة الى قيام تنازع بين حكم القانون والواقع المستقر، ولا يقصد بالتنازع الموجود المواجهة بين الظاهر وبين صاحب الحق، بل يقصد به التنازع الذي يقوم بين صاحب الحق من جهة وبين الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الظاهر من جهة اخرى^(٣)، فنظرية الظاهر تقوم على الاعتقاد الخاطئ بوجود موقف قانوني يقوم على جهل الغير بحقيقة الواقع الذي بدا له مستوفياً لكامل شروطه ومطابقاً لحكم القانون، في حين أن ماوراءه ليس الا ما يخالف تلك الشروط، فهو اجمالاً عدم العلم بالعيب الذي يشوب مركز المتعامل^(٤) وتطبيق هذه النظرية يتطلب توافر ركنين^(٥): الأول، مادي، عبارة عن مركز واقعي لا يستند الى القانون ويتصل بصاحب الوضع الظاهر، والذي يمثل العنصر أو مجموعة العناصر اللازمة للمركز الفعلي لصاحب الظاهر، سواء كان لوجوده أو الاستدلال عليه، فالمركز الفعلي مواز للمركز القانوني، فهما يتشابهان في عناصر الوجود أو الممارسة أو كليهما^(٦).

الثاني، المعنوي، وهو يتصل بالغير، الذي لاينسب اليه غش أو سوء قصد أو رغبة في الاضرار بالآخرين، هذا الغير مثل صاحب الحق تماماً كلاهما ضحية الوضع الظاهر، وبالتالي فان التنازع و المفاضلة تكون بين ضحيتين، ولا بد من أن يحسم التنازع من خلال المفاضلة بين احدى الضحيتين، وكأن الركن المعنوي المتمثل

^١ . Martin (A.), op.cit, p.44

^٢ . د.شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دار دجلة، عمان، ط١، ٢٠٠٨، ص٢١٧

^٣ . المرجع نفسه، ص٢١٨

^٤ . المرجع نفسه، ص٢٢٠.

^٥ . ينظر في ذلك فتيحة قره، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع، ص٣٥ وما بعدها.

^٦ . فالمركز القانوني للمالك قد يستدل عليه بعقد بيع صحيح وبممارسة المالك لسلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، والمركز الفعلي للمالك الظاهر عناصره قد تكون عبارة عن عقد بيع باطل أو تمّ فسخه، وقد تكون عبارة عن ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف.

بحسن نية الغير وعنصر الغلط الشائع، المبرر لاعطاء الافضلية له بدلاً من صاحب الحق.^(١) وبموجب هذه النظرية ليس بإمكان أي من المتعاقدين الاحتجاج تجاه الآخر بنقص الأهلية الناتج عن القانون الواجب التطبيق على الأهلية حسب قواعد الاسناد، فيما لو كان ذا أهلية كاملة بموجب قانون مكان الابرام، مالم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم لحظة ابرام العقد أنه غير ذي أهلية أو ان عدم علمه بذلك راجعاً الى اهماله، فالطرف الاجنبي المتعاقد مع الشخص المعنوي العام يجهل عيب عدم الاهلية الذي يلزم الاخير والمقصود بالجهل هنا هو ذلك الجهل الذي يؤدي الى حصول الغلط في جانب الشخص المتعاقد مع الشخص المعنوي العام ويشترط ان يكون هذا الغلط مشروعاً ومشاركاً^(٢)، فالغلط الذي لا تتوافر فيه هذه الشروط والناتج عن جهل بسيط^(٣) ليس من شأنه ان يجعل التصرف صحيحاً بالنسبة للشخص الذي وقع ضحية له وهذا الغلط يؤدي لاعتبار الاتفاق التحكيمي المبرم قبله صحيحاً، رغم العيب اللاحق به.^(٤)

وفي الواقع ان تطبيق نظرية الظاهر بصدد العقود التي تبرم بين الاشخاص المعنوية العامة مع طرف اجنبي يستدعي اولاً وجوب توافر الشروط التي استلزمت اعتماده^(٥)، فيجب عدم الاعتداد بنقص الاهلية للشخص المتعاقد الا اذا كان متمتعاً بها بصورة كاملة وفقاً لقانون الدولة التي تم فيها التصرف^(٦)، فاذا ابرم الاتفاق التحكيمي بين الشخص المعنوي العام والطرف الاجنبي في دولة الاخير، فهل من الممكن ان اهلية الشخص المعنوي العام تحدد على ضوء قانون الدولة التي جرى فيها التوقيع والذي يعترف للاشخاص المعنوية العامة باللجوء الى التحكيم؟ والحال انه لا يمكن القول بان تلك الاهلية يحكمها قانون الدولة الاخرى لعدم وجود أي نص

^١ . Goutal (V.), L'arbitrage et les tiers, le droit des contracts Journée du comite Frances

de l'arbitrage, Paris 5 mai 1988 Rev. Arb. 1988, p.443 (أشار اليه د.سامي بديع منصور، امتداد

الاتفاق التحكيمي الى غير الموقعين على العقد: حقيقة أم مجاز؟ بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، ع ١، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦ - ٢٠٠٨، ص ٤٤٦).

^٢ . ينظر المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

^٣ . نصت المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي على انه (لا عبرة بالظن البين خطأه...).

^٤ . Mayer (p.), La Neutralisation du prou voir normative de L'Etat en meatier des contracts d' Etats, JDI, 1986, p.56

(أشار اليه د.أياد محمود بردان، المرجع السابق، ص ١٤٠).

^٥ . ينظر تفاصيل نظرية (Lizardi) د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط ٢، ١٩٧٧، ص ١٤١، ونص المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي، د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٦، ١٩٩٦، ص ٢٢٠

^٦ . نصت المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، اذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية).

قانوني يفصل في مسألة اهلية الاشخاص المعنوية العامة التابعة لدولة اخرى^(١)، ثم أنه ما الحل لو أبرم العقد في الدولة التي ترى عدم مشروعية الزامها بالتحكيم رغم وروده في العقد الذي أبرمته - وهذا هو الغالب في المسألة محل البحث-؟!، ولذلك فالنظريتان غير متطابقتين.

ولعل من المناسب الإشارة الى أنَّ احدى تطبيقات نظرية الظاهر، مايسمى بالنيابة الظاهرة،^(٢) وتقضي نظرية النيابة بأن ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه النائب الى شخص الاصيل، مع مراعاة حدود النيابة وهذه احدى خصائص النيابة، بيد أنَّ النائب قد يتجاوز حدود النيابة، والاصل في ذلك أنَّ الاصيل لايلزم فيما جاوز به النائب حدود النيابة، بيد أنَّ لذلك الامر استثناء فيما يتعلق بالنيابة الظاهرة، فهنا استثناءً ينتج التصرف أثره بالنسبة للأصيل اذا كان الغير الذي تعامل مع النائب حسن النية، بمعنى أنه لايعلم بمجاوزة النائب لحدود النيابة وكانت لديه أسباب قوية تدعوه الى الاعتقاد بأنَّ النائب قد تعاقد في حدود النيابة.

وبهذا يتضح الفرق بين نظرية النيابة الظاهرة والاستويل، فالاولى تتعلق بمدى نفاذ ماجاوز به النائب حدود وكالته في حق الاصيل وبالتالي الزام الاخير به، في حين أنَّ الثانية تتعلق باقرار ذلك العمل ثم التكرار له، بمعنى أنَّ الاولى سابقة على الثانية، فنحن نبحث عن الاستويل بعد أن نثبت التزام الاصيل بالعمل، فنظرية النيابة الظاهرة قد تكون سبباً والاستويل نتيجة.

^١ . Martin, op.cit, p.92 .

^٢ . للتفصيل حول النيابة الظاهرة وكذلك الوكالة الظاهرة التي هي احدى صور النيابة الظاهرة، ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، ص١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص١٩٦ وما بعدها، وكذلك الجزء الرابع من الوسيط ص٥٨٨ وما بعدها، وكذلك د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، نظرية العقد، دار صادر، بيروت، ط٤، ١٩٩٨، ص٢٣٤ وما بعدها.

المبحث الثاني

الاساس القانوني للدفع بالاستتوبل

لم يجمع الفقه على رأي واحد لتحديد الاساس القانوني للدفع بالاستتوبل للتحكيم، فمنهم من ذهب لاعتباره الغش أو التغيرير، وغيره ذهب لتأسيسه على أحكام المسؤولية التقصيرية، وسنخصص لكل اتجاه من هذين الاتجاهين مطلباً خاصاً، مع تخصيص المطلب الثالث للاتجاه الذي نراه مناسباً.

المطلب الاول

الغش (التغيرير)

وسيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، الاول لعرض حجج أنصار هذا الرأي، أما الثاني فلنقيمه.

الفرع الاول

عرض الاساس

هنالك من يذهب^(١) الى ان قيام الشخص المعنوي العام بابرار الاتفاق التحكيمي دون ان تكون لديه الاهلية لذلك ودون اعلام الطرف الاخر بعدم اهليته يمثل خداعاً أو غشاً يثير مسؤولية الطرف العام ويوجب تعويض الطرف الاخر.

وقبل بيان طبيعة هذه المسؤولية والتعويض الناشئ عنها، نود القول أنه يشترط لاعمال هذه النظرية حسب القائلين بها، توافر شرطان، الاول، مادي، بان يقوم الشخص بتصرفات أو أقوال تؤدي بدورها الى تغيير في الظروف، والثاني، معنوي، اذ يكون القيام بهذه الافعال بشوء نية أو غش أو احتيال^(٢) للتوصل لوضع ما كان يمكن الحصول عليه لولا القيام بمثل هذه الافعال.^(٣)

ويجدر الاشارة الى أن الغش يختلف عن التغيرير، ففيما يكون الثاني أثناء تكوين العقد، فإن الاول يكون بعد تكوين العقد^(٤).

وبشان طبيعة المسؤولية، قيل أنها مسؤولية تقصيرية، فالغش أحد صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية مع توافر الضرر والعلاقة السببية، والضرر موجود بالضرورة من التغيرير الضار في موقف المقصود بالسلوك ما

^١ . Oppetit (B.), Arbitrage et contracts d'Etats, Fromate et autres, c.Atomic Energy

organization of Iran, J.D.I., 1984, p.37. (أشار اليه أياد بردان، المرجع السابق، ص١٤١).
Ligeropoulo, Problème de la fraude a la loi, Paris, 1928, p.44, Desbois, La fraude a la loi et la juris prudence francais, Paris, 1924, p11 (أشار اليهما د.عز الدين، المرجع السابق، ص٥٤٦).

^٢ . ويرى الفقيه (Ligeropoulo) عدم استلزام العمد في الغش، اذ انه يتدرج من مجرد العلم بالضرر الذي يترتب على التصرف وهو هنا سوء النية الى الارادة العاملة على خرق القانون. Ligeropoulo, op. cit, p.44

(أشار اليه د.عز الدين، المرجع نفسه، ص٥٤٦).

^٣ . Desbois, op. cit, p11

(أشار اليه د.عز الدين، المرجع نفسه، ص٥٤٦).

^٤ . د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، المرجع السابق، ص٣١٩.

يحمل من قام بالغش تعويض الضرر المترتب، وإن منح الطرف الآخر تعويضاً عن الضرر الذي لحق به امر غير كاف على وجه العموم والعلاج هو بمنع الشخص المعنوي العام من اثارة بطلان الاتفاق التحكيم، وكذلك الحال في التغير، إذ أنَّ المتعاقد المغرر به اذا ما اختار التعويض انتقل الى دائرة المسؤولية التقصيرية.^(١)

الفرع الثاني

تقييم الاساس

بيد ان هذا الرأي لانراه يسلم من النقد فلا يمكن تعميمه على جميع الحالات كونه يتطلب خداعاً في اخفاء عدم الاهلية من ناحية كما لا يمكن التسليم به عندما تكون المصلحة العامة هي التي تبرر الحظر الذي تم خرقه وهو ما ينطبق على العقود المبرمة من الاشخاص المعنوية العامة، ثم ان القول بالمسؤولية التقصيرية يقتضي توافر أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وبالنسبة للضرر فانه يجب أن يكون محققاً^(٢)، فأين الضرر هنا، واذا ما وجد فهو احتمالي لا يدخل في نطاق المسؤولية.

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه

وسنعرض لحجج أنصار هذا الرأي ومن ثمّ تقييمه وفي فرعين مستقلين.

الفرع الاول

عرض الاساس

ان التناقض الذي تقوم به الدولة، ومن ثم ادعائها أن من وافق على شرط التحكيم، كان قد وافق على أمر ليس من صلاحياته وغير جائز، لايقبل منها، وتبقى الدولة رغم ذلك مسؤولة عن هذا الشرط وملزمة به، وأساس المسؤولية يكمن في المسؤولية عن الغير^(٣)، إذ يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها، فمن يوقع عقداً يحوي شرط تحكيم هو يبرم العقد بصفته الوظيفية ولذلك هو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، واذا ما كان هذا الشرط غير جائز أو مخالف لإرادة المتبوع، فإنه يكون قد ارتكب خطأً وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، وبالتالي تكون الدولة مسؤولة عنه، ويستوي في الخطأ أن يكون واقعاً بناءً على أمرٍ من المتبوع أو بغير أمرٍ منه ولكن بعلمه أو بغير علم ولكن دون معارضة أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المتبوع، والخطأ في جميع هذه الصور هو انحراف عن السلوك

^١ . ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٢٧، وقد نصت المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغير لايعلم به العاقد الآخر...).

^٢ . ينظر المادة (١/٢٠٧) من القانون المدني العراقي.

^٣ . نصت المادة (١/٢١٩) من القانون المدني العراقي على أنه (الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدٍ وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم).

المألوف للشخص المعتاد^(١)، فكيف اذا كان الغالب في الموضوع محل البحث تصور وقوع الصور الثلاث الاولى وعدم معارضة الدولة لها بل واقرارها العقد واستمرارها في تنفيذه؟! واذ كانت لاتقوم مسؤولية المتبوع الا بقيام مسؤولية التابع، باعتبار أن الثانية فرع عن الاولى^(٢)، فان مسؤولية التابع تقوم على أساس التعسف في استعمال الحق^(٣)، ومعيار نظرية التعسف في استعمال الحق هو الانحراف، بيد أنه ليس كل انحراف تعسفاً بل لابد أن يأخذ احدى الصور التي نص عليها القانون^(٤)، وان الانحراف هنا يكون بعدم مشروعية المصالح التي يرمي التابع الى تحقيقها، وعدم المشروعية هنا يجب أن يؤخذ بمعناه الواسع، فكل ما يعارض النظام العام الدولي يعد غير مشروع، واذا ما علمنا ان مخالفة شرط التحكيم تعتبر مخالفة للنظام العام الدولي، فيتضح المقصود، ويبقى التعسف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، حتى ولو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد^(٥).

الفرع الثاني

تقييم الاساس

ولكن لا يمكن قبول هذه الفكرة، لاستلزام المسؤولية التقصيرية، توافر أركانها الثلاثة، وفيما يتعلق بالضرر، فانه يجب أن يكون محققاً ومباشراً فلا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع^(٦)، والحال أننا في الدفع بالاستتوبل للتحكيم لا نكون أمام ضرر محقق، فعدم سلوك طريق التحكيم لا يؤدي بالضرورة الى تحقق ضرر معين يلحق بالطرف الآخر، نعم قد يكون لدى المتعاقد الاجنبي خوفاً من لجوء الدولة الى محاكمها الوطنية، بيد ان ذلك لا يعد ضرراً محققاً بالمعنى القانوني لقيام المسؤولية التقصيرية.

ثم أنه لا يمكن القول بمسؤولية الدولة على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، فاستقلال أشخاص القانون العام ينتج اماكن مقاضاتها عن طريق ممثليها، فترفع الدعوى على المحافظة أو الوزارة أو المديرية العامة مباشرة دون حاجة لمقاضاة الدولة، ما دام كل قسم من أقسام الشخص المعنوي يتمتع بشخصية مستقلة، فلا يجوز قبول الدعاوى التي ترفع من أو على غير الممثل القانوني للشخص المعنوي^(٧)، فاستقلال الاشخاص المعنوية العامة عن الدولة يؤدي الى تحملها مسؤولية أفعالها الضارة سواء كانت على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية أو الاثراء دون سبب، ويجب أن يوجه المضرور دعواه الى ممثل الشخص المعنوي المسؤول دون

^١ . ينظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، ج ١، مج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٢٧ - ١٠٢٨.

^٢ . المرجع نفسه، ص ١٠٢٢.

^٣ . Houtcieff (D.), Le Principe de coherence en matière contractuelle, Tome 2 Presses universitaires d' Aix- Marseille , PUAM, Paris, 2001, p.710

^٤ . ينظر المادة (٢/٧) من القانون المدني العراقي.

^٥ . د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مج ٢، المرجع السابق، ص ٨٤٣.

^٦ . المرجع نفسه، ص ٨٥٥.

^٧ . د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط ٤، ١٩٦١، ص ٦٨.

اشراك السلطة المركزية معه^(١)، ولا يغير من هذا الوضع كون أشخاص القانون العام تخضع لرقابة السلطة المركزية، فهذه الرقابة التي تمارسها الدولة على جميع أشخاص القانون العام، سواء كانت سابقة أم لاحقة، لا تغير من الحقيقة القانونية التي تنحصر في اسناد العمل، ولو أذنت به الحكومة المركزية، الى شخص القانون العام الذي صدر منه، وبالتالي يتحمل ذلك الشخص مسؤولية عمله^(٢).

المطلب الثالث

الاساس الذي نراه مناسباً

بدءً نود التفرقة بين مصدر التزام الدولة بالاستتوبل، وأساس الاستتوبل، فمصدر التزام الدولة بالاستتوبل قد يكون النيابة عموماً حيث أنه اذا كان على النائب أن يتقيد بحدود النيابة، الا أنه عند تجاوزه لتلك الحدود فان الاصيل قد يقر ذلك وبالتالي يصبح التصرف كأنه قد تم في حدودها ويتقيد به الاصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الاقرار^(٣)، وليس للاقرار شكل خاص، فيصح أن يكون صراحة أو ضمناً، ويستخلص الاقرار الضمني من تنفيذ الاصيل للالتزامات التي عقدها باسمه النائب او من تعهده بتنفيذها أو من أي عمل يستفاد منه الاقرار، واذا أقر الاصيل تصرف النائب لم يجز له الرجوع عن هذا الاقرار^(٤)، بل وحتى في حال عدم اقرار الدولة لهذا التصرف طالما تحققت شروط النيابة الظاهرة.

أما عن أساس الاستتوبل فيتم الحديث عنه بعد الفراغ من اثبات التزام الدولة بشرط التحكيم، ثم تنكرها له فيما بعد، ما ينبغي معه القول بحرمانها من تلك الذريعة بالاستناد الى الاستتوبل، فالموقف غير اللائق للحكومة (الدولة) التي بعد ان وقعت على عقود تضمنت شرط تحكيم او وقعت على مشاركة تحكيم وبدون تردد ثم ادعت بعد ذلك بعدم صلاحية من وقع على شرط التحكيم، مرفوض على المستوى الدولي، فهناك نظام عام دولي منفصل عن النظام العام الداخلي، ومن مبادئ هذا النظام قاعدة دولية حقيقية تمثل الاساس القانوني للدفع بالاستتوبل، وتتمثل بعرف دولي مستقر ويشكل قاعدة مادية لقانون التجارة الدولية ناتجة عن ممارسة جماعية او على الاقل ذات هيمنة يستحيل مخالفتها، فنحن أمام قاعدة دولية تتخلى عن الرجوع الى أي قانون محدد^(٥)، وترجع هذه القاعدة الى المبدأ المعروف بمبدأ حسن النية، ويشكل مبدأ حسن النية من المبادئ الاساسية في ميدان التحكيم في اطار العلاقات التجارية الدولية، والسند المفضل للمحكمين في عملية تعزيز الاخلاقية والاستقامة في العلاقات التجارية الدولية، فهو محور تحليلهم وتحليلهم في تقدير تصرفات المتعاملين في ميدان هذه العلاقات، فقد عمد المحكمون في عدة حالات الى استبعاد القوانين الداخلية ذات طابع النظام العام الداخلي

^١ . ينظر في ذلك د.أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج ١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٨٧.

^٢ . د.سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٩.

^٣ . ينظر في ذلك د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مج ١، المرجع السابق، ص ١٩٨.

^٤ . ينظر في ذلك د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، مج ١، ص ٥٩٥-٥٩٧.

^٥ . ينظر في ذلك د.صالح الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي- الاوربي، ط ٢، ١٩٩٩، ص ٣١٠، وكذلك د.أياد محمود بردان، المرجع السابق، ص ١٢٧.

بسبب مخالفتها لحسن النية وسواء كانت منتمية الى القانون الواجب التطبيق ام أجنبية عنه، ومن تلك القرارات التي استبعدت تطبيق القوانين الداخلية التي تحظر على الدولة اللجوء الى التحكيم.

ويؤكد العديد من الأساتذة أن مبدأ حسن النية هو العنصر الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الاستتوبل^(١)، وهناك من يؤكد على أن هذا المبدأ يرتكز على مبادئ حسن النية، والمنطق والعقلانية وعلى عناصر الثبات والاستقرار^(٢)، ويؤكد القاضي الدولي (الفارو Alfaro) (أن الأساس الأول لمبدأ الاستتوبل هو مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود في العلاقات الدولية، فالتناقض أو التعارض في السلوك أو في القول ... لا ينسجم مع مبدأ حسن النية)^(٣).

وهكذا يتبين من هذه الآراء الفقهية والقضائية ومن تطبيقات أحكام التحكيم^(٤)، أن مبدأ الاستتوبل هو من تطبيقات المبدأ العام المتمثل بحسن النية، وأن مبدأ حسن النية هو الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الاستتوبل، فالدفع بالاستتوبل يعبر عن قاعدة اجرائية تطبق في سياق المنازعة القضائية لمنع التعارض في السلوكيات، والدولة الطرف في النزاع بمقتضى مبدأ حسن النية ملزمة بمراعاة قدرأ من الاستقامة والانسجام والتناسق وعدم التناقض في سلوكها وتصرفاتها، ويصح الأمر نفسه على ما يتعلق بمبدأ الاستتوبل، فالدولة الطرف في النزاع ملزمة بمراعاة قدرأ من التناسق وعدم التناقض في سلوكها وتصرفاتها، أي أن لا تتخذ سلوكاً أو تصرفاً لاحقاً يتناقض أو يتعارض وسلوكها السابق بقصد تحقيق الفائدة لحسابها أو للأضرار بالطرف الآخر، لأنها أن فعلت ذلك تكون سيئة النية وسيؤدي ذلك إلى الإخلال بالنقطة المتبادلة، فلا يعذر احد لاغتياله الثقة الممنوحة منه الى الغير والقائمة على ماصدر منه من اقوال او افعال او تصرفات، فيلتزم الشخص المعنوي العام اعلام الطرف الآخر المتعاقد معه بوضوح، بحيث لا يقتصر على مجرد ذكر العبارات العامة كالنص على الحصول على الموافقات

^١ Bowett(D.W.), op, cit, . Mac Gibbon(I.C.), estoppel in international law, op, cit, p. 469..
p. 176

^٢ . د. رشيد مجيد الربيعي، المرجع السابق، ص١٤٨. د. مفيد شهاب، المرجع السابق، ص١٩. د. محمد طلعت الغنيمي،
المرجع السابق، ص١١١، هامش (١).

^٣ . 42 . Reports(I.C.J.) , op.cit, p.

^٤ . كما رأينا عند عرض بعض الاحكام التحكيمية عند بحث شروط الاستتوبل، وكذلك من الاحكام التي أكدت عدم جواز الدولة انكارها لشروط التحكيم باعتباره من مقتضيات حسن النية، حكم محكمة روان الفرنسية في قضية باك ضد الديوان الوطني للحبوب الفرنسي عام ١٩٩٧، حيث أوضحت المحكمة ذلك بقولها:

(By entering into an arbitration agreement, in the absence of which the deal would clearly not have been concluded, the Tunisian State has thus accepted the ordinary legal rules of international trade; by doing so, it has waived its immunity from jurisdiction and, as agreements must be performed in good faith, its immunity from execution)

(نقلأ عن أحمد ورفلي، حالة للدراسة، مجلة التشريع والقضاء، س٢، ع٢، ٢٠١٠، ص٩٤).

الادارية الضرورية أو التراخيص والموافقات التي لاغنى عنها^(١).

والواقع أننا نرى أنَّ الأساس القانوني للاستتوبل هو الاستتوبل نفسه، والاستتوبل ليس غريب عنا فهو ترجمة لما ورد في المادة (١٠٠) من مجلة الاحكام العدلية والتي تقضي بأنَّ (من سعى في نقض ما تمَّ من جهته فسعيه مردود عليه)^(٢)، فالدولة وبعد أن التزمت بالتحكيم أياً كان مصدر التزامها -كما سبقت الإشارة- فلا يمكنها بعد ذلك أن تتصل منه بأية ذريعة، لأنَّ ذلك يشكل تناقضاً واضحاً يترتب عليه عدم استقرار التعامل، ونحن لا نختلف مع من يقول بأنَّ أساس الاستتوبل هو مبدأ حسن النية، فلا شك في أن التناقض في التصريحات والتصرفات والسلوكيات المولدة لتغيير ضار في موقف الغير، لايتجانس بأي شكل من الاشكال مع حسن النية، المبدأ الأساس لكل رابطة قانونية، ويؤكد أحد الفقهاء على ذلك بقوله (أنَّ الصلة بين مبدأ حسن النية والاستتوبل واضحة حيث أن مبدأ حسن النية يظهر عمق العلاقة بين اشكاليتين، الاولى، الاعتقاد ذو المضمون البسيكولوجي، والثانية، الاستقامة ذات الاصل المعنوي، انما هذا لا ينفي بأي حالة من الاحوال، أن منع التناقض يعد من مقتضيات التناسق بين الاقوال والتصرفات والتي تعد بدورها من مقتضيات حسن النية وعبر حماية الشخص المعتقد واعمال الاستتوبل تتأمن حماية نيته الحسنة)^(٣)، كل ما في الامر أنَّ مبدأ حسن النية هو أساس كل رابطة قانونية وهو معيار مطاط ويمتد ليشمل الاستتوبل وغيره، ونظرية الاستتوبل اليوم هي نظرية قائمة بذاتها وتعد أساساً لمنع التناقضات وهذا ما هو واضح من استقراء الاجتهادات الحديثة.

^١ . ان التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الاحوال عن الالتجاء الى نظرية التعسف في استعمال الحق. للتفصيل حول التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، المجلد ١، المرجع السابق، ص ٦٢٦ وما بعدها.

^٢ . سليم رستم باز، المرجع السابق، ص ٥٢.

^٣ . Jean (L.S.), La croyance le gi time, JCP, 1982, p.3058.

المبحث الثالث

طبيعة الدفع بالاستتويل للتحكيم

يقصد بالدفع الوسيلة القانونية التي يستعين بها الخصم ليجيب بها عن دعوى خصمه بقصد تقادي الحكم له بما يدعيه^(١) كلاً أو بعضاً بصفة نهائية أو مؤقتة^(٢)، وقد ثار الخلاف حول طبيعة الدفع بالاستتويل للتحكيم، ويبدو ان الخلاف يتمحور في اتجاهات أربعة، فهناك من ذهب لاعتباره دفعا بعدم الاختصاص وآخر الى القول بانه دفع ببطلان المطالبة القضائية وثالث الى انه دفع موضوعي أما الرابع فيعده دفع بعدم القبول، وكما هو واضح في الآتي :

المطلب الاول

الدفع بالاستتويل للتحكيم دفع بعدم الاختصاص

ويتطلب البحث في هذا المطلب عرض الحجج التي يستند اليها أنصار هذا الرأي ومن ثم تقييمها، وسنخصص لكل من المفردتين فرعاً خاصاً.

الفرع الاول

عرض الرأي

هناك من يذهب الى أن الدفع بالاستتويل للتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص^(٣)، فالإتفاق على التحكيم انما يعني حجب سلطة المحاكم عن نظر النزاع، وهو يؤدي الى نزع الاختصاص بنظر النزاع عن المحاكم واعطائه للمحكمين، فيكون الدفع به دفع بعدم الاختصاص^(٤)، فذلك يجعل النزاع خارج اختصاص القضاء، بمقتضى

^١ . ينظر د.عباس العبودي، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة ، عمان، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٢٧٤.

^٢ . ينظر في ذلك د.عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج ٤، الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٧، ونصت المادة (١/٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، على أنه (الدفع، هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً).

^٣ . يهدف هذا الدفع الى اعلان عدم اختصاص المحكمة التي اقيمت الدعوى أمامها وفق الاصول، ويقصد بالاختصاص (الصلاحية المعينة للمحكمة والتي تخولها النظر في قضية معينة)، ينظر في ذلك الاستاذ منير القاضي، المرجع السابق، ص ٦١، ويكون عدم الاختصاص دولياً، كما لو كانت المحاكم العراقية غير مختصة، أو وظيفياً كما لو كان القضاء الاداري هو المختص، أو نوعياً، كما لو كانت الدعوى ليست من اختصاص محكمة الاستئناف بل التمييز، أو مكانياً، كما لو كانت محاكم البصرة هي المختصة وليست بغداد. ينظر في ذلك د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها، وكذلك عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج ١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠، ص ٣٢٣، وكذلك د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٦.

^٤ . ينظر في ذلك د.نصري انطوان دياب، ثلاثية وسائل الدفاع في أصول المحاكمات المدنية اللبناني، بحث منشور في مجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين، بيروت، ع ١، س ٤٣، ٢٠٠٩، ص ١٢. وحكم محكمة التمييز/ الغرفة المدنية الاولى، في قضية رقم (١٢، ٤٧٧، ٠٩) في ١٤/نيسان، ٢٠١٠، بين شركة العقارات SCI TECA وشركة MDI ضد شركة Baudin Chateaneuf وشركة Treve Abel SEETA، وكذلك حكم نفس المحكمة في قضية رقم (١١٨٧٢) -

الاتفاق المذكور، وعدم الاختصاص هنا يتعلق بالنظام العام فيكون من الممكن ابدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى^(١) وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.

وهناك من يرى ان هذا الدفع لايجوز ابدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى ولايجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها^(٢) كما هو الحال بالنسبة للدفع المتعلقة بالنظام العام فالاصل هو ولاية القضاء بينما الاستثناء هو التحكيم، واذا كان الامر كذلك فلا يجوز للقضاء التوصل من ولايته بحجة وجود اتفاق تحكيم فقد يعدل الخصوم عنه^(٣) بعد حصوله ولهذا فالمنطق يقضي عدم تمسك المحكمة به من تلقاء نفسها.^(٤)

(٠٩) في ٢٠١٠/٥/١٢ بين X وشارل Y، والقضية رقم (٢١،٣٧٧-٠٨) في ٢٠١٠/٩/٩ بين Ergo Lietuve و Evekas ضد Maccifilia و Giraud Rhone ، للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع ٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٢٨٢-٢٨٤.

ومن التشريعات التي ذهبت لهذا الاتجاه ما نصت عليه المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم (٤٨) لسنة ٢٠١١ والتي نصت على أنه (اذا عرض نزاع خاضع لاتفاق تحكيم على محكمة نظامية، تعلن هذه الاخيرة عدم اختصاصها...)، والمادة (٥/١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ والتي نصت على أنه (ولاختص المحاكم بنظر المنازعات التي أُنقِضَ على التحكيم في شأنها...)، ونصت المادة (٢٤) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ على أنه (يجب ابداء الدفع بعد الاختصاص والدفع الشككية الاخرى قبل الجلسة الأولى...)، ما يعني أنها اعتبرته دعواً بعدم الاختصاص، ونص الفصل (٦١) من مجلة التحكيم التونسية على أنه (... يثار الدفع بعدم الاختصاص في أجل أقصاه تقديم الملحوظات الكتابية للدفاع في الاصل...)، ونصت المادة (٣/٢١) من قواعد التحكيم السويسرية على أنه (كقاعدة عامة، يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في الرد على اخطار التحكيم...)، ونصت المادة (٢/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع...)، ونصت المادة (٢/٢٣) من قواعد الاونسيترال بصيغتها المعدلة في ٢٠١٠ على أنه (يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه وقت تضمينه في بيان الدفاع...).

^١ . فقد قضت المحكمة العليا في الجزائر/ الغرفة التجارية والبحرية، في قضية رقم (٤٠٠٥٦١) في ٢٠٠٧/١٢/٥ بأنه (يمكن اثاره الدفع بالاتفاق التحكيمي في أي مرحلة من مراحل الدعوى فينزع اختصاص القضاء). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع ٤، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

^٢ . اعتبرت المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٨١ المعدل بالمرسوم (٤٨) في ٢٠١١، الدفع بالاستويل دفعا بعدم الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام، فقد نصت على أنه (... لا يمكن للمحكمة النظامية أن تثير عدم اختصاصها من تلقاء نفسها...).

^٣ . فقد نصت المادة (٥/١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه (... ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً).

^٤ . قضت محكمة النقض المصرية بأنه (اذا كان التحكيم يركز على نصوص القانون، فانه يركز أيضاً على اتفاق الخصوم، والطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وانما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، اذ يعتبر السكوت عن ابدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به. نقض

الفرع الثاني

تقييم الرأي

بيد ان هذا الاتجاه لم يحظ بتأييد جميع الفقهاء انما وجهت له سهام النقد ومن ضمن ما قيل فيه، أنَّ تحديد طبيعة الدفع بالاستتوبل للتحكيم بانه دفع بعدم الاختصاص فالامر يقتضي تحديد نوع الاختصاص وما اذا كان ولائياً أم نوعياً أم مكانياً، بل انه يقتضي القول انه اختصاص مكاني وهذا لا يمكن التسليم به لعدم امكان اسناد عدم الاختصاص المقول به لأي نوع من انواع عدم الاختصاص، فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة وانما من سماع الدعوى ما بقي شرط التحكيم قائماً،^(١) والقول بعد الاختصاص يعني أن المحكم هو المختص مع ان الاختصاص لا يمكن تصويره سوى بين المحاكم القضائية،^(٢) والمحكم ليس محكمة معينة حتى يتسنى الحديث عن اختصاصه بالدعوى حتى تكون المحكمة المرفوعة اليها الدعوى غير مختصة بنظرها،^(٣) ثم ان هناك تعارضاً بين تأصيل الدفع بالاستتوبل على أنه دفع بعدم الاختصاص مع قواعد الولاية القضائية والاختصاص، إذ أنَّ الأخيرة مظهر من مظاهر سيادة الدولة وقواعدها من النظام العام التي لا يجوز للطراف الاتفاق على خلافها، فالدفع بعد الاختصاص هو من النظام العام لا يجوز التنازل عنه ويمكن التمسك به في أي حال تكون عليها الدعوى^(٤) فالقضاء يبقى مختصاً بالفصل في النزاع محل الاتفاق على التحكيم ولذلك يمكننا القول ان اتفاق الطرفين لا يمكن ان يترتب عليه نفي اختصاص القضاء بنظر الدعوى^(٥).

ثم أنَّ نصوص القانون تمنح المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اختصاصاً يتنافى مع القول بعدم اختصاصها، من ذلك طلب رد المحكم ونظر الدعوى في حال تعذر التحكيم لاسباب معينة والائانات القضائية والتماس اعادة النظر في حكم المحكم^(٦)، كذلك فان الدفع بالاستتوبل للتحكيم لا يتعلق بالنظام العام، أما الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي فهو من النظام العام.

٢٤ مايو ١٩٦٦، س ١٧، ص ١٢٢٣. (نقلاً عن د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ١، ١٩٦٨، ص ٩٣٩-٩٤٠).

١. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٦، ١٩٨٠، ص ١٢٣، و عبد الرحمن العلام، المرجع السابق، ج ٤، ص ٤٢٤.

٢. ينظر عبد الرحمن العلام، ج ١، المرجع السابق، ص ٣٢١.

٣. د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على الاجراء القضائي في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص ١٦٦.

٤. اذ نصت المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (الدفع بعد اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها او بسبب نوع الدعوى او قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز ابداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى).

٥. د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٤٠.

٦. ينظر المواد (٢/٢٦١) و (٢٦٣) و (٢٦٩) و (٢٧٣)، من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

المطلب الثاني

الدفع بالاستتوبل للتحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية (عدم جواز النظر في الدعوى)

وسيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين مستقلين، الاول لبيان حجج أنصار هذا الرأي، أما الثاني فلتقييمها.

الفرع الاول

عرض الرأي

ان الدفع بالاستتوبل هو دفع ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي يتمثل بعدم قابلية الطلبات التي تتضمنها الصحيفة لان تكون محلاً للمطالبة القضائية، فالأخيرة هي اجراء والاجراء عمل قانوني يتألف من شروط موضوعية كالارادة والأهلية والمحل والاختصاص وأخرى شكلية وتتمثل بالشكل الذي وضعه القانون^(١)، ووظيفة اتفاق التحكيم هي الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء بنحو لا يصبح معه صالحاً لان يكون محلاً لهذه المطالبة.

ويترتب على ذلك عدد من النتائج منها أنَّ الحكم في الدفع بالاستتوبل يعد حكماً ببطلان المطالبة القضائية او صحتها، ويطبق عليه قواعد البطلان الخاص، اذ انه لايتعلق بالنظام العام وبالتالي لايجوز التمسك بها الا ممن شرع لمصلحته من الطرفين ويجوز لصاحب الحق فيه التنازل عنه صراحة او ضمناً، فالدفع بالاستتوبل للتحكيم دفع بعدم جواز النظر في الدعوى لتخلف حق الدعوى أصلاً لدى الخصم^(٢).

الفرع الثاني

تقييم الرأي

وقد قيل في معرض النقد لهذا الاتجاه أنَّ ثمة مغالاة في الزعم بانتفاء حق الدعوى لانتفاء النزاع وتجعله منافياً للواقع، فاتفاق التحكيم يفترض لاعماله وجود نزاع قائم أو قد ينشأ في المستقبل، ثم ان القول بان الدفع بالاستتوبل للتحكيم دفع بعدم جواز نظر الدعوى ويحول دون اعادة رفع الدعوى مجدداً، قول يجانب الصواب، فلا يحول الدفع بالاستتوبل للتحكيم دون ذلك اذ ليس هناك مانع قانوني يمنع رفع الامر الى القضاء فيما لو انقضى ميعاد التحكيم دون صدور الحكم مثلاً او استحالة اتمامه لأي سبب كان،^(٣) وكذلك فيما لو تم التنازل عن التحكيم صراحة او ضمناً^(٤).

المطلب الثالث

الدفع بالاستتوبل دفع موضوعي

يدور هذا المطلب في بيان حجج أنصار هذا الرأي وتقييمها، وعلى مدار الفرعين الآتيين:

^١ . ينظر في ذلك د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١١١.

^٢ . ينظر د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، ط ٣، ١٩٢١، ص ٢٨٤.

^٣ . د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٨٦٠.

^٤ . ينظر نص المادة (٢٥٣/٢) و(٢٦٣) من قانون المرافعات العراقي.

الفرع الاول

عرض الرأي

الدفع الموضوعية، هي كل دفع يتعلق بأصل الحق الذي تنظمه القوانين المقررة للحقوق، كالقانون المدني والتجاري، ويقصد منها انكار المدعى عليه كلاً أو بعضاً بالمنازعة في صحة التزام المدعي أو مداه أو منازعته في بقاءه، كان ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو انقضائه، والدفع الموضوعية لا يحددها الحصر، والتي قد تستند الى نص في القانون أو العقد أو المبادئ والقواعد العامة أو اي دليل من أدلة براءة الذمة أو سقوط الحق^(١). وان التمسك بالاستتوبل للتحكيم من وجهة نظر القانون المدني تمسك بتنفيذ شرط من شروط العقد، وشأن شرط التحكيم شأن سائر الشروط الاتفاقية، لا يمكن أن يسقط الحق في التمسك بها بمجرد التكلم في الموضوع أمام المحكمة، كما لا يمكن أن يسقط الحق في التمسك بها، بصورة ضمنية، لان الدفع بالتحكيم ليس منشأه في الأصل قانون المرافعات- الذي يعنى بالاجراءات والدفع المتعلقة بها- انما هو منبثق ويتأتى من أحكام القانون المدني، كأثر من آثار عقد التحكيم.

الفرع الثاني

تقييم الرأي

بيد أن هذا الرأي يبدو متأثراً بالنظرية التعاقدية للتحكيم والتي تميل لاعتبار مجمل عملية التحكيم اتفاقية، بخلاف الامر الواقع، المستقر على اعتبار التحكيم قضاءً أصيلاً للتجارة الدولية، فالتحكيم التجاري الدولي لم يعد اليوم عملاً ارادياً خالصاً، وليس أدل على ذلك من استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه،^(٢) اذ لا يتأثر شرط التحكيم باحتمال فسخ العقد أو بطلانه.

ثم ان تحديد طبيعة الدفع بالاستتوبل للتحكيم بأنه دفع موضوعي يؤدي الى تصدي المحكمة الى أصل الموضوع في الدعوى والنظر فيه ومن ثم اصدار حكمها الفاصل في موضوع الدعوى، ما يمنع تجديد النزاع امام المحكمة مرة اخرى لان الحكم يحوز حجية الامر المقضي به، وهذا يتعارض مع عدة مسائل منها، الخروج على المبدأ المستقر في التحكيم التجاري الدولي والذي يقضي بأن المحكم هو من يفصل باختصاصه، كذلك يؤدي الى عدم الاقتصاد في الخصومة، ثم ان هذه الطبيعة لا تفسر امكان رفع الدعوى امام القضاء بعد استفاد طريق التحكيم، طبقاً لقاعدة (اذا زال المانع عاد الممنوع)، فالتحكيم واقعاً ينشئ عائقاً أمام المحكمة عن نظر الدعوى مازال الشرط قائماً.

المطلب الرابع

^١ . ينظر في ذلك د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص ٢٧٧، وكذلك عبد الرحمن علام، ج ١، المرجع السابق، ص ١١٦، وكذلك د.عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٣.

^٢ . ينظر في ذلك د.محيي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم -استقلاله وصياغته-، مجلة التحكيم، ملحق ع ٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٣٣٦ وما بعدها.

الدفع بالاستتوبيل دفع بعدم القبول

ونتكلّم في هذا المطلب عن حجج أنصار هذا الرأي في فرع أول، وعن تقييمه في فرع ثانٍ.

الفرع الاول

عرض الرأي

هناك من يرى^(١) ان الدفع بالاستتوبيل هو دفع بعدم القبول^(٢) فالخصم وقد ارتضى عرض النزاع على محكم يكون قد نزل عن حقه في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية، والتمسك بهذا النزول يعتبر دفعاً بعدم القبول من الناحية الاجرائية امام القضاء، ولان أساس الدفع اتفاق الطرفين على التحكيم^(٣) فانه لا يتعلق بالنظام العام^(٤).

ويستند هذا الاتجاه في رأيه على مجموعة من الحجج مؤداها أنّ الاتفاق على التحكيم ليس له القدرة على اخراج النزاع من اختصاص القضاء بل هو لا يستهدف احداث هذا الأثر انما يتمثل بمجرد اقامة مانع من سماع الدعوى امام القضاء وهو باقامة هذا المانع انما يقيد حق الطرفين في الالتجاء الى القضاء، فالاتفاق على التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص، انما يمس سلطة الخصم بالالتجاء للقضاء فينشئ عائناً مؤقتاً يمنع المحكمة من نظر الدعوى، لذلك فان الرجوع عن التحكيم يوجب الرجوع للمحكمة المختصة، ولان اتفاق التحكيم يؤدي الى نزول الخصوم عن سلطة الالتجاء الى القضاء بارادتهم، فان الدعوى تفقد شرطاً من شروط قبولها، فيمتنع على المحكمة نظرها، والنتيجة المنطقية لذلك ان تصبح الدعوى غير مقبولة امام القضاء مادام المانع من قبولها موجوداً.

وتجدر الاشارة الى أنّ قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل قد اخذ بهذا الاتجاه،

^١ . د. احمد ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٠٩، والدفع، المرجع السابق، ص ٩٤٠، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق،

ص ٢٢، عبد الرحمن العلام، المرجع السابق، ص ٤٢٤، Paul Guggenheim, trait de droit international public, tome(I), Genève, 1967, p.244-245.

^٢ . يقصد بالدفع بعدم القبول، الاعتراض على قبول الدعوى أو الطعن لانتفاء شروط القبول فيها. د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص ٢٨٣. ويهدف الدفع بعدم القبول لرد الدعوى دون التصدي للاساس، دون مناقشة الموضوع، فهو لا يستهدف الحق الذي ترتكز عليه الدعوى ولا يناقش صحته وقانونيته، انما يستهدف حق الدعوى بذاته، ويرتكز على انتفاء حق المدعي في الدعوى، لانتفاء أحد شروط الدعوى. عبد الرحمن العلام، المرجع السابق، ص ١٢٠.

^٣ . د. سميحة القليوبي، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، ملحق ع ٨، ٢٠١٠، المرجع السابق، ص ٦٠٧.

^٤ . د. فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات، ط ٢، ١٩٨١، ص ٤٤٧، وقد اعتبرت المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الدفع بالاستتوبيل دفع بعدم القبول حيث نصت على أنه (يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى...)، وكذلك المادة (١/٨) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي نصت على أنه (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين الى التحكيم...)، وكذلك نص المادة (ثانياً/٣) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية ١٩٥٨ والتي نصت على أنه (على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الاطراف ... أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم...).

ويبدو ذلك جلياً من ملاحظة المادة (٢٥٢) منه والتي نصت على أنه (...) فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق التحكيم أو أقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة الى أن يصدر قرار التحكيم)، ونص المادة (١/٢٥٣) من نفس القانون والتي نصت على أنه (إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاعٍ ما، فلا يجوز رفع الدعوى به امام القضاء الا بعد استنفاد طريق التحكيم)، وكذلك نص الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي بينت (اما اذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم)، وهذا ما يتفق مع المنطق القانوني.

الفرع الثاني

تقييم الرأي

ويبدو مما تقدم أن أقرب الآراء لبيان طبيعة الدفع بالاستتويل هو اعتباره دفع بعدم القبول، فالمشرع ينظم حق الدعوى ويتطلب لمزاويلته شروطاً معينة^(١)، من بينها عدم اختيار طريقاً آخر مشروعاً لحسم النزاع^(٢)، وما دامت الدعوى ليست الوسيلة الوحيدة لحسم النزاع على الحقوق والمراكز القانونية، وإذا صح أنها ليست واجباً قانونياً يجب اتباعه في جميع الاحوال فان من حق الخصوم أن يتفقوا على طريقٍ آخر، ومن واجب المحكمة ومن دواعي المصلحتين الخاصة والعامة احترام الخيار الآخر، فإذا ما لجأ أي من أطراف الاتفاق الى المحكمة فان لخصمه الحق في أن ينكر عليه ذلك بالاستناد الى الاستتويل لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى، وهو (عدم اتفاق الخصوم على اختيار طريق آخر موازٍ ومحقق لنفس الهدف وهو حسم النزاع).

^١ . نصت المواد (٣-٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي على شروط رفع الدعوى، وان كنا نرى أن عدم وجود اتفاق على التحكيم هو أيضاً من شروط رفع الدعوى، وللتفصيل في شروط الدعوى ينظر د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

^٢ . ينظر في هذا المعنى د.عباس العبودي، المرجع نفسه، ص ٢٠٠.

المبحث الرابع

آثار الدفع بالاستتوبيل

يرتب الدفع بالاستتوبيل للتحكيم آثاراً معينة، أهمها، وقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة، وما يتعلق بالمسائل المستعجلة، ومسألة النظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره، بالإضافة الى ما يتعلق بقطع مدة التقادم، وسنخصص لكل واحدٍ من هذه الآثار مطلباً خاصاً.

المطلب الاول

وقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة

في حال الدفع بالاستتوبيل تلتزم المحكمة بوقف الدعوى المرفوعة أمامها^(١)، اذ يترتب على التحكيم أثراً، الاول، ايجابي، يتمثل بحق أطرافه في طرق باب التحكيم، والثاني، سلبي، ويتمثل بمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم مادام التحكيم قائماً، وهو ما يعبر عنه بالأثر المانع للتحكيم^(٢)، فقد نصت المادة (١/٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقية على أنه (إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاعٍ ما، فلا يجوز رفع الدعوى به امام القضاء الا بعد استنفاد طريق التحكيم)^(٣)، وكذلك نص الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي

^١ . نصت المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار على انه (بتعيين على محاكم الدول التي ترفع اليها الاجراءات بالمخالفة لشرط التحكيم ان توقف الاجراءات امامها).

نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

<http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.of.other.states.convention.washington.1965/doc>.

ونصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه (... فاذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم او اذا اقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة، فقرر اعتبار الدعوى مستأخرة الى ان يصدر قرار التحكيم).

^٢ . فقد نصت المادة (٥) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (في المسائل التي ينظمها هذا القانون، لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل الا حيث يكون منصوصاً على ذلك في هذا القانون).

وقضت المحكمة العليا في الجزائر/الغرفة التجارية والبحرية في قضية رقم (٤٤٢١٨٧) في ٢٠٠٨/٤/٩ بأن (من اتفق على اللجوء الى التحكيم لا يمكنه اللجوء الى القضاء، لأن العقد شريعة المتعاقدين). للتفصيل حول هذا الحكم ينظر مجلة التحكيم، ٤٤، ٢٠٠٩، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٢٤٥-٢٤٧.

^٣ . ونصت المادة (٢٧) من اتفاقية عما للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ على أنه (الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم)، ونصت المادة (١/٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (على المحكمة التي ترفع امامها دعوى في مسألة أبرمت بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين الى التحكيم اذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد...)، وكذلك كان نص المادة (١/٨) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤، ونص الفصل (٥٢) من مجلة التحكيم التونسية، ونصت المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل على أنه (على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى ...).

نصت على أنه (اما اذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم). وذلك يحقق ميزة عدم ابطاء المحكمين في اصدار حكمهم وييسر عودة الاطراف المتنازعين تحكيمياً للقضاء، لان الدفع بالاستتول لا يترتب عليه استنفاد المحكمة ولايتها في النزاع انما ايقافه وبالتالي فاذا فشل التحكيم في حل النزاع يرجع الأمر الى القضاء، والقول بأن المحكمة قد استنفدت ولايتها يؤدي الى تصدي محكمة الدرجة الثانية للنظر في للموضوع مباشرة اما القول بعكس ذلك فيؤدي الى اعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى وبالتالي عدم تقويت درجة من درجات التقاضي على رافعها.

بيد أن ما تجدر الإشارة اليه في هذا الصدد، هو أن مجرد الاتفاق على التحكيم لا يكفي وحده لوقف الاجراءات، انما قبول المحكمة للدفع بالاستتول واقتناعها بإمكانية حسم النزاع عن طريق التحكيم هو الذي يشفع لها ان تقرر عدم المضي في الدعوى بعد أن أحيل أمر الفصل في موضوعها لجهة أخرى معتبرة لنقضي بناءً على ذلك بوقف الاجراءات بنفس المعنى الذي يرمي اليه قضاؤها برد الدعوى^(١)، كما ان عدم القبول والاتفاق على التحكيم ليسا وجهين لعملة واحدة، انما أحدهما (الاتفاق على التحكيم) مسوغ للآخر (عدم القبول)، ومبرر أيضاً لوقف الاجراءات، فالدفع بوقف الاجراءات نتيجة اتفاق التحكيم هو دفع اجرائي شكلي، أما الدفع بعد القبول لوجود الاتفاق على التحكيم فدفع بعدم القبول مستقل عن الدفع الشكلي^(٢) وكذلك عن الدفع الموضوعية^(٣)، والدفع الشكلي مقرر لمن قصد القانون حمايته (وهو المدعى عليه هنا)، ما لم يكن متعلقاً بالنظام العام^(٤)، أما الدفع بعدم القبول فمتاح لكل ذي مصلحة بمن فيهم المدعى عليه بالدفع بالتحكيم (المدعي بالدعوى التي يثار فيها هذا الدفع)^(٥)، ومن جانب آخر فان وقف الاجراءات في جميع الحالات المبررة يغل يد المحكمة عن النظر في النزاع، عليه فان القول بوقف الاجراءات نتيجة الدفع بالاستتول يمنع المدعي من متابعة دعواه دون الحاجة لصدور حكم من المحكمة برد الدعوى، محل نظر.

أما عن الوقت الذي يثار فيه الدفع بالاستتول، فموعده هو الجلسة الاولى^(٦) أمام المحكمة المختصة أصلاً

^١ . هذا الوضع في القانون العراقي، وان كنا نميل الى ترك هذه المسألة لمحكمة التحكيم، طبقاً لمبدأ اختصاص المحكم للفصل في اختصاصه.

^٢ . الدفع الشكلي، هي الوسائل التي يستعين بها المدعى عليه لنفاذ الدعوى بغير أن يواجه موضوعها أو يناقشها، وذلك بانكار اما شكل الدعوى أو الطعن باختصاص المحكمة أو في اجراءاتها. (ينظر عبد الرحمن العلام، ج١، المرجع السابق، ص١١٧).

^٣ . الدفع الموضوعية، هي كل دفع يتعلق بأصل الحق الذي تنظمه القوانين المقررة للحقوق كالقانون المدني والتجاري، ويقصد منها انكار المدعى عليه كلاً أو بعضاً بالمنازعة في صحة التزام المدعي ومداه او منازعته في بقاءه، كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه او انقضائه، كالدفع ببطلان سند الدين أو تزويره أو انقضائه. (ينظر المرجع نفسه، ص١١٦).

^٤ . ينظر المرجع نفسه، ص١١٨.

^٥ . ينظر د. وجلي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط١، ١٩٧٨، ص٢١٤.

^٦ . فقد قضت محكمة النقض السورية/ الغرفة المدنية الاولى في قضية رقم (٤٦٨) في ٢٠٠٥ بأن (التمسك بشرط التحكيم واثارته قبل أي دفع آخر يجعل البت بالنزاع من اختصاص هيئة التحكيم)، للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع٤٤، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص٣٠٩-٣١٠، وقضت محكمة الاستئناف في الكويت/ هيئة التحكيم القضائي

بنظر النزاع التي رفعت الدعوى أمامها رغم وجود اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة (١/٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين الى التحكيم، اذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الاول في موضوع النزاع...)، وكذلك هو نص المادة (١/٨) من قانون التحكيم البحريني^(١) والفصل (٥٢) من مجلة التحكيم التونسية والمادة (٢/٢٣) من قواعد الاونسيترال بصيغها المنقحة ٢٠١٠ والمادة (٣/٢١) من قواعد التحكيم السويسرية، ونصت المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل على أنه (على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى)، ونصت المادة (٢/٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (ومع ذلك اذا لجأ أحد الطرفين الى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الاولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً).

المطلب الثاني

المسائل المستعجلة

الطلب المستعجل، طلب اتخاذ اجراء وقتي سريع يبرره خطر حقيقي محقق بالحق المراد المحافظة عليه لدرء الضرر الذي لا يمكن تلافيه اذا ما لجأ الخصوم للقضاء العادي^(٢)، ويختلف الاستعجال هنا عن نظر الدعوى بصورة مستعجلة، فالمرجع في بعض الأحيان ينص على البت في بعض الدعاوى على وجه السرعة، وهو المقصود بالثانية^(٣)، فهذا ليس من شأنه أن يجعلها من قبيل المسائل المستعجلة^(٤)، لعدم توافر الخطر، انما

الاولى/ في ٢٠٠٧/٧/٤ بأن (لجوء المحتكم الى القضاء وعدم تمسك الطرف الآخر بعدم الاختصاص هو الغاء للشرط التحكيمي)، المرجع نفسه، ص ٣٣٣، وقضت محكمة التمييز في البحرين في طعن رقم (٢٠٠١/٢٢٣) بأن (عدم التمسك أمام القضاء في أول دفع بشرط التحكيم يفضي الى سقوطه). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع ٤٤، ٢٠٠٩، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٢٠١-٢١٢، وقضت المحكمة العليا في السودان/ الدائرة المدنية/ الطعن المدني رقم ٢٠٠٦/١٠٤٣ بأنه (...ويعتبر عدم ابداء الدفع بشرط التحكيم في الجلسة الاولى تنازلاً عن الحق فيه...). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع ١٠٤، ٢٠١١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٣٢١.

^١ . نصوص القانون متاحة على الموقع الالكتروني :

<http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=181&Link=95>

^٢ . عبد الرحمن العلام، ج ١، المرجع السابق، ص ٤٥٨، ومن الحالات المستعجلة، ما اذا توقف المقال عن اتمام بناء تعهد باتمامه في وقت معين، وطلب البائع الترخيص له في بيع المنقولات المبيعة القابلة للتلف أو لتقلب الاسعار في السوق في حال امتناع المشتري عن تسلمها في الميعاد المتفق عليه. (المرجع نفسه، ج ٣، ص ١٨).

^٣ . كما في نص المادة (٢/١١٣٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، والتي اعتبرت دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة، وكذلك نص المادة (٥٤٨) من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠، باب الافلاس (والنافذ حالياً)، والتي اعتبرت دعاوى الافلاس من الدعاوى المستعجلة.

^٤ . نص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المواد (١٤١-١٥٠) على المسائل المستعجلة.

يكتفى فيها بتقصير مواعيد التقاضي أمام القضاء العادي، أما الاستعجال محل البحث فيقصد به الحكم في المسائل المستعجلة مؤقتاً دون البت في أصل الموضوع^(١)، والمحكمة المختصة نوعياً بنظر المسائل المستعجلة بصورة أصلية هي محكمة البداية^(٢).

وهناك من يذهب الى ان تخويل هيئة التحكيم النظر في المنازعات المستعجلة يعني الالتزام بعدم عرضها على القضاء، واذا ما خالف أحد الطرفين ذلك، كان للطرف الآخر أن يدفعها بالاستتوبل^(٣).
بينما يذهب جانب آخر الى مواجهة المسألة من خلال طبيعة المنازعات المستعجلة ذاتها ووظيفة القضاء بشأنها، مقررًا أن تخويل هيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعات المستعجلة لا يمنع من رفعها امام القضاء^(٤).

وواقعاً ان الرأي الثاني هو الاجدر بالتأييد فصفة الاستعجال تقضي بالخروج على القواعد العامة في صلاحية المحكم فالامر يتعلق بخطر محقق او ضرر داهم يواجهه المشرع بقضاء خاص متميز عن القضاء صاحب الاختصاص بنظر دعوى الموضوع^(٥).

وبالنسبة لموقف التشريعات فالبعض منها أعتبرت الاصل عرض المسائل المستعجلة على المحاكم ذات الاختصاص هو الأصل، واستثناءً من ذلك، يتم نظر تلك المسائل من قبل هيئة التحكيم في حال الاتفاق صراحةً على ذلك، من ذلك ما ورد في المادة (١٤٤٩) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم (٤٨) في ٢٠١١ والتي نصت على أنه (طالما أنَّ الهيئة التحكيمية لم تتشكل بعد، لا يحول وجود اتفاق تحكيم دون أن يتقدم طرف من الاطراف الى محكمة نظامية بطلب يرمي الى اتخاذ اجراء تحقيقي أو اجراء وقتي أو تحفظي...)، والمادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل والتي نصت على أنه (...ولايشمل اتفاق التحكيم المسائل المستعجلة، مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك)، وكذلك المادة (١٤) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل.

^١ . عبد الرحمن العلام، ج٣، المرجع السابق، ص١٨.

^٢ . فقد نصت المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق)، وكذلك نصت المادة (٣٣) من القانون نفسه.

^٣ . د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٥٠٧.

^٤ . د. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنه على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٤٥. (أشار اليه د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٢٠٣).

^٥ . فقد نصت المادة (٩) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء اجراءات التحكيم أو في اثائها، من احدى المحاكم أن تتخذ اجراءً وقائياً مؤقتاً، وان تتخذ المحكمة اجراءً بناءً على هذا الطلب)، وينفس الصياغة جاءت المادة (٩) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤، وكذلك الفصل (٥٤) من مجلة التحكيم التونسية، والمادة (٣/٢٦) من قواعد التحكيم السويسرية.

في حين يذهب الاتجاه الآخر من التشريعات الى اعطاء هيئة التحكيم صلاحية النظر في المسائل المستعجلة وكأصل عام، ولا يقدح في ذلك سوى اتفاق الخصوم على خلافه، من ذلك ما ورد في المادة (١/١٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦، والتي نصت على انه (يجوز لهيأة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناءً على طلب أحد الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)، وكذلك المادة (١/٢٦) من قواعد الاونسيترال ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة ٢٠١٠، والمادة (١/٢٦) من قواعد التحكيم السويسرية، والمادة (٢٨) من قواعد التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، والمادة (٢٩) من اتفاقية عمان التحكيم التجاري لعام ١٩٨٧.

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي، فعند البحث في النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية لا نجد نصاً خاصاً يعالج هذه المسألة، انما وردت الاشارة اليها ضمن الاحكام المنظمة للاختصاص في المادة (٣٣) والتي أعطت صلاحية النظر في تلك المسائل لمحكمة البداية، وكذا الحكم في المادة (١/١٤١) من نفس القانون، بيد أن الفقرة الثانية من المادة (١٤١) بينت أن محكمة الموضوع يمكن أن تختص بنظر تلك المسائل في حال رفعت اليها دعوى المسائل المستعجلة بطريق التبعية، فقد نصت على أنه (تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل -أي المستعجلة- اذا رفعت اليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع)، وعليه يمكن لنا القول بإمكان رفع دعوى المسائل المستعجلة في القانون العراقي أمام هيئة التحكيم بالاستناد لهذا النص، باعتبار هيئة التحكيم تمثل محكمة الموضوع، وان كنا نقترح ايراد نص خاص في النصوص المتعلقة بالتحكيم يعالج هذه المسألة تجنباً لأي التباس قانوني قد يحصل.

المطلب الثالث

النظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره

ثار التساؤل عما اذا كان للمدعي أن يدعي بطلان الاتفاق على التحكيم او بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ومن ثم هل للمحكمة ان تفصل في مسالة بطلان الاتفاق على التحكيم أو تفسيره؟ في الواقع يقال اذا كان المدعي قد رفع دعواه امام القضاء للفصل فيها بعد تشكيل هيئة التحكيم، فلا يكون للمدعي ان يدفع ببطلان اتفاق التحكيم او بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ويتعين على المحكمة بدورها ان تمتنع عن ذلك.

اما اذا كان المدعي قام برفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم ، فيبدو انه يكون للمدعي ان يدعي ببطلان اتفاق التحكيم او بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ولا يكون للمحكمة ان تمتنع عن النظر في ذلك، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بالاستئول بما يفيد اتخاذه ما يلزم لتحريك اجراءات التحكيم.^(١) والقول بخلاف ذلك يؤدي الى نتيجة غير منطقية، فالطرف الذي يعتقد ببطلان اتفاق التحكيم او بعدم شموله للنزاع القائم بينه وبين الطرف الاخر، يكون عليه مع ذلك ان يبدأ بتحريك اجراءات التحكيم، ثم ينازع في اختصاص التحكيم الذي بدأ بنفسه تحريكه والذي قبله خصمه، واذا ما انتهت هيئة التحكيم الى تقرير اختصاصها فانه يكون عليه الانتظار الى حين الحكم في الموضوع حتى يتمكن من بعد من اثاره عدم اختصاص هيئة

^١ . د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٣١.

التحكيم امام القضاء..

بيد أنَّ هنالك اعتباراً آخر وهو أن يكون احتمال التجاء الطرف الى القضاء القصد منه تأخير الفصل في النزاع، لذلك فان الادعاء أمام المحكمة ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح لا يمنع المدعى عليه من تحريك اجراءات التحكيم اذا ما قدر ان قصد خصمه من ذلك مجرد التعطيل او كسب الوقت^(١).

الجهة المختصة للنظر في الاستويل

تختص محكمة التحكيم للنظر في صحة الاستويل، وهذا من نتائج مبدأ استقلال شرط التحكيم^(٢)، فالسماح للمحكم الفصل في اختصاصه مع الخضوع للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص ودعوة هذا القضاء بعدم التدخل للفصل في هذه المسألة قبل صدور حكم التحكيم، يتحاشى الخلل الذي قد يصيب اجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الذي يحق له التمسك ببطلان أو انعدام اتفاق التحكيم، طالما أن هذا البطلان أو الانعدام يمكن التحقق منه بوساطة السلطات المختصة في اللحظة المناسبة^(٣).

ويذهب جانب من الفقه^(٤) لاعتبار مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه من المبادئ الاساسية للنظام العام العابر للدول، بسبب قبول هذا المبدأ في العديد من الوثائق الدولية، سواء كانت في صورة اتفاقيات دولية أو لوائح التحكيم اضافة الى القوانين الوطنية لعديد من الدول المعاصرة، من ذلك ما ورد في المادة (٣/٥) من اتفاقية جنيف ١٩٦١ والتي نصت على أنه (لايلتزم المحكم الذي ينكر الاطراف عليه الاختصاص أن يتخلّى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم... وذلك دون اخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي)^(٥)، وكذلك ما ورد في نص المادة (١/٤١) من اتفاقية واشنطن المنشئة للبنك الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، والتي نصت على أنه (تكون المحكمة هي الحكم في اختصاصها)^(٦) والمادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ والتي نصت على أنه (يجوز لهيأة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك

^١ . المرجع نفسه، ص ٥٣١.

^٢ . ينظر في ذلك د.حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٣٥، وكذلك د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢٠٧ وما بعدها.

^٣ . ينظر د.حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص ٢٣٨، وكذلك د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٤٧٤.

^٤ . د.حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص ٢٣٤، وكذلك

Lalive (P.), Order Public Transnational (ou réellement international et arbitrage international, Rev.Arb, 1986, p.329.

^٥ . اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

<http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.ge.neva.1961/doc.html>

^٦ . نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

<http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.of.other.states.convention.washington.1965/doc>.

البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته...^(١) والمادة (١/٢٣) من قواعد الاونسيترال ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة ٢٠١٠ والتي نصت على أنه (تكون لهيأة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته...)^(٢)، والمادة (٢٤) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ والتي نصت على أنه (يجب ابداء الدفع بعد الاختصاص...، وعلى الهيأة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً)^(٣)، ومن لوائح التحكيم ما ورد في المادة (١/٢١) من القواعد السويسرية للتحكيم التجاري الدولي لعام ٢٠٠٤ (هيأة التحكيم هي صاحبة الاختصاص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة شرط التحكيم أو مشارطته)^(٤)، مشارطته)^(٤)، ونص المادة (٢/٦) من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس^(٥). ومن القوانين الوطنية ما ورد في المادة (١٤٦٥) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) في ٢٠١١ والتي نصت على أنه (تكون الهيأة التحكيمية وحدها صاحبة الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بسلطتها القضائية)، والمادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل والتي نصت على أنه (تفصل هيأة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع)، ونص الفصل (١/٦١) من مجلة التحكيم التونسية والذي نص على أنه (تختص هيأة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها)^(٦)، وكذلك نص المادة (١٨٦) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧^(٧). ومن الأحكام، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية/ الغرفة المدنية الأولى بتاريخ ٢٥ أبريل (نيسان) ٢٠٠٦ في قضية شركة DMN ضد شركة Tripette et Renaud^(٨)، وكذلك حكم نفس المحكمة في ٢٢

^١ . نصوص القانون بصيغتها المعدلة عام ٢٠٠٦ متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

<http://www.jus.uio.no/lm/un.conciliation.rules.1985/doc>

^٢ . نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral/texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

^٣ . نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني: <http://www.gulf-law.com>

^٤ . نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع :
<http://www.swissarbitration.ch>

^٥ . نصوص اللائحة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:
<http://www.jus.uio.no/lm/ice.convention.rules.1980/doc.html>

^٦ . نصوص المجلة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني:
<http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=182&Link=95>

^٧ . نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:
<http://www.admin.ch/ch/f/rs/291>

^٨ . وتتلخص وقائع هذه القضية في أنَّ شركة DMN الهولندية أبرمت عقد توزيع مع شركة Tripette et Renaud بتاريخ ٢٨ حزيران ١٩٩٥، وحيث أنَّ شركة DMN وبعد أن قررت التغيير في توزيع منتوجاتها في فرنسا، أجرت مفاوضات مع شركة Tripette et Renaud للنظر في انشاء شركة فرعية مشتركة، ومن ثمَّ شراء أحد أنشطة هذه

ديسمبر / كانون الاول ٢٠٠٧ في قضية Prodim ضد La farge^(١) ، وكذلك حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في قضية رقم (١٣/٠٤/ARB) في ٢٠٠٣ بين Dredging International NV و جمهورية مصر العربية^(٢)، وكذلك حكم نفس المركز في قضية رقم (١٨/٠٨/ARB) في ٢٠١١ بين Malicorp Limited وجمهورية مصر العربية^(٣)(٤).

الشركة، وفي شباط ٢٠٠٢، أعلنت شركة DMN نيتها في إنهاء عقد التوزيع، بعد انقضاء مهلة الانذار المسبق البالغة مدة سنة، ومن ثم صرحت بأن عرضها لاعادة الشراء يعتبر باطلاً بعد تاريخ ٢٠ أيلول ٢٠٠٢. طالبت شركة Tripette et Renaud شركة DMN بأن تدفع لها مبالغ على سبيل العطل والضرر استناداً الى مسؤوليتها بسبب القطع المفاجئ للمفاوضات، فردت المحكمة الادلاء باختصاصها لان المحكمة التحكيمية هي وحدها مختصة وفقاً لما حددته المادة (٢٧) من عقد التوزيع، وأعلنت محكمة نانتير اختصاصها بالتعويضات لانها تخرج عن العقد. اعترضت شركة DMN على هذا القرار أمام محكمة التمييز (النقض) الفرنسية، وأصدرت الأخيرة قرارها بعدم اختصاص محكمة نانتير في النزاع وابطال قرار محكمة استئناف فرساي المؤيد لقرار نانتير، وأن الأطراف مدعون لعرض نزاعهم أمام المرجع المختص (المحكمة التحكيمية)، وتقرر تضمين شركة Tripette et Renaud المصاريف التي ترتبت أمام قضاة الاساس وأمام محكمة التمييز.

ينظر في تفصيل الحكم، مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع ١، كانون ٢، ٢٠٠٩، ص ٦٣٢-٦٣٣.
١. ينظر تفاصيل هذه القضية، المرجع نفسه، ص ٦١٢.

٢. ينظر تفاصيل القضية في مجلة التحكيم، ع ١٠٤، ٢٠١١، المرجع السابق، ص ٦٧١-٧٠٣.

٣. حيث قضى بأنه (لا خلاف على أن الهيئة التحكيمية المرفوع أمامها اعتراض حول الاختصاص ليس لديها الحق فقط وإنما واجب النظر في مسألة اختصاصها (مبدأ الاختصاص - بالاختصاص)، وهذا شيء ثابت بوضوح في المادة (١/٤١) من اتفاقية الاكسيد التي تنص على ما يلي - تكون المحكمة التحكيمية هي الحكم في اختصاصها). مجلة التحكيم، ع ١١، ٢٠١١، المرجع السابق، ص ٤٨١.

٤. وقد خالفت محكمة مقاطعة جنوب نيويورك في الولايات المتحدة الامريكية مبدأ الاختصاص بالاختصاص في حكمها الصادر في ٢٠١٠ في النزاع بين الحكومة العراقية وبنك ناسيونال دو باريس، عندما قضت برفض طلب الحومة العراقية في اللجوء الى التحكيم وأيدت طلب البنك باصدار قرار بمنع اللجوء الى التحكيم، (وتتلخص وقائع القضية بتوقيع عقد بين الامم المتحدة وبنك باريس عام ١٩٩٦، على خلفية صدور قرار مجلس الأمن رقم ٩٨٦ في ١٩٩٥ بإنشاء برنامج النفط مقابل الغذاء، ففتح حساب وسيط لتوديع عائدات النفط العراقي، وفي عام ٢٠٠٣ انقضت هذه البرنامج، فقامت الحكومة العراقية في ٢٠٠٨ برفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية الفيدرالية لمنطقة جنوب نيويورك بشأن المخالفات التي شابت البرنامج - باعتبار أن قانون التحكيم الفيدرالي يقرر الاختصاص الاصيل للمحاكم الفيدرالية بالدعوى التي تحكمها اتفاقية نيويورك -، وفي عام ٢٠١٠ أرسلت الحكومة العراقية اخطاراً الى بنك باريس تدعوه لأجراء التحكيم، وفي الوقت ذاته تقدمت الحكومة العراقية أيضاً بطلب الى محكمة جنوب نيويورك لاصدار أمر باحالة النزاع الى التحكيم، وتقدم البنك أيضاً بطلب اصدار أمر بمنع اللجوء الى التحكيم، وانتهت المحكمة في حكمها الى رفض طلب الحكومة العراقية باحالة النزاع الى التحكيم وقبول طلب بنك باريس وأنها هي وليست هيئة التحكيم المختصة في طلب الحكومة العراقية). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع ١١، ٢٠١١، المرجع السابق، ص ٥٣٤ وما بعدها.

المطلب الرابع

التقادم

ثمة من يفرق^(١) بين الدفع بالاستتوبل قبل اللجوء الى القضاء وبعده، ويرتب على الحالة الأولى قطع مدة التقادم برفع الدعوى الى القضاء بحسبانها مطالبة بالحق، فيما يرتب على التحكيم، بحد ذاته، وقف التقادم باعتباره سبباً يمنع الخصم من اللجوء الى القضاء ويصدق عليه وقف الاعذار الشرعية الموقفة لمرور الزمن. وهناك من يرى^(٢) أنَّ الاتفاق على التحكيم قبل رفع الدعوى الى القضاء يقطع مدة التقادم لكونه هو الآخر مانعاً يحول دون الالتجاء الى القضاء، ويعد بمثابة مطالبة بالحق، فلا تبدأ مدة جديدة بالتقادم الا بسقوط مشاركة التحكيم او انقضاء الخصومة أمام المحكمة بغير حكم في موضوعها او بعد اعلان الحكم البات الصادر من المحكم او المحكمة بحسب الاحوال.

ولعل الاختلاف بين الرأيين السابقين مرده الاختلاف في تحديد طبيعة التحكيم، فالراي الذي يعده ذو طبيعة تعاقدية لا يرى فيه نوعاً من المطالبة القضائية بالحق، أما من يعده ذو طبيعة قضائية فيرى فيه نوعاً من المطالبة القضائية ويرتب عليه آثارها، سيما قطع التقادم.

وتقطع المطالبة القضائية مدة تقادم الحق الموضوعي، وان تم رفعها الى محكمة غير مختصة^(٣)، عليه فان رفع الدعوى أمام المحكمة رغم وجود شرط التحكيم يقطع مدة التقادم، لان رفع الدعوى لجهة غير مختصة بنظر الدعوى يقطع التقادم، فمن باب أولى رفع الدعوى الى جهة مختصة مع عدم النظر بها، عدم قبولها لوجود الاتفاق على التحكيم، يقطع مدة التقادم.

بيد انه تجدر الإشارة الى ان التقادم ينقطع بالاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع او باتخاذ الاجراءات اللازمة لتحريك التحكيم عند قيام النزاع في حال حصول الاتفاق على التحكيم قبل قيامه^(٤).

وأخيراً نود الإشارة الى أنه لا يكفي لقطع التقادم المطالبة القضائية أما قاضي الامور المستعجلة، فان الذي يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الامور المستعجلة، انما هي اجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق،

ويعلق القاضي أحمد الورفلي على هذا المحكم بأنه يرجع الى أسباب كانت الحكومة العراقية هي السبب فيها، منها، أنَّ الحكومة العراقية كانت غير صائبة في متابعة الدعوى أمام محكمة مقاطعة جنوب نيويورك، وكان الأولى لها أن تنهي هذه القضية أمام تلك المحكمة بطلب شطبها ووضع حدٍ لها، ثم القيام من جديد بقضية تحكيمية جديدة دون الحاجة الى اذن قاضي محكمة نيويورك، كذلك ان طلب الحكومة الحكم بعدم الاختصاص جاء متأخراً جداً، وبالتالي فرفع الدعوى أمام القضاء والسير بذلك، لايقبل بعده التراجع لوجود التحكيم، لأنه يفسر نزولاً ضمنياً عن التحكيم)، ينظر المرجع نفسه، ص ٥٨١-٥٨٢.

^١ . د. أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، ج ١، مطبعة التوفيق، ط ١، ١٩٨٣، ص ٢٠٥.

^٢ . د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٢٤.

^٣ . فقد نصت المادة (١/٤٣٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على انه (تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة...).

^٤ . د. مصطفى الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٣٥.

فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه، ويترتب على ذلك أنَّ دعوى اثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة لموضوع الحق^(١).

^١ . ينظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص١٠٩١-١٠٩٢.

الخاتمة

وفي ختام هذه الدراسة المتواضعة ليس بوسعي الا أن أسجل أبرز النتائج وأهم التوصيات التي تم التوصل إليها، وكما يأتي:

أولاً: النتائج:

١. يمكن تعريف الدفع بالاستتوبل للتحكيم بأنه (دفع يستند المتمسك به للدعاء بعدم قبول مطالبة خصمه القضائية لوجود الاتفاق على التحكيم).
٢. ان الدولة لا تستطيع التمسك بقانونها الداخلي للتوصل من اتفاق التحكيم الذي أبرمته، ومن باب أولى لا يمكن للشخص الأجنبي التمسك بقانون الدولة للتوصل من شرط التحكيم ، كما انه يتعارض أيضاً مع مبدأ حسن النية فيما يتعلق بالعلاقات الدولية.
٣. انّ التوسع في لجوء الدولة الى التحكيم التجاري الدولي يعتبر من أهم الظواهر المعاصرة في نطاق آليات حل المنازعات الناشئة في اطار العلاقات الدولية.
٤. يستلزم التكلم عن الدفع بالاستتوبل للتحكيم توافر شروطاً معينة، وهي، وجود اتفاق على التحكيم، وأن يكون قبول التحكيم إرادياً، بالإضافة الى رفض الاعتراف بالتحكيم من قبل الدولة.
٥. لا يكفي لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة، فان الذي يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الامور المستعجلة، انما هي اجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه.
٦. يتسم التحكيم في القانون العراقي بأنه رضائي، بيد أن اثباته لا يمكن الا بالكتابة، وهذا مخالف عما عليه الحال في أغلب الاتفاقيات الدولية وكذلك بعض القوانين الوطنية.
٧. عدم امكان تأسيس الاستتوبل للتحكيم على أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية لاستلزام تحقق الضرر المحقق المباشر المتوقع في الأولى والمتوقع أو غير المتوقع في الثانية، وهذا أمر ليس دائماً يسيراً، لأنّ الضرر أكثر ما يكون احتمالياً.
٨. لا تسأل الحكومة المركزية عن أعمال الأجهزة والوزارات والمديريات العامة التابعة لها على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، طالما تمتعت هذه الأجهزة أو الوزارات أو المديريات العامة باستقلال في ذمتها المالية وفي شخصيتها المعنوية.
٩. التفرقة بين مصدر التزام الدولة بالتحكيم وأساس الاستتوبل، ونرى تأسيس الاستتوبل للتحكيم على أساس الاستتوبل نفسه والمنبثق عن مبدأ حسن النية، فالدولة ملزمة بمراعاة قدرأ من الاستقامة والانسجام والتناسق وعدم التناقض في سلوكها وتصرفاتها، وان خالفت ذلك فانها تكون سيئة النية ولا يعذر أحد لاغتياله الثقة الممنوحة منه الى الغير والقائمة على ما صدر منه من تصرفات معينة، ويميل الاتجاه لتضييق النظام العام الوطني في مسألة الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للدولة والاشخاص المعنوية التابعة لها.
١٠. الدفع بالاستتوبل للتحكيم ليس دفعاً بعدم الاختصاص أو ببطلان المطالبة القضائية او من الدفع الموضوعية، بل هو دفع بعدم القبول ينشئ عائناً مؤقتاً عن قبول الدعوى من المحكمة المختصة ما دام شرط التحكيم قائماً، فاذا زال المانع عاد الممنوع.

١١. من جملة ما يريته الدفع بالاستتول للتحكيم هو وقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة، بيد أن ذلك مقرون في القانون العراقي بقبول المحكمة المختصة للتحكيم.

١٢. يؤدي الدفع بالاستتول للتحكيم لقطع مدة تقادم الحق الموضوعي.

ثانياً: التوصيات:

١- نرى النص صراحة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على اعتبار التحكيم التجاري الدولي من العقود الشكلية، لأهميته أولاً ولأن قانون المرافعات يستلزم اثباته بالكتابة ثانياً وأسوة بما عليه العمل في أغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتطورة ثالثاً.

٢- ايراد نص خاص ضمن النصوص المتعلقة بالتحكيم ينظم اختصاص النظر في المسائل المستعجلة، ونرى بأن يكون باعطاء الحق لهيأة التحكيم النظر فيها ما لم يتفق على خلاف ذلك، لأن الحكم في المسائل المستعجلة لا يمس اصل الحق انما هو اجراء تحفظي.

٣- تعديل المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي، واعطاء صلاحية النظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره لمحكمة التحكيم المختصة، اذ ان مبدأ سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه أصبح من المبادئ المستقر عليها في التجارة الدولية.

٤- تعديل المادة (١١) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨، وجعل امكان تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، دون اشتراط امكانية تنفيذ الاحكام العراقية في تلك الدول بمقتضى اتفاق خاص أو بشرط المعاملة بالمثل واصدار نظام بتلك المحاكم، سيما وان قانون الاستثمار وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية اجازت اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي وسيلة لتسوية المنازعات.

٥- اصدار قانون للتحكيم التجاري الدولي كافياً ووافياً ومنسجماً ومتناغماً مع أغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لبعض الدول المتطورة مع مراعاة خصوصية الوضع العراقي، فالتحكيم عقد ينظم أحكامه القانون المدني، وهو أيضاً اجراءات نظم جزء منها قانون المرافعات المدنية ولم ينظمها بصورة كافية ووافية.

٦- الانضمام لاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية لعام ١٩٥٨، لكونها من أهم الاتفاقيات النافذة في اطار التحكيم التجاري الدولي.

٧- اضافة شرط لشروط قبول الدعوى بنص مادة (٦/مكرر) مضمونه عدم التناقض، أو قل عدم وجود اتفاق على التحكيم، وان كان هذا الشرط ضمناً موجود في قانون المرافعات، ولكن نرى النص عليه صراحة وضمن شروط الدعوى.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ. الكتب

١. د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٦٨.
٢. د. أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٣. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٦، ١٩٨٠.
٤. د. أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، ج١، مطبعة التوفيق، عمان، ط١، ١٩٨٣.
٥. د. أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٤.
٦. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، ط٤، ١٩٨٢.
٧. د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٨. د. حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
٩. سليم رستم باز اللبناي، شرح المجلة، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠١٠.
١٠. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط٤، ١٩٦١.
١١. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، نظرية العقد، دار صادر، بيروت، ط٤، ١٩٩٨.
١٢. د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دار دجلة، عمان، ط١، ٢٠٠٨.
١٣. د. صالح الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي- الاوربي، ط٢، ١٩٩٩.
١٤. د. عباس العبودي، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٦.
١٥. د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، ط٣، ١٩٢١.
١٦. د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج٤، الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٧. د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠.
١٨. د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج٣، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠.
١٩. د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج٤، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠.
٢٠. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.
٢١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.
٢٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.
٢٣. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.
٢٤. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٦، ١٩٩٦.
٢٥. د. غسان رباح العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨.
٢٦. د. فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات، ط٢، ١٩٨١.

٢٧. فتحة قرّة، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع.
٢٨. د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد ٥، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.
٢٩. السيد كمال الحيدري، شرح كتاب المنطق للعلامة المظفر، مج ٢، دار المرتضى، بيروت، ط ١، ٢٠١١.
٣٠. د. محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.
٣١. د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج ٢، الدار الجامعية، الاسكندرية، ط ٦، ١٩٨٤.
٣٢. د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٣.
٣٣. د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على الاجراء القضائي في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ١٩٨٥.
٣٤. د. مصطفى سيد عبد الرحمن قانون التنظيم الدولي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٣٥. د. مصطفى محمد جمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٢.
٣٦. د. مصطفى محمد جمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ١٩٩٨.
٣٧. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط ٢، ١٩٧٧.
٣٨. الاستاذ منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ط ١، ١٩٥٧.
٣٩. د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط ١، ١٩٧٨.
- ب. الرسائل والاطاريح:**
١. د. رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، آذار، ١٩٨٣.
٢. مشكاة صبيح عبد علي المؤمن مبادئ العدل والأنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
- ج. البحوث والمجلات:**
١. أحمد الورفلي، حالة للدراسة، مجلة التشريع والقضاء، س ٢، ع ٢، ٢٠١٠.
٢. د. سامي بديع منصور، امتداد الاتفاق التحكيمي الى غير الموقعين على العقد: حقيقة أم مجاز؟، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، ع ١، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦ - ٢٠٠٨.
٣. د. سميحة القليوبي، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، ملحق ع ٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٤. د. محيي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم (استقلاله وصياغته)، مجلة التحكيم، ملحق ع ٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٥. د. مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٢٣، سنة ١٩٦٧.
٦. د. نصري انطوان دياب، ثلاثية وسائل الدفاع في أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، بحث منشور في مجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين، بيروت، ع ١، س ٤٣، ٢٠٠٩.
٧. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع ١، ٢٠٠٩.
٨. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع ٤، ٢٠٠٩.

٩. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع ٨٤، ٢٠١٠.
١٠. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ملحق ع ٨٤، ٢٠١٠.
١١. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع ١٠٤، ٢٠١١.
١٢. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع ١١٤، ٢٠١١.

د. القوانين :

١. قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٢. قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي /الباب الخامس الخاص بالافلاس (والنافذ بموجب أحكام المادة (٣٢١) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل)، (والمعدل بأمر سلطة الائتلاف رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤).
٣. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل، نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: <http://www.dbc.com.eg/DEFAULT.ASP>
٤. القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291>
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٦. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٧. قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٨. قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم (٤٨) في ٢٠١١ نصوص القانون منشورة في مجلة التحكيم، ع ١٠، ٢٠١١، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٨١٩-٨٣٧.
٩. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠. نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: <http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=193&Link=25>
١٠. قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة ١٩٧٤ المعدل بقانون رقم (٥٥،٠٨) في ٢٠٠٧، نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: <http://www.justice.gov.ma/ar/legislation/legislation.aspx?ty=2>
١١. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨.
١٢. مجلة التحكيم التونسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣. نصوص المجلة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: <http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=182&Link=95>

هـ . الاتفاقيات والمواثيق واللوائح والانظمة الدولية

١. اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع: <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html>
٢. اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٧، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: <http://www.gulf-law.com>
٣. اتفاقية واشنطن بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار <http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.of.other.states.convention.washington.1965/doc>

٤. اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ١٩٥٨، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني:

[http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/.../NY
Convention.htm](http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/.../NY_Convention.htm)

٥. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ نصوص القانون بصيغتها المعدلة ٢٠٠٦ متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

<http://www.jus.uio.no/lm/un.conciliation.rules.1985/doc>

٦. القواعد السويسرية للتحكيم التجاري الدولي نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع :

<http://www.swissarbitration.ch>

٧. قواعد الأونسيترال ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة ٢٠١٠ نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral/texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

٨. لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس نصوص اللائحة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

[http://www.jus.uio.no/lm/ice.convention.rules.1980/doc.h
tml](http://www.jus.uio.no/lm/ice.convention.rules.1980/doc.html)

٩. قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي السارية المفعول منذ ١ شباط ٢٠١١، نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني:

[http://www.crcica.org.eg/publication/arbitration_rules/
pdf/Arabic/CRCICA_arbitration_rules_ar.pdf](http://www.crcica.org.eg/publication/arbitration_rules/pdf/Arabic/CRCICA_arbitration_rules_ar.pdf)

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

1. Blacks law Dictionary , Abridged Fifth edition , west publishing co . 1983.
2. Bowett(D.W.), Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, B.Y.I.L. 1957 .
3. Jean (L.S.), La croyance légitime, JCP, 1982.
4. Houtcieff (D.), Le principe de cohérence en matière contractuelle, Tome 2 Presses universitaires d' Aix- Marseille , PUAM, Paris, 2001.
5. Lalive (P.), Ordre Public Transnational (ou réellement international et arbitrage international, Rev.Arb, 1986.
6. Mac Gibbon (I.C.), Estoppel in international law, the international and comparative law quarterly, vol. 7, No. 3-4, Part. 3, July, 1958.
7. Martin (A.), L'estoppels en droit international public, Phédon, Paris, 1979.
8. Paul Guggenheim, Traité de droit international public, tome(I), Genève, 1967,
9. Reports(I.C.J.), Separate opinion of the judge Alfaro , 1962 .
10. . Schwarzenberger, A manual of international law , 7th edition , 1967.

عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء

في النظم المقارنة و العراق

الدكتور

وسام صبار العاني

كلية القانون – جامعة بغداد

يعتبر عيب السبب آخر العيوب التي إستند إليها مجلس الدولة الفرنسي لقبول الطعن بالإلغاء، وظهر ذلك في قضية "Nonod" سنة ١٩٠٧، ثم حكمه في قضية "Dessay" سنة ١٩١٠، رغم أن جزءاً – غير قليل – من الفقه لا يرى في عيب السبب وجهاً جديداً للإلغاء^(١). والسبب أحد أركان القرار الإداري، ويتمثل في الحالة القانونية أو الواقعية التي تستتب القرار وتُدفع الإدارة إلى إتخاذها^(٢).

أما عيب السبب فهو يعني عدم مشروعية السبب – الأسباب – الذي بني عليه القرار الإداري، إما لعدم وجود الحالة القانونية أو الواقعية الباعثة على إتخاذ القرار، أو لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار.

فإصدار قرار إداري بإنهاء الرابطة الوظيفية بإحالة موظف ما على التقاعد دون طلب منه لا يمثل سبباً قانونياً يبرر إصدار هذا القرار من الجهة المختصة، وإتخاذ الإدارة قرارات كفيلة بحفظ الأمن والنظام رغم عدم حدوث ما يستدعي ذلك، لا يبرر الحالة الواقعية التي دفعت بالإدارة إلى إتخاذ القرار الإداري.

(١) أنظر في تفصيل ذلك د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الأول – قضاء الإلغاء) دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٦٧٢ – ٦٧٤؛ د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ٤٥٠ – ٤٥٩ .

(٢) وفي هذا الصدد يرى "الوبادير" أن الحالة التي تدفع الإدارة إلى إتخاذ القرار تكون موضوعية خارجة عن القرار وسابقة على إتخاذها. د. فهد الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٦٣.

المطلب الأول

شروط السبب

يجب أن يكون السبب محدداً في وقائع ظاهرة وواضحة، فلا يكفي السبب العام والمبهم، وبصفة عامة يتطلب في السبب أن يكون موجوداً وقائماً ومشروعاً..

الفرع الأول

أن يكون السبب موجوداً وقائماً

يجب أن يكون السبب موجوداً وقائماً حتى إتخاذ القرار، لأن السبب قد يكون موجوداً لكن وجوده إنتهى قبل إصدار القرار، بمعنى أن تكون الحالة القانونية أو المادية التي إستند عليها القرار قد وجدت بالفعل وأن يستمر وجودها حتى وقت صدور القرار، فالعبرة في تقرير مشروعية القرار الإداري هي وقت صدوره، فإذا قدم أحد الموظفين طلباً للاستقالة ثم صدر قرار إداري بقبول إستقالته بعد أن عدل عن طلبه، فهذا القرار يعتبر مشوباً بعيب السبب لأن الظروف المكونة لسبب القرار قد تحققت ولكنها لم تستمر إلى تأريخ صدوره، كذلك فإن الأسباب التي تظهر بعد إصدار القرار قد تبرر إتخاذ قرار جديد ولكنها لا يعتد بها فيما يتصل بالقرار الذي صدر.

الفرع الثاني

أن يكون السبب مشروعاً

يجب أن يكون السبب مشروعاً، فإذا إستندت الإدارة إلى أسباب غير التي حددها المشرع - في حالة السلطة المقيدة - فإن قرارها يكون غير مشروعاً وحتى في مجال السلطة التقديرية، يجب أن يكون السبب صحيحاً من الناحية القانونية ومبرراً لإصدار القرار الإداري. ولا يجزئ في هذا الصدد الخلط بين السبب والغاية (المصلحة العامة).

وقد تكون هناك عدة أسباب تدفع الإدارة لإتخاذ القرار الإداري، وقد يكون بعضها معيباً والبعض الآخر صحيحاً، فهل يكفي في مثل هذه الحالة أن يكون أحد الأسباب غير صحيح ليقتضى بطلان القرار؟؟

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص إلى التفرقة بين "السبب الدافع" و "السبب الزائد"، على نحو التفرقة بين الشكل الجوهرى والشكل الثانوي، فالسبب الدافع هو الذي يكون وجوده كافياً لإصدار القرار، أما السبب الزائد فهو الذي لا يكون لوجوده أو عدمه أثر على إصدار القرار، ويترتب على هذه التفرقة أن الخطأ في السبب الزائد لا يؤثر على مشروعية القرار، بينما الخطأ في السبب الدافع

يجعل القرار مشوباً بعيب السبب جديراً بالإلغاء^(١).

والقاعدة العامة أن كل الأسباب تعتبر منتجة حتى يتضح للقاضي ما يدل على غير ذلك، فإذا ظهر أن بعض الأسباب صحيح والبعض الآخر غير صحيح وكانت الأسباب الصحيحة غير كافية لإصداره، فإن القرار يكون جديراً بالإلغاء، وعلى العكس من ذلك فإذا ثبت أن الأسباب كافية لتبرير القرار، فإن القرار يصبح مشروعاً^(٢).

ويكون عيب السبب وعيب مخالفة القانون الذي يتصل بمحل القرار، بالإضافة إلى عيب الانحراف بالسلطة الذي يتصل بركن الغاية، أوجه عدم المشروعية المادية للقرار، فيما يشكل عيباً الاختصاص والشكل أوجه عدم المشروعية الشكلية للقرار.

ولذلك فالنفرقة بين العيوب الثلاثة الأولى تقتضي شيئاً من الدقة، فبينما ينصب عيب السبب على الواقعة الموضوعية الخارجة عن القرار والتي تحمل الإدارة على إتخاذها، يرتبط عيب الغاية بالهدف الذي يصبو اليه مصدر القرار، أي أن الغاية طابعاً نفسياً وذاتياً، أما عيب المحل فهو الذي يصيب فحوى القرار أو موضوعه المتمثل في الأثر الذي يترتب عليه، سواء كان هذا الأثر يتمثل في إنشاء مركز قانوني أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه^(٣).

ورقابة القاضي بالنسبة لعيب السبب تنصب على الوجود المادي للوقائع ووصفها القانوني ومدى ملائمة القرار للوقائع، وبالنسبة لعيب الانحراف بالسلطة فتكون رقابة القاضي على الهدف الذي يسعى القرار لتحقيقه، أما بالنسبة لعيب مخالفة القانون فتتصب رقابة القاضي على الإمتناع عن تطبيق القاعدة القانونية والخطأ في تفسير القانون.

المطلب الثاني

الرقابة على عيب السبب

تتمتع القرارات الإدارية بقرينة مفترضة مفادها أن لكل قرار إداري سبب مشروع وعلى من يدعي

(١) د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٦٤ ؛

Auby (J.M) et Drago (R), Traité de Contentieux administrative, L.T.E, 1992, P.377 ; Debbash (Ch) et Ricci (J.C), Contentieux administrative, Dalloz, 1985, P.776.

(٢) فلو طعن موظف أمام مجلس الإنضباط العام بقرار الوزير الذي فرض عليه عقوبة تنزيل الدرجة لإخفائه أوراق رسمية كسبب أول، ولتقاضيه رشوة وإستغلاله لمركزه الوظيفي كسبب ثاني، ولم يثبت إلا السبب الأول وكان كافياً بحد ذاته إلى إنزال مثل هذه العقوبة، يكون القرار الصادر من الوزير صحيحاً.

(٣) د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٧٠ .

العكس إثبات ذلك، وعليه فإذا لم تذكر الإدارة الأسباب التي إستندت إليها في قرارها الإداري فإن عبء الإثبات على المدعي يصبح ثقيلًا، لأن المدعي لا يملك المستندات أو الوثائق التي تحتفظ بها الإدارة عادة^(١).

وقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال الرقابة على سبب القرار الإداري، إذ بدأت هذه الرقابة على الوجود المادي للوقائع وإمتدت إلى الوصف القانوني للوقائع وصولاً إلى ميدان الملائمة.

الفرع الأول

الرقابة على الوجود المادي للوقائع

يمارس قاضي الإلغاء رقابته على الوقائع التي إستندت إليها الإدارة في إصدار قرارها من حيث وجودها وصحتها، فإذا إنتفت الواقعة أو الوقائع أو إختلفت عن تلك التي إستند إليها القرار عند إتخاذه، أصبح القرار مشوباً بعيب السبب جديراً بالإلغاء.

وقد عبر مجلس الدولة عن هذا الإتجاه في أحكام عديدة له من أشهرها حكمه في قضية "Cameno" الصادر في ١٤ يناير (كانون الثاني) ١٩١٩، والتي تتلخص وقائعها في عزل الحكومة رئيس بلدية بتهمة عدم قيامه بما يفرض عليه القانون من مراعاة اللياقة اللازمة لموكب جنائزي^(٢)، ففضى مجلس الدولة بإلغاء القرار لعدم قيامه على أسباب صحيحة، وذكر في حيثيات حكمه بأنه "إذا كان ليس بإمكان مجلس الدولة بحث ملائمة القرارات المطعون فيها بالإلغاء، فإن له مراقبة الوقائع التي كانت سبباً لإصداره". وكذلك، حكم مجلس الدولة في قضية "Trevont" الصادر في ٢٠ يناير (كانون

^(١) وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى التخفيف عن المدعي بهذا الشأن، ففي حكم له في قضية "Barel" الصادر في ٢٨ مايو (نيسان) ١٩٥٤ - الذي ذهب البعض إلى إعتبره إعلاناً لقلب عبء الإثبات - قضى مجلس الدولة بأن رفض الإدارة الإفصاح عن أسباب قرارها يعني التسليم بصحة ما ادعاه المدعي، وتتخلص وقائع هذه القضية في قيام الإدارة، بموجب ما لها من سلطة تقديرية، بمنع بعض الأشخاص - ومنهم السيد "باريل" - من الإشتراك في مسابقة دخول مدرسة الإدارة الوطنية التي يحتل خريجوها وظائف إدارية مهمة، فطعن السيد "باريل" في القرار مدعياً أن باعث الإدارة على منعه وزملائه هو باعث سياسي بسبب آرائهم المغايرة لإتجاهات الإدارة السياسية، مما يخالف مبدأ المساواة، فطلب مجلس الدولة من الإدارة توضيح أسباب منعهم من الإشتراك في المسابقة، لكن الوزير المختص رفض ذلك. المصدر السابق، ص ٢٧٢ .

^(٢) وكان الدكتور "كامينو" قد أتهم بإدخال ألنمش من فتحة في حائط المقبرة، وكذلك أمره بحفر قبر غير كافٍ إظهاراً لإحتقاره للمتوفي، وكذلك توجيهه إهانات لسيارة اسعاف مرافقة للموكب. المصدر السابق، ص ٢٧٥ .

الثاني) ١٩٢٢، والتي تتلخص وقائعها بإعفاء محافظ من عمله بناءً على طلبه، حيث قضى بإلغاء قرار الإعفاء بعد أن ظهر أن المحافظ لم يتقدم أصلاً بذلك الطلب^(١).

الفرع الثاني

الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

حيث ينبغي أن تكون هذه الوقائع الوصف القانوني للحالة التي يتطلبها القانون، ومن ذلك التعرض لتكييف الأفعال التي يرتكبها الموظف وعما إذا كان يمكن وصفها قانونياً بأنها أخطاء تأديبية أم لا، لأن رقابة التكييف أمر يتطلبه التطبيق الصحيح للقانون، فإنطباق الوصف القانوني على الواقعة التي إستند إليها القرار، هو الذي يبرر إتخاذ هذا القرار، فالخطأ في التكييف القانوني للوقائع من شأنه أن يجعل القرار مشوباً بعيب السبب.

وفي حكمه في قضية "Gomel" الصادر في ٤ أبريل (نيسان) ١٩١٤، والتي تتلخص وقائعها في رفض الإدارة المختصة طلباً تقدم به السيد "جوميل" يطلب فيه رخصة بناء في أحد ميادين مدينة باريس - إستناداً إلى قانون صادر في عام ١٩١١ - بحجة أن البناء في ذلك الميدان يؤدي إلى تشويه منظره الأثري، فقضى مجلس الدولة بإلغاء قرار الإدارة بعد أن إتضح أن الميدان المعنى ليس اثرأ تاريخياً^(٢).

وينبغي ملاحظة أن القضاء الإداري لا يراقب إلا تكييف الوقائع العادية، ويمسك عن تكييف الوقائع الفنية، فعلى سبيل المثال لا تمتد رقابة القضاء إلى فحص قرار الطبيب المختص طالما أصدره في حدود إختصاصه وتقديره العلمي ونتيجة لما ثبت لديه من كشف طبي لأنه أمر فني رخصه له القانون، ولا يستطيع القاضي إبطاله طالما كان خالياً من إساءة إستعمال السلطة، كما لا يراقب القضاء أعمال اللجان العلمية الخاصة بترقية أعضاء هيئات التدريس بالجامعات، ما دامت غير متسمة بإساءة إستعمال السلطة، لأن القول بخلاف ذلك يجعل من رقابة القضاء بمثابة مشاركة للإدارة في سلطتها المذكورة، وهو ما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات ولا يستقيم مع واقع الحياة العملية^(٣).

الفرع الثالث

(١) وفي حكم آخر - حديث - قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار صادر بفصل ممرضة من عملها بسبب سوء معاملة بعض القاصرين المتخلفين عقلياً، وذلك لعدم ثبوت الواقعة مادياً. المصدر السابق، ص ٢٧٥ - ٢٧٦ .

(٢) المصدر السابق، ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٣) د. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، كلية التراث الجامعة، بغداد، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩، ص ٣٦ - ٣٧ .

فحص ملائمة سبب القرار

الأصل أن رقابة قاضي الإلغاء تنصب على مشروعية القرار الإداري دون النظر في ملائمته، لدخول الملائمة بطبيعتها في تقدير الإدارة، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيته ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور، خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، كما يجب أن يكون قرار الإدارة لازماً بذاته لمواجهة حالة معينة كحالة الضرورة أو الإستعجال .

وفي هذا الصدد، قضى مجلس الدولة الفرنسي، في حكمه في قضية "Bengamin" الصادر في ٤ مايو (أيار) ١٩٣٣، بإلغاء قرار الإدارة لعدم تناسبه وأسبابه من حيث الخطورة والجسامة^(١). وإذا كان مجال الضبط الإداري يمثل الميدان الحقيقي لرقابة القاضي الإداري على عنصر الملائمة، فإن القضاء الإداري - الحديث - يشهد تطبيقاً واسعاً لهذه الرقابة في مجال السلطة التأديبية، فإذا كان للسلطات التأديبية سلطة تقديرية في فرض الجزاء المناسب على ارتكاب الخطأ التأديبي، إلا أن ذلك مشروط بعدم المغالاة في تقدير خطورة الذنب ومقدار العقوبة فالمحكمة برقابة الملائمة تقف عند الحدود الفاصلة بين عمل القضاء وعمل الإدارة، فتخرج سلطة التقدير المقررة للإدارة من نطاق المشروعية الممنوع على القضاء التدخل فيه، إلى نطاق المشروعية فتخضعها لرقابتها^(٢).

وفي مصر يكاد يكون أخصب مجال لرقابة الملائمة في القرار الإداري بين سبب القرار ومحله هو رقابة التناسب بين الذنب الإداري والجزاء التأديبي وهو ما أُصطلح على تسميته بقضاء "الغلو"^(٣).

المطلب الثالث

إثبات عيب السبب

^(١) تتلخص وقائع هذه القضية في أن أفراداً إعترضوا على مؤتمر أدبي كان السيد "بنجامين" يعتزم عقده، وهددوا باستخدام كل الوسائل لمنع عقد هذا المؤتمر، مما حدا بعمدة المدينة على إصدار قرار بمنع إنعقاد المؤتمر. د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٧٩ .

^(٢) راجع بهذا الشأن بحث الدكتور محمود خلف الجبوري، "رقابة القضاء على جوانب الملائمة في العمل الإداري"، مجلة القانون والشرعية، (العدد الأول)، بغداد، ١٩٩٠ .

ويرى "قالين" أن الحد الفاصل بين الملائمة المحضة التي لا تخضع لرقابة القضاء، والملائمة كشرط لمشروعية العمل الإداري التي تخضع لرقابة القضاء، ليست محددة بشكل قاطع، مما يؤدي إلى شيء من التحكيمية، أي إلى أحكام تتسم بالجرأة وأخرى عكس ذلك.

Waline (M), Précis de droit administratif, ed. Montchéstien, 1969, P345.

^(٣) علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، معهد الإدارة العامة، الرياض، ٢٠٠٢، ص ١٤٧.

يجب على الطاعن أن يثبت إنعدام الوقائع المكونة لركن السبب أو حدوث خطأ في الوصف القانوني الذي خلطته الإدارة عليها أو يثبت أن هناك عدم تناسب بين الجزاء التأديبي الموقع على الموظف والمخالفة الإدارية المنسوبة إليه، وذلك إستناداً للقاعدة الأصولية العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على من أدعى.

ويضطلع القاضي الإداري بدور هام في هذا المجال حيث أن الإدارة لا تذكر - في كثير من الأحيان - الأسباب التي إستندت إليها في إصدار قراراتها، مما يجعل مهمة الطاعن عسيرة في الإثبات. فالقرارات الإدارية تتمتع بقرينة مفترضة مفادها أن لكل قرار إداري سبب مشروع وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، وعليه فإذا لم تذكر الإدارة الأسباب التي إستندت إليها في قرارها الإداري فإن عبء الإثبات على المدعي يصبح ثقيلاً لأن المدعي لا يملك المستندات أو الوثائق التي تحتفظ بها الإدارة عادة . ولما كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرار إلا إذا أوجب القانون عليها ذلك، فإن الصعوبة في الإثبات تظهر في حالة عدم ذكر الإدارة للأسباب ذلك أن ذكر هذه الأسباب بموجب التزام الإدارة بذكرها أو من تلقاء نفسها يجعل مهمة القاضي الإداري أيسر في بسط رقابته على هذه الأسباب وكذا مهمة الطاعن في الإثبات^(١).

وقد تدخل القضاء الإداري للتخفيف من عبء الإثبات على الطاعن ومساعدته في تقديم الأدلة التي تسند دعواه، في حالة عدم ذكر الإدارة للسبب - الأسباب - التي بنت عليها قرارها الإداري . وقد ظهر هذا الإتجاه واضحاً في حكم شهير لمجلس الدولة في قضية "Barel" الصادر في ٢٨ مايو (نيسان) ١٩٥٤^(٢)، والذي إعتبره البعض إعلاناً لقلب عبء الإثبات، حيث قضى مجلس الدولة بأن رفض الإدارة الأفصاح عن أسباب قرارها يعني التسليم بصحة ما إدعاه المدعي، وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام الإدارة بمالها من سلطة تقديرية بمنع بعض الأشخاص - ومنهم السيد "باريل" - من الإشتراك في مسابقة دخول مدرسة الإدارة الوطنية التي يحتل خريجوها وظائف إدارية مهمة، فطعن السيد "باريل" في القرار مدعياً أن باعث الإدارة على منعه وزملائه هو باعث سياسي يتمثل في صلتهم بالحزب الشيوعي الفرنسي، مما يخالف مبدأ المساواة، فطلب مجلس الدولة من الإدارة توضيح أسباب منعهم من الإشتراك في المسابقة، لكن الوزير المختص رفض ذلك فقضى المجلس بإلغاء قرار حرمانهم من

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم ١٥٧١ لسنة (٧) القضائية، جلسة ١٧ ديسمبر (كانون الأول) سنة ١٩٦٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، ص ٣٩٥، وكذلك حكمها في القضيتين رقم ١٩٢، ٤٦٩ لسنة (١٦) القضائية، نفس المصدر، ص ٢٥٤ .

(٢) C.E. 28 mai 1954, BAREL, Rec. P : 308 : Concl: LETOURNEUR, note WALINE, R. D. P. 1954, P.509.

الإشتراك في المسابقة^(١).

وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري بأن عبء الإثبات الواقع على عاتق المدعي ينتقل إلى الإدارة في حالة تقديمه لدليل أو أدلة معينة تؤيد دعواه، فذهبت إلى "أن القرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر الأسباب التي إستند إليها، يفترض فيه أنه صدر وفقاً للقانون وأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري لم تذكر أسبابه، تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة ولا تمت بصلة إلى المصلحة العامة. وللمحكمة كامل السلطان في تقدير الدليل الذي يقدمه المدعي في هذا الصدد، ولها إذا رأت وجهاً لذلك أن تطلب بيان المبررات التي بني عليها القرار المطعون فيه، وهذا عن طريق إعتبار الدليل الذي قدمه المدعي كافياً على الأقل لزحزة قرينة المشروعية التي يتمتع بها القرار الإداري، فينتقل عبء الإثبات عن عاتق المدعي إلى عاتق الحكومة"^(٢).

وسار قضاء المحكمة الإدارية العليا بإتجاه تخفيف عبء الإثبات على المدعي، إذ قضت المحكمة في عدة أحكام لها بانتقال عبء الإثبات إلى جانب الإدارة إذا ما إستظهرت قرائن تزعم قرينة الصحة المفترضة في سبب القرار الإداري^(٣).

وفي نطاق الحديث عن عبء إثبات عيب السبب ودور القاضي الإداري في هذا المجال، يثور التساؤل من جهة أخرى عن مدى سلطة القاضي الإداري في إحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب التي ذكرتها الإدارة إذا ما وجد أن هذه الأسباب الأخيرة باطلة. فالقاعدة العامة في شأن إحلال الأسباب تقضي بأن القاضي الإداري لا يملك سلطة القيام بإحلال أسباب صحيحة للقرار الإداري محل الأسباب الباطلة التي ذكرتها الإدارة، لأن هذا يعني إحلال تقديره محل تقدير الإدارة ومن ثم يعني تدخل القضاء في صميم عمل الإدارة . إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد سلك مسلكاً مغايراً لهذه القاعدة وذلك في

^(١) كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك بعدة سنوات في حكم مشابه لحكم "باريل" سنة ١٩٦٠ بإلغاء قرار الإدارة باستبعاد الطاعن من الإشتراك في مسابقة المدرسة الوطنية للإدارة لصمتها التام إزاء الأسباب التي إستندت إليها في حرمان الطاعن وعدم صدور أية قرائن أو ملابسات تساعد المدعي في إثبات دعواه .

C. E. 31décembre 1960, Premier ministre clvicat Blanc,
D. 1961 : P. 421, note CHAPUS.

^(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٢٥ لسنة (١٦) القضائية بتاريخ ١٦ يونيو (حزيران)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، س٧، ص ١٥٨٢ .

^(٣) أنظر على سبيل المثال حكمها في القضية رقم (١٠٨) لسنة (١٢) القضائية بتاريخ ١١ نوفمبر (تشرين الثاني) سنة ١٩٧٧، ص ٤٥ وكذلك حكمها الصادر في القضيتين رقم ١٠٦٢ لسنة (١١)، ٢٦١ لسنة (١٢) القضائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، ص ٣٤٤ .

الحالات التي تكون الإدارة فيها ملزمة بإصدار القرار ولكنها تقوم بتأسيسه على أسباب غير صحيحة مستنداً إلى تقديره بأنه إذا ألغى القرار لعدم صحة أسبابه فإن الإدارة ستقوم بإصدار قرار آخر جديد بنفس مضمون القرار السابق ولكنها ستؤسسه على أسباب صحيحة، حيث أنها تمارس سلطة مقيدة تلزمها بإصدار القرار الإداري إذا توافرت شروطه القانونية. ولهذه الحكمة فإن مجلس الدولة يمتنع عن إصدار حكم بالإلغاء لا طائل منه في مثل هذه الحالة، ويقوم بإحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب الخاطئة التي ذكرتها الإدارة^(١).

ثم تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك فلم يعد يقتصر على إحلال الأسباب في نطاق السلطة المقيدة للإدارة، وإنما إمتد إلى إحلال الأساس القانوني للقرار في مجال السلطة التقديرية لها، وذلك في الحالات التي تصدر فيها الإدارة قرارات إدارية مختصة بإصدارها، وفي الشكل المحدد قانوناً، ولكنها تخطئ في تحديد النص أو الأساس القانوني الذي تستند إليه في إصدار هذه القرارات^(٢).

وفي مصر فقد إمتنعت المحكمة الإدارية العليا عن إحلال الأسباب في حالة السلطة التقديرية وقررت ((... أنه متى كان الأمر متعلقاً بسلطة تقديرية، يترك فيها القانون للجهة الإدارية قدراً من الترخيص أو رفضه، لم يجز للقضاء أن يترجم عنها إحساسها لإقتناعها بتحقق أو عدم تحقق الإعتبارات الموضوعية التي تبني عليها تصرفها التقديري، ولا أن يصادر حريتها في إختيار الأسباب التي يقوم عليها قرارها... لأن هذا المسلك من شأن الإدارة وحدها ولا يجوز فيه قيام القضاء مقامها فيما هو حري بتقديرها ووزنها، وعلى ذلك يقتصر دور القضاء الإداري على مراقبة صحة السبب الذي تذرعت به الإدارة في رفضها للتخصيص))^(٣).

ويختلف إمتناع القاضي الإداري عن إحلال الأسباب في حالة السلطة التقديرية عن حالة قيامه بفرض رقابته على السبب الحقيقي للقرار الإداري بصرف النظر عن الأسباب الوهمية التي تذكرها الإدارة^(٤).

المطلب الرابع

مكانة عيب السبب بين أوجه الإلغاء في العراق

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢٨٢-٢٨٣ .

(٢) المصدر السابق، ص ٢٨٣ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٦٢٠ لسنة (١١) القضائية بتاريخ (١٩) نوفمبر (تشرين الثاني) سنة ١٩٦٦، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة، س ١٢، ص ٢٢٩ .

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق، ص ٢٨٣ .

لم ينص المشرع العراقي - مثلما فعل نظيره المصري - صراحة على عيب السبب في المادة (٧/ثانياً/هـ) من قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة التي تكفلت ببيان أوجه الطعن التي تجيز إلغاء القرار الإداري، فقد نصت على أن "يعد من أسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي :

١. أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات .
٢. أن يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيماً في شكله.
٣. أن يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة أو التعليمات أو فيه إساءة أو تعسف في استعمال السلطة.

ويعتبر في حكم القرارات والأوامر التي يجوز الطعن فيها، رفض أو إمتناع الموظف أو الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي عن إتخاذ قرار أو أمر كان من الواجب عليها إتخاذه قانوناً".

ولذلك فقد إختلف الفقه في العراق على غرار ما شهدته الفقه في مصر من خلاف حول مكانة عيب السبب بين أوجه الإلغاء المختلفة، حيث ذهب فريق من الفقه المصري الى التسليم بالسبب بصفته ركناً من أركان القرار الإداري ولكنه يدرج العيب الذي يصيب سبب القرار في أوجه الإلغاء الأخرى مقتفياً أثر إتجاه في الفقه الفرنسي يمثلته الفقيهان "هوريو" و"فيدل"^(١)، ويرى هذا الفريق أن مجلس الدولة المصري يسلم بأن عيب السبب ليس عيباً جديداً، لكنه يدخل ضمن إطار عيب مخالفة القانون أو الإنحراف في إستخدام السلطة^(٢).

فإذا حدد القانون الأسباب التي تبرر تصرف الإدارة، فإننا في حالة عدم إحترام الإدارة لتلك الأسباب نكون أمام عيب مخالفة القانون.

أما إذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة لتبرير تصرفها غير جدية وكانت الإدارة عالمة بعدم جديتها كنا أمام عيب الإنحراف بالسلطة، وكذلك إذا كانت غير عالمة أو كان تصرفها على سبيل الخطأ فإننا أيضاً نكون أمام عيب الإنحراف بالسلطة، لأنه لا يشترط لتحقيق الإنحراف بالسلطة توافر

(١) مع ملاحظة أن الفقيه "ديجي" ينكر ركن السبب، ويجعل عيب السبب ضمن عيب إساءة إستخدام السلطة إذا لم يكن الإختصاص مقيداً وبعبسه يكون ضمن عيب الإختصاص . = انظر د.سعاد الشوقاوي، "الإنحراف بإستعمال السلطة وعيب السبب، تعليق على أحكام المحكمة الإدارية العليا"، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة الحادية عشرة، العدد الثالث، ١٩٦٩، ص ١٤٤ وما بعدها. حيث ترى أن إغفال المشرع المصري لذكر عيب السبب في قانون مجلس الدولة كونه تبني رأي الفقيه "ديجي".

(٢) انظر في هذا الشأن د. ماجد راغب الحلو، ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٤٢٤ وما بعدها.

سوء النية، ويجد هذا الإتجاه تطبيقاً له في بعض أحكام مجلس الدولة المصري^(١).

أما الفريق الثاني فهو يناصر التقسيم الحديث لأوجه إلغاء القرار الإداري الذي نادى به "قالين" و "دي لوبادير" و "ريفيرو" و "بونار" - ومعهم جانب من الفقه الفرنسي - والذي يربط بين أركان القرار الإداري وعيوبه بحيث يقابل كل ركن عيباً من العيوب على النحو الذي سبق تفصيله.

ويستدل هذا الفريق من الفقه لإثبات صحة إتجاهه بنص الفقرة (٨) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، التي تنص في معرض بيانها لأحد أوجه الإلغاء على "مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها"، حيث فسر هذا النص على أنه يتضمن عيبين "عيب مخالفة القانون" وهو ما يفهم من صريح العبارة، وعيب السبب وهو ما يفهم من "الخطأ في تطبيقها وتأويلها". ووجد هذا الفريق في بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا سنداً يعزز إتجاهه^(٢).

ونحن نعتقد صحة هذا الإتجاه، ولا نرى الأمر مختلف بالنسبة للوضع في العراق عما هو عليه في مصر، فالنص الذي أورده المشرع العراقي في قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة في المادة (٧/ثانياً/هـ) منه والذي تولّى فيه تحديد أسباب الإلغاء ومن بينها "الخطأ في تطبيق القوانين والأنظمة أو التعليمات أو في تفسيرها" إنما المقصود به هو عيب السبب، فهو يعني الخطأ في مادية الوقائع أو وصفها القانوني، وما يعزز هذا النظر أن محكمة القضاء الإداري تنظر في عيب السبب كعيب قائم بذاته مثل بقية العيوب التي تصيب القرار الإداري فتبطله.

كما درجت قرارات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية على إلغاء القرارات المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية بناءً على إفتقادها لركن السبب أو إذا شاب هذا الركن عيب في أحد شروطه^(٣).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٩٣٣ وما بعدها .

(٢) ويتسق هذا التفسير مع إجتهاادات ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية - أيضاً - التي تميل جهة القضاء الإداري فيها إلى هذا الإتجاه خصوصاً وأن المشرع السعودي في المادة (الثامنة/ب) من نظام ديوان المظالم الصادر في ١٧/٧/١٤٠٢هـ، يكرر ما ورد في المادة (العاشرة/٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، فالكثير من أحكام الديوان تشير إلى عيب السبب على نحو واضح لا لبس فيه. انظر على سبيل المثال حكم الديوان رقم ١٨١/٣/لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم ٤٦٢/٤/ق لعام ١٤٠٧هـ. د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٦٩.

(٣) فقد قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية بأن "إحالة الموظف على التقاعد دون تقديم طلب منه ودون إكمال السن القانونية لا سند له من القانون لأن القرار الإداري يكون معيباً بعيب السبب (الدعوى رقم ٢٣٣/إنضباط/تمييز/٢٠٠٥)، رقم الإعلام/٢٣٥ في ٤/ذي القعدة/١٤٢٦هـ الموافق ٥/١٢/٢٠٠٥.

كما قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة أيضاً في حكم آخر بأن "السبب ركن من أركان القرار الإداري مما يتعين ذكره وإلا كان القرار معيباً". (الدعوى رقم ٢٩٧/٢٩٨/إنضباط/تمييز/٢٠٠٦) رقم الإعلام/٢٩٤ في ٢٥ ذي القعدة/١٤٢٧ الموافق ١٨/١٢/٢٠٠٦ .

مراجع البحث

المراجع العربية :

أولاً : الكتب والمؤلفات :

١. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الأول - قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
٢. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢.
٣. علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، معهد الإدارة العامة، الرياض، ٢٠٠٢.
٤. فهد الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٥. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.
٦. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
٧. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، كلية التراث الجامعة، بغداد، ٢٠٠٩/٢٠٠٨.

ثانياً : البحوث :

١. سعاد الشرقاوي، الانحراف باستعمال السلطة وعيب السبب، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم (الإدارية)، السنة الحادية عشر، العدد الثالث .
٢. محمود خلف الجبوري، رقابة القضاء على جوانب الملائمة في العمل الإداري، مجلة القانون والشرعية، (العدد الأول)، بغداد، ١٩٩٠ .

ثالثاً : المجموعات :

١. قرارات مجلس شورى الدولة، وزارة العدل، بغداد .
٢. مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في مصر .
٣. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر .

رابعاً : التشريعات :

١. قانون مجلس شورى الدولة المعدل في العراق.
٢. قوانين تنظيم مجلس الدولة في مصر .

المراجع الأجنبية :

1. Auby (J.M) et Drago (R), Traité de Contentieux administrative, L.T.E, 1992.
2. Debbash (Ch) et Ricci (J.C), Contentieux administrative, Dalloz, 1985.

3. Waline (M), Précis de droit administratif, ed. Montchéstien, 1969, P345.

عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء

في النظم المقارنة و العراق

الدكتور

وسام صبار العاني

كلية القانون – جامعة بغداد

يعتبر عيب السبب آخر العيوب التي إستند إليها مجلس الدولة الفرنسي لقبول الطعن بالإلغاء، وظهر ذلك في قضية "Nonod" سنة ١٩٠٧، ثم حكمه في قضية "Dessay" سنة ١٩١٠، رغم أن جزءاً – غير قليل – من الفقه لا يرى في عيب السبب وجهاً جديداً للإلغاء^(١). والسبب أحد أركان القرار الإداري، ويتمثل في الحالة القانونية أو الواقعية التي تستتب القرار وتُدفع الإدارة إلى إتخاذها^(٢).

أما عيب السبب فهو يعني عدم مشروعية السبب – الأسباب – الذي بني عليه القرار الإداري، إما لعدم وجود الحالة القانونية أو الواقعية الباعثة على إتخاذ القرار، أو لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار.

فإصدار قرار إداري بإنهاء الرابطة الوظيفية بإحالة موظف ما على التقاعد دون طلب منه لا يمثل سبباً قانونياً يبرر إصدار هذا القرار من الجهة المختصة، وإتخاذ الإدارة قرارات كفيلة بحفظ الأمن والنظام رغم عدم حدوث ما يستدعي ذلك، لا يبرر الحالة الواقعية التي دفعت بالإدارة إلى إتخاذ القرار الإداري.

(١) أنظر في تفصيل ذلك د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الأول – قضاء الإلغاء) دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٦٧٢ – ٦٧٤؛ د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ٤٥٠ – ٤٥٩ .

(٢) وفي هذا الصدد يرى "الوبادير" أن الحالة التي تدفع الإدارة إلى إتخاذ القرار تكون موضوعية خارجية عن القرار وسابقة على إتخاذها. د. فهد الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٦٣.

المطلب الأول

شروط السبب

يجب أن يكون السبب محدداً في وقائع ظاهرة وواضحة، فلا يكفي السبب العام والمبهم، وبصفة عامة يتطلب في السبب أن يكون موجوداً وقائماً ومشروعاً..

الفرع الأول

أن يكون السبب موجوداً وقائماً

يجب أن يكون السبب موجوداً وقائماً حتى إتخاذ القرار، لأن السبب قد يكون موجوداً لكن وجوده إنتهى قبل إصدار القرار، بمعنى أن تكون الحالة القانونية أو المادية التي إستند عليها القرار قد وجدت بالفعل وأن يستمر وجودها حتى وقت صدور القرار، فالعبرة في تقرير مشروعية القرار الإداري هي وقت صدوره، فإذا قدم أحد الموظفين طلباً للاستقالة ثم صدر قرار إداري بقبول إستقالته بعد أن عدل عن طلبه، فهذا القرار يعتبر مشوباً بعيب السبب لأن الظروف المكونة لسبب القرار قد تحققت ولكنها لم تستمر إلى تأريخ صدوره، كذلك فإن الأسباب التي تظهر بعد إصدار القرار قد تبرر إتخاذ قرار جديد ولكنها لا يعتد بها فيما يتصل بالقرار الذي صدر.

الفرع الثاني

أن يكون السبب مشروعاً

يجب أن يكون السبب مشروعاً، فإذا إستندت الإدارة إلى أسباب غير التي حددها المشرع - في حالة السلطة المقيدة - فإن قرارها يكون غير مشروعاً وحتى في مجال السلطة التقديرية، يجب أن يكون السبب صحيحاً من الناحية القانونية ومبرراً لإصدار القرار الإداري. ولا يجزئ في هذا الصدد الخلط بين السبب والغاية (المصلحة العامة).

وقد تكون هناك عدة أسباب تدفع الإدارة لإتخاذ القرار الإداري، وقد يكون بعضها معيباً والبعض الآخر صحيحاً، فهل يكفي في مثل هذه الحالة أن يكون أحد الأسباب غير صحيح ليقتضى بطلان القرار؟؟

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص إلى التفرقة بين "السبب الدافع" و "السبب الزائد"، على نحو التفرقة بين الشكل الجوهرى والشكل الثانوي، فالسبب الدافع هو الذي يكون وجوده كافياً لإصدار القرار، أما السبب الزائد فهو الذي لا يكون لوجوده أو عدمه أثر على إصدار القرار، ويترتب على هذه التفرقة أن الخطأ في السبب الزائد لا يؤثر على مشروعية القرار، بينما الخطأ في السبب الدافع

يجعل القرار مشوباً بعيب السبب جديراً بالإلغاء^(١).

والقاعدة العامة أن كل الأسباب تعتبر منتجة حتى يتضح للقاضي ما يدل على غير ذلك، فإذا ظهر أن بعض الأسباب صحيح والبعض الآخر غير صحيح وكانت الأسباب الصحيحة غير كافية لإصداره، فإن القرار يكون جديراً بالإلغاء، وعلى العكس من ذلك فإذا ثبت أن الأسباب كافية لتبرير القرار، فإن القرار يصبح مشروعاً^(٢).

ويكون عيب السبب وعيب مخالفة القانون الذي يتصل بمحل القرار، بالإضافة إلى عيب الانحراف بالسلطة الذي يتصل بركن الغاية، أوجه عدم المشروعية المادية للقرار، فيما يشكل عيب الاختصاص والشكل أوجه عدم المشروعية الشكلية للقرار.

ولذلك فالنفرقة بين العيوب الثلاثة الأولى تقتضي شيئاً من الدقة، فبينما ينصب عيب السبب على الواقعة الموضوعية الخارجة عن القرار والتي تحمل الإدارة على إتخاذها، يرتبط عيب الغاية بالهدف الذي يصبو اليه مصدر القرار، أي أن للغاية طابعاً نفسياً وذاتياً، أما عيب المحل فهو الذي يصيب فحوى القرار أو موضوعه المتمثل في الأثر الذي يترتب عليه، سواء كان هذا الأثر يتمثل في إنشاء مركز قانوني أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه^(٣).

ورقابة القاضي بالنسبة لعيب السبب تنصب على الوجود المادي للوقائع ووصفها القانوني ومدى ملائمة القرار للوقائع، وبالنسبة لعيب الانحراف بالسلطة فتكون رقابة القاضي على الهدف الذي يسعى القرار لتحقيقه، أما بالنسبة لعيب مخالفة القانون فتتصب رقابة القاضي على الإمتناع عن تطبيق القاعدة القانونية والخطأ في تفسير القانون.

المطلب الثاني

الرقابة على عيب السبب

تتمتع القرارات الإدارية بقرينة مفترضة مفادها أن لكل قرار إداري سبب مشروع وعلى من يدعي

(١) د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٦٤ ؛

Auby (J.M) et Drago (R), Traité de Contentieux administrative, L.T.E, 1992, P.377 ; Debbash (Ch) et Ricci (J.C), Contentieux administrative, Dalloz, 1985, P.776.

(٢) فلو طعن موظف أمام مجلس الإنضباط العام بقرار الوزير الذي فرض عليه عقوبة تنزيل الدرجة لإخفائه أوراق رسمية كسبب أول، ولتقاضيه رشوة وإستغلاله لمركزه الوظيفي كسبب ثاني، ولم يثبت إلا السبب الأول وكان كافياً بحد ذاته إلى إنزال مثل هذه العقوبة، يكون القرار الصادر من الوزير صحيحاً.

(٣) د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٧٠ .

العكس إثبات ذلك، وعليه فإذا لم تذكر الإدارة الأسباب التي إستندت إليها في قرارها الإداري فإن عبء الإثبات على المدعي يصبح ثقيلًا، لأن المدعي لا يملك المستندات أو الوثائق التي تحتفظ بها الإدارة عادة^(١).

وقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال الرقابة على سبب القرار الإداري، إذ بدأت هذه الرقابة على الوجود المادي للوقائع وإمتدت إلى الوصف القانوني للوقائع وصولاً إلى ميدان الملائمة.

الفرع الأول

الرقابة على الوجود المادي للوقائع

يمارس قاضي الإلغاء رقابته على الوقائع التي إستندت إليها الإدارة في إصدار قرارها من حيث وجودها وصحتها، فإذا إنتفت الواقعة أو الوقائع أو إختلفت عن تلك التي إستند إليها القرار عند إتخاذه، أصبح القرار مشوباً بعيب السبب جديراً بالإلغاء.

وقد عبر مجلس الدولة عن هذا الإتجاه في أحكام عديدة له من أشهرها حكمه في قضية "Cameno" الصادر في ١٤ يناير (كانون الثاني) ١٩١٩، والتي تتلخص وقائعها في عزل الحكومة رئيس بلدية بتهمة عدم قيامه بما يفرض عليه القانون من مراعاة اللياقة اللازمة لموكب جنائزي^(٢)، ففضى مجلس الدولة بإلغاء القرار لعدم قيامه على أسباب صحيحة، وذكر في حيثيات حكمه بأنه "إذا كان ليس بإمكان مجلس الدولة بحث ملائمة القرارات المطعون فيها بالإلغاء، فإن له مراقبة الوقائع التي كانت سبباً لإصداره". وكذلك، حكم مجلس الدولة في قضية "Trevont" الصادر في ٢٠ يناير (كانون

(١) وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى التخفيف عن المدعي بهذا الشأن، ففي حكم له في قضية "Barel" الصادر في ٢٨ مايو (نيسان) ١٩٥٤ - الذي ذهب البعض إلى إعتبره إعلاناً لقلب عبء الإثبات - قضى مجلس الدولة بأن رفض الإدارة الإفصاح عن أسباب قرارها يعني التسليم بصحة ما ادعاه المدعي، وتتخلص وقائع هذه القضية في قيام الإدارة، بموجب ما لها من سلطة تقديرية، بمنع بعض الأشخاص - ومنهم السيد "باريل" - من الإشتراك في مسابقة دخول مدرسة الإدارة الوطنية التي يحتل خريجوها وظائف إدارية مهمة، فطعن السيد "باريل" في القرار مدعياً أن باعث الإدارة على منعه وزملائه هو باعث سياسي بسبب آرائهم المغايرة لإتجاهات الإدارة السياسية، مما يخالف مبدأ المساواة، فطلب مجلس الدولة من الإدارة توضيح أسباب منعهم من الإشتراك في المسابقة، لكن الوزير المختص رفض ذلك. المصدر السابق، ص ٢٧٢ .

(٢) وكان الدكتور "كامينو" قد أتهم بإدخال ألنحش من فتحة في حائط المقبرة، وكذلك أمره بحفر قبر غير كافٍ إظهاراً لإحتقاره للمتوفي، وكذلك توجيهه إهانات لسيارة اسعاف مرافقة للموكب. المصدر السابق، ص ٢٧٥ .

الثاني) ١٩٢٢، والتي تتلخص وقائعها بإعفاء محافظ من عمله بناءً على طلبه، حيث قضى بإلغاء قرار الإعفاء بعد أن ظهر أن المحافظ لم يتقدم أصلاً بذلك الطلب^(١).

الفرع الثاني

الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

حيث ينبغي أن تكون هذه الوقائع الوصف القانوني للحالة التي يتطلبها القانون، ومن ذلك التعرض لتكييف الأفعال التي يرتكبها الموظف وعما إذا كان يمكن وصفها قانونياً بأنها أخطاء تأديبية أم لا، لأن رقابة التكييف أمر يتطلبه التطبيق الصحيح للقانون، فإنطباق الوصف القانوني على الواقعة التي إستند إليها القرار، هو الذي يبرر إتخاذ هذا القرار، فالخطأ في التكييف القانوني للوقائع من شأنه أن يجعل القرار مشوباً بعيب السبب.

وفي حكمه في قضية "Gomel" الصادر في ٤ أبريل (نيسان) ١٩١٤، والتي تتلخص وقائعها في رفض الإدارة المختصة طلباً تقدم به السيد "جوميل" يطلب فيه رخصة بناء في أحد ميادين مدينة باريس - إستناداً إلى قانون صادر في عام ١٩١١ - بحجة أن البناء في ذلك الميدان يؤدي إلى تشويه منظره الأثري، فقضى مجلس الدولة بإلغاء قرار الإدارة بعد أن إتضح أن الميدان المعنى ليس اثرأ تاريخياً^(٢).

وينبغي ملاحظة أن القضاء الإداري لا يراقب إلا تكييف الوقائع العادية، ويمسك عن تكييف الوقائع الفنية، فعلى سبيل المثال لا تمتد رقابة القضاء إلى فحص قرار الطبيب المختص طالما أصدره في حدود إختصاصه وتقديره العلمي ونتيجة لما ثبت لديه من كشف طبي لأنه أمر فني رخصه له القانون، ولا يستطيع القاضي إبطاله طالما كان خالياً من إساءة إستعمال السلطة، كما لا يراقب القضاء أعمال اللجان العلمية الخاصة بترقية أعضاء هيئات التدريس بالجامعات، ما دامت غير متسمة بإساءة إستعمال السلطة، لأن القول بخلاف ذلك يجعل من رقابة القضاء بمثابة مشاركة للإدارة في سلطتها المذكورة، وهو ما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات ولا يستقيم مع واقع الحياة العملية^(٣).

الفرع الثالث

(١) وفي حكم آخر - حديث - قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار صادر بفصل ممرضة من عملها بسبب سوء معاملة بعض القاصرين المتخلفين عقلياً، وذلك لعدم ثبوت الواقعة مادياً. المصدر السابق، ص ٢٧٥ - ٢٧٦ .

(٢) المصدر السابق، ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٣) د. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، كلية التراث الجامعة، بغداد، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩، ص ٣٦ - ٣٧ .

فحص ملائمة سبب القرار

الأصل أن رقابة قاضي الإلغاء تنصب على مشروعية القرار الإداري دون النظر في ملائمته، لدخول الملائمة بطبيعتها في تقدير الإدارة، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيته ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور، خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، كما يجب أن يكون قرار الإدارة لازماً بذاته لمواجهة حالة معينة كحالة الضرورة أو الإستعجال .

وفي هذا الصدد، قضى مجلس الدولة الفرنسي، في حكمه في قضية "Bengamin" الصادر في ٤ مايو (أيار) ١٩٣٣، بإلغاء قرار الإدارة لعدم تناسبه وأسبابه من حيث الخطورة والجسامة^(١). وإذا كان مجال الضبط الإداري يمثل الميدان الحقيقي لرقابة القاضي الإداري على عنصر الملائمة، فإن القضاء الإداري - الحديث - يشهد تطبيقاً واسعاً لهذه الرقابة في مجال السلطة التأديبية، فإذا كان للسلطات التأديبية سلطة تقديرية في فرض الجزاء المناسب على ارتكاب الخطأ التأديبي، إلا أن ذلك مشروط بعدم المغالاة في تقدير خطورة الذنب ومقدار العقوبة فالمحكمة برقابة الملائمة تقف عند الحدود الفاصلة بين عمل القضاء وعمل الإدارة، فتخرج سلطة التقدير المقررة للإدارة من نطاق المشروعية الممنوع على القضاء التدخل فيه، إلى نطاق المشروعية فتخضعها لرقابتها^(٢).

وفي مصر يكاد يكون أخصب مجال لرقابة الملائمة في القرار الإداري بين سبب القرار ومحله هو رقابة التناسب بين الذنب الإداري والجزاء التأديبي وهو ما أُصطلح على تسميته بقضاء "الغلو"^(٣).

المطلب الثالث

إثبات عيب السبب

^(١) تتلخص وقائع هذه القضية في أن أفراداً إعترضوا على مؤتمر أدبي كان السيد "بنجامين" يعتزم عقده، وهددوا باستخدام كل الوسائل لمنع عقد هذا المؤتمر، مما حدا بعمدة المدينة على إصدار قرار بمنع إنعقاد المؤتمر. د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٧٩ .

^(٢) راجع بهذا الشأن بحث الدكتور محمود خلف الجبوري، "رقابة القضاء على جوانب الملائمة في العمل الإداري"، مجلة القانون والشرعية، (العدد الأول)، بغداد، ١٩٩٠ .

ويرى "قالين" أن الحد الفاصل بين الملائمة المحضة التي لا تخضع لرقابة القضاء، والملائمة كشرط لمشروعية العمل الإداري التي تخضع لرقابة القضاء، ليست محددة بشكل قاطع، مما يؤدي إلى شيء من التحكيمية، أي إلى أحكام تتسم بالجرأة وأخرى عكس ذلك.

Waline (M), Précis de droit administratif, ed. Montchéstien, 1969, P345.

^(٣) علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، معهد الإدارة العامة، الرياض، ٢٠٠٢، ص ١٤٧.

يجب على الطاعن أن يثبت إنعدام الوقائع المكونة لركن السبب أو حدوث خطأ في الوصف القانوني الذي خلطته الإدارة عليها أو يثبت أن هناك عدم تناسب بين الجزاء التأديبي الموقع على الموظف والمخالفة الإدارية المنسوبة إليه، وذلك إستناداً للقاعدة الأصولية العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على من أدعى.

ويضطلع القاضي الإداري بدور هام في هذا المجال حيث أن الإدارة لا تذكر - في كثير من الأحيان - الأسباب التي إستندت إليها في إصدار قراراتها، مما يجعل مهمة الطاعن عسيرة في الإثبات. فالقرارات الإدارية تتمتع بقرينة مفترضة مفادها أن لكل قرار إداري سبب مشروع وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، وعليه فإذا لم تذكر الإدارة الأسباب التي إستندت إليها في قرارها الإداري فإن عبء الإثبات على المدعي يصبح ثقيلاً لأن المدعي لا يملك المستندات أو الوثائق التي تحتفظ بها الإدارة عادة . ولما كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرار إلا إذا أوجب القانون عليها ذلك، فإن الصعوبة في الإثبات تظهر في حالة عدم ذكر الإدارة للأسباب ذلك أن ذكر هذه الأسباب بموجب التزام الإدارة بذكرها أو من تلقاء نفسها يجعل مهمة القاضي الإداري أيسر في بسط رقابته على هذه الأسباب وكذا مهمة الطاعن في الإثبات^(١).

وقد تدخل القضاء الإداري للتخفيف من عبء الإثبات على الطاعن ومساعدته في تقديم الأدلة التي تسند دعواه، في حالة عدم ذكر الإدارة للسبب - الأسباب - التي بنت عليها قرارها الإداري . وقد ظهر هذا الإتجاه واضحاً في حكم شهير لمجلس الدولة في قضية "Barel" الصادر في ٢٨ مايو (نيسان) ١٩٥٤^(٢)، والذي إعتبره البعض إعلاناً لقلب عبء الإثبات، حيث قضى مجلس الدولة بأن رفض الإدارة الأفصاح عن أسباب قرارها يعني التسليم بصحة ما إدعاه المدعي، وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام الإدارة بمالها من سلطة تقديرية بمنع بعض الأشخاص - ومنهم السيد "باريل" - من الإشتراك في مسابقة دخول مدرسة الإدارة الوطنية التي يحتل خريجوها وظائف إدارية مهمة، فطعن السيد "باريل" في القرار مدعياً أن باعث الإدارة على منعه وزملائه هو باعث سياسي يتمثل في صلتهم بالحزب الشيوعي الفرنسي، مما يخالف مبدأ المساواة، فطلب مجلس الدولة من الإدارة توضيح أسباب منعهم من الإشتراك في المسابقة، لكن الوزير المختص رفض ذلك فقضى المجلس بإلغاء قرار حرمانهم من

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم ١٥٧١ لسنة (٧) القضائية، جلسة ١٧ ديسمبر (كانون الأول) سنة ١٩٦٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، ص ٣٩٥، وكذلك حكمها في القضيتين رقم ١٩٢، ٤٦٩ لسنة (١٦) القضائية، نفس المصدر، ص ٢٥٤ .

(٢) C.E. 28 mai 1954, BAREL, Rec. P : 308 : Concl: LETOURNEUR, note WALINE, R. D. P. 1954, P.509.

الإشتراك في المسابقة^(١).

وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري بأن عبء الإثبات الواقع على عاتق المدعي ينتقل إلى الإدارة في حالة تقديمه لدليل أو أدلة معينة تؤيد دعواه، فذهبت إلى "أن القرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر الأسباب التي إستند إليها، يفترض فيه أنه صدر وفقاً للقانون وأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري لم تذكر أسبابه، تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة ولا تمت بصلة إلى المصلحة العامة. وللمحكمة كامل السلطان في تقدير الدليل الذي يقدمه المدعي في هذا الصدد، ولها إذا رأت وجهاً لذلك أن تطلب بيان المبررات التي بني عليها القرار المطعون فيه، وهذا عن طريق إعتبار الدليل الذي قدمه المدعي كافياً على الأقل لزحزة قرينة المشروعية التي يتمتع بها القرار الإداري، فينتقل عبء الإثبات عن عاتق المدعي إلى عاتق الحكومة"^(٢).

وسار قضاء المحكمة الإدارية العليا بإتجاه تخفيف عبء الإثبات على المدعي، إذ قضت المحكمة في عدة أحكام لها بانتقال عبء الإثبات إلى جانب الإدارة إذا ما إستظهرت قرائن تزعم قرينة الصحة المفترضة في سبب القرار الإداري^(٣).

وفي نطاق الحديث عن عبء إثبات عيب السبب ودور القاضي الإداري في هذا المجال، يثور التساؤل من جهة أخرى عن مدى سلطة القاضي الإداري في إحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب التي ذكرتها الإدارة إذا ما وجد أن هذه الأسباب الأخيرة باطلة. فالقاعدة العامة في شأن إحلال الأسباب نقضي بأن القاضي الإداري لا يملك سلطة القيام بإحلال أسباب صحيحة للقرار الإداري محل الأسباب الباطلة التي ذكرتها الإدارة، لأن هذا يعني إحلال تقديره محل تقدير الإدارة ومن ثم يعني تدخل القضاء في صميم عمل الإدارة . إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد سلك مسلكاً مغايراً لهذه القاعدة وذلك في

^(١) كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك بعدة سنوات في حكم مشابه لحكم "باريل" سنة ١٩٦٠ بإلغاء قرار الإدارة باستبعاد الطاعن من الإشتراك في مسابقة المدرسة الوطنية للإدارة لصمتها التام إزاء الأسباب التي إستندت إليها في حرمان الطاعن وعدم صدور أية قرائن أو ملابسات تساعد المدعي في إثبات دعواه .

C. E. 31décembre 1960, Premier ministre clvicat Blanc,
D. 1961 : P. 421, note CHAPUS.

^(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٢٥ لسنة (١٦) القضائية بتاريخ ١٦ يونيو (حزيران)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، س٧، ص ١٥٨٢ .

^(٣) أنظر على سبيل المثال حكمها في القضية رقم (١٠٨) لسنة (١٢) القضائية بتاريخ ١١ نوفمبر (تشرين الثاني) سنة ١٩٧٧، ص ٤٥ وكذلك حكمها الصادر في القضيتين رقم ١٠٦٢ لسنة (١١)، ٢٦١ لسنة (١٢) القضائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، ص ٣٤٤ .

الحالات التي تكون الإدارة فيها ملزمة بإصدار القرار ولكنها تقوم بتأسيسه على أسباب غير صحيحة مستنداً إلى تقديره بأنه إذا ألغى القرار لعدم صحة أسبابه فإن الإدارة ستقوم بإصدار قرار آخر جديد بنفس مضمون القرار السابق ولكنها ستؤسسه على أسباب صحيحة، حيث أنها تمارس سلطة مقيدة تلزمها بإصدار القرار الإداري إذا توافرت شروطه القانونية. ولهذه الحكمة فإن مجلس الدولة يمتنع عن إصدار حكم بالإلغاء لا طائل منه في مثل هذه الحالة، ويقوم بإحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب الخاطئة التي ذكرتها الإدارة^(١).

ثم تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك فلم يعد يقتصر على إحلال الأسباب في نطاق السلطة المقيدة للإدارة، وإنما إمتد إلى إحلال الأساس القانوني للقرار في مجال السلطة التقديرية لها، وذلك في الحالات التي تصدر فيها الإدارة قرارات إدارية مختصة بإصدارها، وفي الشكل المحدد قانوناً، ولكنها تخطئ في تحديد النص أو الأساس القانوني الذي تستند إليه في إصدار هذه القرارات^(٢).

وفي مصر فقد إمتنعت المحكمة الإدارية العليا عن إحلال الأسباب في حالة السلطة التقديرية وقررت ((... أنه متى كان الأمر متعلقاً بسلطة تقديرية، يترك فيها القانون للجهة الإدارية قدراً من الترخيص أو رفضه، لم يجز للقضاء أن يترجم عنها إحساسها لإقتناعها بتحقق أو عدم تحقق الإعتبارات الموضوعية التي تبني عليها تصرفها التقديري، ولا أن يصادر حريتها في إختيار الأسباب التي يقوم عليها قرارها... لأن هذا المسلك من شأن الإدارة وحدها ولا يجوز فيه قيام القضاء مقامها فيما هو حري بتقديرها ووزنها، وعلى ذلك يقتصر دور القضاء الإداري على مراقبة صحة السبب الذي تذرعت به الإدارة في رفضها للتخصيص))^(٣).

ويختلف إمتناع القاضي الإداري عن إحلال الأسباب في حالة السلطة التقديرية عن حالة قيامه بفرض رقابته على السبب الحقيقي للقرار الإداري بصرف النظر عن الأسباب الوهمية التي تذكرها الإدارة^(٤).

المطلب الرابع

مكانة عيب السبب بين أوجه الإلغاء في العراق

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢٨٢-٢٨٣.

(٢) المصدر السابق، ص ٢٨٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٦٢٠ لسنة (١١) القضائية بتاريخ (١٩) نوفمبر (تشرين الثاني) سنة ١٩٦٦، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة، س ١٢، ص ٢٢٩.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق، ص ٢٨٣.

لم ينص المشرع العراقي - مثلما فعل نظيره المصري - صراحة على عيب السبب في المادة (٧/ثانياً/هـ) من قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة التي تكفلت ببيان أوجه الطعن التي تجيز إلغاء القرار الإداري، فقد نصت على أن "يعد من أسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي :

٤. أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات .
٥. أن يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيماً في شكله.
٦. أن يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة أو التعليمات أو فيه إساءة أو تعسف في استعمال السلطة.

ويعتبر في حكم القرارات والأوامر التي يجوز الطعن فيها، رفض أو إمتناع الموظف أو الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي عن إتخاذ قرار أو أمر كان من الواجب عليها إتخاذه قانوناً". ولذلك فقد إختلف الفقه في العراق على غرار ما شهدته الفقه في مصر من خلاف حول مكانة عيب السبب بين أوجه الإلغاء المختلفة، حيث ذهب فريق من الفقه المصري الى التسليم بالسبب بصفته ركناً من أركان القرار الإداري ولكنه يدرج العيب الذي يصيب سبب القرار في أوجه الإلغاء الأخرى مقتضياً أثر إتجاه في الفقه الفرنسي يمثلته الفقيهان "هوريو" و"فيدل"^(١)، ويرى هذا الفريق أن مجلس الدولة المصري يسلم بأن عيب السبب ليس عيباً جديداً، لكنه يدخل ضمن إطار عيب مخالفة القانون أو الإنحراف في إستخدام السلطة^(٢).

فإذا حدد القانون الأسباب التي تبرر تصرف الإدارة، فإننا في حالة عدم إحترام الإدارة لتلك الأسباب نكون أمام عيب مخالفة القانون.

أما إذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة لتبرير تصرفها غير جدية وكانت الإدارة عالمة بعدم جديتها كنا أمام عيب الإنحراف بالسلطة، وكذلك إذا كانت غير عالمة أو كان تصرفها على سبيل الخطأ فإننا أيضاً نكون أمام عيب الإنحراف بالسلطة، لأنه لا يشترط لتحقيق الإنحراف بالسلطة توافر

(١) مع ملاحظة أن الفقيه "ديجي" ينكر ركن السبب، ويجعل عيب السبب ضمن عيب إساءة إستخدام السلطة إذا لم يكن الإختصاص مقيداً وبعبسه يكون ضمن عيب الإختصاص . = انظر د.سعاد الشرقاوي، "الإنحراف بإستعمال السلطة وعيب السبب، تعليق على أحكام المحكمة الإدارية العليا"، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة الحادية عشرة، العدد الثالث، ١٩٦٩، ص ١٤٤ وما بعدها. حيث ترى أن إغفال المشرع المصري لذكر عيب السبب في قانون مجلس الدولة كونه تبني رأي الفقيه "ديجي".

(٢) انظر في هذا الشأن د. ماجد راغب الحلو، ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٤٢٤ وما بعدها.

سوء النية، ويجد هذا الإتجاه تطبيقاً له في بعض أحكام مجلس الدولة المصري^(١). أما الفريق الثاني فهو يناصر التقسيم الحديث لأوجه إلغاء القرار الإداري الذي نادى به "قالين" و "دي لوبادير" و "ريفيرو" و "بونار" - ومعهم جانب من الفقه الفرنسي - والذي يربط بين أركان القرار الإداري وعيوبه بحيث يقابل كل ركن عيباً من العيوب على النحو الذي سبق تفصيله.

ويستدل هذا الفريق من الفقه لإثبات صحة إتجاهه بنص الفقرة (٨) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، التي تنص في معرض بيانها لأحد أوجه الإلغاء على "مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها"، حيث فسر هذا النص على أنه يتضمن عيبين "عيب مخالفة القانون" وهو ما يفهم من صريح العبارة، وعيب السبب وهو ما يفهم من "الخطأ في تطبيقها وتأويلها". ووجد هذا الفريق في بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا سنداً يعزز إتجاهه^(٢).

ونحن نعتقد صحة هذا الإتجاه، ولا نرى الأمر مختلف بالنسبة للوضع في العراق عما هو عليه في مصر، فالنص الذي أورده المشرع العراقي في قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة في المادة (٧/ثانياً/هـ) منه والذي تولّى فيه تحديد أسباب الإلغاء ومن بينها "الخطأ في تطبيق القوانين والأنظمة أو التعليمات أو في تفسيرها" إنما المقصود به هو عيب السبب، فهو يعني الخطأ في مادية الوقائع أو وصفها القانوني، وما يعزز هذا النظر أن محكمة القضاء الإداري تنظر في عيب السبب كعيب قائم بذاته مثل بقية العيوب التي تصيب القرار الإداري فتبطله.

كما درجت قرارات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية على إلغاء القرارات المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية بناءً على إفتقادها لركن السبب أو إذا شاب هذا الركن عيب في أحد شروطه^(٣).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٩٣٣ وما بعدها .

(٢) ويتسق هذا التفسير مع إجتهاادات ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية - أيضاً - التي تميل جهة القضاء الإداري فيها إلى هذا الإتجاه خصوصاً وأن المشرع السعودي في المادة (الثامنة/ب) من نظام ديوان المظالم الصادر في ١٧/٧/١٤٠٢هـ، يكرر ما ورد في المادة (العاشرة/٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، فالكثير من أحكام الديوان تشير إلى عيب السبب على نحو واضح لا لبس فيه. انظر على سبيل المثال حكم الديوان رقم ١٨١/٣/لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم ٤/٤/٦٢ ق/لعام ١٤٠٧هـ. د. فهد الدغيثر، المصدر السابق، ص ٢٦٩.

(٣) فقد قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية بأن "إحالة الموظف على التقاعد دون تقديم طلب منه ودون إكمال السن القانونية لا سند له من القانون لأن القرار الإداري يكون معيباً بعيب السبب (الدعوى رقم ٢٣٣/إنضباط/تمييز/٢٠٠٥)، رقم الإعلام/٢٣٥ في ٤/ذي القعدة/١٤٢٦هـ الموافق ٥/١٢/٢٠٠٥.

كما قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة أيضاً في حكم آخر بأن "السبب ركن من أركان القرار الإداري مما يتعين ذكره وإلا كان القرار معيباً". (الدعوى رقم ٢٩٧/٢٩٨/إنضباط/تمييز/٢٠٠٦) رقم الإعلام/٢٩٤ في ٢٥ ذي القعدة/١٤٢٧ الموافق ١٨/١٢/٢٠٠٦.

مراجع البحث

المراجع العربية :

أولاً : الكتب والمؤلفات :

٨. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الأول - قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
٩. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢.
١٠. علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، معهد الإدارة العامة، الرياض، ٢٠٠٢.
١١. فهد الدغيث، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
١٢. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.
١٣. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
١٤. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، كلية التراث الجامعة، بغداد، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.

ثانياً : البحوث :

٣. سعاد الشرقاوي، الإنحراف بإستعمال السلطة وعيب السبب، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم (الإدارية)، السنة الحادية عشر، العدد الثالث .
٤. محمود خلف الجبوري، رقابة القضاء على جوانب الملائمة في العمل الإداري، مجلة القانون والشرعية، (العدد الأول)، بغداد، ١٩٩٠ .

ثالثاً : المجموعات :

٤. قرارات مجلس شورى الدولة، وزارة العدل، بغداد .
٥. مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في مصر .
٦. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر .

رابعاً : التشريعات :

٣. قانون مجلس شورى الدولة المعدل في العراق.
٤. قوانين تنظيم مجلس الدولة في مصر .

المراجع الأجنبية :

4. Auby (J.M) et Drago (R), Traité de Contentieux administrative, L.T.E, 1992.
5. Debbash (Ch) et Ricci (J.C), Contentieux administrative, Dalloz, 1985.

6. Waline (M), Précis de droit administratif, ed. Montchéstien, 1969, P345.

سلطة رب العمل في تنبيه المقاول عن مخالفة شروط العقد

د.شروق عباس فاضل

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

لاشك وإننا نعيش في عالم التطور ، وسرعة التعامل الذي أحدثته التقدم العلمي في المعرفة ، والمستوى الجديد للتقنيات الحديثة والتي أثرت على الشكليات المعقدة والقديمة السائدة في العقود وخاصة في مجال عقد المقاولة ، فبعد ان كان رب العمل بعيداً عن عمل المقاول ينتظر منه أفضل النتائج ، وقد وضع ثقته فيه بات اليوم وتحت ظل الأفكار الحديثة ، وتأكيداً على الثقة المشروعة في التعامل يراقب عمل المقاول ابتداءً فيما إذا كان يجري طبقاً للشروط المتفق عليها في العقد ولأصول المهنة من عدمه ، ولا يلزم بالتربص حتى انتهاء العمل ليوفر على نفسه وعلى المقاول الجهد والوقت والمصاريف إذا ما تم العمل مخالفاً للأسس التي تحكمه انطلاقاً من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد وانتهاءً بتحقيق أفضل النتائج .

وحسناً فعل المشرع بإيراد هذا الحكم في نص المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي وبعض قوانين الدول الأخرى ، وكان الدافع إلى ذلك جعل تنفيذ المقاول لعمله بعيداً عن كل شك ولا مثاراً للنزاع لدى رب العمل ، ثم انه يمثل مظهراً من مظاهر التعاون فضلاً عن التأكيد على الثقة المشروعة بين المتعاقدين ، فمن واجب المدين ان يجعل الدائن على علم بإجراءاته ويتلقى منه التوجيهات السديدة كلما استلزم الأمر حتى لا ينساق وراء اجتهاداته وخطواته التي قد يعترض عليها الدائن ، ثم ان إصلاح الخطأ في أوانه أفضل من السير عليه وبالتالي الوصول للنتيجة المستوخاة من العقد.

وقد اثرنا تناول هذا الموضوع في اربعة مباحث ، لبيان الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل في تنبيه المقاول ، واساسها القانوني ، وحدودها ، والنتائج المترتبة عليها .

المبحث الاول

الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل في تنبيه المقاو

تنص الفقرة الأولى من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي على انه " إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل ان المقاو يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد فله ان ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاو إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل ان يطلب اما فسخ العقد وأما ان يعهد بالعمل إلى مقاو آخر على نفقة المقاو الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك . ويجوز فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيبٍ مستحيلاً "(١) . فما الطبيعة القانونية لهذه السلطة ؟ هل يعد ذلك واجباً على عاتق رب العمل ام رخصة له ؟

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل يثار تساؤل آخر . هل ان التزام رب العمل هنا التزام بتحقيق نتيجة ام التزام بوسيلة ؟

تباينت الآراء حول ذلك ، فذهب رأي إلى ان التزام رب العمل بالتنبيه هو التزام بوسيلة فعلية ان يبذل العناية اللازمة بتقديم النصيحة للمقاو وفقاً لمعيار الشخص المعتاد وإعلامه بالنتائج التي سوف تترتب على عمله ، ومع ذلك فليس له أي سلطة أو إمكانية لإجبار المقاو على تعديل طريقة التنفيذ سواء تحققت النتيجة ام لم تتحقق مادام قد بذل العناية اللازمة (عناية الشخص المعتاد) (٢) .

وذهب رأي إلى ابعد من ذلك حيث عدّ هذه السلطة رخصة بيد رب العمل، فان استعملها وبذل النصيحة للمقاو طبقاً لمعيار الشخص المعتاد فلا ينسب له بعد ذلك أي تقصير (٣) .

(١) تقابلها المادة (٦٥٠) من القانون المدني المصري ، والفقرة الأولى من المادة (٦٦٧) من القانون المدني الكويتي ، والمادة (٦١٦) من القانون المدني السوري ، والمادة (٦٤٩) من القانون المدني الليبي ، والمادة (٦٦٤) في فقرتها الأولى والمادة (٦٦٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) د.محمد عبد الظاهر حسين ، ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، القاهرة ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ ، ص ٨٢ .

(٣) د.كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة ، ط ١ ، مطبعة اوفسيت ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ج ١ ، ص ٣٢٦ ، د. محمد عبد الظاهر ، مرجع سابق ، ص ٨٢ .

وقد استند هذا الرأي إلى نص الفقرة الأولى من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي سالف الذكر " فله ان ينذره.... " والفقرة الأولى من المادة (٦٥٠)^(٤) من القانون المدني المصري (...جاز لرب العمل) حيث ان المشرع هنا جعل هذه السلطة جوازية لا وجوبية ثم ان المبدأ العام الذي يحكم عقد المقاولة ويميزه عن غيره من العقود وهو استقلال المقاول عن رب العمل في تنفيذ العمل المعهود إليه بحيث لا يلتزم إلا بالتعليمات التي تم الاتفاق عليها مسبقاً ولا يخضع لإشراف وتوجيه رب العمل^(١) . إلا ان هذا الرأي منتقد من ناحيتين :

الأولى / ان جعل هذه السلطة رخصة بيد رب العمل سيؤدي بالضرورة اما إلى استخدامها أو إلى إهمالها ، وبالتالي لا يمكن تحقيق النتيجة المطلوبة من التعاقد ، أو على اقل ما يمكن انه لم يبذل مجهوده أو ما في وسعه لنصح أو تنبيه المقاول .

الثانية / ان رب العمل لو لم يكن من واجبه تنبيه المقاول عن المخالفات سيؤدي ذلك إلى طريقة تنفيذ معيبة أو مخالفة العمل للشروط والمواصفات ونتائج يمكن تلافيها لو استخدم هذه السلطة ابتداءً .

اما الاتجاه الغالب فقد عدّ إخطار أو تنبيه رب العمل للمقاول هو التزام بنتيجة ، فهو ملزم بالتدليل على النتيجة التي حققها^(٢) أي إثبات أدائه (إذ ان محل التزام رب العمل هنا هو

^(٤) والتي تنص على انه " إذا ثبت اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب أو منافٍ للعقد جاز لرب العمل ان ينذره بان يعدل من طريقة التنفيذ خلال اجل معقول يعينه ، فإذا انقضى الأجل دون ان يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل ان يطلب أما فسخ العقد وأما ان يعهد إلى مقاول آخر بانجاز العمل على نفقة المقاول الاول طبقاً لأحكام المادة (٢٠٩) " .

^(١) د.محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء ، ط ٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣ ، د.كمال ثروت ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ .

^(٢) اذ ان من المعلوم ان العنصر المهم الذي يحكم تقسيم الالتزام إلى التزام بنتيجة وآخر بوسيلة هو عبء الإثبات ، اذ عندما يتحدد مضمون التزام المدين بتحقيق نتيجة فهذا يُكتفى من الدائن بالالتزام بإثبات واقعة محددة وهي عدم تحقق النتيجة المرجوة أما كلياً أو جزئياً، ثم يجيء دور المدين في إثبات تنفيذه للالتزام بالتدليل على النتيجة التي حققها أو إثبات القوة القاهرة التي منعه من التنفيذ . وعلى العكس عندما يتحدد التزام المدين بأنه بوسيلة، فيفترض انه قد بذل كل ما في وسعه من العناية والحرص للحصول على النتيجة المنتظرة ويتحول الإثبات في هذه الحالة

العمل المادي - التنبيه أو الإخطار - فيقع عليه التزام القيام بعمل محدد هو تنبيه المقاول (وبذلك فهو ملزم بتحقيق نتيجة تتمثل في هذا الفعل المادي الصادر منه^(٣) .

بذلك فإن من واجب رب العمل إنذار المقاول عن أي مخالفة تعيب التنفيذ أو تنافي العقد فلا يلزم بأن ينتظر حتى ينهي المقاول العمل ثم يرفضه ليطالبه بعد ذلك بالتعويض ، بل يُستلزم منه تصرفاً إيجابياً والذي حل محل الموقف السلبي^(٤) يدفعه إلى التقصي والبحث من أجل المعرفة التامة ومن ثم إعلام وإنذار المقاول إلى ما في عمله من عيوب أو مخالفات تعيق تنفيذ العقد أو تجعله مرهقاً ، أو تؤدي إلى الإخلال بالفائدة المرجوة من هذا العقد^(٥).

فإذا أهمل رب العمل إخطار المقاول أو تعمد أن يسكت وترتب على ذلك عدم مطابقة العمل للشروط والمواصفات ، فلا يحق له بعد ذلك مطالبة المقاول بالتعويض عن الأضرار التي لحقت ، والتي كان بإمكانه أن يتجنبها لو أخطر المقاول بالعيوب أو المخالفات في العمل ، لأن سكوته عن ذلك يعد قرينة على قبول تنفيذ العمل وإن كان معيباً ، وبذلك يعد مخالفاً بالتزامه بتحقيق النتيجة أولاً وبواجب التعاون مع المقاول في تنفيذ المقاولة ثانياً ، لأن استمرار المقاول في طريقة تنفيذه الخاطئة وعدم تنبيه رب العمل له رغم علمه بأن ذلك سيؤدي إلى إنجاز عمل معيب ، في الوقت الذي كان بإمكانه أن يتحاشى هذه النتيجة ، وإن يضمن حسن التنفيذ ، لو قام بواجب التنبيه ابتداءً^(١) .

إلى الدائن الذي يشكو تقصير مدينه ، إذ عليه أن يقيم الدليل على قصوره في هذه العناية أو سلوكه الخاطئ الذي كان وراء الضرر الذي لحقه . ينظر :

Forossard.La distinction des obligations de Moyens et des obligations de resultat . these, Lyon 1965 . P.10.

(٣) د.محمد عبد الظاهر ، مرجع سابق ، ص ٨٣ .

(4) Magnin: Reflexions criuques sur un extension possible de la notion de dol dans la Formation des acts Juridique , J.C.P. 1976.1.2780.No.41 .

أشار إليه د.محمد عبد الظاهر ، مرجع سابق ، ص ٨٢ .

(٥) د.احمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص

١١٢ .

(١) د.عبد الجبار الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، ط ١ ، دار الرسالة للطباعة

ثم ان هذا الالتزام يقع على عاتقه وان لم ينص عليه في العقد لأنه ينبع من أصول المهنة ومن مقتضيات حسن النية اللذين يحيطان طرفي عقد المقاولة أثناء تنفيذ الالتزامات الأخرى الناشئة عن العقد^(٢). ونحن نتفق مع هذا الرأي لان التنبيه أو الإخطار يعد ضرباً من الوقاية وخيراً من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما فيه من نقص أو عيب ، إضافة إلى ان النص لا يؤخذ على حرفيته لان (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)^(٣) .

ولا يشترط شكل خاص للإنذار فقد تكون المخالفة على درجة من الخطورة الأمر الذي يكون من المناسب معه ان يوجه رب العمل الإنذار بواسطة الكاتب العدل (أو بواسطة محضر) كما لو خالف المقاول المواصفات الأساسية في العمل . وقد لا يصل الأمر إلى ذلك بحيث يكتفى بالتنبيه الشفوي^(٤) .

، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ١٧٨ .

(٢) د.سهير منتصر ، الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص

١٨٠ .

(٣) انظر الفقرة الأولى من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(٤) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول ،

ط ٣ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٤ . و د.عبد الجبار الملا صالح ، مرجع

سابق ، ص ١٧٨ .

المبحث الثاني الأساس القانوني لهذه السلطة

من المعلوم ان السلطة التي منحها القانون لرب العمل بالتدخل في عمل المقاول نابعة من اعتبارات متعددة ، الغرض منها بالدرجة الأساس تنفيذ العمل على الوجه الأمثل ، وطبقاً لما اشترط في العقد ولما توجبه الأصول المهنية . فما هذه الاعتبارات التي تتبع منها هذه السلطة ؟ وبعبارة أخرى اين تجد أساسها القانوني ؟ تنص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على انه :

(١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)^(١).

تجد هذه السلطة الممنوحة لرب العمل في تنبيه المقاول أساسها فيما يوجبه حسن النية عموماً ، اذ يعد المبدأ العام في إبرام العقود وتنفيذها وأساس حقيقي لكثير من الالتزامات الحديثة^(٢) ، ويهدف هنا في هذا الخصوص تحقيق أغراض خاصة (Fins Privés)^(٣).

ومبدأ حسن النية المنصوص عليه في قانوننا المدني وارد في مرحلة تنفيذ العقد ، وهذا يعني ان هذه المرحلة هي حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه والهدف منه إبراز الثقة العقدية والتنفيذ الأمثل له في مجال تنفيذ العقود^(٤) ، ومن ثم فان هناك تبادلاً في المصالح بين الطرفين ، فكل طرف يعد دائماً ومديناً في الوقت نفسه^(٥) .

(١) تقابلها المادة (١٤٨) بفقرتيها الأولى والثانية من القانون المدني المصري ، والمادة (١١٣٤) في فقرتها الثالثة ، والمادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) أمل كاظم سعود ، الالتزام بالتعاون في العقود ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٧ ، ص ٦١ .

(٣) د.محمد عبد الظاهر ، مرجع سابق ، ص ٧٠ .

(٤) د. سعيد سعد عبد السلام ، الالتزام بالإفصاح في العقود ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٨٩ .

(٥) د.الهادي السعيد عرفة ، حسن النية في العقود ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد الاول ، السنة الأولى ، ١٩٨٦ ، ص ١٤٧ . وينظر

وهذه السلطة تمتد لتجد جذورها أيضا فيما يفرضه الالتزام بالتعاون بشكل خاص الذي يتطلب ان يقوم كل متعاقد بإبلاغ الآخر بمضمون العقد أو الأمور التي يهتم معرفتها لتحقيق التعادل في العلم والمعرفة ومن ثم تنفيذ العقد تنفيذاً سليماً^(٦) .

وبما ان العقد هو الذي يوفق ويحقق مصالح أطرافه ، فانه يجب على المتعاقدين الالتزام بالتعاون في تنفيذه . تطبيقاً لذلك على الدائن (رب العمل) ان يبصر على المدين (المقاول) تنفيذ التزامه ، وان يمنع اتساع الضرر الذي يصيبه تخفيفاً لمسؤولية المدين^(١) . كذلك ان على المدين قبول رقابة الدائن على تنفيذ التزامه حتى يطمئن إلى حصول التنفيذ وفقاً لأحكام العقد^(٢) . وهذا التدخل الذي يفرضه الالتزام بالتعاون من رب العمل سيمنع المقاول من المضي في عمله المعيب والمنافي لشروط العقد ، وبالضرورة فان عدم وجود مثل هذا المظهر من التعاون يؤدي إلى استمرار المقاول في طريقة تنفيذه الخاطئة ومن ثم انجاز عمل معيب يرفض رب العمل تسلمه فيما بعد ، مما يعني هدر في الوقت والجهد لكلا الطرفين^(٣) .

ولأهمية الالتزام بالتعاون فقد عدّ من التطبيقات التي تدرج ضمن أحكام الفقرة الثانية من

أيضاً :

Demogue (R) Traité les obligation en général , 1931,
No3 et No 29 .

^(٦) د. مصطفى العوجي ، القانون المدني / العقد ، ط ١ ، المركز العربي للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ج ١ ، ص ١٨٩ .

وينظر أيضاً :

Picod (y.) : Le devoir de loyauté dans l'exécution du
contrat, L.G.D: J,1989,P.119.

^(١) د. حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام - المصادر الارادية للالتزام ، ط ٣ ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ج ١ ، المجلد الاول ، ص ٤١٦ .

^(٢) د. حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات - نظرية العقد ، الكتاب الأول ، مطبعة نوري ، القاهرة ، ١٩٤٣ ، ص ٣٩٥ ، د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط ٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٣١٨ .

^(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ، ص ٨٣ ، د. عبد الجبار الملا صالح ، مرجع سابق ، ص ٣١٥-٣١٦ .

المادة (١٥٠)^(٤) من القانون المدني العراقي . حيث يعد الالتزام بالتعاون من مستلزمات حسن تنفيذ العقد أو من متطلبات هذا التنفيذ ، لان هذا الأخير لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد في العقد ، وإنما يمتد إلى كل ما يمكن ان يجعل من ذلك التنفيذ على نحو يحقق الهدف الذي سعى الطرفان إليه تجنباً لحدوث المنازعات في المستقبل .

كما ان هذا الالتزام يتسع تطبيقاً لمبدأ حسن النية واحتراماً لقواعد العدالة ليجد اساسه أيضاً في صور هذا المبدأ ومنها الالتزام

بالتبصير ومجالاته المتعددة والمتطورة من الإعلام مروراً بالنصيحة وصولاً إلى التحذير^(٥) والذي يتخذ شكلاً أكثر حيوية وخطورة خاصة في عقد المقاوله وفي هذا المجال بالذات ، فلو لاحظ رب العمل في الجهاز المستخدم لإغراض التدفئة انه غير ملائم لتحقيق التدفئة الكافية واللازمة لتحقيق المنفعة المبتغاة من العقد ، فله ان يبصر المقاول وينصحه ويجعله على بينة من أمره أو يحذره على نحو يستطيع معه اتخاذ القرارات السليمة الكفيلة للحفاظ على مصلحة الطرفين عن طريق إجراء بعض التغييرات في الوسائل اللازمة لتحقيق الغرض أو تعديل طريقة التنفيذ^(٦) .

خلاصة القول ان هذه السلطة ترجع إلى المبدأ الأساسي وهو مبدأ حسن النية اللازم في التعامل والمنصوص عليه في قانوننا المدني ، وما يعد من تطبيقاته المتعددة من (الالتزام بالتعاون وبالتبصير والنصيحة والتحذير) ترد جميعاً إلى مبدأ حسن النية ، إذ تعد التزامات تبعية وقانونية لضمان حسن تنفيذ الالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد^(١) (وهي من مستلزمات العقد) ، وبالتالي فان هذه السلطة تجد أساسها أولاً وآخراً في النص القانوني .

(٤) المقابلة للفقرة الثانية من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري ، والمادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي .

(٥) د. سهير منتصر ، حتمية الالتزام بالتبصير لمكافحة الجريمة الرقمية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ص ٣ .

(٦) د. محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٢٢ ، أمل كاظم سعود ، مرجع سابق ، ص ٤٠ .

(١) د. جعفر محمد الفضلي ، الالتزام بالنصيحة والسلامة والحذر في عقد المقاوله ، دراسة تحليلية ، مجلة الرافدين ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ ، العدد ١٣ ، ص ١ .

المبحث الثالث حدود هذه السلطة

إذا كان المشرع في القانون المدني قد أعطى الحق لرب العمل في التدخل في عمل المقاول فإلى أي مدى يستطيع رب العمل التدخل ؟ هل ان سلطته مطلقة واسعة ام يجب ان تكون ضمن حدود معينة ؟

قد تتسع سلطة رب العمل في أحيان وتضيق في أحيان أخرى . فنتسع انطلاقاً من مبدأ التعاون بين طرفي العقد ومبدأ حسن النية وغيره من المبادئ التي تفرض هذا التدخل ، كلما ابتعد المقاول في تنفيذ عمله عن تحقيق هدف العقد ، وهو التنفيذ الأمثل له ، فمثلاً مخالفة المقاول للشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انه لم يراع أصول المهنة إلى حد يجعل العمل معيباً ومن ثم من الصعب تدارك الخطأ كعدم الالتزام بالتصميم الموكول إلى المقاول في تنفيذ العمل أو عدم الوصول بالأساس إلى العمق الكافي .

وتضيق هذه السلطة كلما كانت المخالفة بسيطة بحيث يكون بالامكان تداركها ، أو ان العيب من التفاهة بحيث لا يقلل من قيمة العمل أو من صلاحية الشيء للاستعمال . والدليل على ذلك ان المشرع في القانون المدني العراقي^(٢) لم يجز لرب العمل طلب الفسخ إذا لم يكن من شأن العيب في طريقة التنفيذ ان يقلل من قيمة العمل إلى حد كبير أو من صلاحيته للاستعمال المقصود .

وتتسع هذه السلطة كذلك كلما كان التعادل في الخبرة و المعلومات متحققاً ، وبعبارة أخرى كون رب العمل مهنياً أو حرفياً ولديه من المعلومات والخبرة ما تعادل أو تفوق خبرات المقاول في أداء العمل أو الخدمة ، فانه ينتظر من المقاول اختيار أفضل الوسائل أو أكثرها

(٢) ينظر الفقرة الثانية من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " على ان العيب في طريقة التنفيذ إذا لم يكن من شأنه ان يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود منه فلا يجوز فسخ العقد " . وبمفهوم المخالفة فان من حق المحكمة ان تحكم بالفسخ إذا وجدت نقصاً كبيراً في قيمة العمل أو في صلاحية الشيء للاستعمال المقصود بسبب العيب . ينظر أيضاً الفقرة الثالثة من المادة (٦٦٧) من القانون المدني الكويتي .

مناسبة ، والطريقة الملائمة لتحقيق الغرض المنشود من وراء التعاقد^(٣) . فإذا انحرف المفاوض عن ذلك فمن واجب رب العمل باعتباره حرفياً وكان على علم بواقعة ذات أهمية تتصل بموضوع العقد ، ومؤثرة في تنفيذه الأمتل ، ان يحيط المفاوض علماً بها^(٤) ، وان ينذره حتى وان استلزم الأمر إيقافه عن السير قدماً في عمله المعيب . وقد أحسن المشرع عملاً بإيراده الحكم لان إصلاح الخطأ في أوانه أفضل من السير فيه .

وتضيق هذه السلطة في الحالات التي يختل فيها التعادل أو التوازن في العلم والدراسة (أي لا يوجد توازن في المراكز القانونية)^(١) فرب العمل هنا لا يعد حرفياً ولا يمتلك من المعلومات أو الخبرات التي يمتلكها المفاوض ، ومع ذلك يقع عليه عبء هذا الواجب في حالة ملاحظته أي خطأ أو عيب أو نقص في عمل المفاوض انطلاقاً من التزامه بالتعاون ومبدأ حسن النية في التنفيذ ، وانتهاءً بتحقيق النتيجة المرجوة من العقد .

المبحث الرابع النتائج المترتبة على التنبيه

لكي نصل إلى النتائج المترتبة على التنبيه لابد ان نفرق بين فرضين :

الأول :- ان يكون إصلاح العيب في طريقة التنفيذ ممكناً ، أي من الممكن تلافيه والعدول إلى الطريقة الصحيحة ، كما لو ان المفاوض جعل عمق الأساس اقل من الواجب فينذره ان يعدل بالأساس حسب الأصول المهنية ومنذ البداية ، أو ان النجار قد بدأ بصنع الأثاث واستعمل خشباً من النوع الرديء أو بطريقة تجعل العمل على خلاف ما هو متفق عليه فينذره بان يعدل إلى الطريقة الصحيحة أو يجهز العمل بأخشاب من النوع الذي يتفق مع الموصفات . وله في ذلك ان يحدد أجلاً معقولاً لإصلاح العيب وإجراء التعديل ، فان امتثل المفاوض لما طلب منه خلال الأجل فيمضي في العمل على الوجه الصحيح وعلى نفقته .

اما إذا رفض المفاوض العدول إلى طريقة التنفيذ الصحيحة أو ترك الأجل يمضي دون ان

(٣) د. مصطفى العوجي ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ .

(٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ، ص ٣٨ ، د. عبد الجبار الملا صالح ، مرجع سابق ، ص ٣١٦ .

(١) د. سعيد سعد عبد السلام ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

يقوم بالإصلاح جاز لرب العمل ان يطلب الفسخ^(٢) حتى قبل انقضاء الأجل المحدد لإصلاح العمل إضافة إلى حقه بالتعويض عن الإضرار التي لحقته نتيجة إخلال المقاول .

وله أيضا بدلاً من طلب الفسخ ان يعهد العمل إلى مقاول آخر^(٣) (إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في العقد)^(٤) على نفقة المقاول الأول ، أي انه يتحمل الزيادة في النفقات التي يتكلفتها العمل بواسطة شخص غيره عن النفقات المتفق عليها في العقد^(١) بشرط الحصول على ترخيص من القاضي وبدون ترخيص في حالة الاستعجال لان الأمر لا يتحمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر للقضاء كترميم منزل آيل للسقوط . وفوق ذلك له ان يطالب المقاول بالتعويض ان كان له مقتضى^(٢) .

الثاني :- ان يكون إصلاح العيب في طريقة التنفيذ غير ممكن^(٣) ، فلا يمكن تلافي

^(٢) وطلب الفسخ هنا خاضع لتقدير القضاء ، فقد يستجيب له وقد لا يستجيب حسب ظروف الحال فقد يحكم بالتنفيذ العيني بدلاً من الفسخ بإجبار المقاول على التعديل وعلى نفقته ، ومع ذلك فقد يكون المقاول غافلاً عن العيب فيحكم القاضي بإصلاح طريقة التنفيذ المعيبة . انظر : د.عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، ١٩٨٠ ، ص ١٧٧-١٧٨ . د.محمود لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ١١٨ .

^(٣) (إذا كان رب العمل قد أحال العمل على مقاول آخر بعد استحصال الإذن من المحكمة المختصة بإكمال العمل على نفقة المقاول فيكون الإذن بإكمال العمل قد دخل المرحلة التنفيذية ولا يجوز لرب العمل بعد ذلك إقامة دعوى الفسخ لتناقض ذلك مع التنفيذ العيني) قرار لمحكمة تمييز العراق رقم ٧٩/موسعة أولى / ٨٣ في ١٢/٢٩ / ١٩٨٤ .

القاضي إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز / القسم المدني ، ٢٠٠٧ .

^(٤) ينظر الفقرة الأولى من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي .

^(١) (إذا نكل المقاول عن تنفيذ العقد وأحيل العقد ذاته على مقاول آخر فيتحمل المقاول الناكل فرق الزيادة تنفيذاً للعقد ولحكم القانون) قرار لمحكمة تمييز العراق رقم ٥٢٣ / مدنية أولى / ٧٣-٧٤ في ١٣ / ٥ / ١٩٧٤ . القاضي ابراهيم المشاهدي ، المرجع السابق ، ص ٦٤٨ .

^(٢) د. محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ٩٢ ، فقرة ٧٢ .

^(٣) ينظر الفقرة الأولى من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي والفقرة الثانية من المادة

العيب وتدارك الخطأ كأن يعطي المقاول الأدوار الأولى على خلاف التصميم الموكول له بحيث ان الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى ، ولا سبيل للإصلاح إلا بهدم البناء بأكمله .

فلرب العمل في هذا الفرض ان يطلب الفسخ^(٤) ابتداءً ولا حاجة لمنح اجل للمقاول لعدم فائدته ، وحتى لو تم البناء فانه سيتم بصورة معيبة . او ان اجل التنفيذ لم ينته بعد فلا جدوى من الانتظار حتى ينقضي الموعد المحدد في العقد لانجاز العمل او اعطاء مهلة اخرى للمقاول مادام ان تنفيذه للعمل قد تم بشكل معيب واصلاح العيب قد بات مستحيلاً وثبت على وجه اليقين ان المقاول لن يستطيع تنفيذ العمل المطلوب وفقاً لما هو منصوص عليه في العقد ، كمن يسلم قماش لخياط معين لصنعه ثوباً له فأتلفه الخياط فان رب العمل يستطيع المطالبة بالفسخ منذ البداية ولا يطلب اصلاح العيب لان ذلك اصبح مستحيلاً ، ويعد اخلال المقاول في هذه الحالة من قبيل الجحود المبتسر للعقد^(٥) .

وطبقاً للقواعد العامة فانه لا يجوز طلب الفسخ إلا اذا حصل إخلال بالالتزام فعلاً (م ١٧٧ من القانون المدني العراقي)^(٦) ، وهنا في هذا الفرض حصل الاخلال فعلاً على وجه محقق .

وللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في تقرير فيما اذا كان اصلاح العيب ممكناً من عدمه^(٧) .

(٦٥٠) من القانون المدني المصري ، والفقرة الثانية من المادة (٦٦٧) من القانون المدني الكويتي .

(٤) (لرب العمل ان يطلب فسخ عقد المقاولة اذا قام المقاول بتنفيذ العمل بشكل معيب مغاير لشروط المقاولة ولا يتعارض ذلك مع المادة ٨٦٩ مدني) قرار لمحكمة تمييز العراق رقم ٥٢٠/مدنية اولى / ٧٧ في ٢٥/٦/٧٨ . القاضي ابراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص ٦٦ .

(٥) د. محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد / مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ، ص ٢٦٦-٢٦٨ البند ١٤ .

(٦) والتي تنص على انه (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدين الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى) .

(٧) المستشار انور طلبية ، الوسيط في القانون المدني ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠١ ، الجزء الرابع ، ص ٨٠٢ .

الخاتمة

مما سبق بحثه نصل الى جملة من النتائج اهمها ما يأتي :-

الهدف الاساسي من منح رب العمل هذه السلطة للتدخل في عمل المقاول وتبنيه عن مخالفة شروط العقد ، هو تقوية فرص تنفيذ العقد على النحو الاكمل ، ومن ثم ، تقليل حدوث المنازعات في المستقبل .

التشدد في فرض هذا التدخل على عاتق رب العمل المهني او الحرفي يرجع الى ما يتمتع به من خبرة في الاعمال التي تتصل بمهنته ومن ثم يستطيع تقديم التوجيهات والارشادات السديدة بخصوص تنفيذ العقد تنفيذاً سليماً .

بما ان المشرع قد اعطى لرب العمل حقاً في انذار المقاول عن مخالفة شروط العقد او عن عيوب التنفيذ بموجب المادة ٨٦٩ من القانون المدني العراقي ، فكان الاخرى به ان يجعل ذلك واجباً يلقي على عاتقه بحيث انه يتعرض لمسائلة قانونية فيما لو اخل بهذا الالتزام وليس فقط حرمانه من التعويض لو تم العمل بشكل معيب ، خاصة في ظل التطورات الاقتصادية وعقود المقاولات الحديثة واتساع المشاريع السكنية بحيث اصبح عقد المقاول لا ينصب على بناء مسكن او بناية بسيطة، وانما قد ينصب على مشروع سكني متكامل والتالي فالعيب الذي يرافق التنفيذ في المشروع من شأنه ان يؤدي الى حدوث خسائر كبيرة في الاموال والارواح واضاعة الجهد والوقت والمصاريف .

المصادر

أولاً : الكتب القانونية

- د.احمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .
- المستشار انور طلبية ، الوسيط في القانون المدني ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠١ ، ج ٤ .
- د. حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام - المصادر الارادية للالتزام ، ط ٣ ، القاهرة ، ج ١ ، المجلد الاول ، ٢٠٠٠ .
- د.حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات - نظرية العقد ، الكتاب الأول ، مطبعة نوري ، القاهرة ، ١٩٤٣ .
- د. سعيد سعد عبد السلام ، الالتزام بالإفصاح في العقود ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
- د.سهير منتصر ، الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- د.عبد الجبار الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، ط ١ ، دار الرسالة للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٥ .
- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول ، ط ٣ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٠ .
- د.عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، ١٩٨٠ .
- د.كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح احكام عقد المقاوله ، ط ١ ، مطبعة اوفسيت ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- د. محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
- د.محمد عبد الظاهر حسين ، ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، القاهرة ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ .
- د.محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء ، ط ٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- د.محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني

المصري ، ط ٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٧ .
د. مصطفى العوجي ، القانون المدني / العقد ، ط ١ ، المركز العربي للمطبوعات ، بيروت ،
٢٠٠٣ .

ثانيا : - الاطاريح والبحوث

أمل كاظم سعود ، الالتزام بالتعاون في العقود ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة
النهرين ، ٢٠٠٧ .
د. الهادي السعيد عرفة ، حسن النية في العقود ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية
الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد الاول ، السنة الأولى ، ١٩٨٦ .
د. جعفر محمد الفضلي ، الالتزام بالنصيحة والسلامة والحذر في عقد المقاوله ، دراسة
تحليلية ، مجلة الرافدين ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ .
د. سهير منتصر ، حتمية الالتزام بالتبصير لمكافحة الجريمة الرقمية ، كلية الحقوق ، جامعة
المنصورة .
د. محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة
الثانية .

ثالثا : - الموسوعات

القاضي إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ،
٢٠٠٧ .

رابعا : - القوانين

القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤
قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم ١٥٤ لسنة ١٩٣٢ .
القانون المدني الليبي لسنة ١٩٤٣ .
القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .
القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ .

خامسا : المصادر الفرنسية

1- Demogue (R) Traité les obligation en général , 1931.

- 2- Forossard. La distinction des obligations de Moyens et des obligations de resultat . these, Lyon 1965 .
- 3- Picod (y.) : Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D: J,1989 .

Abstract

“ The authority of the employer to draw the attention of the contractor for the breach of the terms of the contract “ .

There is no doubt that the constant development in the field of information and communication technologies , and the new level of modern technology has affected the contracts, in particular the convening of entrepreneurship .

Previously the employer was far from the work of the contractor ,till the latter finishes the work , hoping for the best results , while today he can observe the contractor's work to ensure that he works in accordance with the conditions agreed upon in the contract and whether or not professional , so that he can save - for himself and the contractor – time , efforts and expenses , based on the principle of good faith in the execution of contracts and to achieve better results.

The Iraqi legislature cited those ideas in civil code , in the text of the article 869 and other provisions.

Last we must say that if the main purpose of this intervention is to repair the defects , it's intensity increases as the employer was more professional to call a contractor for any breach and therefore the proper execution of the contract .

التهرب الضريبي في العراق

الواقع و الطموح

م.م. أبوزر عبد الكريم شاكر البياتي

كلية الإدارة و الاقتصاد – الجامعة المستنصرية

المقدمة

تواجه المجتمعات منذ عقود ظاهرة هي من أخطر الظواهر التي تعيق سياسية الدولة الانفاقية وتؤثر سلباً على جهود الدولة في تغذية نفقاتها عبر مصادر الإيرادات المتنوعة ومنها الضرائب.

فقد أضحت ظاهرة التهرب الضريبي الكابوس الذي طالما شغل الدول وشكل عقبة في طريق تعزيز الموارد المالية العامة وتوظيفها في إشباع الحاجات العامة لاسيما في الدول التي تعتبر الضريبة فيها مورداً مهماً في مد الخزنة العامة بالإيرادات المالية.

الضريبة باعتبارها تكليف قانوني لذا يكون لازماً تأدية هذا الواجب بالصورة التي كفلها القانون . لذا فإن أي أحجام عن الالتزام بها يولد حالات سلبية متعددة تصب في الأضرار بمصلحة الدولة والمجتمع، هذا الأخير –أي المجتمع- يطمح إلى التمتع بالمزيد من الخدمات التي تسعى الدولة إلى تحقيقها وتوفيرها بالاعتماد على الإيرادات المالية .

فإذا ما تعرضت الضرائب إلى صعوبة في تحصيلها أو عدم دفعها في ميعادها القانوني عندئذ يكون من الصعب تهيئة الخدمات، بالتالي فقدان حالة الانسجام الواجب توافرها بين الدولة والمجتمع.

المخلص

تكمّن ظاهرة التهرب الضريبي في شعور المكلف القانوني بثقل العبء المالي خصوصاً عند فرضها بمعدلات ضريبية مرتفعة أو تعدد الضرائب المفروضة على الوعاء نفسه أو شعوره بفقدان مبدأ العدالة في توزيع العبء المالي ، الأمر الذي يؤدي الى الإعتقاد بظلمها ويدفعه الى التهرب منها ، وبالتالي إنعكاساتها السلبية في تدني حجم الإيرادات الحكومية .

مشكلة البحث

تعتبر الضرائب من الإيرادات المالية المهمة للدولة والتي تغطي معها الميزانية العامة ،لذا فإن أي عارض يصيبها يؤدي الى تعثر مد هذه الخزنة بالأموال الكافية بالتالي تعثر مباشرة عملية الإنفاق العام بإشباع الحاجات والخدمات العامة .

لذا ترد جملة تساؤلات

هل إن سبب تردي حجم الإيرادات المالية يعود الى ضعف التشريعات الضريبية التي يكون الأساس من وضعها ضمان تدفق هذه الأموال بالصورة الصحيحة ؟
أم ان السبب ينظر اليه من زاوية المكلف بالضريبة وسعيه الدؤوب الى صيانة ذمته المالية من خلال إتباع أفعال التهرب ؟
أم ان عدم وجود الكوادر الإدارية الكفؤة والتي يكون جل عملها ينصب في إضفاء حالة من الإستقرار في جباية الضرائب ، وماهي الأسباب التي حالت دون مباشرة الموظف في الإدارات الضريبية لدوره في تعزيز الخزنة العامة بالإيرادات المالية في ميعادها القانوني؟
وهو ما سنحاول الأجابة عنه في هذا البحث

المطلب الأول

التعريف بالتهرب الضريبي

تم تخصيص هذا المطلب للتعريف بماهية التهرب الضريبي في فروع ثلاث الأول فيه نعرف التهرب من الناحية اللغوية ، والثاني مخصص لتعريف التهرب قانوناً (تشريعاً) ، أما الفرع الثالث فهو لبيان التهرب اصطلاحاً (فقهاً) .

الفرع الأول

التهرب لغةً

التهرب مصدر الفعل هَرَبَ ومادته (هـ - ر - ب) يقال هرب يهرب هرباً أي أنه جد في الفرار مذعوراً^(١). والمهرب هومن يَجْتَرِمُ إدخال الأشياء الممنوعة أو إخراجها من البلاد^(٢).

الفرع الثاني

التهرب قانوناً

لم تورد نصوص التشريعات الضريبية العراقية تعريفاً دقيقاً لماهية التهرب الضريبي والقانون العراقي شأنه شأن تشريعات الضرائب المقارنة^(٣)، إذ إكتفت بإيراد الوصف الذي يتخذه التهرب باتباع المكلف الضريبي أنماط سلوك مختلفة تصب في

تخلصه كلاً أو جزءاً من مبلغ الضريبة، بالتالي الأضرار بحصيلة الدولة المالية. ولعل السبب في عدم إيراد تعريف واضح ودقيق يتمثل في عدم إمكانية حصر أساليب التهرب كونها أصبحت في ازدياد وتطور مستمرين، ولكن بالرغم من ذلك لم يتوقف الأمر عند هذه التشريعات إذ منحت الأخيرة الحق للفقهاء والباحثين في بيان المقصود بماهية التهرب الضريبي .

(١) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الكويت، دار الرسالة للنشر، ١٩٨٢، ص ٦٩٣.

(٢) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبدالقادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، بلا مكان نشر، دار الدعوة للنشر، بلا سنة طبع، ص ٩٨٠ .

(٣) إحتوت التشريعات الضريبية المقارنة على تعداد الأفعال المشكلة لظاهرة التهرب الضريبي ولم تعط مفهوماً واضحاً لهذا الفعل المجرم ومنها قانون ضريبة الدخل السوداني لسنة ١٩٨٦ وقانون ضريبة الدخل القطري لسنة ١٩٩٧ ومرسوم ضريبة الدخل العُماني لسنة ١٩٧١ وقانون ضريبة الدخل الأردني رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل وغيرها من التشريعات الضريبية الأخرى التي اختطت ذات الطريق فيما يتعلق بمسألة التهرب من أداء الضريبة في بيان الأفعال المخلة بالنظام الضريبي وفرض العقاب الذي يتلائم مع أنماط السلوك الإنحرافية هذه .

الفرع الثالث

التهرب اصطلاحاً

يعرف فقهاء المالية العامة التهرب الضريبي تعاريف شتى. فذهب فريق إلى تعريفه بأنه تخلص المكلف كلياً أو جزئياً من أداء الضريبة دون نقل عبئها إلى غيره، مما يؤثر على حصيلة الدولة من الضريبة ويضيع عليها حقها^(١).

كذلك يعرف التهرب بأنه عدم الالتزام بتنفيذ القوانين الضريبية عن طريق عدم دفع الضريبة الواجبة^(٢). كما ويعرف بأنه التخلف عن الالتزام بدفع الضريبة كلها أو جزء منها بأية وسيلة من الوسائل^(٣). وعرفه آخرون بأنه محاول المحول في عدم دفع الضريبة المستحقة عليه كلياً أو جزئياً باتباع طرق وأساليب مخالفة للقانون وعمل طابع الغش نحوه^(٤).

من خلال ما تم بيانه من تعاريف للفقهاء المالي نجدتها تعبر صراحة عن السلوك (اللا مشروع) للمكلف في توجيه إرادته الخارجية المادية في عدم الوفاء بالتزاماته المالية بخلق حالة من اللامساواة في تحمل الأعباء إلى جانب الدولة.

كذلك يلاحظ إن هدف الممول الضريبي من عدم تسديد المبالغ الضريبية هو تحقيق منافع شخصية من خلال الاحتفاظ بالأموال وتعزيز ذمته المالية وهو ما يبدو جلياً من خلال عدم الإلتزام بالنصوص القانونية بالتالي الأضرار بخزينة الدولة المالية .

عليه نحن نعرف التهرب الضريبي بأنه :

محاولة المكلف الضريبي من تقاضي تحمل الأعباء العامة بعدم تسديد الضريبة كلاً أو جزءاً إرضاءً لرغباته الشخصية ، مما يؤدي إلى إضعاف حصيلة الدولة المالية .

المطلب الثاني

أسباب التهرب الضريبي

إن غاية المكلف من عدم تسديد دين الضريبة تتمثل في المحافظة على أمواله وعدم التنازل عنها لمصلحة الدولة، ولعل هذا الأمر يرجع لجملة من العوامل التي تؤثر في التهرب وتوسعه بالتالي كثرة انتهاك النص القانوني أو قد تؤدي إلى تقليصه ومعه تتدفق الإيرادات المالية للدولة بصورة انسيابية . عليه سيتم بحث هذه الأسباب في أربعة فروع هي :

(١) د. محمد سعيد عبد السلام، دراسة في مقدمة علم الضريبة، الطبعة الثانية، مصر، دار المعارف للنشر، ١٩٦٨، ص ٥٨٧.

(٢) د. المرسي السيد حجازي، مبادئ الاقتصاد العام (الضرائب والموازنة العامة)، بيروت، الدار الجامعية للنشر، ٢٠٠٠، ص ٩٥.

(٣) صباح نعوش، الضرائب في الدول العربية، المغرب، المركز الثقافي العربي للنشر، ١٩٩٠، ص ١١٥ .

(٤) د.حسن أحمد غلاب، الأصول العلمية للضرائب، مصر، مكتبة التجارة والتعاون للنشر، ١٩٧٧، ص ١٥٩

الفرع الأول

العامل القانوني

إن كثرة التشريعات الضريبية مع وجود الثغرات فيها، فضلاً عن فرضها لمعدلات ضريبية مرتفعة أدت بالمكلفين إلى العزوف عن دفعها في ميعادها القانوني^(١).

إن تعدد أسعار الضريبة خلق حالة من عدم التوازن بين المكلفين والإدارة الضريبية فكان سبباً جوهرياً للتهرب من سداد دين الضريبة^(٢).

كذلك قصور التشريعات عن تقدير وعاء الضريبة واحتساب قيمة الاعفاءات أو السماحات حالت دون تطبيقها التطبيق الأمثل، وهو ما ضاعت معه مقتضيات تحقيق العدالة في فرض الضرائب^(٣).

الفرع الثاني

العامل الإداري

يقع على عاتق الإدارة دور هام في وجود التهرب الضريبي ومنع إرتكابه من خلال إتباع سياسة حديثة في التعامل مع المكلفين بعدم تعقيد النظام الضريبي، ونبذ سياسات الروتين التقليدي الذي لم يعد يتناغم مع التطور في مجال التكنولوجيا الحديثة وتطويع الأخيرة لخدمة العملية الإدارية والذي ضاعت معه مقتضيات التطور الاقتصادي^(٤).

كذلك ان صنف الكفاءة والمقدرة لدى الموظفين وعدم إلمامهم بالأنظمة والتعليمات^(٥)، وإسلوب الإلتفاف والمناورة المتبع من الموظفين بلجوئهم لإسلوب التقدير الجزافي .

كذلك إبتزاز المكلفين بإنقاص مبلغ الضريبة بدفع الرشى التي أصبحت ظاهرة تنخر جسد المجتمع. الأمر الذي تزداد معه حالات التهرب لإنعدام ثقة المجتمع بعدالة الضريبة .

إن طبيعة النشاط الذي يمارسه الموظف لدى الإدارة الضريبية والتي تتدرج ضمن الفساد الإداري بأن يتقاضى العمولة أو الرشوة من المكلفين بأن يعمل على إنقاص دخولهم لتجنبهم جزء من دين الضريبة يشكل

(١) د. فتحي همام محمود (التهرب الضريبي)، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، العدد ٣٥١، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٧٧.

(٢) يعاب على التشريع الضريبي العراقي في إنه لم ينص على أية عقوبة في حالة تكرار فعل التهرب الضريبي (حالة العود) مما يشجع المكلفين من إتباع فعل التهرب الضريبي، بالتالي تقليل حصيلة الدولة المالية من جهة، وتقويض الميل لتطبيق القوانين والانصياع لأوامرها من جهة ثانية.

(٣) د. محمد سعيد فريهود ود. كمال حسين إبراهيم، نظام الزكاة وضريبة الدخل، السعودية، مطابع معهد الإدارة العامة للنشر، ١٩٨٦، ص ٤٤.

(٤) د. رفيق محمد الجزيري، التهرب الضريبي، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، القاهرة، العدد ٣٦٥، ١٩٧٨، ص ٢.

(٥) تعرف الانظمة والتعليمات بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي تمتاز بالتماسك فيما بينها تصنعها السلطة التنفيذية تطبيقاً لقانون معين. انظر عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون ، بغداد ، دار الكتب للنشر، بلاسنة طبع، ص ٢٧ .

خطراً لا يقل أهمية عن فعل المكلف نفسه وهو ما يعزز حالات التهرب وينميتها^(١).

الفرع الثالث

العامل الإقتصادي

كلما كان الظرف الإقتصادي منتعشاً تزداد معه معدلات دخول الأفراد أدى ذلك إلى انخفاض معدلات التهرب الضريبي .

لذا فإن تنامي صور التهرب تزداد في الدول التي يتعاظم فيها دور الإقتصاد الخفي أو الظلي^(٢)، أي أنه كلما زادت المعدلات التي تعرض بها الضرائب زاد معها تحول الأفراد إلى سلوك طريق التهرب وإن كان الأخير يتخذ صورة إتباع تصرفات هي في حقيقة الأمر مباحة قانوناً تعكس رغبة الأفراد في الاحتفاظ بالأموال دون تقديمها لمصلحة الدولة، عليه تكون العدالة الضريبية هي أساس توسيع فجوة التهرب الضريبي وتقليصها^(٣).
ان لجوء المكلفين بالضريبة للتهرب نابع من تحملهم مبالغ كبيرة تمثل اقتطاع كبير لذممهم المالية خصوصاً إذا ما تمعنا النظر في حقيقة خضوع المشاريع لهذا التكليف القانوني (الضريبة) لوجودنا ان المشاريع الكبيرة هي الأقل تأثراً بمثلتها المشاريع الصغيرة .

الفرع الرابع

العامل الأخلاقي

ان الجانب السوسيولوجي له تأثير كبير في طبيعة التصرفات الاجتماعية وفي مجال الضرائب نجد ان غياب الوعي الثقافي بأهمية الضرائب وما تشكله من دور في سياسة الإنفاق العام، نجد ان معظم دافعي الضرائب يحجمون عند دفعها بسبب تنامي الشعور لديهم بأنهم يدفعون مبالغ للدولة تفوق حجم المنافع الذي يحصلون عليها^(٤).

كذلك قد يلجأ المكلف القانوني بالضريبة إلى عدم دفعها إذا ما تم انفاق هذه الأموال (الضرائب) في مجالات غير مفيدة لآبناء المجتمع وهو ما يعزز حالات التهرب منها .

هذا ويلاحظ إن باستطاعة الفرد أن يتمتع بالخدمات التي توفرها الدولة دون ان يتكبد أية مبالغ في سبيل توفيرها انطلاقاً من مبدأ الشراكة في تحمل الأعباء العامة، وهو ما يعرف بالعامل السايكولوجي أي ذاتية الفرد

(١) نوفل أحمد، الفساد المالي والإداري رؤى ومعالجات، مجلة النزاهة والشفافية للبحوث والدراسات، السنة الأولى، العدد الثاني، بغداد، حزيران، ٢٠١٠، ص ١٠٢.

(٢) د. المرسى السيد حجازي، مبادئ الاقتصاد العام (الضرائب والموازنة العامة)، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٣) د. محمد سعيد فهدود ود. كمال حسين إبراهيم، نظام الزكاة وضريبة الدخل، مصدر سابق، ص ٤٤-٤٥.

(٤) كانت الضريبة إبان الإستعمار الفرنسي في الجزائر أداة الاغتصاب الأموال فهي وسيلة تجبر الأفراد على ضرورة تسديدها الأمر الذي انعكس سلباً على المجتمع بأن الضريبة ما هي الا تقييد للحرية بحيث أصبح المتهرب منها يوصف بالشجاع الذكي .

والباعث المحرك لديه في عدم الإنصياح والتقييد بتنفيذ القوانين وتغليب المصلحة الشخصية على المصلحة العامة^(١).

المطلب الثالث

الآثار الناجمة عن التهرب من أداء مبلغ الضريبة

نحاول في هذا المطلب أن نستعرض أهم الآثار التي تنشؤها أفعال المكلف الضريبي في سبيل التخلص من مبلغ الضريبة بصورة كلية أم جزئية ، وذلك في فرعين هما :

الفرع الأول الآثار الاجتماعية

الفرع الثاني الآثار الاقتصادية

الفرع الأول

الآثار الاجتماعية

من أهم المبادئ التي ترغب المجتمعات تحقيقها أن تعمل الدولة على تقليص الهوة بين طبقات المجتمع عن طريق انقاص القوة الشرائية للطبقة الغنية ونقلها إلى الطبقة الفقيرة، معززة ذلك بحجم الإنفاق الحكومي العام .

هذا الأمر لا يكتب له النجاح إلا إذا كانت للدولة موارد مالية تعينها في برنامجها الإصلاحي، بيد أن مع وجود حالات التهرب الضريبي يصعب تحقيق هذا الأمر. إذ أن الضريبة تعتبر وسيلة لبلوغ الإقتصاد الأمثل فإذا ما تعكر صفو تدفقها بانسيابية واضطراب حال هذا دون استقرار المجتمعات ومعه يستمر التفاوت الطبقي لأبناء المجتمع وتظل الطبقة الفقيرة هي وحدها من تتحمل وزر الأعباء العامة كون الأغنياء لا يشعرون بثقلها لما لهم من إيرادات تكون خير عون في مواجهة التكاليف العامة . بالتالي نكون بعيدين عن تحقيق مبدأ العدالة في توزيع الثروات^(٢) .

كذلك يلاحظ أن زيادة الأعباء عن أبناء المجتمع تصف من تفتهم بالدولة من ناحية. ومن ناحية ثانية الشعور بالغبين من قبل الدولة كونها غير مبالية ومراعية لمبدأ العدالة الضريبية مما يعمق حافز المخالفة لديهم بإنتهاج أفعال التهرب من الضريبة .

الفرع الثاني

الآثار الاقتصادية

للهرب من أداء الضريبة أثره السلبي عن مستوى الإقتصاد بأن يقلل من حجم النهوض الصناعي والتجاري

(١) د. فوزي عطوي، المالية العامة (النظم الضريبية وموازنة الدولة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٢٧٦

(٢) د. حسن عواضة ود. عبد الرؤوف قطيش، المالية العامة (الموازنة والضرائب والرسوم)، الطبعة الأولى، بيروت، دار الخلود للنشر، ١٩٩٥، ص ٣٩٢ - ٣٩٣ .

على حد سواء نتيجة عدم توزيع الأعباء العامة التوزيع العادل .

بعض من الفقه المالي يرى^(١)، إن المشاريع التجارية الكبيرة ومساهمتها الفاعلة في دعم الاقتصاد أكثرها إتباعاً لحالات التهرب، بسبب وفرة الإيرادات المالية لديها، أو نتيجة المحاباة التي توليها الإدارات الضريبية لبعض المشاريع بأن تعاملها معاملة خاصة تشجيعاً لها في التخفيف من وطأة الضريبة. الأمر الذي يؤثر سلباً في تحمل عبء الضريبة من قبل المشاريع الصغيرة فتكون هي الوحيدة الواجب عليها الاحتكام للتشريعات وتطبيقها وعدم مخالفتها، فيكون مدعاة لعزوف (الأخيرة) عن تأدية الضريبة في ميعادها كلاً أو جزءاً بالتالي الأضرار بالإيرادات المالية للدولة^(٢).

عليه لكي يتسنى معرفة حجم الإضرار الاقتصادية التي تنجم عن عملية التهرب لا بد من بيان أشكال التهرب والتي تتمثل في الآتي :

أولاً: التهرب المشروع

ويسمى أيضاً تقادي أو تجنب الضريبة، كذلك يسمى التهرب القانوني ومفاده استغلال المكلفين للتغريات الموجودة في ظل التشريعات الضريبية مما تسمح لهم بعدم تسديد مبلغ الضريبة كلاً أو جزءاً. مثال ذلك لو أن أحد الأشخاص بادر بنقل ممتلكاته إلى وريثه- أثناء حياته- بموجب عقد بغية التخلص من الضريبة (ضريبة التركات التي تفرض بعد وفاته)^(٣).

لذلك فإن القصور الذي إنتاب النص القانوني يعد عاملاً مساعداً يسهل معه قيام الممولين بالتهرب من أداء الضريبة أو تجنبها إذ أن المكلف في هذه الحالة اتبع سلوكاً (مشروعاً) للتخلص من مبلغ الضريبة كلاً أو جزءاً^(٤) .

أو قد يباشر المكلف تصرفاً بالامتناع عن القيام بالفعل الموجب لتسديد الضريبة (الواقعة المنشئة للضريبة)^(٥)، مثالها لو أن أحد الأشخاص كان على علم بوجود ضريبة على تدخين السكائر^(١)، فيعتمد إلى عدم

(١) محمد السعيد وهبة، صور التهرب الضريبي في نطاق الضريبة على الإيراد والضريبة الموحدة الكتاب الثاني، الإسكندرية، دار نشر الثقافة، ١٩٦٦، ص ٢٤ .

(٢) هناك رأي في الفقه المالي مفاده أن بعض الدول تلجأ بمثلها بإدارتها الضريبية إلى منح بعض المكلفين في ظروف اقتصادية معينة بعضاً من الامتيازات، للتقليل من حدة الواقع الضريبي المفروض عليهم لتجاوز الصعاب المفروضة عليهم، إلا أننا نعيب على هذا الرأي بأنه ينكر مبدأ العدالة في تحمل الأعباء العامة بأن الدولة قد حابت فئة من المكلفين على حساب الفئة الثانية مما يجعل من الطرف المتضرر وهو نفسه من تحمل ثقل التكاليف العامة أكثر رغبة في الإمتناع عن أداء مبلغ الضريبة. أنظر: نائل عبد الرحمن صالح، ضريبة الدخل (أحكامها والجرائم الواقعة عليها)، عمان، بلاد نشر، ١٩٨٦، ص ٩١ .

(٣) د. عبد العال الصكبان، الضرائب على التركات، دار ومطابع الشعب للنشر، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٥٢٦.

(٤) د. ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي، الجزائر، دار هومة للنشر، ٢٠٠٣، ص ١٥٥.

(٥) تعرف الواقعة المنشئة للضريبة بأنها: (مجموعة الشروط أو الظروف أو الأوضاع التي يتطلب القانون توفرها كي يرتب

إتباع فعل التدخين تجنباً من تحمل عبء تسديد هذا النوع من الضرائب فهو بهذا السلوك لا يعد مخالفاً لأحكام القانون فلا يعد تصرفه مضرراً بإيرادات الدولة المالية .

ثانياً: التهرب غير المشروع

ويتحقق هذا التهرب بإتباع المكلفين بعبء الضريبة أنماط سلوك إنحرافية متمثلة بأفعال الغش والإحتيال^(٢)، قاصدين من ورائها مخالفة القوانين الضريبية من جهة ، والتخلص من أداء دين الضريبة من جهة ثانية بصورة كلية أم جزئية وسواء عند ربط الضريبة أو عند تحصيلها .

إذ ان المكلف في فعلي الغش والإحتيال يبييت النية الجرمية المتمثلة بالتخلص من دين الضريبة المترتب في ذمته المالية بإنتهاج أنماط سلوك إنحرافية تتمثل في الإدلاء بمعلومات غير صحيحة ، أو غالباً ما يلجأ المكلفون إلى تضمين التقارير الضريبية الخاصة ببيان مركزهم المالي بمعلومات كاذبة من شأنها إيهام السلطة المالية بالتالي تقدير مبلغ الضريبة تقديراً غير صحيح يستفاد منه المكلف بأن ينقص من حجم الإيرادات المالية العامة^(٣).

ومما تجدر الإشارة إليه ان المكلف وهو بصدد مباشرة هذه الأفعال قد تأصلت لديه النية الجرمية والمتمثلة بمخالفته النصوص القانونية (عدم الالتزام بدفع الضرائب في ميعادها القانوني) يظهر مدى إصراره على إتباع هذا الفعل مع علمه المسبق ان مثل كهذا تصرفات تجعله تحت طائلة العقاب، رغم ذلك دأب إلى مباشرتها غير مبالٍ بعواقبها^(٤).

كذلك يجب أن لا ننسى دور الرشوة في توسيع دائرة التهرب إذ من خلالها تساهم بعض (العناصر الإدارية

أثره في إنشاء الالتزام بدين الضريبة). أنظر: د. عبد الكريم صادق بركات ود. يونس البطريق ود. حامد عبد المجيد دراز، المالية العامة، بلا مكان طبع، الدار الجامعية للنشر، ١٩٨٦، ص ٢١٤.

(١) د. محمد السعيد وهبه، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٢) يعاقب قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل أفعال الفس والاحتيال كونها تصيب إيرادات الدولة المالية بالضرر، حيث تنص المادة (٥٨) من القانون المذكور على (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على السنتين من يثبت عليه أمام المحاكم المختصة انه استعمل الغش أو الاحتيال للتخلص من أداء الضريبة المفروضة أو التي تفرض بموجب هذا القانون كلها أو بعضها) . وهوذات المسار الذي إتبعه المشرع الضريبي الأردني ضمن أحكام الفقرة (د) من المادة (٤٢) من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ بالقول (اللجوء الى أية حيلة أو خدعة مهما كان نوعها أو أجاز إستعمالها للتهرب من دفع الضريبة أو لتخفيض مقدارها بأيّة صورة من الصور) .

(٣) عرفت المادة (٢٨٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل التزوير بأنه : (تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر آخر بأحدى الطرق المادية أو المعنوية التي يبينها القانون، تغييراً من شأنه أحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص) .

(٤) د. محمد نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، ط٢، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، ١٩٧٤، ص ٣٣.

(بتسهيل مهمة المكلف الضريبي بالتخلص من دين الضريبة .

الخاتمة

من خلال ماتم ذكره آنفاً حول خطورة سلوك المكلفين بالإبتعاد عن الإلتزام بأداء الضرائب ، بالتالي تقليص حجم الإيرادات الحكومية نخلص الى مجموعة من أهم النتائج والتوصيات وهي كالتالي :

النتائج

- ١- القصور الواضح في العديد من النصوص القانونية في التشريع الضريبي العراقي، حيث جاءت هذه النصوص بعقوبات رادعة هي في الغالب خفيفة الوطأة في التأثير على تصرفات المكلفين بإتباع أفعال التهرب الضريبي سواء كانت (أي الجزاءات) مالية أم ماسة بالحرية .
- ٢- ومن جهة أخرى نجد ان المشرع الضريبي أغفل جانب تكرار المخالفة بأن لم ينص على عقاب مناسب لها وهو ما يعرف بحالة (العود) إذ ان حالة السكوت هذه تمثل تأييداً وتشجيعاً (غير مباشر) للمكلف في مخالفة الواجب بدفع مبلغ الضريبة .

٣- علو كعب الموظف الإداري في الخروج عن الأنظمة والتعليمات في التحقق من المعلومات والبيانات الضريبية أو تلك المتعلقة بتحصيلها و حتى الرقابة عليها وهو ما يسمح بإتساع دائرة العمل بضريبة التقدير الجزافي لمبلغ

الضريبة غير مبالية (أي الإدارة الضريبية) بمبدأ العدالة في تحمل العبء العام، فضلاً عن ذلك إن رمي الكرة في ملعب المكلف بأنه من يعتمد إلى التهرب دائماً أمر لا يمكن تحقيقه في جميع الأحيان. حيث نجد ان الفساد المالي المتمثل بالرشوة ساعد المكلف في ايجاد الطرق والأساليب التي وللأسف بدأ العديد من موظفي الإدارة الضريبية بعملية تثقيفها لعموم المكلفين بغية المحافظة على ذممهم المالية (أي المكلفين) من جانب والإضرار بحصيلة الدولة المالية من جانب آخر .

٤- ضعف التنسيق والتعاون بين مفاصل الجهاز الإداري للدولة في الحد من أعمال التهرب خصوصاً المؤسسات الحكومية ذات العلاقة سهل من مهمة المكلفين في الإضرار بإيرادات الخزنة العامة .

٥- إنعدام المصادقية بين المكلف والدولة في أن الأخيرة تنقل من الأعباء الملقاة على عاتق الممولين لخزانة الدولة كون القوانين الضريبية لم تبني على أسس واضحة في كيفية فرض الضرائب ولم تضع سياساتها الاقتصادية والاجتماعية الأساس في فرض الضريبة .

التوصيات

١- إعادة النظر في النصوص التشريعية الضريبية وخاصة العقابية منها باتباع لسياسة وقائية تعتمد منذ البداية إلى تشخيص الفعل المعد مخالفة ضريبية وفرض عقوبات تتسم بنوع من الشدة إذ لم تعد العقوبات (الجزاءات) الموجودة متناغمة مع الأضرار التي تسببها أساليب التهرب الضريبية، فضلاً عن ذلك يكون حرياً بالمشروع الضريبي العراقي إيلاء حالة العود (أي تكرار إتباع الفعل المخالف للقانون) بنوع من التشديد . فلا بد عندئذ من إتباع سياسة ترغيب وترهيب بان المكلف عليه واجب الإلتزام بدين الضريبة الى جانب الدولة في تحمل العبء العام، فإذا ما أخل كان عرضة للعقاب بأن تشدد التشريعات على العقاب البدني برفع مدته معززاً بالعقاب المالي بما يتلائم وحجم الإخلال الحاصل .

٢- على الإدارة الضريبية العمل وفق الأنظمة والتعليمات والأوامر المرعية قانوناً في عملية فرض وتحصيل الضرائب، إذ ان أي خروج عنها يعد بمثابة خرق للقانون وعدم الإنصياع لأوامره . هذا وان التوسع بالصلاحيات وإبداء الرأي والتي لا تستند على أساس قانوني من شأنه ان يهيء المناخ الملائم أولاً لحالة تلكؤ وامتناع المكلف عن أداء دين الضريبة، وثانياً إلى استمرارية انتشار ظاهرة الفساد المالي والإداري .

٣- تفعيل الدور الإعلامي في توعية المجتمع وتعريفهم بالدور الذي تضطلع به الضريبة كون الأخيرة خير عون للدولة في مد الخزنة العامة بالإيرادات المالية وهو ما يعزز دول الدولة في إمكانية تحقيق الصالح العام وتوفير الخدمات العامة .

كذلك إن على المؤسسات الإعلامية أخذ مكانها في بيان سطوة القانون ونجاعته من خلال اظهار حالات التهرب الضريبي على الجمهور لبيان مدى مراعاة القانون في توقيه لتحقيق العدالة في فرض الضرائب ليكون سدا منيعا لكل من تسول له نفسه اتباع أي من الأفعال التي

من شأنها الاخلال بأحكام القانون الضريبي .

٤ - نقترح أن يتم إنشاء أو تأسيس جهاز أو قوة خاصة تأخذ على عاتقها حماية الإيرادات المالية للدولة والمتأتية من الضرائب هذه القوة تكون مناط الإدارة الضريبية (على افتراض وضع الموظف المناسب في المكان المناسب) هدفها جمع المعلومات والبيانات الضريبية والتحري على حقيقة دخل المكلفين. وبالتالي تكشف على حالات التهرب قبل حدوثها أسوة بتلك الأجهزة الموجودة في مفاصل الدولة الأخرى ومنها جهاز أو قوة مكافحة الجريمة الاقتصادية مثلاً أو القوة التي اعتمدتها وزارة الداخلية في حماية البيئة هذا الأمر فيما لو تم إعماله فلا بد أن تكون هذه القوة تابعة للإدارة الضريبية من الناحية الإدارية والفنية .

المصادر

المعاجم والكتب

أولاً المعاجم

- ١- إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبدالقادر ، محمد النجار، المعجم الوسيط ، الجزء الثاني ، بلامكان نشر، دار الدعوة للنشر، بلاسنة طبع .
- ٢- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الكويت، دار الرسالة للنشر، ١٩٨٢.

ثانياً الكتب

- ١- د. المرسي السيد حجازي، مبادئ الاقتصاد العام (الضرائب والموازنة العامة)، بيروت، الدار الجامعية للنشر، ٢٠٠٠ .
- ٢- د. حسن أحمد غلاب، الأصول العلمية للضرائب، مصر، مكتبة التجارة والتعاون للنشر، ١٩٧٧.
- ٣- د. حسن عواضة ود. عبد الرزاق قطيش، المالية العامة (الموازنة والضرائب والرسوم)، الطبعة الأولى، بيروت، دار الخلود للنشر، ١٩٩٥ .
- ٤- صباح نعوش، الضرائب في الدول العربية، المغرب، المركز الثقافي العربي للنشر، ١٩٩٠ .
- ٥- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد، دار الكتب للنشر، بلا سنة طبع.
- ٦- د. عبد العال الصكبان، الضرائب على التركات، القاهرة، دار ومطابع الشعب للنشر، ١٩٦٣.

- ٧- د. عبد الكريم صادق بركات ود. يونس البطريق ود. حامد عبد المجيد دراز، المالية العامة، بلا، الدار الجامعية للنشر، ١٩٨٦ .
- ٨- د. فوزي عطوي، المالية العامة (النظم الضريبية وموازنة الدولة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣ .
- ٩- محمد السعيد وهبة، صور التهرب الضريبي في نطاق الضريبة على الإيراد والضريبة الموحدة الكتاب الثاني، الإسكندرية، دار الثقافة للنشر، ١٩٦٦ .
- ١٠- د. محمد سعيد عبد السلام، دراسة في مقدمة علم الضريبة، الطبعة الثانية، مصر، دار المعارف للنشر، ١٩٦٨ .
- ١١- د. محمد سعيد فريهود ود. كمال حسن إبراهيم، نظام الزكاة وضريبة الدخل، السعودية، مطابع معهد الإدارة العامة للنشر، ١٩٨٦ .
- ١٢- نائل عبد الرحمن صالح، ضريبة الدخل (أحكامها والجرائم الواقعة عليها)، عمان، بلا دار نشر، ١٩٨٦ .
- ١٣- د. ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي، الجزائر، دارهومة للنشر، ٢٠٠٣ .
- ١٤- د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، ١٩٧٤ .

البحوث

- ١- د. رفيق محمد الجزيري، التهرب الضريبي، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، القاهرة .
- ٢- د. فتحي همام محمود، التهرب الضريبي، مجلة الاقتصاد والمحاسبة، العدد (٣٥١)، القاهرة، ١٩٧٧ .
- ٣- نوفل أحمد، الفساد المالي والإداري (رؤى ومعالجات)، مجلة النزاهة الشفافية للبحوث والدراسات، السنة الأولى، العدد الثاني، بغداد، حزيران، ٢٠١٠ .

التشريعات والقوانين

- ١- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ٢- قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل .
- ٣- قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥ المعدل .

ABSTRACT

Phenomenon of Taxes escaping lies in feeling of the legal person with the financial burden especially at imposing it by high taxing rates or by diversity of taxes imposed on income itself or feeling with losing the principle of justice in distributing tax burden which lead to think of its injustice and make him escaping from it and consequently its negative relations in degradation the size of public incomes.

الآثار القانونية للالتزام التضاممي

رؤى علي عطية

الكلية التقنية الإدارية / قسم المعلوماتية

القدمة:

قد يلحق الالتزام وصف التعدد في طرفيه احدهما او كليهما فهو اما ان يكون تعدد المسؤولين وعدم قيام تضامن بينهم او قد يتعدد طرفا الالتزام مع وجود تضامن بينهم ، والأصل في الالتزام أن يكون بسيطا بين دائن ومدين واحد والآخر المترتب عليه هو أداء المدين محل الالتزام للدائن إلا انه قد تظهر أمور عارضة تضاف للالتزام لتعدل من آثاره فقد تلحق وجود الالتزام شروط او اجل أو تلحق محل الالتزام فتجعله متعدد ، وقد يكون الالتزام أما تخيري أو بدلي ، وقد تلحق طرفي الالتزام فيكون أما متعدد أما بين الدائنين او بين المدينين .

ان الأصل في الالتزام المتعدد الأطراف من جانب المدينين هو انقسامه بين المدينين فيجعل كل مدين له نصيب في الدين ، إلا انه استثناء قد لا ينقسم هذا الدين أما لوجود تضامن بين المدينين او لان الالتزام غير قابل للانقسام وهذين الاستثناءين قد تناولتهما معظم التشريعات العربية والأجنبية بالتنظيم في التقنيات المدنية.

فظهر نظام جديد يتعدد فيه المدينون مع وحدة محل الالتزامهم وتعدد مصدره رغم تعدد الروابط ولا يوجد تضامن بينهم ولا عدم قابلية للانقسام وهذا النظام يطلق عليه اسم الالتزام التضاممي.

وبهذا تنير دراسة هذا النوع من الالتزام العديد من المشكلات على الصعيد العملي ومما زاد الأمر صعوبة تجنب المشرعين تنظيم هذا النوع من الالتزامات بنص مباشر الأمر الذي فتح الباب للقضاء والفقه للاضطلاع بدورهما في شأنه.

الفصل الأول

مفهوم الالتزام التضاممي

من الطبيعي ان نبدأ دراسة هذا الموضوع بالتأصيل التاريخ لها ،لذلك ارتأينا اولاً ان نخصص مبحث لنشأة وتطور حتى يتسنى لنا فيما بعد تعريف هذا الالتزام وشروط تحققه في مبحث ثاني .

المبحث الأول : أصل نشأة الالتزام التضاممي

يرجع اصل نشأة الالتزام التضاممي في فرنسا أولاً إلى تطور استقر عليه القانون والفقه الرومانيان ،ثم انتقلت الفكرة منها الى النظام القانوني الفرنسي في ظل التقنين المدني الفرنسي القديم ثم التقنين المدني الفرنسي الحالي .^(١)

أولاً: الالتزام التضاممي في القانون الروماني

عرف القانون الروماني الفكرة الى جوار التضامن وافر الفقه الروماني هذا الالتزام فالاصل هو انقسام الدين عند تعدد المدينين ولكن هذا المبدأ عليه استثناءات عندما يكون هناك التزام غير قابل للانقسام او التزام تضامني او التزام تضاممي.^(٢)

وقد وجدت فكرة معارضة من بعض الفقه الا ان الجناح المؤيد أقوى ومساهم في بقاءها ، ففي عهد (جوستنيان) كان اغلب شراح القانون الروماني يميلون إلى تقسيم الالتزامات التضامنية من جانب المدينين الى قسمين تبعاً للأثر المترتب على السير في إجراءات الدعوى على احدهم ، فهناك تضامن تام الذي ينقضي فيه الالتزام في مواجهة بقية المدينين والمطالبة القضائية من جانب الدائن لأحدهم وهناك التزام لا ينقضي الا بالوفاء من جانب المدين المطالب.^(٣)

ثانياً: الالتزام التضاممي في ظل التقنين الفرنسي القديم

يبدو ان التفرقة التي أقامها الرومان كان لها الأثر في القانون الفرنسي فكانت الفكرة المسيطرة آنذاك هي التزام مسبب الضرر (في حالة تعددهم) بالتعويض الكامل دون تفرقة بين الجزاء المدني والجزاء الجنائي .
مثلاً الفقيه (دوما) الذي يعرف التضامن بأنه حق الدائن في اقتضاء حقه كاملاً من اي من المدينين بحسب اختياره ،ويرى ان التضامن يجد مصدره في طريقتين أما الاتفاق أو طبيعة الدين كحالة ارتكاب مجموعة من الأشخاص لجريمة او شبه جريمة أو سبب ضرر بخطأ جماعي ،فجميعهم مسئولين عن التعويض الكامل وكل منهم ملزم بالدين كما لو كان قد تسبب في الضرر منفرداً ،ولا شك ان هذا المفهوم كان يشمل حالات التضامن .

أما "بوتيه" فكان يرى ان التضامن يقوم في بعض الحالات بين المدينين (المتعديين) بنفس الشئ ولو لم يتفقوا عليه صراحة والحالة الثانية تكون بصدد الأشخاص الذين اشتركوا في ارتكاب جريمة لذلك فأنهم يكونون ملتزمين جميعاً بالتضامن عن التعويض وليس لهم الدفع بالتجديد ولا الدفع بالتقسيت وذلك نظراً لسلوكهم الشائن .^(٤) وهذه هي حالة التضامن .

المبحث الثاني : تعريف الالتزام التضاممي

تبدأ دراسة اي فكرة بتعريفها ووضع تحديد دقيق لها ،ونظراً لصعوبة المصطلح ، سواء باللغة العربية او

في اللغة الفرنسية فأنا نحتاج لتحديد المعنى اللغوي للفظ التضام أو "In solidum" لتمهيد دراسة التعريفات التي قال بها الفقه للالتزام التضاممي .

ان المعنى اللغوي هو كلمة "insolidum" كلمة لاتينية الاصل تعني "au tout" اي الكل وتستخدم لوصف الدين وهذا ما ورد في القواميس القانونية.^(٥)

وإذا ما اقترنت بكلمة "obligation" صارت التزاما تضاميا "obligation in solidum" فهي تعني صورة من الالتزام بالكل اي التزام كل المدينين بالوفاء بكل الدين دون الرجوع على الآخرين .^(٦) وقد انتقلت الكلمة الى الفقه الفرنسي شأنها غيرها من المصطلحات الاخرى .ومن ثم اصل هذه المصطلحات هي واحد وبالتالي تطور استخدامها حتى وصلت إلينا على نحو ما يستخدم في الفقه والقضاء الفرنسيين .

أما في الفقه العربي فأول من أشار إلى المصطلح هو الدكتور " عبد الرزاق السنهوري " ونقله عن الفقه والقضاء الفرنسي بمعنى " المسؤولية المجتمعة "^(٧) الا انه عدل عن هذه التسمية وكان اول من اطلق مصطلح التضام... في الفقه العربي وهو ما سارت عليه الغالبية العظمى من الفقه حتى الآن.

واصل كلمة "تضام" في اللغة العربية من كلمة "تضام" وهي مشتقة من ضم الشيء على الشيء _ فتضام القوم اي انضم بعضهم إلى بعض وهناك حديث عن الحبيب الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) " لا تضاموا في رؤيته " أي رؤية (الله) عز و جل فمعنى الحديث الا ينضم البعض إلى البعض لمحاولة الرؤية كما يفعلون ذلك في رؤية الهلال .^(٨)

ويختلف مصدر كلمة تضام عن كلمة تضامن اذ الاخيرة مشتقة من الفعل "ضمن" ومن هنا كان اختلاف الكلمتين ،وبالتالي فهناك تضامن وتضام^(٩) اذ ان حرف النون في الضمان اصلية اما كلمة ضم فلا نون فيها ، ومن ثم فهناك اصل في اللغة لكلمة تضام ومن الأفضل استعمال كلمة تضام التي استعمالها د.السنهوري.^(١٠)

وواضح ان المعنى اللغوي يعطينا تفرقة واضحة بين التضامن والتضام فإذا كان التضامن يعطي ضمان للدائن بان كل مدين متضامن يضمن الآخرين في سداد الدين فان التضام يعني إن ذمم المدينين تضامنت في الوفاء للدائن إي يمكن استيفاء حقه من اي منها .

وبعد إن حددنا المعنى اللغوي في اللغتين الفرنسية والعربية فينبغي ان ننقل إلى تحديد معناه القانوني .

المعنى القانوني

ان غياب التنظيم التشريعي المباشر لفكرة الالتزام التضاممي ولغرض الوصول لتعريف دقيق ، نتعرض لموقف القضاء الفرنسي في تعريف الالتزام التضاممي ثم موقف القضاء المصري منه لنصل الى تعريف شامل واضح لهذه الفكرة.

١- تعريف الالتزام التضاممي في القضاء الفرنسي:

أن القضاء الفرنسي هو من أعاد إحياء الفكرة... التي كانت موجودة في القانون لروماني إلا انه بالرغم من ذلك لم يتعرض لتعريف التضام بصورة واضحة إلا بعض التعليقات أو الإشارة لهذا الالتزام وردت في أحكام هذا القضاء ، فقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٣٩/٢/٤ أن

المشاركين في إحداث نفس الضرر الناجم عن أخطائهم يجب أن يلتزموا بالتضام بالتعويض عن الضرر كاملاً.^(١١)

فهنا محكمة النقض أشارت إلى تعدد المشاركين في إحداث نفس الضرر والذي يعد عنصر من عناصر التضام.... وكذلك على الالتزام بتعويض كامل الضرر الذي يعد اثر من آثار التضام ...

كما جاء في حكم آخر لمحكمة النقض التزام المؤمن في التأمين من المسؤولية والمؤمن له بالتضام أمام المضرور^(١٢) وهنا أشارت محكمة النقض إلى تعدد المسؤولين واختلاف التزام كل منهم ووحدة المحل ، وهي العناصر الثلاث التي تدخل في تعريف التضام.

٢- تعريف الالتزام التضاممي في القضاء المصري:

تعرضت محكمة النقض المصرية لتعريف الالتزام التضاممي بطريقة مباشرة قائلة "ان الالتزام يكون تضامميا إذا تعددت مصادر الالتزام بتعويض المضرور كأن يلتزم احد المسؤولين عقديا والآخر تقصيريا...^(١٣) فركزت المحكمة على تعدد المصادر حال وجود العقد والمسؤولية التقصيرية إلا إن هذا العنصر غير كاف لتعريف الالتزام التضاممي.....وقد تكرر موقف محكمة النقض المصرية بحكم اخر بقولها "اما إذا تعدد مصدر الالتزام بالتعويض بأن كان احد الخطأين عقديا والآخر تقصيريا فأنهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضام ذمتها في هذا الدين دون ان تتضامن.^(١٤)

٣- تعريف الفقه للالتزام التضاممي:

في ما يخص الفقه الفرنسي فأن جانب من الفقه يرى انه "يوجد التزام تضاممي إذا كان هناك شخصان ملتزمان بالكل pour tout في مواجهة نفس الدائن دون ان تكون بينهما رابطة تضامن.^(١٥) وهنا انصب التعريف على ذكر عنصر تعدد المدينين وعنصر انعدام رابطة التضامن وهما عنصران يدخلان في تعريف التضام كما أشار الى اثر من آثار التضام وهو الالتزام بكل الدين في مواجهة الدائن.

اما الجانب الاخر من الفقه فقد صور ذلك من جانب تعدد الفاعلين او المسببين للضرر الواحد وبالتالي انصب تعريفهم على هذا الجانب فقط اذ قرروا التزام كل مسبب الضرر بكامل التعويض حال عدم قدرة المحكمة على تحديد دور كل منهم على وجه الدقة فهنا التعريف انصب على عنصر التعدد واثر من آثار التضام وهو الالتزام بكل الدين.^(١٦)

** من كل هذا لابد من تحديد العناصر اللازمة لوضع تعريف ونجعلها فيما يلي:

تعدد الملتزمين او المدينين وهذا أمر يشترك فيه الالتزام التضاممي مع الالتزام التضاممي فلا بد من أن يتعدد الملتزمين حتى يصير بينهم تضامن أو تضام ولا يشترط عدد محدد فهو اثنان أو أكثر . أما وحدة الدائن وهو أمر منطقي أيضا إذ إن المدينين سوف يلتزمون أم نفس الدائن ولا ينبغي على وجوب كونه شخص فردا بل يمكن ان يكونوا عدا من الأشخاص طالما ان الالتزام منصوب نحوهم في اتجاه واحد ولنفس المحل .

وحدة المحل بمعنى أن تنصب الالتزامات كلها في محل واحد اذ يشترك المدينون جميعا في أداء التزاماتهم بالنسبة لذات المحل ولكن ينبغي ملاحظة أن التزاماتهم قد لا تكون متساوية فقد تكون التزامات احدهم عقدية والآخرى تقصيرية فيلتزم الأول بتعويض ما هو متوقع من الضرر والثاني بما هو متوقع وبالتالي تختلف

قيمة أدائهما ..

تعدد مصدر الالتزام ويقتضي هذا ان تتنوع مصادر الالتزام كأن يكون احد المصادر عقدي والآخر تقصيري ،كالالتزام شركة التأمين ومسبب الضرر إمام المضرور وقد لا تتنوع مصادر الالتزام بل تتكرر كحالة الملتزمين تقصيريا وهي حالة تضامم في فرنسا بينما هي حالة تضامن في الجزائر ومصر ، او كحالة وجود أكثر من التزام تعاقدى بمقتضى عقود منفصلة ففي هاتين الحالتين يكرر نفس المصدر أي هناك نوع واحد من مصادر الالتزام يتكرر والتزم بمقتضاه أكثر من مدين.

انتهاء وجود التضامن أو عدم قابلية للانقسام وهذا أمر بديهي وقد رأينا في معظم محاولات تعريف الالتزام التضاممي تنص عليه أو بنص قانوني أو اتفاق يقضي بالتضامن ينفي وجود التزام تضاممي تماما كذلك الشأن لدى عدم قابلية محل الالتزام للانقسام.

وجملة القول هي وجوب ان يشتمل لتعريف الالتزام التضاممي على تعدد الملتزمين ، وحدة الدائن، وحدة المحل ، وتعدد مصادر الالتزام ، وانتهاء وجود تضامن أو عدم قابلية الانقسام . ومن ثم يكون من المناسب تعريف التضامم بأنه :

" تعدد المدينين في الالتزام مع تعدد مصدره ووحدة محله ، دون تضامن أو عدم قابلية للانقسام " وبذلك نكون قد جمعنا كافة العناصر التي يجب أن يشمل عليها التعريف... ومن خلال هذا التعريف يمكن التوصل إلى شروط وجود الالتزام التضاممي ،، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثالث : شروط الالتزام التضاممي

بعد تعريف الالتزام التضاممي يمكن استخلاص شروطه وحصرها كما يلي :

- ١- قابلية محل للانقسام وانتهاء التضامن.
 - ٢- وحدة المحل .
 - ٣- تعدد الروابط.
 - ٤- تعدد او تكرار مصادر الالتزام.
- وبفحص الشروط يمكن لنا تقسيمها إلى نوعين من الشروط:
- ١- شروط مشتركة بين التضامن والتضامم.
 - ٢- شروط ينفرد بها التضامم أو تفرقة عن التضامن.
- اولا : الشروط المشتركة بين الالتزام التضاممي والالتزام التضامني .
- ١- تعدد الطرف المدين :

ونعني بها وجود اكثر من مدين امام نفس الدائن ،فالطرف المدين ليس شخصاً واحد بل شخصين فأكثر يلتزمون بذات الدين أما ذات الدائن ولكن بمقتضى مصادر متعددة ^(١٧) . ويأخذ تعدد تعدد المدينين أشكالا عدة فحالات التضامم لا تقع تحت حصر معين فنجد التعدد مثلا في حالة المؤمن والمسئول في مواجهة المضرور ، فالأول التزامه عقديا والثاني التزامه تقصيريا ، وقد تضامت مسؤوليتهما اما الثالث (المضرور) وبالتالي يلتزم الاثنان بتعويضه عن الضرر الذي اصابه فهما شخصان مسئولان أما شخص ثالث. ^(١٨) كذلك الشأن في حالة تعدد الكفلاء بعقود متوالية وذلك طبقا /م/٦٦٤/٢/م٧٩٢م. فيكون لدينا عدة كفلاء ملتزمين بنفس الدين بعقود

كفالة مختلفة وهي حالة تضام بين الكفلاء.^(١٩) وغيرها من حالات التضام ، فالتضام يستبعد حالة وجود مدين واحد فقط أمام الدائن فلا محل للقول بوجوده وتطبيقا لذلك لا محل للتضام في حالة حدوث ضرر لأحد الأشخاص نتيجة خطأ الغير وتعاصره مع حادث فجائي أو قوة قاهرة أو تعاصر فعل الغير مع خطأ المضرور نفسه فالمضرور لن يطالب الا شخص واحد فقط بمقدار خطئه أو مسؤوليته ، فلا مجال لتضام .

٢- وحدة المحل :

شروط وحدة المحل يعني إن محل التزام المدينين واحد وهو إشباع حاجة الدائن أو سداد دين معين يلتزمون جميعا به أمامه وعلى كل منهم ان يؤديه كاملا واي وفاء من جان احدهم يبرئ الباقيين أمام هذا الدائن وفي حدود هذا الوفاء ^(٢٠). وقد أثارت مسألة وحدة المحل في الالتزام التضاممي بعض النقاشات في الفقه فهناك من يرى ان ما يميز الالتزام التضاممي عن الالتزام التضاممي هو تعدد المحل ففي التضاممي كل مدين ملتزم بمواجهة الدائن ليس بنفس الشيء وإنما بشئ مماثل أو مشابه ،ذلك ان كل مدين مستقل عن الآخر وبعبارة أخرى فأن كل مدين متضام يكون مستقلا عن المدين الآخر ولله محله الخاص . إلا إن هناك من الفقه من يرى إن الالتزام التضاممي موحد المحل ، والدليل على ذلك هو إن الدائن لا يستطيع ان يطالب به الامرة واحدة ،كما ان وفاء احد المدينين يبرئ ذمة الباقيين ،بل هناك من ذهب ابعد من ذلك الى القول بأنه إذا كان لكل البدين محله الخاص وليس هناك ما يمنع الدائن من مطالبة كل مدين حتى يستنفذ كل محل الأداء الواجب ^(٢١).

وان معنى محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين إن يقوم به لصالح الدائن وهو إما إعطاء شئ أو عمل أو امتناع عن عمل . ^(٢٢)

٣- تعدد الروابط:

يعد وصف تعدد الروابط من الأوصاف التي تلحق الالتزام من حيث أطرافه وهو تعدد أطراف الالتزام وبالتالي هناك روابط متعددة تربط كل مدين متضام مع الدائن فنجد إن كل مدين ملتزم بسبب خاص به يختلف عن سبب التزام المدينين الآخرين وقد تكون الالتزامات مختلفة من حيث طبيعتها كأن يكون احدهما عقديا والآخر تقصيريا كالمؤمن والمؤمن له قبل المضرور ،وقد تكون الالتزامات من طبيعة واحدة الا انها تتكرر كحالة التزام الكفلاء بعقود متوالية أو حالة تعدد مرتكبي الفعل الضار (وهي حالة تضام في القانون الفرنسي وتضامن في القانون المصري). مهما يكن فأن الروابط بين الدائن والمدين تتعدد بحسب عددهم وبالتالي يستطيع هذا الدائن أن يطالب أيا منهم بكل الدين .

وتعدد الروابط بحسب عدد المدينين واستقلال كل رابطة عن الأخرى يترتب عليه آثار معينة هي ان العيوب والأوصاف الخاصة بكل رابطة لا تؤثر في الأخرى كذلك بالنسبة لانقضاء الرابطة ^(٢٣).

ثانيا: الشروط الخاصة بالالتزام التضاممي.

هناك شرطين اثنين مميزينفي مجال الالتزام متعدد الأطراف وهما تعدد مصادر التزامات المدينين وانقضاء التضامن أو عدم القابلية للانقسام.

١-تعدد المصدر:

اهم ما يميز الالتزام التضاممي هو تعدد مصدر الالتزام وهو ان يستقل مصدر التزام كل مدين عن مصدر التزام المدين المتضام معه وتعدد المصادر . فيقصد بالتعدد هو تنوع مصادر الالتزام اي ان تنشأ

التزامت المتضامنين عن اكثر من مصدر من مصادر الالتزام الخمسة (العقد، القانون، الارادة المنفردة، الفعل غير المشروع، شبه العقد). وهنا يمكن إدخال بعض حالات التضام كاجتماع مسؤولية عقدية مع مسؤولية تقصيرية كما في حالة المؤمن والمؤمن له قبلب المضرور فالمؤمن مسؤول مسؤولية عقدية والمؤمن له مسؤول مسؤولية تقصيرية (٢٤).

ان القضاء الفرنسي قضى بالتزام الوالدين بالتضامم في النفقة الواجبة للأبناء.

٢- استبعاد التضامن ، وعدم القابلية للانقسام:

استبعاد التضامن اذا وجد هناك سواء بنص بالقانون او باتفاق الاطراف فلا محل للحديث عن التضامم فلا يوجد إلا إذا اختفى التضامن وعبر جانب من الفقه الفرنسي عن ذلك بأن التضامن احتياطي للتضامم كما انه وجد للتخلص من مبدأ عدم افتراض التضامن (٢٥).

أما بالنسبة لاستبعاد عدم القبلية للانقسام فيكون الالتزام غير قابل للانقسام أما بسبب طبيعة محله او اتفاق او نص قانوني (٢٦) فأن الوضع الذي يكون فيه الالتزام غير قابل للانقسام ينظر إليه أولاً من حيث المحل أو بحسب اتفاق الأطراف على عدم قابلية للانقسام او نص القانون على أن يكون كذلك وعدم القابلية للانقسام تنشأ بالنظر الى المحل وليس بالنظر الى تعدد الأطراف ،وعادة لا توجد علاقة تربط المدينين بعضهم ببعض بل قد لا يعرف بعضهم بعضاً أصلاً وبالتالي فهناك فرق كبير بين التضامم والالتزام غير القابل للانقسام .

وهكذا خلصنا في هذا الفصل الى تحديد تعريف الالتزام التضاممي وتحديد شروطه وسنتناول في الفصل

الثاني آثاره وتطبيقاته.

الفصل الثاني

الآثار القانونية للالتزام التضاممي

ان وجود الالتزام التضاممي يترتب عليه آثار في علاقة الدائن بالمدينين المتضاممين وآثار في علاقة المدينين المتضاممين فيما بينهم ، ونتطرق لذلك في مبحثين :

المبحث الأول: آثار الالتزام التضاممي في العلاقة بين الدائن والمدينين المتضاممين:

إن العلاقة بين الدائن والمدينين المتضاممين تحكمها قواعد تشبه إلى حد كبير تلك التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضاممين ولكن مع وجود بعض الاختلافات ، وذلك يرجع الى انتماء كل من النظامين للالتزامات متعددة الأطراف ، لذلك سنوضح المبادئ التي تحكم مطالبة الدائن لمدينه المتضاممين وأيضا مسألة استبعاد النيابة التبادلية.

اولا: المبادئ التي تحكم مطالبة الدائن لمدينه المتضاممين.

يكون للدائن في الالتزام التضاممي الحق في مطالبة اي من المدينين بالوفاء بكامل الدين وان وفاء احد المدينين يبرئ بقيتهم .

١- التزام كل مدين متضامم بأداء الدين كاملا:

أن مصدر التزام كل مدين متضامم مستقل عن مصدر إلزام المدين الآخر يترتب عليه أن يلتزم هذا المدين بأداء مقدار الدين المقرر في عاقته متى طالبه الدائن بذلك ، ويكون الأداء في حدود هذا القدر ولا يجوز للدائن تجاوزه ، وذلك انه قد يكون مقدار إلزام احد المدينين المتضاممين أكثر أو اقل من مقدار التزام المدين الآخر كما هو الحال في اجتماع خطأ تقصيري مع التزام عقدي فشركة التأمين مسؤلة عقديا وتلتزم بالأداء عن الضرر المتوقع فقط بينما المؤمن له او المتسبب في الضرر مسؤل تقصيريا ويكون ملزما بالأداء عن الضرر المتوقع وغير المتوقع وبالتالي فان المضرور يطالب شركة التأمين في حدود التزامها ، وإذا لم يستوف حقه كاملا يرجع بما تبقى على المسؤل^(٢٧).

الا انه في بعض الحالات يكون المدين مسؤلا عن الدين كاملا وذلك في حالة تعدد المتسببين في الفعل الضار (في القانون الفرنسي) .

٢- الوفاء من احد المدينين المتضاممين يبرئ الآخرين:

الوفاء الكلي من احد المدينين المتضاممين له اثر منهجي في مواجهة الدائن المستوفي وذلك يعني انه لا تجوز له المطالبة اي من المدينين الآخرين فطالما استوفى حقه مرة فلا مطالبة له في مواجهة أي من المدينين الآخرين أي إن الوفاء الكلي هو الذي يتبع هذا الأثر المنهجي .

فإذا لم يستوفي الدائن كامل دينه فله المطالبة لبقية المدينين المتضاممين بالمتبقي له وهنا يجب أن يتم الوفاء بالفعل ، فحصول الدائن على حكم بالوفاء الكلي ضد احد المدينين دون ان ينفذ هذا الحكم لا يمنعه من مطالبة الآخرين ، حتى لو نفذ هذا الحكم جزائيا . اما الوفاء الجزئي فليس له إلا الإبراء الجزئي وبالتالي يمكن للدائن مطالبة اي من المدينين الآخرين أو كلهم حتى يتمكن من ان يستوفي كامل دينه. ^(٢٨)

وفي حالة اتفاق المدينين المتضاممين فيما بينهم على تقسيم الدين كل بقدر حصته فلا يحتج بهذا الاتفاق في مواجهة الدائن وهو يؤثر فقط في علاقتهم فيما بينهم.

ثانيا: استبعاد النيابة التبادلية بين المدينين المتضاممين.

ليس هناك اي رابطة مشتركة بين المدينين في الالتزام التضاممي ، فكل منهم رابطة مستقلة تربطه بالدائن ، ومصدر التزام يختلف عن مصدر التزام الاخر ولكن هناك محلا مشتركا لالتزاماتهم وذلك بخلاف الالتزام التضاممي، حيث المصلحة المشتركة تؤدي الى وكالة مشتركة وهي التي تبرر النيابة التبادلية فيما بينهم . فاهم ما يميز الالتزام التضاممي عن الالتزام التضاممي ، ان المدينين المتضاممين لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضاممين ، وذلك ان التضامن يقتضي وحدة المصدر ووحدة المصدر هي التي تفرض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضاممين . أما في التضامم فالمصدر متعدد فلا محل لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضاممين . (٢٩)

وهذا الرأي مستقر عليه فقها وقضاء ، ذلك انعدام المصلحة المشتركة في الالتزام التضاممي يؤدي إلى غياب الوكالة المشتركة وبالتالي انعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضاممين ، وبالتالي انتفاء الآثار الثانوية للتضامن الناتجة عن المصلحة المشتركة وبترتب على انعدامها آثار ويختلف نطاق النيابة التبادلية في القانون المصري عن القانون الفرنسي ونحن ليس باختلاف القانون نبحث.

المبحث الثاني : آثار الالتزام التضاممي بين المدينين المتضاممين

نظرا لتعدد التزام كل مدين وانعدام المصلحة المشتركة فإنه قد لا يعرف المدينين المتضاممين بعضهم البعض والرباط المشترك بينهم هو علاقتهم بالدائن وإذا ما طالب الدائن احدهم بالوفاء وأوفى فإنما يكون قد أوفى عن نفسه وهنا لا تثار مشكلة لكن الإشكال الذي يثار هو بعد وفاء المدين الدين للدائن يجد نفسه موفي دون بقية المدينين وقد أوفى بما يزيد عن حدود التزامه وهنا تثار مشكلة رجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضاممين .

وهنا تثار مشكلة بين مؤيد ومعارض حيث انعدمت النصوص القانونية التي تنظم الموضوع لذلك اتجه البعض الى رفض فكرة الرجوع وخاصة في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري. حيث يرى الفقيه (هوك) ان المدين الذي أوفى لم يوفي ديناً مشتركاً وانما أوفى عن نفسه ديناً هو بكامله دينه الشخصي و لا يمتزج مطلقاً بدين سواه وعلى ذلك فليس هناك اي اساس قانوني للرجوع الذي يرغب في مباشرته وانتهى الى ان كل شخص ملزم بالكل وان الالتزامات مستقلة في الالتزام التضاممي فهذا الالتزام لدى هوك لا يوجب الرجوع. (٣٠)

ويؤيد هذا الرأي الفقيه المصري نبيل ابراهيم سعد فيرى ان الرجوع ليس مسألة حتمية وليس مبدأ عام . أما الرأي المؤيد لفكرة الرجوع فهو رأي الدكتور السنهوري حيث جعل ذلك متوقفاً على ما بين المدينين المتضاممين من علاقة فإذا أوفى احد الكفلاء الذين كفّلوا مديناً واحداً بعقود متوالية الدين كله للدائن برئت ذمة بقية الكفلاء والآخرين أمام هذا الدائن ويجوز للكفيل الذي أوفى الدين ان يرجع بكل الدين على المدين الأصلي. (٣١)

حيث ان رد اصحاب الرأي المؤيد على اصحاب الرأي المعارض لمبدأ الرجوع والذي لم يجز رجوع

الكفيل الموفي على اي من الكفلاء الآخرين بكل الدين ،بالقول ان بقية الكفلاء انما كفّلوا المدين شأنهم شأن الموفي بل ان بعضهم قد يكون كفّل المدين بعقد تالي لعقد هذا الموفي و حالة عدم وفاء المدين الاصلي بالدين قائمة سواء كانت في مواجهة الدائن الاصلي ام في مواجهة الكفيل الموفي وطالما ان الدائن عاد على هذا الكفيل الذي قام بالوفاء فليس من العدالة ان نجعله يواجه وحده المدين الاصلي لمجرد وقوعه تحت طائلة مكنة الاختيار من جانب الدائن او يكون الاختيار نتيجة تواطؤ الدائن مع بقية الكفلاء ، وبالتالي فمن باب اولى تأييد فكرة جاز رجوع الكفيل الموفي على الكفلاء الآخرين ^(٣٢) وتراجع الفقه الفرنسي على موقفه المعارض لمبدأ الرجوع وأيد مبدأ الرجوع وجعله مبدأ عام استنادا إلى إن القول بعكس ذلك ومنع الرجوع سوف يؤدي الى نتائج خطيرة.

ففي منع الرجوع يمنح الدائن سلطة تحديد المدين الذي سيتحمل العبء النهائي للدين الذي يوفي بناء على مطالبة للدائن دون ان يستطيع الرجوع على المدينين الآخرين .

نخلص الى انه تم الاستقرار على مبدأ الرجوع واقراره سواء من طرف القضاء او الفقه .

١- أساس دعوى الرجوع في القانون الفرنسي :

نظرا لغياب تقنين ينظم مسألة الرجوع على المدين في الدين وبالتالي أساس الرجوع بين المدينين المتضاممين وقد خاض الفقه في هذه أورد عدة أسس للرجوع فمنهم من أسس الرجوع على المسؤولية المدنية باعتبار ان الموفي حينما أوفى بكل التعويض ، يكون قد لحقه ضرر من جراء خطأ بقية الفاعلين لذات الضرر الذي لحق المضرور اذ يكون قد اصابه ضرر مرتد .وبالتالي فهو يستعمل سبل التعويض وفق قواعد المسؤولية المدنية في رجوعه على الباقيين. ^(٣٣)

وذهب بعض الفقه إلى تأسيس الرجوع على الفضالة باعتبار ان الموفي يعتبر كمن يتولى شؤون بقية المدينين معه وبالتالي فهو فضولي فيكون روعه عليهم بدعوى الفضالة ، وقد انتقد هذا الرأي على اساس انه يجب أن يكون للفضولي نية تدبير شؤون الغير والموفي انما يوفي عن نفسه اي دينه الشخصي فهدفه إبراء نفسه فأذا تصادف مع ذلك فائدة للغير فلا يمكن ان نقول ان إرادة الموفي قد اتجهت الى تدبير شؤون الغير ^(٣٤) .

وذهب البعض الآخر الى تأسيس الرجوع إلى الإثراء بلا سبب وذلك ان وفاء الموفي بالدين يؤدي إلى براءة ذمة باقي المدينين المتضاممين من الدين ومنع مطالبة الدائن لهم بالوفاء وبذلك يكونوا قد اثروا على حساب المدين الموفي الذي افتقر من جراء هذا الوفاء ومن ثم يكون رجوعه عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب.وقد انتقد هذا الرأي كسابقه بالقول ان افتقار من عوض كامل الضرر هو قول مردود وذلك ان الموفي يفتقر دون سبب بل أوفى بالتزام قانوني اذ انه كان ملزما بالوفاء وهو اذا أوفى انما اوفى بالتزامه كما ان الآخرين لم يثروا على حسابه لانهم لم يحنوا اي اثراء. ^(٣٥)

إلا إن الأساس القانوني الأقرب إلى المنطق هو الحلول القانوني وذلك انه يجيز ان يحل الموفي حلولا قانونيا محل الدائن ان كان الموفي ملزم بالدين مع المدين او عنه طبقا للمادة ١٢٥/٣ من القانون الفرنسي .فهو تعطي للموفي دعوى شخصية .

٢- أساس دعوى الرجوع في القانون المصري :

أما القانون المصري فقد تعرضت محكمة النقض المصرية لأساس رجوع بمناسبة نظر القضايا التي تعرضت لها وأسست الرجوع فيما بين المتضاممين يخضع لما بينهم من علاقة حيث يتوقف رجوع من يوفي

منهما بكامل الدين او بعضه على الآخر بقدر ما يكون بينهما من علاقة .^(٣٦) اي ان أساس الرجوع في القانون المصري يرجع الى طبيعة لعلاقة ما بين المدينين المتضاممين .

أما الفقه المصري فإنه لم يتعرض تفصيلي لأساس الرجوع لا ان الرأي الذي جاء به الدكتور السنهوري هو " رجوع المدينين على بعضهم البعض يتوقف على ما بينهم من علاقة وبالتالي فالأساس يرجع لهذه العلاقة التي تربط بين المدينين المتضاممين بحسب كل حالة" اي في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقود متوالية ، وتأسيس رجوع الكفيل الموفي على بقية الكفلاء بدعوى الحلول^(٣٧) .

أما الفقه الجزائري فلم يشر إشارة صريحة للتضام وتناول فقط أمثلة دون تفصيل للفكرة وشروطها .^(٣٨)

ثالثا: كيفية تقسيم الدين بين المدينين المتضاممين:

هنا تأتي مرحلة توزيع العبء النهائي للالتزام التضاممي فيما بين المدينين المتضاممين وهذه المسألة فصل فيها التقنين الفرنسي والمصري ، بحيث يقسم الدين بين المدينين بالتساوي ما لم يكن هناك اتفاق او نص يقضي بخلاف ذلك ، حيث ان الرجوع في الالتزام الضاممي ليس مباحا عاما وانما قد يمتنع عن الرجوع وان يكون رجوعا جزئيا او رجوع في جهة واحدة او طبقا لمعايير معينة .

١ - الحالة التي يمتنع فيها الرجوع في الالتزام التضاممي .

حالة المؤمن عن المسؤولية حيث يلتزم المؤمن بتعويض المضرور عن الضرر الناشئ عن فعل المؤمن له في حدود مبلغ التأمين المنصوص عليه بالعقد (وثيقة التأمين) فأذا ما اوفى هذا المؤمن للمضرور ، فلا رجوع له على المؤمن له طالما لم يتجاوز المبلغ قيمة المنصوص عليه في الوثيقة. وبهذا يكون الرجوع في اتجاه واحد لان العبء يقع على عاتق المؤمن الذي التزم بتأمين مسؤولية المؤمنة في حدود مبلغ التأمين .

٢ - معايير توزيع عبء الدين على المدينين المتضاممين :

نظرا لعدم وجود نص ينظم مسألة كيفية رجوع المدين الموفي خاصة، فإن الفقه اقترح العديد من المعايير لتوزيع عبء الدين . فمنهم من اقترح الدور السببي لكل فعل في المسؤولية بحيث ان تقسيم العبء النهائي يحدد بمقتضى مساهمة محل خطأ في احداث الضرر ودوره السببي في احداث الضرر ، الا ان هذا المعيار اذا كان يصلح في حالة تعدد الالتزامات التقصيرية فهو لا يصلح معيارا لباقي حالات التضام . أما الرأي الآخر فذهب الى معيار جسامه الأخطاء فيجعل صاحب الخطأ الأكبر جسامه الجزء الأكبر من قيمة التعويض وعلى العكس يتحمل صاحب الخطأ الأقل جسامه الجانب الأقل من قيمة التعويض ،^(٣٩) أما في حالة استغراق احد الخطأين الخطأ الآخر كان صاحب الخطأ المستغرق هو المسئول عن التعويض كاملا ، بينما لا يسأل الآخر عن شئ من المسؤولية . وقد انتقد هذا المعيار على أساس ان المدين المتضام وجد لتعويض الدائن ، وبالتالي لا ينظر الى الخطأ من الناحية الشخصية ، وإنما يجب النظر من الجانب الموضوعي (إحداث الضرر) وهنا تبدو الأخطاء متكافئة . وهناك من يرى ان التقسيم بالتساوي هو الأصلح كمعيار لتوزيع عبء الدين على المدينين باعتباره الأكثر يسرا وسهولة وهذا المعيار يصلح فقط في حالة تعدد الالتزامات القانونية .

أن هذه المعايير الثلاثة تصلح كل منها في إحدى حالات التضامم و لا يصلح في الأخرى لذلك يرى الفقه ان معيار توزيع الدين على المدينين يعود غالبا الى طبيعة العلاقة بين المدينين المتضاممين فقد يكون رجوعا جزئيا كرجوع الكفيل الموفي على بقية الكفلاء الذين كفلوا الدين بشك متوالي وقد يكون رجوع كلي كرجوع الموفي على

المدين الأصلي وقد يتمتع اذا كان اذا كان الموفي هو المدين نفسه.^(٤٠)

الفصل الثالث

نطاق تطبيق الالتزام التضاممي

هناك عدة تطبيقات للالتزام التضاممي منها ما وجد سند تشريعي له بحيث استخلص الفقه والقضاء من النصوص القانونية تطبيقات للالتزام التضاممي ومنها ما أوجده القضاء الفرنسي في اطار البحث عن تعويض كامل للمضرور ، لذلك سنتطرق في في هذا الفصل الى تطبيقات الالتزام التضاممي ذات الأصل التشريعي ثم تطبيقاته ذات الأصل القضائي.

أولاً: تطبيقات الالتزام التضاممي ذات الأصل التشريعي

توجد بعض النصوص المتفرقة والتي لا تشير صراحة إلى الالتزام التضاممي إلا أن الفقه استخلص منه وجوده لتوفر الشروط فقد وجد في نطاق الكفالة والتأمين والدعوى المباشرة والنفقة والإنابة الناقصة. بالنسبة للكفالة حيث تنص المادة/٢٦٤/٢ القانون المدني الجزائري والمادة /٢٠٢٠/ من القانون الفرنسي والمادة/٧٩٢/ من القانون المدني المصري في حالة تعدد الكفلاء والتزموا بعقود متوالية فأن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم في هذه الحالة نجد إن هناك كفلاء متعددين وكل منهم قد التزم في عقد مستقل بكفالة دين المدن فالرابط الذي يربط الكفلاء المتعدين بالدائن روابط متعددة اذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة ، ومصدر التزم كل كفيل هو أيضا متعدد إذا التزم الكفلاء بعقود متوالية وكل منهم تربطه بالدائن عقد كفالة مستقل والشئ الوحيد الذي يشتركون فيه هو دين المدين المكفول لوحده المحل. (٤١)

وفي ما يخص مسألة الرجوع فأن للكفيل الذي دفع الدين ان يرجع بدعوى الحول على الكفلاء الآخرين ليطالب كل منهم بحصته في الدين كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلي. أما في نطاق الدعوى المباشرة فهذه الدعوى لا توجد إلا بناء على نص وفي هذه الحالة نجد ان للدائن مدينين يرجع على اي منهما بالدين كله ودون أن يكون المدينان متضامنين ولذلك يكون التزامهم التزام تضاممي وهذا ما نصت المادة/٥٠٧/ من القانون الجزائري " يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصل وقت أن ينذره المؤجر " وفي الإنابة الناقصة نصت المادة/٢٩٥/ من القانون الجزائري على انه " إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزام جديد كانت هذه الإنابة تجديد للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وان لا يكون معسراً وقت الإنابة . غير أنه لا يفترض التجديد في الإنابة فأن لم يكن هناك اتفاق على التجديد بقي الالتزام القديم الى جانب الالتزام الجديد، ونستخلص من كل هذا النص أن الإنابة الناقصة هي ان ينيب المدين شخصاً ثالثاً يسمى المناب ليفي بالدين لدائنه الذي يسمى المناب لديه. ان مصدر التزام كل من المدينين بالإنابة الناقصة والالتزام الأصلي يختلف عن مصدر التزام الطرف الآخر ولا يوجد تضامن بينهم لا بالاتفاق و لا بنص القانون فهنا يكون المنيب والمناب ملتزمين بالتضام أمام الدائن. (٤٢)

ثانياً: تطبيقات الالتزام التضاممي ذات الأصل القضائي

ان فكرة الالتزام التضاممي هي أصلا من إبداع القضاء الفرنسي ،كما استقر القضاء المصري في بعض أحكامه على وجود الفكرة في حدود ما عرض عليه من موضوعات ، أما القضاء الجزائري فلم نجد فيه ولو قرار راح يشير إليه وقد يرجع ذلك إلى أن الموضوعات التي عرضت عليه لم تتضمنه .

قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في ١٩٨٣/٢/٢٨ بقولها " عندما تتعدد مصادر الالتزام بتعويض المضرور مثل التزام احدهم عقديا والتزام الآخر تقصيريا فأن الالتزام التضامني يتنحى كي يترك المكان للالتزام التضاممي".

فإذا كان المضرور قد رجع على المسؤول عن الضرر وطالب بالتعويض فدفع له فإنه يكون للمؤمن له أن يرجع على شركة التأمين في حدود ما هي ملتزمة به في عقد التأمين.^(٤٣) أما إذا أقامت شركة التأمين بالوفاء بالدين فإنه ليس لها أن ترجع على المؤمن له لتطالبه بما قد أوفت او الشركة لا تلتزم إلا في حدود المتفق عليه في عقد التأمين فإذا لم يستوف المضرور كامل حقه فانه يرجع على الباقي على المسؤول عن الضرر .

أما في حالة تعدد المسؤولين عن عمل ضار فلم ينظر المشرع الفرنسي في ذلك ، ولما كانت القاعدة أن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون فأن القضاء الفرنسي وجد ضالته المنشودة في الالتزام التضاممي وذلك حتى يكفل المضرور ضمانا كافيا للحصول على حقه في التعويض ودون أن يثقل المدنيين بما يربته التضامن من آثار ثانوية خطيرة لذلك فقد تلقت فكرة تطبيقا واسعا في مجال المسؤولية المدنية.

ففي مجال المسؤولية عن الأفعال الشخصية ،قد استقر القضاء على ان كلا من المسؤولين عن نفس الفعل الضار والناشئ عن خطئهم يعتبر ملتزما تضامميا بالتعويض عن كل الضرر فكل خطأ من هذه الأخطاء ساهم في إحداث الضرر كله أو يدخل ضمن هذه الفئة المرتكبون لخطأ واحد او خطأ مشترك . وقد استقر القضاء أيضا على أن تقسيم المسؤولية التي يجريها القاضي بين المسؤولين، قاصر فقط على العلاقة فيما بين هؤلاء المسؤولين ولا يخضع به في علاقاتهم مع المضرور الذي يستطيع أن يطالب أي منهم بالتعويض الكامل عن كل الضرر الذي أصابه .

أما في حالة تعاقد عامل فني مع صاحب مصنع يعمل في مصنعه مدة معينة وأخل تعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل وصاحب المصنع المنافس مسؤولين معا نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل ، وتفسير ذلك لا يرجع الى تعدد المسؤولين عن أخطاء تقصيرية بل إلى ان العامل مسؤول عن تعويض كامل لا اخل بالتزامه العقدي وصاحب المصنع المنافس مسؤول ايضا عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسؤولا ، فيكون كل منهما مسؤولا عن تعويض ضرر واحد تعويضا كاملا . فهنا لدينا تعدد المدنيين ، تعدد الروابط ، وحدة المحل ، وعدم وجود تضامن بينهم فهم مسؤولون بالتضام عن تعويض الضرر .^(٤٤)

الخاتمة

تناولنا في البحث اصل نشأة الالتزام التضاممي منذ فترة القانون الروماني وانتقاله الى الفقه والقضاء الفرنسيين وان الفكرة توجد في القانونيين المصري والجزائري واستقرار الأخذ بها وساعد ذلك على الوصول لتعريف لفكرة الالتزام التضاممي وتحديد شروطه وتقسيمها إلى قسمين الشروط المشتركة مع الالتزام التضامني وتلك المميزة للالتزام التضاممي ثم بعد ذلك الآثار سواء في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين أو علاقة هؤلاء المدينين بعضهم البعض.

وقد تمخض البحث النتائج التالية :

- ١- استقرار الفكرة في أحكام القضاء الفرنسي والمصري وإحجام القضاء الجزائري عنها.
 - ٢- الفقه في فرنسا قد تناول الفكرة بصورة اكبر عنه في الفقه المصري والجزائري وربما يرجع ذلك الى اتساع نطاقها في القانون الفرنسي وضيقة في القانون المصري والجزائري .
 - ٣- توصلنا إلى تعريف التضامم بأنه تعدد للمدينين في الالتزام بذات المحل مع تعدد مصادره دون تضامن او عدم قابلية للانقسام . ومن هذا التعريف توصلنا الى الشروط المشتركة والمنفردة والى اثار بين الدائن والمدينين المتضاممين .
 - ٤- وفيما يخص تطبيقاتفمنها ما وجدت سنداً تشريعياً لها كالتضامم في عقد الكفالة ، الدعوى المباشرة ، النفقة الواجبة قانوناً ، الإنابة الناقصة .
 - ٥- وقد أوجد القضاء بالنظر لتوافر شروطه كحالات تعدد المسؤولين تقصيرياً واجتماع خطأ عقدي مع خطأ تقصيري ، المسؤولية العقدية عن عمل الغير ، مسؤولية المؤمن وضامنه أمام المضرور .
- إذا فالفكرة مستقرة في كل من القانون الفرنسي والجزائري والمصري وأن اختلف نطاق تطبيقها في كل منها ، وان الأبواب مفتوحة لتطورها خاصة أمام تعدد الأخطار وتعاضمها بالتناسب مع التطور التقني والتكنولوجي . مما يجعلها مجالاً لحماية المضرورين ومحاولة إيجاد ضمان لدائن أولى بالرعاية وسوف يفتح هذا التطور الباب لحالات أخرى للالتزام التضاممي .
- ونوصي بالإشارة الى التضامم في القانون المدني والتفرقة بين الكلمتين التضامم والتضامن.

الهوامش:

- ١- محسن البيه / " التضامن والتضام في محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارنا بين القضاة الفرنسي والمصري " مكتبة الجلاء الجديدة /المنصورة/ الفصل ٧ / ص ٩ وما بعدها
- ٢- نبيل إبراهيم سعد / "التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن" /دار الجامعة الجديدة لنشر/ ١٩٨٢ / ص ١٢
- ٣- د. محمد عبد المنعم بدر / "مذكرات في مبادئ القانون الروماني" / الجامعة المصرية / كلية الحقوق / المطبعة التجارية الحديثة / ١٩٣٣-١٩٣٤ / ص ١١ وما بعدها
- ٤- نبيل إبراهيم /المصدر السابق / ص ١٤
- ٥- Gerard corny ,vocabularies juridique -p 432
- ٦- د. محمد جاد / أحكام الالتزام التضامني في القانونيين الفرنسي والمصري / منشأة المعارف / ص ٨٠ / ١٩٨٣/
- ٧- د. السنهاوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء ٣ / ف ١٧٨ / ص ٣٢٢ وما بعدها
- ٨- ابن منظور / لسان العرب / مادة الضم / جزء ٤ / ص ٢٦٠٩
- ٩- احمد علي / تضامن المدنيين / دراسة مقارنة في القانون المدني و الفقه الاسلامي / رسالة جامعة عين شمس / ١٩٩٣ / ص ٣٥ /يوثر البعض تسمية التضامن بالتضام بمصدر الكلمة.
- ١٠- د. محمد جاد / المصدر السابق/ ص ٨٤
- ١١- حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٣٩/١٢/٤
- ١٢- د. محمد جاد / المصدر السابق / ص ٨٦
- ١٣- حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٣/٢/٢٧
- ١٤- حكم محكمة النقض المصرية ٩٠/٣/٢٥ - ٦٧/١١/٢١ - ٦٦/٢/١٧
- ١٥- د. السنهاوري / المصدر السابق/ ص ٣٣٢
- ١٦- د. محمد جاد/ المصدر السابق/ ص ١٠٣
- ١٧- محمد جاد / المصدر السابق/ ١١٣
- ١٨- نبيل إبراهيم /المصدر السابق/ ص ٥٨
- ١٩- محمد حسنين / الوجيز في نظرية الالتزام / مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون الجزائري / المؤسسة الوطنية للكتاب/ ص ٣٢٥
- ٢٠- د. السنهاوري / المصدر السابق/ ص ١٠١٣
- ٢١- محمد جاد / المصدر السابق / ص ١١٨
- ٢٢- د. إسماعيل غانم / النظرية العامة للالتزام / جزء ١/ مصادر الالتزام/ مكتبة عبد الله وهبة/ ف ١١٨ / ص ٢٣٦
- ٢٣- محمد حسنين / المصدر السابق/ ص ٣٢٢
- ٢٤- ٢٥ - ٢٦- محمد جاد المصدر السابق / ص ١٣٣ و ١٤٥ و ١٤٦
- ٢٧ - ٢٨ - ٢٩ - د. السنهاوري / المصدر السابق/ ص ١٠١٨ و ١٠٢٠ و ١٠٢٥

- ٣٠ - جلال محمد ابراهيم / الرجوع بين المسؤولين المتعديين / دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والمصري والفرنسي / ١٩٩٢-١٩٩٣ / ص ٠
- ٣١ - السنهوري / المصدر السابق / ص ١١٧
- ٣٢ - محمد جاد / المصدر السابق / هاش ص ٢٠٢
- ٣٣ - محمد جاد / المصدر السابق / ص ٢٥٥
- ٣٤ - ٣٥ - السنهوري / المصدر السابق / ص ١٠١٧ و ص ١٠١٤
- ٣٦ - حكم محكمة النقض المصرية ١٩٩٩/٥/٩
- ٣٧ - ٣٨ - ٣٩ - ٤٠ - محمد حسنين / المصدر السابق / ص ٢٥٥ و ص ٢٦٠
- ٣٢٥ و ٣٢٦
- ٤١ - نبيل ابراهيم / المصدر السابق / ص ٥٩ و ٥٨
- ٤٢ - السنهوري / المصدر السابق / ج ١ / ص ١٠٥٢
- ٤٣ - ٤٤ - ٤٥ - نبيل ابراهيم / المصدر السابق / ص ٦٠ وما بعدها.

التنظيم القانوني لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة في العراق

المدرس : مصدق عادل طالب

المدرس المساعد : زياد خلف عودة

المقدمة :

يحتل موضوع احتساب الخدمة بصورة عامة وخدمة المحاماة بصورة خاصة أهمية قصوى وذلك لقلّة الكتابات الفقهية بهذا الشأن فضلا عن قلّة التطبيقات القضائية التي تصدرت لهذا الموضوع جملة وتفصيلا ومما يزيد من أهمية هذا الموضوع وجود العديد من المسائل التي يقتضي الوقوف عليها ومعالجتها في ضوء القوانين والقرارات والضوابط الصادرة من الجهات المختلفة لذا فان موضوع بحثنا الموسوم بالتنظيم القانوني لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة في العراق جاء من اجل الاجابة على كافة التساؤلات المتعلقة باحتساب هذه الخدمة من حيث الجهة المختصة باحتسابها وشروط اضافتها والغرض من اضافتها هل هو لاغراض تحديد الراتب والتقاعد ام ان هناك اغراض اخرى خفيت عن انظار المشرع العراقي لذا ومن اجل الالمام بهذا الموضوع سنقسمه الى المباحث الاتية :

المبحث الاول: مفهوم خدمة المحاماة

المبحث الثاني : الاحكام العامة لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة

المبحث الثالث :اغراض احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة

المبحث الأول

مفهوم خدمة المحاماة

من اجل الاحاطة بمفهوم خدمة المحاماة فانه يقتضينا الحال ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منه لتعريف خدمة المحاماة فيما نخصص الثاني منه لبيان الاساس القانوني لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة وتطورها التاريخي وكالاتي:

المطلب الاول : تعريف خدمة المحاماة

المحامي في اللغة هو المدافع، مأخوذ من الفعل حامى فيقال: حامى الرجل عن ولده أي دافع عنه اما قاموس المجمع اللغوي الفرنسي فقد ورد فيه ان المحامي " هو الذى يقوم بمهمة الدفاع فى الدعاوى أمام العدالة " ويضيف ، أنه المحامي المترافع الذى يكرس وقته للمرافعة أصلاً - المحامي المستشار، هو الذى يقدم رأيه ونصحه فى المسائل المتنازع عليها"

اما اصطلاحاً فان هناك العديد من التعريفات اذ جاء تعريف اللائحة الداخلية لنقابة المحامين فى ليون بقولها "إن مهمة المحامي معاونة موكله سواء بالتوجيه أو إزجاء النصح أو بالدفاع شفويًا أو بالكتابة " و يتضح من التعريف أن وظائف المحامي تتضمن شقين اولها إبداء النصائح والإستشارات فى كل المسائل القانونية وثانيها معاونة الخصوم وتمثيلهم أمام جميع جهات الاختصاص عدا ما نص عليه القانون.

أما قانون المحاماة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فقد عرف المحامي في المادة الثانية منه بأنه "يعد محامياً كل من يقيد بجداول المحامين التى ينظمها هذا القانون ، وفيما عدا المحامين بإدارة قضايا الحكومة، يحظر إستخدام لقب المحامي على غير هؤلاء" ومن خلال هذا التعريف يتضح أن القانون إقتصر على المعيارالوظيفي في تعريف المحامي بأنه المقيد بنقابة المحامين ؛ فهناك كثيرون من المقيدين بجداول المحامين غير مشغلين بالمحاماة وبالتالي فلا يجوز أن يطلق عليهم لقب المحامي^١

اما قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل فانه قد خلا من تعريف مهنة المحاماة والمحامي على حد سواء الا انه بالامكان تعريف المحامي قياساً على ما نصت عليه المادة الاولى من القانون المذكور بأنه كل من يمارس مهنة المحاماة والمسجل اسمه في جدول المحامين

فيتضح ان القانون العراقي قد سار على غرار المعيار الذي انتهجه القانون المصري باعتماده المعيار الوظيفي في تعريف المحامي ولا يتسع مفهوم المحامي ليشمل الفئات المستبعدة من ممارسة مهنة المحاماة اذ تم منع العديد من الاشخاص من ممارسة مهنة المحاماة كما هو الحال بالنسبة للقاضي و عضو الادعاء العام التارك الخدمة او المبعد عنها لاي سبب كان او المحال على التقاعد لاسباب صحية^٢ وكذلك منتسبي الدولة في

^١ - مقالة للمحامي خالد سليم منشورة على الموقع الالكتروني
www.mohamoon.com/montada/default.aspx?Action=Display&ID=35164&Type=3

^٢ - ينظر المادة الاولى من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٩٧ لسنة ١٩٩٤ المنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٣٥٣٦ في ١٠/١١/١٩٩٤

حالة طرده او عزله او فصله من الخدمة او صدور حكم قضائي بحقه في جريمة مخلة بالشرف^١ ومن ثم نخلص من ذلك الى ان المقصود بخدمة المحاماة هي تلك الخدمة المؤداة من قبل من ينطبق عليه وصف المحامي وفقا لقانون المحاماة يستوي في ذلك ان تكون هذه الخدمة متعلقة بتقديم الاستشارات القانونية او الترافع في الدعاوى على اختلاف انواعها او القيام بكافة الاجراءات الاخرى المتعلقة بالدعاوى والمعاملات القانونية كتنسيير الانذارات وغيرها

المطلب الثاني : الاساس القانوني لاحتساب خدمة المحاماة وتطورها التاريخي

سار المشرع العراقي على قاعدة عامة مؤداها عدم امكانية احتساب مدة ممارسة المهنة اذ نصت المادة ١٠/رابعا من قانون الخدمة المدنية على ان(لاحتسب الممارسة طيلة مدة فصل الموظف لغرض الترفيع والعلاوة اذا كان الفصل لاسباب غير سياسية) وتلاه في ذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٠٠ الصادر في ٢٧/٤/١٩٨٠ الذي جاء مرددا للحكام المذكورة اذ نص على انه (لا تحسب مدة ممارسة المهنة التي تجيز القوانين النافذة احتسابها لاغراض تحديد الراتب او لاغراض التقاعد عند التعيين بوظيفة في دوائر الدولة والقطاع العام ولايعمل باي نص قانوني يتعارض مع احكام هذا القرار

الا انه مما يلاحظ على القرار المذكور انه وردت عليه العديد من الاستثناءات اذ تمثل اول هذه الاستثناءات في احتساب مدة ممارسة المهنة لاغراض الراتب والتقاعد للعربي المكتسب الجنسية العراقية عند التعيين^٢

وبالرغم من كون القرار المذكور يشكل مخالفة صريحة وواضحة لحق المساواة المنصوص عليه في الدساتير العراقية المتعاقبة وذلك باقراره للموظف الاجنبي حقوقا تفوق على الموظف العراقي الا ان المشرع العراقي لم ينتبه لذلك الا بعد فترة طويلة ومن ثم اورد استثناءا ثانيا على القاعدة المذكورة تتعلق باحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة ومن ثم تمثل الاساس القانوني لاحتسابها بالرجوع الى احكام القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ اذ نصت المادة الاولى منه على انه (تحتسب للمحامي المعين بوظيفة في دوائر الدولة مدة ممارسته مهنة المحاماة خدمة فعلية لاغراض التعيين وتحديد الراتب والتقاعد استثناء من احكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٨٠)

^١ - ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٧٤٧ في ١٩٩٨/١١/٩

^٢ - اذ نصت المادة الاولى من القرار رقم ١٠٥٧ لسنة ١٩٨٠ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٧٨٦ في ٢٨/٧/١٩٨٠ على انه (تحتسب مدة ممارسة المهنة التي تجيز القوانين النافذة احتسابها لاغراض تحديد الراتب او لاغراض التقاعد، للمواطن العربي الذي يكتسب الجنسية العراقية عند التعيين بوظيفة في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي، استثناء من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٦٠٠) في ٢٧ - ٤ - ١٩٨٠).

فيتضح من القانون المذكور ان مدة ممارسة مهنة المحاماة تعد استثناء من القاعدة المذكورة اعلاه وقد تجسدت اسباب هذا الانعطاف التشريعي بالرجوع الى الاسباب الموجبة لصدور هذا القانون والتي تمثلت (لرغد دوائر الدولة بالكوادر المهنية من ذوي الخبرة المتراكمة المتحصلة من ممارسة مهنة المحاماة وتشجيعها على الخدمة في دوائر الدولة والتي سددت استقطاعات تقاعدية طويلة مدة الممارسة الى صندوق تقاعد المحامين) كما يتمثل السند القانوني الثاني لاحتساب هذه الخدمة في ضوابط قانون ممارسة مهنة المحاماة الصادرة عن الامانة العامة لمجلس الوزراء^١ ومما يلاحظ بهذا الشأن انه على الرغم من خلو القانون المذكور من نص صريح يقرر منح أي جهة كانت صلاحية اصدار التعليمات او الضوابط لتسهيل تنفيذ هذا القانون الا ان الامانة العامة لمجلس الوزراء قد اصدرت هذه الضوابط مخالفة في ذلك عدة نصوص يتمثل اولها بنصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ اذ بالرجوع لاحكام المادة ٨٠/ثالثا من الدستور نجد انها اقرت حق مجلس الوزراء في اصدار الانظمة بهدف تنفيذ القوانين لذا -فانه في حالة تسليمنا بالحق في اصدار هذه الضوابط- فان الجهة المختصة باصدار هذه الانظمة هي مجلس الوزراء وليس الامانة العامة لمجلس الوزراء اما ثانيها فيتمثل بمخالفة البند الثامن من الضوابط لاحكام الدستور اذ نص على ان (يعمل بهذه الضوابط من تاريخ قانون ممارسة مهنة المحاماة رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ وعلى الجهات التي احتسبت تلك المدد تكيف اوضاعها وفقا لما ورد اعلاه) لذا فان الضوابط قد انطوت على سريانها باثر رجعي بالرغم من ان القاعدة العامة التي يسير عليها الدستور في المادة (١٩/تاسعا) هو عدم جواز الرجعية في القوانين ومن باب اولى في الانظمة والضوابط كونها تعد من القواعد القانونية فضلا عن مساسها بالحق المكتسب للموظفين الذين احتسبت خدمة ممارسة مهنة المحاماة لهم في ضوء القانون النافذ

وفضلا عما تقدم فانه لدى استقراءنا للضوابط المذكورة فانه يلاحظ بهذا الشأن وجود بون شاسع بين القانون والضوابط اذ ان القانون قد جاء بصورة مطلقة فيما يتعلق باحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة الا ان الضوابط تتناقض مع الغاية من اصدار هذا القانون والتمثلة بمنح شريحة من الموظفين من ذوي الاختصاص القانوني الحق في اضافة مدة خدمتهم في مهنة المحاماة عند تعيينهم وفقا لقانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ كما ان قانون ممارسة مهنة المحاماة لاتعترى الفاضة أي غموض ويسري على المحامين المعينين والذين سبق لهم الانتساب الى نقابة المحامين وفقا لقانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل وتعليمات احتساب ممارسة المهنة رقم (١١٩) لسنة ١٩٧٩

ولابد من الاشارة الى ان احتساب الخدمة المذكورة لم يتقرر لاول مرة بموجب القانون المذكور اذ سبق وان قرر مجلس قيادة الثورة المنحل بموجب القرار المرقم ١٣١٩ لسنة ١٩٨٣ تحسب لمن يتخرج في المعهد القضائي عند تعيينه قاضيا أو عضو ادعاء عام، مدة ممارسة مهنة المحاماة لاغراض تحديد الراتب والتقاعد . ويسقط حقه في التقاعد اذا انتهت خدمته قبل قضائه مدة عشر سنوات في الخدمة القضائية^٢

^١ - ينظر كتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء المرقم ق/٢/١/٢٧/٨١٣٢ المؤرخ في ١٦/٤/٢٠٠٨

^٢ - ينظر المادة الاول من قرار ١٣١٩ لسنة ١٩٨٣ المنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٢٩٧١ الصادرة في ١٢/١٢/١٩٨٣

المبحث الثاني

الاحكام العامة لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة

من اجل الوقوف على الاحكام العامة لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منه لبيان الجهة المختصة باحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة فيما نخصص الثاني لبيان شروط اضافة مدة ممارسة مهنة المحاماة وكالاتي:

المطلب الاول : الجهة المختصة باحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة

بالرجوع الى نص المادة الاولى من القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ نجد انها قد سككت عن بيان الجهة التي تختص باحتساب هذه الخدمة وكذلك الحال فيما يتعلق بالضوابط الصادرة عن الامانة العامة لمجلس الوزراء الامر الذي نستطيع معه القول ان القانون المذكور والضوابط لم يشترطا تشكيل لجنة مركزية لاحتساب هذه الخدمة ومن ثم فانه بامكان دوائر الدولة والقطاع العام وتشكيلاتها ان تخصص لجنة تقوم باحتساب هذه الخدمة بمعزل عن الجهة التي ترتبط بها في حالة تمتعها بالاستقلال المالي والاداري كما ان بامكان الوزارة او الهيئة ان تشكل لجنة مركزية تتولى مهمة احتساب الخدمة المذكورة الا ان الحل الاول اقرب الى جادة الصواب كونه يشكل صورة من صور الاستقلال المالي والاداري الذي تتمتع به دوائر ومؤسسات الدولة ويؤدي الى تخفيف العبء عن كاهل الجهة التي تتبعها وترتبط بها اداريا

وبالمقابل فان الضوابط الصادرة عن الامانة العامة لمجلس الوزراء المتعلقة بقانون ممارسة مهنة المحاماة قد نصت على سريان هذه الضوابط على كافة منتسبي الدولة الخاضعين لاحكام قانون الخدمة المدنية او اية قوانين اخرى منظمة لاحكامهم الامر الذي يفهم منه انها سككت هي الاخرى عن بيان الجهة المختصة باحتساب الخدمة المذكورة

ويثار تساؤل مؤداه من هي الجهة التي تختص باحتساب هذه الخدمة في حالة كون الشخص المراد احتساب خدمته يشغل وظيفة مدير عام او وزير هل هي ذات اللجنة المشكلة في دائرته ام انه يتوجب الرجوع الى مجلس الوزراء استنادا لقاعدة توازي الاختصاصات كونه الجهة التي قامت بالتعيين ؟

المطلب الثاني: شروط احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة

لدى استقراءنا لاحكام المادة الاولى من القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ نجد انها قد حددت الشروط الواجب توافرها في احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة بثلاثة شروط وكالاتي :

الشرط الاول: انطباق وصف المحامي على الشخص المراد احتساب خدمته

لتحديد مدلول هذا الشرط فانه يقتضيها الحال ان نحدد الشروط الواجب توافرها لغرض تمتع الشخص بصفة محامي اذ تتحقق صفة المحامي للشخص بتسجيل اسمه في جدول المحامين ومن ثم يتوجب توافر عدة شروط لمن يسجل في الجدول المذكور استنادا لاحكام قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل وتمثل بان يكون عراقيا او فلسطينيا مقيما في العراق ومتمتعاً بالاهلية المدنية الكاملة و حائزاً على الشهادة الجامعية الاولى في القانون او ما يعادلها من احدى الجامعات العراقية او من احدى الجامعات العربية او الاجنبية المعترف بها في العراق بشرط نجاحه في امتحان اضافي في القوانين العراقية يعين مواده ويجريه مجلس نقابة

المحامين ولللمجلس في هذه الحالة ان يستعين بذوي الاختصاص وان يكون غير محال على التقاعد بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٠٢١ المؤرخ في ١٣/٩/١٩٨٣ الخاص بالقضاة واعضاء الادعاء العام ممن اكملوا السن القانونية للحالة على التقاعد ومحمود السيرة حسن السمعة اهلا للاحتزام الواجب لمهنة المحاماة و ان لا يكون محكوما عليه بعقوبة في جنائية او جنحة مخلة بالشرف ما لم تمض مدة سنتين على انهاء العقوبة او اعفائه منها و ان لا يكون معزولا من وظيفته او مهنته او معتزل لها او منقطع الصلة بها لاسباب ماسة بالذمة او الشرف ما لم تمض مدة سنتين على ذلك و وان لا يكون مصاب بمرض عقلي ان نفسي يمنعه من ممارسة المحاماة و ان لا يكون محال على التقاعد بموجب قانون صندوق تقاعد المحامين او محال على التقاعد بسبب استغلال الوظيفة لتحقيق منفعة او ربح شخصي له او لغيره فضلا عن عدم الحكم عليه بسبب ارتكابه جريمة الرشوة او الاختلاس او السرقة او معزول من وظيفته بسبب ذلك^١

الشرط الثاني: ان يكون الشخص المراد احتساب خدمته من المعينين في دوائر الدولة

يتحقق هذا الشرط بوجوب ان يكون الشخص المراد احتساب خدمته من الموظفين على الملاك الدائمة يستوي في ذلك ان يكون من المعينين لاول مرة او المعاد تعيينهم استنادا لاحكام القرار ٢٢٠ لسنة ٢٠٠٢ ومن ثم يتوجب انطباق الشروط المنصوص عليها في المادة الاولى من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ التي عرفت الموظف بانه (كل شخص عهدت الية وظيفة دائمة داخلية في الملاك الدائم)

ومن باب المخالفة فان الموظف المعين بعقد استنادا لاحكام القرار ٦٠٣ لسنة ١٩٨٧ والموظف المعين باجور يومية ليس بالامكان احتساب خدمة ممارسة مهنة المحاماة له وذلك لعدم انطباق وصف الموظف عليه ويتسع وصف الموظف ليشمل منتسبي قوى الامن الداخلي^٢ وكذلك رئيس الدائرة المتمثل بوكيل الوزارة والمدير العام ورئيس الشعبة او الوحدة ولايسري على المحافظ او الوزير او الهيئات او رئيس واعضاء مجلس المحافظة لعدم انطباق وصف الموظف عليهم

الشرط الثالث: تسديد الاستقطاعات التقاعدية الى صندوق تقاعد المحامين

هذا الشرط اشارت اليه الاسباب الموجبة للقانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ اذ وصفت مدة ممارسة مهنة المحاماة المشمولة بالقانون بانها تلك التي سددت عنها الاستقطاعات التقاعدية الى صندوق تقاعد المحامين رقم ٥٦ لسنة ١٩٨١^٣

^١ - ينظر الماد الاولى والثانية من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل

^٢ - ينظر قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠ الصادر في ٢٠١٠/٢/١٥ الذي نص على ان (يخضع منتسب قوى الامن الداخلي لاحكام قانون احتساب ممارسة مهنة المحاماة رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ اذا كان يمارس وظيفة لها علاقة بمهنة المحاماة وتخوله شهادته ممارستها ويرقى وفقا لشروط الترقية المنصوص عليها في قانون الخدمة والتقاعد لقوى الامن الداخلي رقم ١ لسنة ١٩٧٨)

^٣ - ينظر كذلك قرار مجلس شورى الدولة المرقم ٣٦ الصادر في ٢٧/٥/٢٠٠٩ والذي نص على ان امتناع هيئة صندوق تقاعد المحامين عن ارسال التوقيفات التقاعدية المسددة من المحامي المعين قاضيا الى قسم تقاعد القضاة واعضاء الادعاء العام لاسند له من القانون)

اما الضوابط الصادرة عن الامانة العامة لمجلس الوزراء لعام ٢٠٠٨ فقد حددت شروط احتساب ممارسة منه المحاماة بعدة شروط وكالاتي:

الشرط الاول: ان يكون المحامي مسجلا في جدول المحامين لدى نقابة المحامين العراقية ومستمر بتسديد بدلات الاشتراك السنوية مع استقطاع التوقيفات التقاعدية الى صندوق تقاعد المحامين للفترة المراد احتسابها وبهذا الصدد نود ان نبين ان الموظف الذي يطلب احتساب فترة ممارسة مهنة المحاماة لاغراض القانون رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٧ يسدد التوقيفات التقاعدية وفقا لما يأتي :-

١- من تاريخ احتساب المهنة الى حد تاريخ ٢٠٠٦/١/١٧ تاريخ نفاذ قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ بمقدار ما استوفى من اقرانه المستمرين بالخدمة من توقيفات تقاعدية خلال خدمتهم.

٢- بعد تاريخ نفاذ قانون التقاعد الموحد تسدد التوقيفات التقاعدية وفقا لما حدد فيه .

ان هذا الشرط يعد من الشروط البديهية المفترضة اذ كيف سيتم احتساب خدمة المحامي ان لم يكن الشخص متمتعاً بشروط التسجيل في جدول محامي نقابة المحامين ،مع ملاحظة ان شرط الاستمرار في تسديد البدلات هو شرط ابتداء وانتهاء يدور مع التسجيل في الجدول المذكور ومن ثم فانه يعد من الشروط المكملة لشرط التسجيل

الشرط الثاني : ان لا يكون اسمه مستبعدا من جدول المحامين للفترة المراد احتسابها اما اذا استبعد اسمه لفترة زمنية معينة ثم اعيد الى الجدول اعلاه فتستبعد مدة الانقطاع من تلك المدة

ان صياغة الشرط المذكور يعتريه التناقض والغموض اذ يتراءى لاول وهله ان كل محامي استبعد من جدول المحامين لا يتم احتساب مدة ممارسة المهنة له الا ان ذلك القول غير مقصود لاطلاقه بل يقتصر على الاستبعاد النهائي فضلا عن اضافة الحكم القانوني للاستبعاد الوقتي او الجزئي باقتصاره على مدة الاستبعاد ونرى من جانبنا ان الشرط المذكور يعد مكمل للشرط السابق اذ ان استبعاد المحامي يسقط عنه شرط التسجيل وبالتالي يتم استبعاد الخدمة

الشرط الثالث: ان يكون المحامي قد مارس مهنة المحاماة فعلا وذلك بالترافع في الدعاوى امام المحاكم باختلاف درجاتها او من خلال مراجعة دوائر الدولة ذات الاختصاص بغية انجاز مهامه وابرز ما يؤيد ذلك كالكالات او قرارات الحكم او الانذارات المسيرة له او عليه او اية وثائق اخرى تثبت ممارسته للمهنة

هذه هي جملة الشروط التي يتوجب توافرها مجتمعة من اجل احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة وفي حالة تخلف أي شرط من الشروط المذكورة فان ذلك يجعل من اضافة الخدمة باطلا استنادا للقاعد الفقهية التي تقضي بان ما بني على باطل فهو باطل ومن ثم يتوجب استرداد فروقات الرواتب في حالة احتسابها نتيجة غش او تدليس من قبل الشخص المعني اما في حالة كون الاحتساب قد تم بناء على خطأ الادارة ذاتها فليس بالامكان الرجوع على الموظف الذي اضيفت خدمته^١

^١ - للمزيد من التفاصيل حول مايعد من اخطاء الادارة ينظر قرار مجلس الوزراء رقم ٨١ لسنة ٢٠١٠

المبحث الثالث

اغراض احتساب خدمة ممارسة مهنة المحاماة

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منه لدراسة احتساب خدمة المحاماة لاغراض العلاوة والترفيه والتقاعد فيما نخصص الثاني منه لاحتساب خدمة المحاماة لاغراض التمتع بالاجازات الاعتيادية او الدراسية وكالاتي:

المطلب الاول : احتساب خدمة المحاماة لاغراض العلاوة والترفيه والتقاعد

القاعدة العامة ان احتساب الخدمة يكون وفقا للنصوص القانونية المنظمة لها لذا فانه يتوجب التقيد بالالفاظ الواردة في النص الذي يقرر احتسابها وعدم الخروج عليها ولدى رجوعنا لاحكام المادة الاولى من القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ نجد انها حددت الغرض من احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة وهي لاغراض التعيين وتحديد الراتب والتقاعد ومن ثم فانه يقصد باغراض التعيين هو احتساب مدة ممارسة المهنة لغرض اضافتها الى نقاط واسس المفاضلة عند التعيين الا ان التساؤل الذي يثار هنا هل تحتسب هذه السنوات كسنتين خدمة مؤداة في نفس الدائرة المراد التعيين فيها او في دوائر الدولة الاخرى ؟

نرى من جانبنا ان سنين الخدمة المؤداة في ممارسة مهنة المحاماة تكون كسنتين الخدمة المؤداة في الدائرة المتقدم للتعين فيها ومن ثم فان من له ممارسة مهنة محاماه يتساوى مع الموظف المعين بعقد في اوليته للتعين

اما فيما يتعلق بالمقصود تحديد الراتب فهو احتساب هذه الخدمة لاغراض العلاوة والترفيه اذ ان العلاوة السنوية هي عبارة عن زيادة في الراتب ضمن الدرجة الوظيفية الواحدة كما عرفت بانها (مبلغ من المال يضاف الى راتب الموظف الاساس وفق الاحكام التي ينظمها القانون) ^١ اما الترفيع فهي ينطوي على زيادة في الراتب ولكن من درجة وظيفية الى درجة اخرى ^٢ وكلاهما ينضويان تحت مفهوم تحديد الراتب

ومن الجدير بالذكر ان ضوابط الامانة العامة لمجلس الوزراء قد حددت تاريخ ابتداء مدة احتساب ممارسة المحاماة وهي من تاريخ الانتماء الى نقابة المحامين ولغاية تاريخ الانقطاع او ترك المهنة او تاريخ المباشرة الفعلية ويلاحظ بهذا الصدد ان الحكم المذكور مستمد من نصوص قانون المحاماة النافذ الا انه لم يبين لنا ماهي حالات الترك او الانقطاع لذا فانه يتوجب الرجوع الى القانون المذكور لغرض معرفتها والمتمثلة بحالات الاستبعاد الجوازي والالزامي للمحامي من جدول المحامين ^٣

^١ - ينظر غازي فيصل مهدي - النظام القانوني للترقية في الوظيفة العامة- رسالة دكتوراه- كلية القانون-جامعة بغداد-

١٩٩٢ ص ٦٧ ومابعدها

^٢ - غازي فيصل - نفس المرجع ص ١٤٣ ومابعدها

^٣ - اذ عالجت المادة ١٣ من قانون المحاماة الاستبعاد الجوازي للمحامي من قبل مجلس النقابة في حالة انتقاء شروط ممارسة المهنة وبالمقابل فان قانون المحاماة قدعالج حالات الاستبعاد الالزامي للمحامي اذ تمثلت اولى هذه

وتتمثل الية احتساب مدة ممارسة المهنة بان يصار الى احتسابها كعلاوة سنوية تضاف الى راتب الموظف بواقع علاوة واحدة عن كل سنة من ممارسة المهنة في حالة عدم استكمال شروط الترفيع المنصوص عليها في قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨ ويخالف ذلك - أي في حالة توافر شروط الترفيع واكمال المدة الاصغرية اللازمة للترفيع- فيصار الى ترفيع الموظف الى الدرجة التي تلي درجته الوظيفية ووفقا لجدول الرواتب الملحق بالقانون المذكور^١

وقد تسنى لمجلس شورى الدولة ان تطرق في العديد من احكامه منها قراره المرقم ١٨ الصادر في ٢٩/٣/٢٠٠٩ الى كيفية احتساب مهنة المحاماة للمحامي المعين بوظيفة (١- تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة خدمة فعلية لأغراض التعيين وتحديد الراتب والتقاعد بالنسبة للمحامي المعين بوظيفة مدير عام فما فوق ولا تحتسب لأغراض الترفيع والترقية ٢- تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة خدمة فعلية لأغراض التعيين وتحديد الراتب والتقاعد للمحامي المعين بوظيفة تقع في الدرجة الأولى فما دون على ان تراعي المدد المحددة في جدول الرواتب للتسكين في الدرجة التي يستحقها بضمنها مدة ممارسة مهنة المحاماة . يتطلب لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة خدمة لأغراض تطبيق القانون رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٨ :

أ- إبراز ما يؤيد انتمائه إلى نقابة المحامين ابتداءً وانتهاءً .

ب - تقديم القرارات او الاستشهادات او الإنذارات من المحاكم او الدوائر المختصة وفقاً للضوابط الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء بكتابها المرقم ب(ق/٢/١/٢٧/٨١٣٢) في ١٦/٤/٢٠٠٨^٢

الحالات بما نصت عليه المادة ١٤ التي اوجبت استبعاد المحامي من جدول المحامين في حالة تعيينه في رئاسة السلطة التشريعية او الوزارة او الوظائف العامة في دوائر الدولة من تاريخ مباشرته في الوظائف المذكورة فيما تمثلت الحالة الثانية بما نصت عليه المادة ١٠/ثانياً منه وهي تخلف المحامي عن دفع بدل الاشتراك لسنتين متتالية فلا تحتسب هذه المدة كمدة ممارسة مهنة المحاماة

^١ - ينظر البند ٤ من ضوابط الامانة العامة لمجلس الوزراء المرقمة ق/٢/١/٢٧/٨١٣٢ في ١٦/٤/٢٠٠٨

٢ - ومن الجدير بالذكر ان الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية قد سارت على خلاف القاعدة العامة اذ قررت في قرارها ٣٦/انضباط/تمييز/٢٠٠٦ الصادر في ٢٠/٢/٢٠٠٦ والمتعلق بالكاتب العدل الذي يروم احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة على انه لا تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة لاغراض تحديد الراتب او لاغراض التقاعد عند التعيين بوظيفة في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي وكذلك القرار ٣٧/انضباط/تمييز/٢٠٠٨ الصادر في ١٤/٢/٢٠٠٨ الذي جاء فيه (حيث إن تسكينها الاول بموجب الامر (٢٢٧٢) في ٢٥/١٢/٢٠٠٣ قد جاء خلافاً لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٦٠٠) لسنة ١٩٨٠ وشابه البطلان عندما تم احتساب مدة ممارسة المحاماة خدمة لاغراض الترفيع والترقية والتقاعد وحيث ان المبني على الباطل باطل لذلك تم تدارك ذلك الخطأ بأصدار الامر الاداري (٩٧٨) في ٦/٣/٢٠٠٧ مما تكون دعوى الممييزة(المدعية) مقامة بدون سند قانوني).

وقد استند القرار الى احكام الفقرة (٤) من ضوابط الامانة العامة لمجلس الوزراء المذكورة وقرر بين حالتين الحالة الاولى الموظف العادي والذي تتمثل الية ترفيعه بالرجوع الى احكام البند ثانياً من المادة (٩) من قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨ الذ نص على ان (يستمر منح الموظف في المرتبة (١١) من الدرجة الأولى علاوته السنوية بما لا يتجاوز راتب الحد الأدنى للدرجة العليا (ب) اما الحالة الثانية فهي الموظف الذي يشغل وظيفة مدير عام فما اعلى اذ بعد ان بين ان كيف المركز القانوني لوظيفة مدير عام بانها من الوظائف القيادية كونه يشغل وظيفة عليا في سلم الدرجات الوظيفية (الدرجة العليا ب) انتهى الى ان احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة لأغراض الترفيع بالنسبة له يعني انتقاله الى الدرجة التالية وهي (الدرجة العليا- أ) لا سند له من القانون. وحيث ان المادة (٢) من قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام نصت على ان (تسري أحكام هذا القانون على موظفي الدرجة الأولى فما دون المحددة بموجب جدول الرواتب والعلاوات السنوية الملحق بهذا القانون). وحيث ان جدول الرواتب الملحق بقانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام قد حدد مدداً معينة سواء للترقية او العلاوة السنوية مما يقتضي احتسابها من مدة ممارسة مهنة المحاماة بالنسبة للموظفين المشمولين به في ضوء تلك المدد يتحقق ما يستحقه من راتب تبعاً للدرجة والمرتبة التي يستحقها حسب مدة خدمته الوظيفية ومدة الممارسة المضافة

وتواتر مجلس شورى الدولة على السير على مؤدى الحكم المذكور اعلاه اذ اورد قاعدة مؤداها ان انتقال المدير العام الى درجة عليا لا يتم بالترقية وانما بالتعيين ومن ثم نص قراره المرقم ٨٧ الصادر في ٢٩/٩/٢٠٠٩ (على ان تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة خدمة فعلية لاغراض التعيين وتحديد الراتب والتقاعد للمحامي المعين بوظيفة مدير عام فما فوق ولا تحتسب لاغراض العلاوة والترفيع)^١ وفضلا عما تقدم فان مجلس شورى الدولة قد اقر سريان القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ على منتسب قوى الامن الداخلي في حالة ممارسته وظيفة لها علاقة بمهنة المحاماة وتخوله شهادته بممارستها ويتم ترفيعه وفقاً لشروط الترقية المنصوص عليها في المادة ٧ من قانون الخدمة والتقاعد لقوى الامن الداخلي رقم ١ لسنة ١٩٧٨^٢

و فيما يتعلق بالمقصود باحتساب مدة ممارسة المهنة لاغراض التقاعد فمؤدى ذلك هو احتساب هذه الخدمة كخدمة تقاعدية طالما تم تسديد التوقيفات التقاعدية عنها الا ان القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ لم يحدد لنا الحالات التي يتم فيها احتساب هذه الخدمة والحالات التي لا تحتسب فيها لاغراض التقاعد ومن ثم يتوجب علينا الرجوع الى قانون صندوق تقاعد المحامين رقم ٥٦ لسنة ١٩٨١ واول مايجذب الانتباه بهذا الصدد ان المادة ٢٢ من القانون المذكور اجازت للمحامي ضم كل او بعض خدمه المقضية في الوظيفة او العمل في دوائر الدولة والقطاع العام والمختلط الى المدة المقضية في المحاماة لاغراض التقاعد وفضلا عن ذلك فانه لدى استقرائنا

^١ - ينظر قرار مجلس شورى الدولة رقم ١٧ الصادر في ٢٠١٠/٢/٨ وكذلك قرار مجلس شورى الدولة رقم ٦٦ الصادر في ٢٠١٠/٥/١٧ الذي نص على انه (لاحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة لاغراض العلاوة والترفيع للمعين بوظيفة مدير عام

^٢ - قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠ الصادر في ٢٠١٠/٢/١٥

احكام القانون المذكور نجده اورد العديد من الاحكام المتعلقة باحتساب مدة ممارسة المحاماة اذ عالجت المادة ١١ منه الحكم القانوني الواجب تطبيقه في حالة احتساب مدة الخدمة المضافة الى مدة ممارسة مهنة المحاماة لاغراض استحقاق الراتب التقاعدي بوجوب عدم قيام المحامي بتقديم طلب الاحالة على التقاعد الا بعد مضي مدة لا تقل عن خمس سنوات مستمرة من تاريخ صدور قرار الضم باستثناء حالة العجز

ولم يكتف القانون المذكور بما تقدم بل حدد المدة التي تحتسب فيها مدة ممارسة مهنة المحاماة لغرض التقاعد من عدمه اذ تتمثل حالات احتساب هذه الخدمة و المشروطة بقيامه بدفع الاشتراكات عنها في العديد من الحالات اولها في مدة المرض الذي اعجزه عن العمل وثانيها المدة التي يقضيها المحامي المتخصص في القانون وثالثها المدة التي يقضيها في خدمة الاحتياط او المدة العسكرية الالزامية ورابعها مدة توقيف المحامي او اعتقاله او احتجازه في حالة براءته او الافراج عنه وبالمقابل فتتمثل حالات عدم احتساب مدة ممارسة المهنة في حالة اقامة المحامي لمدة ستة اشهر خارج العراق بدون عذر مشروع^١

وبهذا الصدد يثار تساؤل مؤداه هو ان احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة تقتصر على المحامي المعاد تعيينه ام انها تنصرف ايضا الى المحامي المتقاعد وفقا لقانون صندوق تقاعد المحامين ؟ اجاب على ذلك التساؤل صراحة قرار مجلس شورى الدولة المرقم ٨٨ الصادر ٢٠٠٦/١٢/١٢ اذ نص على (ان المتقاعد الذي يعاد تعيينه اذا انصرف الى محام فانما يكون المقصود به المحامي الذي كان موظفا وتقاعد من الوظيفة وامتهن المحاماة، وهذا يكون مشمولاً بحكم المادة (١١/اولاً) من قانون التقاعد الموحد ، اما المتقاعد من مهنة المحاماة فانه مشمول بقانون صندوق تقاعد المحامين رقم (٥٦) لسنة ١٩٨١ ولا تسري عليه احكام قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦)^٢

المطلب الثاني : احتساب خدمة المحاماة لاغراض التمتع بالاجازات الاعتيادية او الدراسية

بالرجوع الى القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ نجد انه حدد اغراض احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة وذلك للاغراض المذكورة في اعلاه ولم يكن من بينها احتساب الخدمة لاغراض التمتع بالاجازات الاعتيادية لذا يثار التساؤل بصدد احتساب الخدمة للغرض المذكور؟

ازاء عدم قيام النصوص القانونية باسعافنا لعدم احتوائها على نص صريح فانه يقتضي الحال ان نحدد الاغراض المذكورة هل جاءت على سبيل المثال ام الحصر ونرى من جانبنا ان اغراض احتساب الخدمة قد حددت من قبل المشرع على سبيل الحصر ومن ثم ليس بالامكان اضافة أي اغراض اخرى اليها كاحتسابها كخدمة لغرض التمتع بالاجازات الاعتيادية ويؤيد قولنا هذا ان الخدمة الوظيفية التي يستحق عنها اجازات اعتيادية هي الخدمة المؤداة فعليا وفق قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ وحيث ان الخدمة المذكور مؤداه ليس وفق القانون المذكور وان اعتبارها كخدمة فعلية لم يرد اليه الاشارة بصورة صريحة بين نصوص القانون لذا فانه ليس بالامكان احتسابها لغرض التمتع بالاجازات الاعتيادية بانواعها المختلفة الا ان ذلك القول

^١ - ينظر المادة ١٣ من قانون صندوق تقاعد المحامين رقم ٥٦ لسنة ١٩٨١

^٢ - ينظر كذلك قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٦ الصادر في ٢٠٠٨/٢/١٨

لايحول بين الموظف وحقه في التمتع بالاجازة الدراسية كون الاجازة المؤداة في ممارسة مهنة المحاماة تعد اجازة فعلية شريطة توافر الشروط التي حددها القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٩

ومما تجدر الاشارة اليه ان ضوابط الامانة العامة لمجلس الوزراء اوردت العديد من الحالات التي لاتحتسب فيها فترة ممارسة مهنة للمحامي المعين في وظيفة بالعديد من الحالات - اضافة الى حالات الاستبعاد الجوازي و الالزامي للمحامي من جدول المحامين - ويتمثل اولها في فترة الفصل السياسي التي احتسبت للموظف المشمول باحكام قانون اعادة المفصولين السياسيين رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥ وثانيها الخدمة العسكرية المضافة خدمة فعلية وثالثها كافة الفترات المحتسبة خدمة فعلية وفق القوانين النافذة كل ذلك مشروط في حالة تداخل هذه المدد مع مدة ممارسة المهنة من ثم فاذا لم يحصل التداخل المذكور فلا يوجد مانع قانوني من اضافة مدة الخدمة المذكورة ووفقا للاغراض المحددة قانونا وقد تسنى لمجلس شورى الدولة ان اضاف الى الحالات المذكورة التي لاتحتسب معها مدة ممارسة مهنة المحاماة مدة العقد التي يعمل خلالها المتعاقد من المحامين مع دوائر الدولة وذلك بموجب القرار المرقم ٩٤ الصادر في ٢٠١٠/٨/١٨ اذ نص على ان (لاتحتسب مدة العقد للمحامي المتعاقد مع دوائر الدولة ممارسة لمهنة المحاماة وفق احكام القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧) وقد استند القرار المذكور على عدة اسس اولها احكام المادة ٤/ثالثا من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ التي منعت الجمع بين المحاماة وبين الوظائف والاستخدام مطلقا في دوائر الدولة الرسمية وشبه الرسمية والمصالح الحكومية براتب او مكافاة وكذلك احكام المادة ١٦ من القانون المذكور التي منعت المرفوع اسمه من جدول المحامين والمنقطعة صلته بالمحاماة ان يمارس أي عمل من اعمالها قبل اعادة تسجيل اسمه .

الخاتمة

بعد ان انهينا البحث بموضوع (التنظيم القانوني لاحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة في العراق)

نود ان نشير الى بعض النتائج التي توصلنا اليها من خلال البحث وكما يلي :-

- ١- تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة وفقا" للقانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧ لاجراض التعيين وتحديد الراتب والتقاعد استثناء" من احكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٨٠ .
- ٢- يشترط لاضافة مدة ممارسة مهنة المحاماة واحتسابها مايلي :-
 - أ- انطباق وصف المحامي على الشخص المراد احتساب خدمته
 - ب- ان يكون الشخص المراد احتساب خدمته من المعينين في دوائر الدولة
 - ج- تسديد الاستقطاعات التقاعدية الى صندوق تقاعد المحامين
- ٣- تحدد مدة ممارسة مهنة المحاماة المراد احتسابها من تاريخ الانتماء الى نقابة المحامين ولغاية الانقطاع او ترك المهنة او تاريخ المباشرة الفعلية في وظيفة مدنية .
- ٤- تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة خدمة فعلية لاجراض التعيين وتحديد الراتب والتقاعد للمحامي المعين بوظيفة مدير عام فما فوق ولا تحتسب لاجراض العلاوة والترفيه
- ٥- تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة لاجراض التقاعد بالنسبة للمحامي الذي كان موظفا" وتقاعد من الوظيفة ولا تحتسب للمحامي المتقاعد من المحاماة والمشمول بقانون تقاعد المحامين رقم ٥٦ لسنة ١٩٨١ .
- ٦- لا تحتسب مدة ممارسة مهنة المحاماة لاجراض التمتع بالاجازات الاعتيادية والدراسية

وفي النهاية لايفوتنا ان نورد بعض المقترحات بهذا الشأن وكالاتي :-

- ١- ضرورة تعديل تاريخ سريان الضوابط الخاصة بأضافة مدة ممارسة مهنة المحاماة وجعلها تسري من تاريخ نشرها وليس من تاريخ نفاذ القانون رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧
- ٢- ضرورة بيان وتحديد الجهة المختصة بأضافة مدة ممارسة مهنة المحاماة منعا" لحصول أي تعارض في تطبيق نصوص القوانين والتعليمات الخاصة بهذا الشأن .

المصادر

- ١- د. غازي فيصل مهدي ، النظام القانوني للترقية في الوظيفة العامة ،رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، ١٩٩٢
- ٢- قانون احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٧
- ٣- قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥
- ٤- قانون صندوق تقاعد المحامين رقم ٥٦ لسنة ١٩٨١
- ٥- مجموعة قرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦
- ٦- مجموعة قرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨
- ٧- مجموعة قرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩
- ٨- مجموعة قرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٠
- ٩- قرار مجلس الوزراء رقم ٨١ لسنة ٢٠١٠
- ١٠- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٩٧ لسنة ١٩٩٤
- ١١- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨
- ١٢- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٨٠
- ١٣- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٣١٩ لسنة ١٩٨٣
- ١٤- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٠٥٧ لسنة ١٩٨٠

المخالفة المالية للموظف الضريبي بسبب سوء الصياغة التشريعية

لقانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣_ ١٩٨١ المعدل

م.م نور حمزة حسين

كلية القانون - الجامعة المستنصرية

المقدمة

من اجل تحقيق العدالة الضريبية وضمان تطبيق العدل ومساواة في فرض الضرائب لابد أن يكون هناك نظام ضريبي متكامل مرن وسهل التطبيق يحقق العدل ومساواة مابين الأفراد ألا أن وجود قانون يشوبه النقص والغموض والشغرات فأن هكذا قانون يفتح المجال أمام الفساد الإداري نتيجة سوء صياغة النص القانوني مما يؤدي إلى تفسير القانون حسب مصلحة الموظف الضريبي لذا فأن الموظف الضريبي قد يرتكب مجموعة من المخالفات المالية ترجع مصدرها أما إلى سوء الصياغة القانونية وغموض النص القانوني وعدم وضوحه أو تعارضه مع نص قانوني آخر وارد في نفس القانون أو في قانون آخر .

أو قد ترجع إلى ضعف المعرفة العلمية والفنية التي يتمتع بها الموظف الضريبي لذا لابد أن تكون هنالك صياغة قانونية صحيحة وفق أسس علمية لقانون ضريبة الدخل من اجل منع التهرب وتحقيق العدالة مابين الأفراد وتحسين الموظفين من المخالفات التي قد تحصل نتيجة سوء الصياغة القانونية.

ولأهمية هذا الموضوع سوف أتناوله في مبحثين الأول مفهوم الصياغة التشريعية أما المبحث الثاني

سوف نخصه إلى مخالفات المالية للموظف الضريبي

المبحث الأول

مفهوم الصياغة التشريعية

أن صياغة النص القانوني بصورة غير صحيحة أو بصورة مبهمة قد تكون لها دور فعال في أن يقع الموظف الضريبي في مخالفة نصوص القانون الضريبي وذلك أما عن طريق التفسير الخاطئ لنص القانوني أو نتيجة غموض النص القانوني لذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبحت في المطلب الأول منه ماهية الصياغة القانونية أما المطلب الثاني نتناول فيه عيوب الصياغة التشريعية

المطلب الأول

مفهوم الصياغة التشريعية

أن لأهمية موضوع الصياغة التشريعية لابد من بيان معنى هذه الصياغة عند أهل اللغة وأهل القانون لان صياغة القانونية هي الأداة التي يستخدمها المشرع لبيان غاية المشرع من هذا القانون وان هذا لأ يتم إلا عن طريق الصياغة قانونية سلسلة سليمة واضحة أن تعريف صياغة عند أهل لغة تعني العبارة المركزة التي تسمح بالاستنتاج والمناقشة^(١) ١٠ أما صياغة القاعدة القانونية هي عبارة عن أسلوب التعبير عن مادة القانون من السلطة التشريعية بصورة الألفاظ مكتوبة^(٢) أو أنها الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي^(٣).

من خلال التعريف الصياغة القانونية يتبين لنا أن الصياغة هي وسيلة لتحقيق أهداف قانونية لذا يجب إن تكون التشريعات القانونية واضحة المضمون بينه المعاني لا يشوبها نقص أو عيب ولا غموض وذلك لضمان تطبيق القانون بصورة صحيحة وعدم وقوع بالأخطاء من قبل الموظفين وهنا نخرج بنتيجة مهمة أن صياغة القانونية لابد أن تتسم بالوضوح والدقة وقابلة للتطبيق على سبيل الواقع ولا تتحمل أي اجتهاد أو تفسير من قبل السلطة المخولة لتطبيق القانون حتى لأ يتم تفسير القانون حسب اجتهادات ومصالح موظفي السلطة المالية وبالتالي يرتكبون مخالفات قد تكون مقصوده أو غير مقصوده نتيجة التفسير الخاطئ لنص القانون لذا يجب أن تكون صياغة القانونية دقيقة وصحيحة وصالحه للتطبيق لزمن طويل والابتعاد عن كثرة التعديلات في الصياغة النص القانوني التي تؤدي إلى عدم الاستقرار وعدم إمام الموظف بكافة النصوص القانونية نتيجة التعديلات الجديدة مما يؤدي إلى وقوع الموظف الضريبي بالمخالفة المالية .

المطلب الثاني

(١) معجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزباد، مطابع المعارف، القاهرة ١٩٨٠، ص ٧٢٢.

(٢) د- مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج ١، مطبعة جامعه بغداد، ١٩٧٨، ص ٢٨.

(٣) د- عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية تشريعا وفقها وقضاء، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، بعمان ص

أنواع الصياغة التشريعية

أن الصياغة التشريعية تتنوع وتختلف إما أن تكون صياغة تشريعية جامدة المضمون وأما أن تكون صياغة مرنة المضمون أو صياغة تجمع ما بين الصياغة المرنة والجامدة لذا فإن الصياغة التشريعية تعد هي الوسيلة الوحيدة لبيان الغاية الحقيقة من القانون والهدف منه لذا لابد من صياغة متوازنة واضحة تجمع ما بين أسلوب المرن وما بين الأسلوب الجامد لذا فإن الصياغة التشريعية الجامدة قد يلجأ إليها المشرع الضريبي إلى هكذا نوع من صياغة لأنها تحافظ على نص القانوني من تغير وتعديل ويلجأ إليها المشرع لأنها تؤدي إلى استقرار المعاملات حيث أنها تجرد الموظف من أي سلطه تقديره وتجعل مهنته مقتصرة فقط على تطبيق العملي لنص القانوني وبالتالي يتم تطبيق القانون حرفيا وبالتالي تحقيق العدالة بين المواطنين على الرغم من مزايا الصياغة الجامدة لكنها لا تخلو من العيوب لأنها قد تؤدي إلى إصدار حكم أو قرار دون مراعاة ظروف المواطن أو الظروف التي تحيط بمكلف الضريبي وبالتالي عدم تحقيق العدالة الضريبية.^(١)

لان هذا النوع من صياغة صعب تعديله لأنه يتمتع بصفة الجمود وبالتالي لا يستطيع مواكبه التطور الحاصل بالمجتمع.^(٢)

أن كثير من التشريعات الضريبية تلجأ إلى هكذا نوع من الصياغة التشريعية وذلك من اجل تحقيق العدالة الضريبية وتضييق المجال على الموظف الضريبي من أن يحقق أهدافه الشخصية عن طريق التلاعب بالنص القانوني وان هذا نوع من صياغة يقلل من وقوع الموظف بالمخالفات المالية نتيجة تمتع هذا نوع من الصياغة بصفة الجمود وان قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٨١ لجأ إلى هكذا نوع من الصياغة القانونية عنده صياغة قانون ضريبة الدخل العراقي و ذلك من اجل تحقيق العدل والمساواة ما بين المواطنين وتحقيق العدالة الضريبية .

وكذلك ما ورد في قانون ضريبة دخل العراقي المواد القانونية المتعلقة بتحديد مبالغ السماحات القانونية الواجب منحها للمكلف^(٣) .

وتحديد مصادر الدخل الخاضعة للضريبة^(٤) . ولقد صيغت هذه المواد بأسلوب غير مرن بل صيغت بأسلوب جامد غير قابل لتعديل أو التبديل من اجل الحفاظ على النص القانوني من التلاعب به وكذلك منع الموظف من تلاعب بمبلغ السماح الممنوح و كذلك تحديد مصادر الدخل الخاضعة للضريبة لان ليس جميع مصادر الخاضعة لضريبة فمثلا هناك بعض مصدر الدخل معفي من الضريبة من اجل تحقيق

(١) العدالة الضريبية هي القواعد التي تنظم أحكام الضريبة في فرضها وتحصيلها وبراها القانون الضريبي. وتلتزم الإدارة

الضريبة بتحقيق التوافق بين الضريبة والمقدرة التكلفة للمكلف انظر د، عبد المنعم فوزي، المالية العامة والسياسة المالية

، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ص ٩٧ كذلك انظر د. محمود رياض

عطية ، موجز المالية العامة ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٩١.

(٢) د عصمت عبد المجيد، أصول أن التشريع ، دار الشؤون الثقافية العامة، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٩٩ ص ٦.

(٣) المادة (١٢) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١ المعدل.

(٤) انظر الفصل الثامن والعشرون من قانون ضريبة الدخل المعدل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١.

أهداف اقتصادية مثلاً الدخل ناجم من الأراضي الزراعية فأن هذا النوع من دخل معفي من الضريبة من أجل تشجيع إنتاج الزراعي في العراق^(١)

وكذلك أيضاً أقر المشرع الضريبي العراقي إعفاء الدخل الناجم لمربي الحيوانات عن منتجاتهم الحيوانية من الضريبة الدخل.^(٢)

أما الصياغة التشريعية المرنة ويقصد بها التعبير الذي يضع حكماً يتسع لسلطه تقديرية تمنح مطبق القانون عند تطبيق القاعدة التشريعية^(٣). فان هذا نوع من الصياغة يترك المجال مفتوحاً أمام مطبق القانون أن يواكب التطور الحاصل في المجتمع وبالتالي يتمكن مطبق القانون الاستجابة لهذا التغير أو تطور ويضع حكماً يلائم مع هذا تطور من أجل تحقيق الهدف من القانون ألا وهو تحقيق العدالة^(٤). فعلى الرغم من مزايا هذا النوع من الصياغة المرنة لكنها تعطي فرصه لتحقيق الفساد الإداري بسبب كثرة التعديلات والتغيرات وبالتالي يصعب على مطبق القانون إن يفهم الغاية الحقيقية من النص أو يقوم بتفسير النص القانوني بصورة خاطئة حسب أهواء و مقاصد مطبقي القانون أما لتحقيق أهداف ومكاسب شخصيه بعيدة عن الأهداف التي يسع إليها المشرع .

من أجل نجاح هكذا نوع من الصياغة تحتاج إلى مراقبه مستمرة وكفاءة في التطبيق النص القانوني لمنع الالتفاف عليه من قبل مطبقي النص القانوني

ونلاحظ أن كثير من التشريعات لجأت إلى هكذا نوع من الصياغة ومن هذه التشريعات قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١ وذلك ما ورد في المادة (٢) من هذا القانون بفرض ضريبة على الأرباح الأعمال التجارية أو التي لها صبغه تجاريه ولم يقم هذا القانون بتحديد مفهوم الصبغة التجارية وقد أثار هذا اللفظ الغامض في القانون إلى آثاره الجدل بين فقهاء القانون وتعددت التفسيرات لبيان هذا اللفظ لذا فأن المشرع العراقي غير موفق في استخدام هذا اللفظ الذي قصده به منع التهرب الضريبي وذلك بشمول جميع المهن التجارية بضريبة فكان الأولى به ترك هذا الأمر لقانون التجارة هو المختص بتحديد الأعمال والمهن التجارية وان هذه الأعمال قد وردت على سبيل الحصر في قانون تجارة و لا يمكن التوسع بها لذا

(١) انظر الفقرة (١) من المادة (٧) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨١ المعدل، كذلك انظر صادق الحسني، ضريبة الدخل ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٧٦، ص ٩١.

(٢) انظر الفقرة (٣) من المادة (٢) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١ المعدل مع ملاحظة عدم إشارة المشرع الضريبي العراقي إلى هكذا إعفاءات في قانون ضريبة الدخل العراقي الملغي رقم ٩٥ لسنة ١٩٥٩. كذلك انظر حسن عداي

الدجيلي، شرح قانون ضريبة الدخل العراقي ، بغداد ، السنة بلا ، ص ١١٤-١١٥.

(٣) د- مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق، ص ٢٨٢.

(٤) توفيق حسن الفرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ص ١٦٩.

فان لفظ الصبغة التجارية ليس لها أساس في قانون تجارة^(١).

هذا من جهة ومن جهة أخرى على المشرع الضريبي العراقي أن يحدد الأعمال ومهن الخاضعة للضريبة بصورة واضحة ولا يترك المجال مفتوح لمطبقي القانون وبالتالي يتم تفسير القانون حسب آرائهم الشخصية ويقعون بمخالفات مالية نتيجة الفهم الخاطئ لنص لذا يجب يكون نص القانوني صريح بعيد عن الغموض في الألفاظ حتى لا يترك المجال مفتوح للتلاعب بنص القانوني .

ومن خلال بيان الصياغة التشريعية الجامدة والصياغة التشريعية المرنة وبيان مزايا وعيوب كلا الصياغتين فوجدنا إن الأخذ بصياغة التشريعية الجامدة يجعل النص القانون واضح ودقيق ويبعده عن تلاعب وتحقق الاستقرار بالمعاملات، لكن الأخذ هكذا نوع من الصياغة تؤدي إلى إبعاد النص القانوني من مواكبة التغيرات الحاصلة في المجتمع وبالتالي لا يحقق العدالة المقصودة وأما الصياغة التشريعية المرنة فأنها تمتاز بمرونة ووضوح و أنها تواكب التطور الحاصل بالمجتمع و ولكن الأخذ بها تؤدي إلى عدم الاستقرار نتيجة كثرة التعديلات الحاصلة بالنص القانوني فتؤدي إلى عدم استقرار المعاملات لذا على المشرع عدم الأخذ أو تمسك بنوع واحد من صياغة بل يجب عليه الجمع ما بين الصياغتين الجامدة والمرنة في صياغة النص القانوني وذلك لان النصوص القانونية تحتاج إلى نوع من الجمود من اجل الحفاظ عليها من كثرة التعديلات و كذلك تحتاج أيضا نوع من المرونة من اجل مواكبة التغيرات الحاصلة بالمجتمع وهذا ما حدث في قانون ضريبة الدخل حيث قام المشرع الضريبي العراقي بجمع كلا الصياغتين عندما حدد المشرع العراقي الأفعال المخالفة للقانون وتستوجب العقوبة.^(٢) وأجاز لوزير المالية إن يقوم بعقد التسوية الأصلية في الأفعال وذلك بالاستعاضة عن العقوبة المحددة لهذه الأفعال بدفع مبلغ لا يقل عن ثلثي الضريبة المتحققة في الدخل موضوع الدعوى .

لذا نلاحظ إن جمع بين كلا الصياغتين تؤدي إلى استقرار النص القانوني وعدم وقوع الموظف الضريبي بمخالفات مالية التي تكون سببها سوء صياغة النص القانوني .

(١) د- باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٤٧.

(٢) انظر المادة (٥٩) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١.

المبحث الثاني

المخالفة المالية لموظف الضريبي بسبب سوء صياغة التشريعية

يحكم نشاط الموظف الضريبي مجموعه من القوانين و الأنظمة والتعليمات التي تحتّم على الموظف الالتزام بها والتقيد بالنص القانوني وعدم الخروج عنه ولكن قد يرتكب الموظف مجموعه من المخالفات تكون مصدرها سوء الصياغة التشريعية

لنص قانون مثل غموض النص أو يكون فيه خطأ أو تعارضه مع نص تشريعي آخر لذا سوف نخصص المطلب الأول من هذا المبحث نتناول فيه مفهوم المخالفة المالية إما المطلب الثاني نخصصه إلى مواطن سوء الصياغة القانونية في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣- لسنة ١٩٨١

المطلب الأول

مفهوم المخالفة المالية للموظف الضريبي

لقد اهتمت الدراسات والكتب الضريبة بالمخالفات الضريبة التي يرتكبها المكلف الضريبي ولم تهتم بالمخالفات التي قد يرتكبها الموظف الضريبي التي قد يخرق قاعدة القانونية و الأنظمة والتعليمات وهذا يؤدي إلى عم تحقيق العدالة الضريبة وإهدار حصيلة الدولة المالية لذا لابد من بيان ما هو المقصود من المخالفة المالية من اجل تقليل وقوع الموظف الضريبي بالمخالفات المالية والتي تؤدي إلى انتهاك القواعد القانونية وعدم تحقيق غاية القانون وبالتالي إهدار الحصيلة الضريبة لذا لابد من بيان معنى المخالفة المالية وهذا ما سوف نبثه في الفرع الأول من هذا المطلب إما الفرع الثاني نخصصه لتمييز بين المخالفة المالية و المخالفة الانضباطية

الفرع الأول

مفهوم المخالفة المالية للموظف الضريبي

ويقصد بالمخالفة المالية هو كل فعل أو ترك متعلق بالأنفاق و الجباية من الأموال العامة جرى على خلاف ما تقضيه الأحكام العامة والقواعد القانونية والحسابية النافذة أو على نحو يضر بالخزينة العامة^(١). وان المخالفة المالية للموظف الضريبي قد تكتشف إما برقابه مالية أو رقابه محاسبية فان حدوث هكذا مخالفات من قبل الموظف الضريبي يؤدي إلى إحداث ضرر جسيم بدوله والإفراد وان القانون لم يحدد المقصود من المخالفة المالية إذا ارجع بعضها إلى المخالفات مقصوده أو غير مقصوده أو ما يحدث نتيجة الإهمال والتقصير من قبل الموظف

ولقد اعتبر القانون حالات التعمد في خرق القوانين و الأنظمة والتعليمات أو البيانات المالية من المخالفات^(٢). إي انه يجب إن توفر العلم والإدراك للموظف بارتكاب المخالفة المالية وان ارتكاب الموظف هذه المخالفة التي يبغي من ورأها خرق القانون وتحقيق مقاصد شخصيه ،ويعد هذا النوع من المخالفات من اخطر أنواع المخالفات لان بهذه الصورة الموظف لا يتحلى بشروط وأخلاقيات الموظف الذي واجبه الحفاظ على أموال

(١) التقرير السنوي لديوان رقابه المالية لعام ١٩٧٠ ص ٤٩.

(٢) البند (أ) من الفقرة (أولاً) من المادة (١١) من قانون ديوان الرقابة المالية رقم (٦) لسنة ١٩٩٠.

الدولة وحماية مصلح المواطن كذلك اعتبر القانون إن الإهمال والتقصير في أداء الوظيفة من المخالفات المالية التي يرتكبها الموظف والتي قد يتسبب الموظف نتيجة إهماله وتقصيره يهدر ضياع بالمال العام للدولة^(١) . وأحيانا اعتبر القانون إن امتناع الموظف عن لأجابه هو بمثابة المخالفة

الفرع الثاني

التمييز بين المخالفة المالية والمخالفة الانضباطية

إن مفهوم المخالفة المالية يختلط أحيانا بمفهوم المخالفة المالية لذا لابد التمييز بين المخالفة المالية والمخالفة الانضباطية وإن المخالفة الانضباطية تعني عدم قيام الموظف بالواجبات التي نص عليها القانون^(٢) . ونلاحظ أن الفرق بين المخالفتين من حيث

أولاً- من حيث الموضوع المخالفة إن موضوع المخالفة المالية يتحدد نطاقها بوقوعها على المال العام في حين موضوع المخالفة الانضباطية يتحدد بارتكاب الموظف فعل مخالف للقانون ومخالف لواجباته التي حددها القانون

ثانياً - من حيث وقت المخالفة أن ارتكاب المخالفة المالية تكون إنشاء الخدمة وتكون مرتبطة بوجود الموظف حيث أنها تؤدي إلى إخلال الموظف بعمله يؤدي إلى ضرر بالمال العام ،إما المخالفة الانضباطية تكون إنشاء الخدمة أو بعد انتهاء الخدمة مثل إفشاء الأسرار الوظيفية^(٣) .

ثالثاً - من حيث المسؤولية تثير المخالفة المالية مسؤولية جنائية أو مدنية أو انضباطية جميعها تثار بوقت واحد^(٤) .

إما مخالفة الانضباطية تثير مسؤولية انضباطية مثل عقاب الموظف بإحدى العقوبات الانضباطية

رابعاً - من حيث اثر العقوبة إن عقوبة المخالفة المالية يمتد أثرها إلى تركه المتوفى خاصة إذا صدر حكم قبل وفاته الموظف بتعويض الخزانة الدولة عن ضرر الذي لحقها نتيجة خرقه الأنظمة والتعليمات نتيجة فهمه الخاطئ لنص قانوني أو نتيجة إهمال الموظف أو تقصيره بعمله بعكس المخالفة الانضباطية تنتهي بوفاء الموظف ولا يمتد أثرها إلى تركه الموظف ومن خلال التمييز بين المخالفة المالية والانضباطية يتبين لنا إن المخالفة المالية تتحقق عندما يخالف الموظف القوانين والأنظمة والتعليمات بصورة مقصوده الغرض من هذه المخالفة تحقيق منافع شخصية أو بصورة غير مقصوده عن طريق الفهم الخاطئ لنص القانون و التفسير الخاطئ نتيجة لسوء صياغة النص و بتالي يؤدي إلى وقوع الموظف بمخالفة المالية وبتالي تؤدي هذه المخالفة إلى الإضرار بأموال الدولة وهدرها^(٥) .

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن مفهوم المخالفة المالية هو كل تصرف أو فعل يقوم به

(١) البند (ب) من الفقرة (أولاً) من المادة (١١) من قانون ديوان رقابه المالية كذلك انظر د- عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، ١٩٦٤، ص ٧٩.

(٢) د. شاب توما منصور ،القانون الإداري ،دراسة مقارنة ،ج١، دار الطبع و النشر الأهلية ،بغداد ،١٩٧٠ - ١٩٧١.

(٣) المادة (١١١) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

(٤) ألفقره (ب) من المادة (١٣٦) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٥) د_ احمد حمد الفارسي ،التأديب في مجال الوظيفة العامة المدنية والعسكرية في الكويت (دراسة مقارنة) مجلة الحقوق، العدد الرابع، ٢٠٠٤، ص.

الموظف الضريبي مقصود أو غير مقصود يؤدي إلى هدر وضياح بأموال الدولة

المطلب الثاني

مواطن سوء الصياغة التشريعية في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ - ١٩٨١

قد تكون الصياغة التشريعية لنص القانوني مبهمة وغير مفهومه للموظف وخاصة للموظف الضريبي إذ أي مفهوم خاطئ لنص يؤدي إلى الإضرار بمصالح المواطنين وكذلك هدر بأموال خزينة الدولة لذا يجب أن يكون النص القانوني واضح سليم خالي من عيوب الصياغة التشريعية من أجل الحفاظ على القاعدة القانونية من الخرق وبتالي قد يؤدي هذا الخرق إلى عدم تحقيق العدالة مابين المواطنين وكذلك يؤدي إلى هدر أموال الدولة لذا سوف نحاول في هذا المطلب الوقوف على بعض العيوب التي تعيب الصياغة التشريعية لان بتحديد هذه العيوب يمكن الوصول إلى صياغة تشريعية سليمة وخاصة العيوب الموجودة في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١ المعدل النافذ .

الفرع الأول

الخطأ

قد يعيب النص القانوني بعيب الخطأ و قد يقع هذا العيب بأي مرحلة من مراحل التشريع القانون وأحيانا قد يقع الخطأ عند نشره بالجريدة الرسمية أو قد يصيب النص القانوني بهذا العيب عند أعداد مشروع التشريع قد تحصل أخطاء مطبعية أو اللغوية أو إملائية^(١) و قد يكون الخطأ يحصل بسب الترجمة الخاطئة لبعض المصطلحات الأجنبية وقد يحصل الخطأ نتيجة بسب عدم الدقة أو الانتباه في استخدام أو المصطلحات القانونية أو الاختصار بالتعابير والألفاظ القانونية والتي قد تؤدي الإخلال بالصياغة القانونية لذا فأن المرحلة الانتقالية التي مر بها العراق فقد تأثرت الصياغة التشريعية لبعض القوانين وتعرضت لبعض الأخطاء خاصة الأخطاء الحاصلة نتيجة ترجمه بعض نصوصها من لغات اجنبيه وقد كان قانون ضريبة الدخل حاله حال بقية القوانين الأخرى فقد وقع أيضا بعيب خطأ الصياغة التشريعية كما هو حاصل في الأمر رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٣ الصادر من سلطه الائتلاف المنحله حيث عرفت الضريبة (بأنها أي ضريبة أو رسم يكون أثره مماثل لأثر الضريبة).

هذا من جهة ومن جهة أخرى فأن قوانين أخرى غير قانون ضريبة الدخل كقانون العقار و العرصات قامت بتعريف الضريبة أي تعدد التعارف لمصطلح واحد هذا من جهة ومن جهة أخرى قامت سلطه لائتلاف عند تعرفها لضريبة بهذا التعريف قامت بخلط مابين الضريبة وبين الرسم على الرغم أن هناك اختلافا مابين

(١) وقع خطأ مطبعي في القانون رقم ١٩٩٤. قانون تعديل قانون ضريبة الدخل الحديث سقطت سهوا عبارة

(١٠٠٠٠٠٠٠ مليون دينار لغاية) مما استدعى الجريدة الرسمية بالتتويه عنه ونشر

هذا التتويه في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٧١٦) في ٦-٤-١٩٩٨.

الضريبة والرسم^(١) .

كذلك توجد حاله أخرى وهذا ما ورد في نص ألفقره (٢) من المادة (٣٥) من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١ المعدل والنافذ حيث أجاز المشرع العراقي في هذه المادة لسلطه المالية أن تقبل طلب الاستئناف المقدم من قبل المكلف المعارض على تقدير الدخل بعد مضي المدة القانونية وذلك إذا اقتنعت بأن المستأنف تأخر عن تقديمه لغيابه عن العراق أو لمرض أفعده أو لسبب قهري آخر، ونلاحظ هنا حيث أن المشرع العراقي جعل الحكم وصاحب القرار هنا السلطة المالية لتقوم بقبول الاستئناف المقدم لها من قبل المكلف بعد مضي المدة القانونية إذا اقتنعت به وهذا يعني يكون تحديد سبب تأخير والبت فيه من صلاحية من قيل السلطة المالية وهنا نلاحظ أن المشرع الضريبي العراقي جعل السلطة المالية هي الخصم والحكم في أن واحد وهذا لا يجوز بل كان أولى بالمشرع العراقي أن يترك أمر البت بطلب للجآن الاستئناف التي تقوم بنظر بطلب الاستئناف.

الفرع الثاني

الغموض

قد يصيب النص القانوني بعيب الغموض عند أعداد مشروع التشريع والنص الغامض هو النص الغير الواضح الدلالة فهو لا يدل على ما فيه بصيغته الموجودة بل يتوقف فهمه على أمر خارجي إي خارج عن عباراته^(٢).

وان العيب الغموض يحدث نتيجة أما قصور في اللغة والإمكانات اللغوية المحدودة لدى من يكلف بأعداد التشريع أو يأتي الغموض في أسلوب النص القانوني عندما يصاغ بأسلوب معقد غير واضح وغير مفهوم ويصعب فهم ما الغاية منه وأيضاً قد يحدث عيب الصياغة عند استخدام مصطلح أو معنى ليدل على شيء فيدل على شيء آخر فعند صياغة النص القانوني يجب التروي وعدم استعجال والنظر في الألفاظ المستخدمة في صياغة النص القانوني^(٣).

ومن الأمثلة على النصوص الغامضة في قانون ضريبة الدخل العراقي وذلك ما ورد في الفقرة (٢) من المادة (٢١) من قانون ضريبة الدخل العراقي التي نصت

(١) وتعرف الضريبة بأنها مبلغ من النقود يلتزم الأفراد بأدائه للسلطة العامة بصفه نهائيه وبدون مقابل محدد وفقاً لقواعد مقرره لكي تتمكن من القيام بالخدمات الملقاة على عاتقها (في حين يعرف الرسم بأنه (مبلغ نقدي جبري يدفعه الأفراد للدولة مقابل نفع خاص يتم الحصول عليه منها) فأهم ما يميز الضريبة عن الرسم أن الأخير ليدفعه المكلف إلا إذا تقدم طالبا الخدمة المرسومة انظر د. طاهر الجنابي . علم المالية العامة والتشريع المالي . دار الكتب للطباعة والنشر . الموصل . بيروت . ص ٣٧.

(٢) د. عبد القادر الشخيلي . فن الصياغة القانونية . تشريعاً وفقها وقضاء . مكتبة دار الثقافة والتوزيع . عمان.

(٣) انظر في أسباب الغموض عمر مبارك سيولم . أوجه الدلالات النصوص على إحكام . دراسة اصولية قانونية رسالة دكتوراه . جامعة بغداد . ١٩٩٩ ص ٣٧٦-٣٩٧.

(فالسلطة المالية إذا رأت ذلك مناسباً أن تقدر الضريبة على غير مقيم وتجعله خاضعاً لها بنسبة مئوية عادلة ومعقولة على مقدار الأعمال التجارية التي يقوم بها غير المقيم بواسطة المقيم أو معه.....) فليس من الصواب أن يضع المشرع العراقي لفض (إذا رأت ذلك مناسباً) وكذلك إيراد ألفاظ (عادلة ومعقولة) أن هذه الألفاظ غير مناسبة ومتعارضة مع مصلحة المكلف ومصلحة السلطة المالية وتجعل كل طرف

يتمسك بالتفسير الذي يراه مناسباً مما تؤدي هذه الألفاظ إلى فتح باب المجال إلى التهرب الضريبي أن وجود الغموض وعدم وضوح عبارة النص القانوني يؤدي ذلك إلى وقوع الموظف بمخالفة المالية لنصوص القانون أو هكذا مخالفت إلى أهدار أموال الدولة وعدم تحقيق العدالة الضريبة بين المواطنين لذا أن الدقة في صياغة القاعدة القانونية تسهم في فهم القاعدة التشريعية وتحدد نطاق عملها وكذلك يجب أن تكون الصياغة قريبة من واقع ليسهل تطبيقها ومنع حدوث إشكال أو لبس في تطبيق القاعدة القانونية

الفرع الثالث

التعارض

على واضع القانون أن يكون منتبهاً ويقضاً إلى عدم وقوع تعارض بتشريع الواحد أو في التشريعات المختلفة لذا على المشرع أن يكون منتبهاً بعدم الوقوع بعيب التعارض سواء حصل هذا التعارض بين نصوص القانون نفسه أو مع قانون آخر والتعارض يحصل نتيجة اصطدام نص مع آخر بحيث لا يمكن الجمع بينهما على الرغم من وضوح كل من النصين إذا ما نظر إليه على حده^(١).

ومن الأمثلة على وجود التعارض في نصوص قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨١ المعدل والنافذ وذلك ما ورد في نص المادة (٥٧) من قانون ضريبة الدخل العراقي حيث عاقب المشرع بموجب الفقرة الأولى من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد عن سنة

كل (من قدم عن علم معلومات و بيانات كاذبة أو ضمنها في تقرير أو حساب أو بيان بشأن الضريبة...) وأن هذا النص يتعارض

مع نص المادة (٥٨) من القانون ضريبة الدخل العراقي حيث نصت (على كل من استعمل الغش أو الاحتيال للتخلص من أداء الضريبة المفروضة أو التي تفرض بموجب هذا القانون كلها أو بعضها)

إذا آن تقديم البيانات الكاذبة يدخل ضمن المفهوم العام لاستعمال الغش أو الاحتيال وهو ما يجعل إمكانية تطبيق كلا المادتين على أمر واحد أو حالة واحدة على الرغم اختلاف العقوبة في كلا المادتين^(٢).

(١) د.صالح يوسف عجيبة ،ضريبة الدخل في العراق من الوجهة الفنية والاقتصادية ،الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٦٥، ص٥٣٠.

(٢) أن العقوبة المقررة في المادة (٥٨) هي الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين.

ومما يزيد من صعوبة الأمر أن الأفعال المنصوص عليها في كلا الماديتين تندرج تحت باب التزوير الواردة في قانون العقوبات العراقي وهذا مما يزيد من صعوبة الأمر.^(١)

وذلك لتعارض العقوبة المنصوص عليها في قانون ضريبة الدخل مع عقوبة التزوير مع قانون العقوبات من حيث شدة العقوبة كذلك حيث تقع المحاكم في حيرة من أمرها بين تطبيق قانون ضريبة الدخل باعتبار قانون خاص وبين تطبيق قانون العقوبات لأن هذه الأفعال تندرج تحت باب التزوير وكذلك أيضا نلاحظ أن مشرع العراقي وقع بعيب آخر من عيوب الصياغة التشريعية عند صياغة نص المادة (٥٧) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨١ حيث كرر المشرع في الفقرة الثانية نفس العبارات في الفقرة الأولى مما يؤدي هذا إلى زيادة غموض النص القانوني وقصوره ونلاحظ هنا أن العقوبة الواردة في قانون ضريبة الدخل العراقي لا تتسجم مع العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات. فكان الأجدر بالمشرع العراقي توحيد العقوبة في قانون ضريبة الدخل مع العقوبة في قانون العقوبات وذلك لخطورة جريمة التزوير وضرر الذي يصيب خزانة الدولة من وراء هكذا جريمة حيث لا يمكن إن تكون هناك عقوبتان متفاوتتان بشدة لنفس الجريمة^(٢).

(١) عرفت المادة (١١١) من قانون العقوبات التزوير على أنه (تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر آخر بأحدي الطرق المادية والمعنوية التي بينها القانون تغييرا في شأنه إحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص كذلك انظر مدحت عباس أمين ، ضريبة الدخل في التشريع الضريبي العراقي ، القسم الأول ، ص أمين ، ضريبة الدخل في التشريع الضريبي العراقي ، القسم الأول ، ص ٢٢٤.

(٢) إن العقوبة المقررة في قانون ضريبة الدخل العراقي هي الحبس لمدة لأتزيد على سنتين وتصل العقوبة في قانون العقوبات إلى السجن لمدة لأتزيد عن خمسة عشر سنة.

الخاتمة

بعد أن بينا أهمية الصياغة التشريعية ودورها الأساسي في تحقيق العدالة الضريبية بين المواطنين ودورها في تمكين الموظف الضريبي في أدائه واجبه على أحسن وجه دون أخطاء ودون وقوع بالمخالفات المالية التي تؤدي بدورها إلى إرباك عمل الضريبة وعدم تحقيق العدالة الضريبية بين المواطنين وكذلك تؤدي إلى هدر أموال الدولة

وتوصلنا في هذا البحث أن قانون ضريبة الدخل العراقي حالة كحال بقية القوانين تشويه عيوب متعددة وهذه العيوب جاءت نتيجة سوء الصياغة التشريعية مثل وقوع النص القانوني بعدة عيوب مثل عيب الغموض والتعارض وغيرها من العيوب التي تؤدي إلى أحداث خلل في العمل الضريبي و إمكانية تفسير النص حسب رغبة الموظف الضريبي نتيجة الفهم الخاطئ لنص أو استغلال النص لمصالحه شخصيه وعلى الرغم من بيان هذه العيوب الموجودة في قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣-١٩٨١ المعدل وخطورة هذه العيوب لأنها تؤدي إلى فتح المجال أمام المكلفين لتهرب الضريبي نتيجة استغلال سوء الصياغة لصالحهم لكن هذه العيوب بقيت على حالها دون تغيير ولا تعديل لذا فنحن نعرض مجموعة من المقترحات من أجل صياغة هذا قانون بصورة سليمة والتطبيق الصحيح وعدم وقوع الموظف الضريبي بالمخالفة المالية وذلك من خلال

- ١- من أجل الوصول إلى صياغة سليمة وعدم وقوع بأخطاء الصياغة التشريعية فيجب أن يصاغ القانون من قبل خبراء مختصين بصياغة القانونية وذلك من أجل الحصول على صياغة سليمة وواضحة ودقيقة
- ٢- وعلى اللجنة المختصة بصياغة القانون عليها أن تواكب التطورات والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في المجتمع وذلك من أجل تحقيق العدالة الضريبية
- ٣- على الهيئة العامة للضرائب تزويد الموظفين العاملين لديها بكافة التعديلات الجديدة وذلك ليكون لدى الموظف الضريبي بكافة التعديلات الجديدة وتلافي وقوع الموظف الضريبي بالمخالفة المالية
- ٤- وكذلك تكون مسؤولية الهيئة العامة للضرائب توضيح النصوص الغامضة للموظف الضريبي وذلك لمنع تفسير النص حسب أهواء الموظف الضريبي وبالتالي يؤدي ذلك إلى أهدار موارد المالية لخزانة الدولة وعدم تحقيق العدالة الضريبية
- ٥- أن عقاب الموظف الضريبي عند ارتكاب المخالفة المالية تكون وسيلة فعالة في تصحيح سلوك الموظف الضريبي عند ارتكاب المخالفة المالية لذا يجب تحديد نوع العقوبة وشدة العقوبة
- ٦- على السلطة المالية أن تقوم بتحسين رواتب الموظفين العاملين في الهيئة العامة للضرائب وذلك من أجل تحصيل الموظف الضريبي من أي ضعف نتيجة قلة مورده المالي وكذلك منع أي استغلال لنص القانوني لمصلحة الموظف الشخصية

المصادر

- ١- إبراهيم حميد محسن الزبيدي، تحصيل دين الضريبة الدخل في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٠١
- ٢- احمد حمد الفارسي، التأديب في مجال الوظيفة العامة المدنية والعسكرية في الكويت (دراسة مقارنة) مجلة الحقوق ، العدد الرابع، ٢٠٠٤
- ٣- د- باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، الطبعة الثانية ، بغداد
- ٤- توفيق حسن الفرّج ، المدخل العلوم القانون ، الدار جامعیه ، بيروت ، ١٩٨٨
- ٥- حسن عداي الدجيلي ، شرح قانون ضريبة الدخل العراقي ، بغداد ، السنه بلا
- ٦- د- صالح يوسف عجينه، ضريبة الدخل في العراق من الوجهة الفنية و الاقتصادية ، الطبعة العالمية ، القاهرة، ١٩٦٥
- ٧- د- طاهر الجنابي ، علم المالية العامة والتشريع المالي، دار الكتب للطباعة والنشر ، بيروت
- ٨- د- عبد القادر الشخيلي ، فن الصياغة القانونية _ تشريعيا وفقها وقضاء ، مكتبة دار الثقافة والتوزيع ، عمان
- ٩- د- عصمت عبد المجيد ، أصول التشريع ، دار الشؤون الثقافية العامة، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٩
- ١٠- د- عبد المنعم فوزي المالية العامة والسياسة المالية ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٩٧٢ ،
- ١١- د- عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة ، ١٩٦٤
- ١٢- عمر مبارك سويلم ، أوجه الدلالات النصوص على الأحكام ، دراسة أصولية قانونية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٩
- ١٣- مدحت عباس أمي، ضريبة الدخل في العراق دراسة مقارنة ، بغداد
- ١٤- د- محمود رياض عطية ، موجز المالية العامة ، دار المعارف لنشر، القاهرة، ١٩٦٥

القوانين

- ١- قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٨١.
- ٢- قانون العقوبات لسنة ١٩٦٩.
- ٣- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
- ٤- قانون الرقابة المالية رقم (٦) لسنة ١٩٩٠.

الضمانات القانونية للعامل وموظفي الدولة

م.م.سوسن سعد عبد الجبار الشمري

المستخلص

تشكل السلطة التأديبية ، الوسيلة الناجعة بيد صاحب العمل من جهة ، وبيد الادارة من جهة اخرى، في تقويم سلوك من هم تحت اشرافهم وتبعيتهم من عمال وموظفين ، والعامل او الموظف في أحلك فترات علاقته مع رؤسياه ، وهي فترة التوتر التي تسودها عندما يمارس رؤوسه السلطة التأديبية، ويبدون في أوج قوتهم وعنفوانهم ، قد تترسخ لدي العامل او الموظف الإحساس بالحيف والشعور بعدم الرضا والرغبة في التمرد ، والانتقام مما يثري الصراع الطبقي الذي يهدد استقرار المجتمع والدولة . فالمرؤوس هنا ، يقوم بجميع الأدوار خلال تلك الفترة ، فهو الخصم والمحقق والحكم .

لذا تجلت أهمية الضمانات القانونية تجاه السلطة التأديبية ، ودراستها ، في أنها تحاول إقامة نوع من التوازن خلال تلك الفترة الحرجة ، بفرض العديد من القيود علي صاحب العمل، او الادارة ، فهذه الضمانات ليست مقصورة بذاتها ، بل لكونها تعتبر في نفس الوقت قيودا على الرئيس - ممارس السلطة التأديبية - تهدف إلي حمايته ضد احتمال التعسف في استعمال السلطة التأديبية .

ولا تقتصر فائدة هذه القيود علي العامل او الموظف ، فقد بل تمتد لتشمل المجتمع بأسره عن طريق تحقيق الاستقرار له في عمله. فمعرفة كل طرف من طرفي العلاقة القانونية بحقوقه وواجباته ، خلال ممارسة رئيس العمل السلطة التأديبية ، يؤدي إلي تخفيف حدة التوتر بينهما، وتفرغ العمال والموظفين الذين يشكلون أغلبية المجتمع لممارسة عملهم بعيداً عن التناحر والشد والجذب بينهم وبين رؤسائهم ؛ وبالتالي حماية بنيان المجتمع من الصراعات الطبقيّة ونشر السلام الاجتماعي .

لذا فإننا نأمل من خلال هذه الدراسة توضيح حقوق، وواجبات كل طرف منهما في محاولة لتحقيق نوع من الوعي، وبالتالي المساعدة على استقرار علاقتهم أثناء هذه الفترة.

Abstract

Constitute a disciplinary authority, a good way, however, the employer's hand, and, however, the administration on the other hand, in evaluating the behavior of those under their supervision and subordination of the workers and staff, and the worker or employee in the darkest periods of his relationship with his subordinates, a period of tension that dominated when exercising subordinates disciplinary authority, and look at the height of their power and Anfoanam, may take root, I have a worker or the employee a sense of unfairness and dissatisfaction and the desire to revolt, and revenge, which enriches the class struggle that threatens the stability of society and the state. Valmrús here, the roles of all during that period, the discount is the investigator and governance.

Therefore demonstrated the importance of legal guarantees to the disciplinary authority, and studied, in that they are trying to establish some sort of balance during this critical period, to impose many restrictions on the employer, or the administration, these guarantees are not limited to itself, but because it is at the same time limits on the President - Practitioner Disciplinary authority - aims to protect against the possible abuse of the disciplinary authority.

Not only the usefulness of these restrictions on the employee or the employee, but may extend to the entire community by stabilizing him in his work. Knowing each party of the legal relationship rights and duties, through the exercise of the boss disciplinary authority, lead to an easing of tension between them, and full-time workers and staff who make up the majority of the community to practice their work away from the rivalry and tension between them and their superiors; and thus protect the texture of the community of the class struggles and the dissemination of social peace.

So we hope that through this study to clarify the rights and obligations of each party in an attempt to achieve a kind of consciousness, and thus help to stabilize their relationship during this period.

المقدمة

إن لصاحب العمل في المشروع سلطتان ، الأولى هي سلطة أدارية تتمثل في التوجيه والإشراف المباشر على العمل وسيره ، والثانية ، سلطة انضباطية تأديبية ، تتمثل في محاسبة عامله وفرض العقوبات الرادعة بحقهم في حال مخالفتهم لأوامره او تعليماته .

وما يهمنا في بحثنا هذا ، هو تلك السلطة الانضباطية المقررة لصاحب العمل ، لضمان حسن سير العمل داخل مؤسسته أو منشاته ، وهذه السلطة ، تستمد مشروعيتها من رابطة التبعية القانونية بين العامل وصاحب العمل والتي تعتبر جوهر العلاقة بينهما ، وهي في ذات الحين ، ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود المسماة وغير المسماة .

وان الخطأ التأديبي الذي تقوم مع قيامه تلك السلطة ، وجودا وعدما ، هو إخلال بنظام العمل داخل المؤسسة وبقواعد السلوك المتعلقة بالعمل ، كما ويتعلق بسيرة العامل الشخصية داخل المجموعة المهنية التي يعمل معها . فالأخطاء التأديبية التي تقع من قبل العامل داخل أطار المؤسسة ، هي أخطاء مهنية لأنها من ناحية ترتكب بمناسبة العمل ، ومن ناحية أخرى لها انعكاسات سلبية على المؤسسة ، فمنها ما يتعلق بسوء سلوك العامل في علاقته مع الأشخاص المتواجدين بالمؤسسة ، أو أن تتمثل في عدم الانضباط داخل المؤسسة ، كما قد توجد أخطاء تأديبية بحته تتمثل في الإخلال بواجب النزاهة والأمانة التي يتوجب على العامل التحلي بها .

إن صاحب العمل ، وهو يمارس سلطته التأديبية داخل مؤسسته ، من خلال فرض الجزاءات التأديبية ، إنما يجمع بين سلطتي التشريع والقضاء ، فهو من جهة ، يكون قد وضع مسبقا نظاما للأوامر والنواهي التي يجب على العامل الالتزام بها ، ومن جهة أخرى ، فهو الذي يتولى فرض أو إيقاع تلك الجزاءات .

هذا ، ولأنجد الحال يختلف كثيرا في علاقة الموظف العام بجهة الإدارة ، فهو ملزم بما تفرضه القوانين الخاصة بالوظيفة العامة ، من أوامر ونواه ، وتستطيع الإدارة فرض ما تراه على ذلك الموظف من جزاءات تأديبية ، تتناسب والفعل التأديبي المرتكب من قبل الموظف ، وتقوم أيضا بإيقاعها عليه ، لما للموظف من مركز تنظيمي يربطه بجهة الإدارة ، يفرض ما تقدم من أوضاع قانونية .

إلا إن الجزاءات التأديبية المتقدمة ، وفي كلتا الحالتين ، إجراءات تعد في حد ذاتها ، خطيرة للغاية ، لما لها من آثار سلبية على الموظف أو العامل الذي يتعرض لها ، تكون في أكثر الأحيان ، أثارا مادية بحته ، قد تمس مقدار أجره أو راتبه الشهري ، أو منزلته الوظيفية.

كما إن تلك الجزاءات خطيرة من ناحية أخرى ، وهي إن من يقرها ويوقعها هي جهة واحدة ، الإدارة أو صاحب العمل ، مع الأخذ بنظر الاعتبار باختلاف القطاع الحكومي عن القطاع الخاص ، من حيث قوة وضعف مركزيهما القانونيين .

لذا ، وانطلاقا مما تقدم ، كان مدار بحثنا الموسوم ((الضمانات القانونية تجاه السلطة التأديبية بين قانون العمل وقانون انضباط موظفي الدولة في العراق - دراسة تحليلية -)) ، مجالا للبحث في تلك السلطة التأديبية ، ومحورا للمقارنة بين تلك السلطة الموجودة في قانون العمل العراقي النافذ رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ ، وقانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ وقانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ ، وعليه قمنا ، بتقسيم بحثنا حول النقاط الآتية :-

- المبحث الأول :- السلطة التأديبية بين صاحب العمل والإدارة
- المطلب الأول :- الأساس القانوني للسلطة التأديبية .
- المطلب الثاني :- لائحة الجزاءات التأديبية .
- المطلب الثالث :- العقوبات التأديبية .
- المبحث الثاني :- الضمانات القانونية
- المطلب الأول :- الضمانات القانونية السابقة لفرض العقوبة .
- المطلب الثاني :- الضمانات أثناء التحقيق .
- المطلب الثالث :- الضمانات القانونية المرافقة .
- المطلب الرابع :- الضمانات القانونية اللاحقة لفرض العقوبة .
- المطلب الخامس :- الرقابة القضائية على فرض العقوبة .

المبحث الأول

السلطة التأديبية لصاحب العمل

لقد نصت المادة (٩٠٩) الفقرة (٢) من القانون المدني على إن (العامل مسؤول عن كل مخالفة لالتزاماته المقررة في فقرتها الأولى) وتأسيساً على ما تقدم فإن لصاحب العمل المطالبة بالتعويض المالي عن كل إخلال بالالتزام العقلي من قبل العاملين ولما كان المشرع يحيط اجر العامل بحماية كبيرة تجعل استيفاء التعويض من العامل بالاعتطاع من أجره أمراً صعباً فإن تطبيق القواعد المدنية غير عملي في إطار علاقات العمل في اغلب الأحوال هذا من ناحية ومن ناحية أخرى إن توقيع الجزاء على العامل كنتيجة للمسؤولية المدنية لا تتوفر فيه كل أركان هذه المسؤولية فمخالفة العامل القواعد المقررة في أنظمة العمل او قواعد الأمن الصناعي او عدم إطاعته أوامر صاحب العمل مباشرة قد لا تنطبق وإحكام المسؤولية المدنية ذلك لان لا ضرر مادي ولا معنوي لذا يستحيل توقيع جزاء مدني على العامل .

من كل ما تقدم كان لازماً ولضمان حسن سير العمل وانتظامه إن يشرع جزاء خاص في إطار علاقات العمل وهو جزاء تأديبي يتولى صاحب العمل أبقاعه على العامل إذا ما اخل ببعض التزاماته و من المعروف إن الجزاء التأديبي يختلف عن الجزاء المدني في إن الأول ليس له صفة التعويض وإن ايقاعه لا يتوقف على تحقيق غرض لصاحب العمل وإنما القصد منه زجر العامل وعدم تكراره للمخالفة التأديبية ثم انه يتناسب عادة مع جسامة المخالف لا مع جسامة نتيجتها. والملاحظ إن صاحب العمل يجمع بين سلطتي التشريع والقضاء داخل المشروع فهو الذي يضع القواعد التأديبية في كل ما تضمنه من أوامر ونواحي وعقوبات وهو الذي يوقع هذه العقوبات ، فهو كالمخض والحكم وأن واحد .

وتأتي هذه السلطة نتيجة للرابطة التبعية بين صاحب العمل والعامل لذا كان لابد لصاحب العمل من إيقاع العقوبات ضماناً لتنفيذ أوامره ونواهيهِ لذا كان واجب على المشرع إن يحيط هذه السلطة بضمانات قانونية لحماية العامل من جور وظلم صاحب العمل ، الذي قد يؤدي في كثير من الأحيان الى إضاعة حق العامل.

المطلب الأول

الأساس القانوني للسلطة التأديبية

إن أساس المسؤولية القانونية هو الخطأ (أيأ كان كانت هذه المسؤولية مدنية أم جنائية أم تأديبية والخطأ الذي يقيم أية مسؤولية هو أخل بالالتزام إلا إن وصف هذا الخطأ يعتمد أساساً على نوع الالتزام الذي اخل به المخطئ فمتى كان الالتزام مدنياً سمي الخطأ مدنياً ومتى كان مقررأ في نص جزائي سمي خطأ جنائياً إما إذا كان هذا الإخلال قد وقع تجاوزاً على قواعد تكفل انتظام العمل في جماعة معينة فإنه يكون خطأ تأديبي) (١٧)

ويشترط في الخطأ التأديبي الذي يقيم المسؤولية التأديبية في عقد العمل إن ينشأ عنه ضرر مادي او معنوي يلحق بصاحب العمل ، ولهذا فهو يختلف عن الخطأ المدني الذي يقيم المسؤولية المدنية حيث لا تنهض هذه المسؤولية إلا إذا توافر ركن الضرر لأنه الأصل في الخطأ التأديبي المحض ومما تقدم فإن الأخطاء

التأديبية ذات الطابع المدني تشذ عن ذلك.

حيث نجد إن الضرر بعد ركناً أساسياً لقيام المسؤولية التأديبية فيها ومن ثم فرض الجزاء التأديبي على العامل (١٨)

المطلب الثاني

لائحة الجزاءات التأديبية

لقد نصت المادة (١٢٥) أولاً (يصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قواعد نموذجية يسترشد بها أصحاب العمل .لذا فإن هذه القواعد غير ملزمة لأصحاب العمل ، وقد بينت المادة ذلك صراحة بقولها ((يسترشد بها أصحاب العمل ذلك لغرض تقديم نموذج يقتدون به في صياغة لوائحهم التأديبية . أما الفقرة الثانية من ذات المادة فلقد نصت على ((كل صاحب عمل يستخدم عشرة عمال فأكثر إن يضع لائحة فيها المخالفات التي يعاقب على ارتكابها))

فهنا يلجأ المشرع الى إلزام صاحب العمل ليستعمل عشرة عمال فأكثر إن يضع لائحة لجزاءات التأديبية تتضمن بيان المخالفات التي ما إذا ارتكبها العامل تعرض للجزاء التأديبي كما يتبين من ناحية أخرى ماهية الجزاءات التي يمكن إن تفرض على كل مخالفة وأخيراً الإجراءات التي تتبع في فرض الجزاءات التأديبية وان لمثل هذه اللوائح أهمية كبيرة فهي تحقق العدالة بين العمال من خلال خضوعهم في التأديب لقاعدة عامة مجردة ويمكن العمال مقدماً إن يكونوا على بينة من المخالفات والجزاءات التأديبية ، وان لوضع هذه اللوائح أهمية في تقييد سلطات صاحب العمل في فرض الجزاءات التأديبية فهي ضمانه من ضمانات العمال في فرض الجزاءات التأديبية بحقهم .

س/ ماذا بخصوص أصحاب العمل الذين يستعملون اقل من عشرة عمال ؟

أن أصحاب العمل الذين يستعملون عدداً اقل مما هو محدد في قانون العمل غير ملزمين بأن يضعوا لوائح تأديبية لكن هذا لا يمنع متى ما أقدم صاحب العمل مختاراً على إصدار مثل هذه القواعد ذلك لغرض تحديد المخالفات وتحديد جزاءاتها التأديبية وعلى صاحب العمل الالتزام بها في فرض العقوبة على العامل المخالف .

كذلك فإن أصحاب العمل الذين يستعملون عمال اقل مازالوا متمتعين بسلطاتهم في فرض العقوبة التأديبية ذلك مازالت رابطة التبعية بين العمال وأصحاب العمل قائمة على إن تكون ممارستهم للسلطة ضمن الحدود المرسومة قانوناً وما تقضي به القواعد العامة للقانون.(١٨)

ولقد بين قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ آلية وضع اللوائح التأديبية فعلى صاحب العمل إن يتبع جملة إجراءات عند وضع اللوائح فعلية عرض قواعد الانضباط على مكتب العمل في المحافظه والمصادقة عليه وللمكتب تعديل تلك القواعد وفقاً لقواعد الانضباط النموذجية ومقتضيات العمل على إن يبلغ صاحب العمل بالموافقة عليها بصيغتها الأصلية او المعدلة خلال ٣٠ يوم من تسجيلها لديه وإلا اعتبرت تلك القواعد مصادقاً عليها بأنقضاء تلك المدة ، وعلى صاحب العمل إن يعلن قواعد العمل في لوحة الإعلانات بعد المصادقة عليها ولا تعد نافذة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً على إعلانها وعلى صاحب العمل إن يستكمل إجراءات وضع قواعد الانضباط خلال ٣٠ يوم من تاريخ صدور قواعد الانضباط النموذجية

المطلب الثالث

العقوبات التأديبية لصاحب العمل

نص قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ في المادة (١٢٦) منه على العقوبات الانضباطية التي من حق صاحب العمل إيقاعها على العامل وهي كالآتي :-

- ١- لفت نظر
- ٢- قطع مدة لا تزيد على ثلاثة أيام ، على إن لا يستقطع من الأجر ما يزيد ٢٠% من أجره الشهري .
- ٣- تأجيل منح العامل الزيادة السنوية لمدة لا تزيد على ستة أشهر .
- ٤- حجب الزيادة السنوية عن السنة التي وقعت فيها المخالفة .
- ٥- الفصل من العمل .

وسوف نتناول عقوبة الفصل بشيء من التفصيل لأنه من أكثر العقوبات المحاطة بالضمانات القانونية بالشروط . مع مقارنته بعقوبة الفصل الواقعة على الموظف في قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١

الفرع الأول

عقوبة لفت النظر

يكون ذلك بلفت نظر العامل المخالف الى الخطأ الذي ارتكبه وتحذيره من تكراره مستقبلاً حيث يعاقب في حالة التكرار بعقوبة اشد .

الملاحظ على قانون العمل العراقي انه لم يورد تعريفاً محدد لها على خلاف انضباط موظفي الدولة الذي عرفه بأنه (أشعار الموظف تحريضاً بالمخالفة التي ارتكبتها وتوجيهه بتحسين سلوكه الوظيفي) كذلك لم يرتب قانون العمل على هذه المخالفة أي آثار تبعية بالنسبة لما يستحقه العامل من مزايا واستحقاقات مستقبلية كحقه في الزيادة السنوية او الترقية بخلاف قانون انضباط موظفي الدولة الذي رتب على هذه العقوبة تأخير الترفيع أو الزيادة مدة ثلاثة أشهر .

الفرع الثاني

عقوبة قطع الأجر

هو استقطاع مبلغ من المال من اجر العامل بسبب إخلاله ببعض الالتزامات التعاقدية او مخالفته أوامر صاحب العمل ، فهي بهذا المفهوم تمثل خطراً حقيقياً يهدد العامل ذلك أنها تجعل من أجره عرضة للأقتطاع بقرار فردي من قبل صاحب العمل ، ولهذا نلاحظ إن قانون العمل العراقي قد قيد سلطات صاحب العمل في مثل هذه العقوبة بأنه حدد حد اعلي لمقدار عقوبة قطع الأجر بنصه على (..... على إن لا يستقطع من الأجر ما يزيد على ٢٠% من أجره الشهري) كذلك حدد فترة قطع الأجر لمدة لا تزيد على ثلاثة أيام ولم يمكن القانون صاحب العمل من الاستفادة من حصيلة الغرامات التأديبية بأن قرر بالفقرة (٣) من المادة (١٢٩) بأنه تؤول حصيلة عقوبة قطع الأجر التي تستقطع من العامل الى معهد الثقافة العمالية لاستثمارها لمصلحة العمال ، لذا عدت عقوبة قطع الأجر جزاء تأديبي وليس جزاءً مدنياً ذلك لان حصيلتها لا تؤول الى صاحب العمل بل

أنها آلت الى غير صاحب العمل مادامت ليست تعويض له عن إخلال او ضرر لحق بالعمل .
وإذا انتقلنا الى ميدان قانون انضباط موظفي الدولة فأننا نجد مثيلاتها كل من عقوبة قطع الراتب المنصوص عليها في الفقرة ثالثاً وعقوبة إنقاص الراتب المنصوص عليها في الفقرة خامساً من المادة ()

فالمقصود بعقوبة قطع الراتب يكون بحسم القسط اليومي من راتب الموظف لمدة لا تتجاوز عشرة أيام بأمر تحريري تذكر فيه المخالفة التي ارتكبها الموظف واستوجبت العقوبة وترتب عليه تأخير الترفيع او الزيادة وفقاً لما يأتي :-

- ١- خمسة أشهر في حالة قطع الراتب لمدة لا تتجاوز خمسة أيام
 - ٢- شهر واحد عن كل يوم من أيام قطع الراتب في حالة تجاوز العقوبة خمسة أيام .
- أما بالنسبة الى عقوبة إنقاص الراتب فتكون بقطع مبلغ من راتب الموظف بنسبة لا تتجاوز ١٠% من راتبه الشهري لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين ويتم ذلك بأمر تحريري يشعر الموظف بالفعل الذي ارتكبه ويترتب على هذه العقوبة تأخير الترفيع او الزيادة مدة السنتين .**الفرع الثالث**

تأجيل منح العامل الزيادة السنوية:-

وهنا يمكن لصاحب العمل تأجيل منح الزيادة السنوية للعامل المعاقب مدة تزيد على ستة أشهر .
وإذا ما عرجنا الى قانون أنضباط موظفي الدولة لسنة ١٩٩١ فأن تأجيل منح الزيادة السنوية او تأخير منحها قد جاء مقترناً بعقوبات تأديبية أخرى مثل عقوبة لفت النظر ، الإنذار ، قطع الراتب ، التوبيخ ، إنقاص الراتب فلم تكن عقوبة تأخير الزيادة السنوية عقوبة مستقلة واختلفت فترة التأخير باختلاف العقوبات الإدارية ، ففي عقوبة التوبيخ تتأخر الزيادة لمدة سنة واحدة . وفي عقوبة إنقاص الراتب تتأخر الزيادة مدة سنتين ، وفي عقوبة لفت النظر تتأخر الزيادة مدة ثلاثة أشهر . وفي عقوبة الإنذار تتأخر مدة ثلاثة أشهر .

الفرع الرابع

حجب الزيادة السنوية

وهي عقوبة انضباطية المراد بها حرمان الموظف العامل من الزيادة السنوية كجزاء عن مخالفة ارتكبها لمدة اثني عشر شهراً أي سنة كاملة خلاف عقوبة تأجيل منح العامل الزيادة السنوية في إن الأخيرة تكون فترة التأخير لمدة لا تزيد على ستة أشهر إلا انها تتشابه معها من حيث مضمونها . إما في قانون انضباط موظفي الدولة لسنة ١٩٩١ فإننا كما ذكرنا في عقوبة تأجيل الزيادة السنوية وعلى اختلاف مدد التأخير لا تتأتى بصورة مستقلة كعقوبة لكنها تكون اثر إداري بعقوبة إدارية كعقوبة التوبيخ عند فرض العقوبة المذكورة من أثارها تأخير الترفيع او الزيادة السنوية لمدة سنة واحدة .

الفرع الخامس

الفصل التأديبي

ويحق لصاحب العمل فصل العامل الذي يرتكب الخطأ الجسيم إثناء تأديته العمل او بسببه قد قر هذا الحق لصاحب العمل لضمان استقرار العمل و التمثل لأوامر ونواهيه ، وهو الذي يمكن تشبيه بحالة الشخص

الذي يخالف قواعد النظام العام والأوامر فيستحق الجزاء .

ولقد حصرت المادة (١٢٧) الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل إيقاع عقوبة الفصل بحق العامل المخالف ضماناً قانونياً لكي لا يتوسع صاحب العمل في فرض هذه العقوبة لأسباب لا تستوجب فرضها في بعض الأحيان و قد يكون إيقاعها تحقيق غايات شخصية لصاحب العمل لذا جاز للعامل الاعتراض على عقوبة الفصل في حاله إيقاعها عليه بدون إي سبب من الأسباب القانونية المنصوص عليها في المادة أعلاه و يحق له رفع دعوى لدى محكمه العمل المختصة لفرض إلغاء العقوبة المفروضة عليه .

حالات إيقاع عقوبة الفصل بحق العامل

الخطأ الجسيم الذي ينشأ عنه ضرراً مادياً .

لقد إجازت الفقرة (أولاً) من ماده (١٢٧) ((لصاحب العمل إن يوقع عقوبة الفصل على العامل إذا ارتكب العامل خطأ جسيماً نشأ عنه ضرر مادي شرط أن يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة على خلال (٢٤ ساعة) من وقوع الحادث))

وهنا يشترط لفرض العقوبة حدوث خطأ جسيم الذي يستوجب الفصل إذ نجد إن أصحاب العمل بقصد حماية مصالحهم يعملون على توسيع دائرة مفهوم أو مضمون الخطأ الجسيم بمقتضى الأنظمة الداخلية بالمقابل نجد إن الفقه و القضاء يعملون على تطبيق هذه الدائرة لحماية مصالح العمال، وتقيداً لسلطة رب العمل ، ويعرف الخطأ الجسيم بأنه ويشترط بالخطأ الجسيم أن يكون عمدياً وينشأ عن هذه الخطأ ضرر مادي ولم يشترط أن ينشأ عن هذا الخطأ ضرر مادي ولم يشترط فيه المشرع أن يبلغ قداً معيناً من الجسامة ولا يعتد بالضرر المعنوي أياً كانت جسامته لأنه لا يحقق الشرط المطلوب.

واستناداً الى المادة السابقة على صاحب العمل إبلاغ مكتب العمل خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث ذلك ليتسنى للمكتب أن يتحقق من حجة ما نسب للعامل من خطأ جسيم لذا لا بد من وجود دليل قاطع ليتمكن صاحب العمل من فصل العامل .

وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الكويتية في قرارها (طعن رقم ٩٤ و ٩٦ / تجاري وعمالي) من انه (أن لرب العمل السلطة التامة في تنظيم منشأته بما يكفل النهوض بها ، كما من حقه نقل العامل من عمله الى عمل آخر لا يختلف عنه اختلاف جوهرياً وفق ما تقتضيه مصلحة العمال ولما كانت الشركة (صاحبة العمل) قد استندت في فصل العامل (العامل) الى عدم تنفيذ الأمر الصادر بنقله من مقر عمله الى عمل آخر في منطقة أخرى واصراره على ذلك وإقراره به ، مما نسب قرر بالعمل فأن فصله من العمل في هذه الحالة يكون مبنياً على ارتكابه خطأ جسيماً بأخلاله بالالتزامات المفروضة عليه بما يسوغ معه فصله بدون إعلان وبدون مكافأة طبقاً للمادة ٥٥ /ومن قانون العمل في القطاع الأهلي) ... مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١ رقم (٦٨) ص ٢٠٣.

١- إفشاء أسرار العمل :-

أن هذه المخالفة تنشئ نوعين من المسؤولية (المدنية والتأديبية) إذ في المسؤولية المدنية يلتزم بتعويض صاحب العمل عن الإضرار الناشئة عن الإفشاء .والمسؤولية التأديبية يكون لصاحب العمل فرض عقوبة

انضباطية على العامل وقد حدد المشروع هذه العقوبة الانضباطية بعقوبة الفصل لكن المشرع اوجب لصحة القرار الفصل بسبب إفشاء الاسرار حدوث ضرر بصاحب العمل لكنه لم يحدد مقدار هذا الضرر ونوعه ويكون على حد سواء في هذه الحالة الضرر المادي والضرر المعنوي دون الأخذ بنظر الاعتبار مقداره.

وإذا ما انتقلنا الى قانون موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي (١٤) لسنة ١٩٩١ فقد نصت المادة الرابعة منه الفقرة سابعاً على إن يلتزم الموظف بالواجبات الآتية:-

سابعاً :- كتمان المعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم وظيفته أو إنشاءها إذا كانت سرية بطبيعتها أو يخشى من إفشائها إلحاق الضرر بالدولة أو الأشخاص أو صدرت إليه أوامر من رؤسائه بكتمانها ويبقى هذا الواجب يبقى قائماً حتى بعد نهاية خدمة الموظف بإحالاته إلى التقاعد أو انتهاء خدمته بأي وجه كان . ويتضح أن قانون انضباط موظفي الدولة لم يحدد العقوبة التي تفرض على الموظف المخالف لأنه ترك للجنة التحقيقية حرية اختيار العقوبة ضمن العقوبات المنصوص عليها في المادة (٨) في هذا القانون. هذا من ناحية

من ناحية أخرى نلاحظ أن المادة قد اشترطت أن تكون هذه المعلومات أو الوثائق سرية بطبيعتها ويترتب على إفشائها إلحاق الضرر بالدولة أو الأشخاص . وان هذا الواجب سيبقى قائماً حتى بعد نهاية خدمة الموظف بأحالاته الى التقاعد أو إي سبب آخر لإنهاء الخدمة .

ثالثاً: مخالفة التعليمات الخاصة بسلامة العمل :-

نصت م (١٢٧) لصاحب العمل معاقبة العامل بعقوبة الفصل من العمل وإذا خالف العامل التعليمات الخاصة بسلامة العمل أكثر من مرة شرط أن تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلنة في مكان ظاهر أو يكون قد ابلغ بها شفويّاً إذا كان امياً .

لذا فانه يشترط لتطبيق هذه المادة توافر شروط ثلاثة :-

- ١- أن ترتبط المخالفة بالتعليمات الخاصة بلائحة العمل .
- ٢- أن يكون العامل قد أبلغ بهذه التعليمات فإذا كانت هذه التعليمات مكتوبة ومنشورة في محل معلوم في موقع العمل فإن القانون يفرض العلم بها مسبقاً ، وقد يكون التبليغ شفويّاً إذا كان العامل امياً .
- ٣- أن يكون هناك تكرار في المخالفة إي أن القانون لا يعاقب على المرة الأولى فلا بد أن تتكرر المخالفة لهذه التعليمات ، ولكن يبقى السؤال كيف يتحقق صاحب العمل من حدوث تكرار في مخالفة هذه التعليمات؟ وهنا لابد أن يكون صاحب العمل قد انذر العامل كتابياً أو شفويّاً بالمخالفة الأولى بصورة يسهل إثباتها في حالة تكرار المخالفة مرة ثانية لغرض إيقاع عقوبة اشد ، وهي عقوبة الفصل .
- ٤- حالة السكر البين والتأثير بالمخدرات :-

تخط القوانين على العامل الحضور في أوقات العمل الرسمية إي محل العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مخدرات لابد أن يوجد أكثر من مرة إنشاء ساعات العمل في حالة سكر بين أو تحت تأثير مخدر . ولقد أقرت محكمة النقض المصرية في قرار لها هذه المادة حيث نصت :

وكذا فعل قانون انضباط موظفي الدولة حيث نصت المادة (٥) منه (يحضر على الموظف ما يأتي:-

ثاني عشر :- الحضور الى مقر وظيفته بحالة سكر أو الظهور بحالة سكر بين في محل عام)
وقد قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها أنه (مؤدي نص المادة (٧٤) من القانون (٩١) لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون العمل أن على الطرف الذي ينهي العقد أن يفصح عن الأسباب التي أدت به الى هذا الإنهاء فإذا لم يذكرها قامت قرينة لصالح الطرف الآخر على إنهاء وقع غير مبرر و من ثم فإذا ذكر صاحب العمل سبب فصل العامل فليس عليه إثبات صحة هذا السبب وإنما يكون على العامل عبء إثبات عدم صحته وان الفصل لم يكن له ما يبرره فإذا اثبت العامل عدم صحة المبرر الذي يستند اليه صاحب العامل في فصلة كان هذا دليلاً كافياً على التعسف لأنه يرجع ما يدعيه العامل من أن في فصله كان بلا مبرر وكان الثابت بالأوراق أن الطاعة ذكرت مبررات فصل المطعون عليه وهي إخلاله بواجبات وظيفته واعتياده السكر خلال العمل وإثاء مقابلة العملاء، فان المطعون عليه إذا ادعى الطاعة في فصله يكون هو المطالب بأثبات أقام قضاءه المطعون عليه بالتعويض لمن فصله على أن الطاعة لم تثبت صحة المبررات التي استخلصها الحكم لفصل المطعون عليه ، فانه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب، دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن)

م ١٢١ ، ١٢٢ ق ١٢ لسنة ٢٠٠٣ (الطعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢ / ٣/٥ س ٣٣ ص ٤٧٠)

خامساً : إتيان العامل سلوكاً لا يأتلف وشرف العمل:-

لقد حددت المادة (١٢٧) الفقرة خامساً نصاً يقضي بجواز معاقبة العامل بعقوبة الفصل ((إذا أتى أكثر من مرة سلوكاً لا يأتلف وشرف العمل))

يلاحظ على عبارة لا يأتلف وشرف العمل أن المشرع قد استعارها من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٦٩) لسنة ١٩٣٦ الذي كان يواكب قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ، حيث نصت المادة الرابعة منه الفقرة (ج) على :-

((على كل موظف إتباع الواجبات الآتية :-

ج/ الامتناع عن استعمال النفوذ الرسمي لتسوية المسائل الخصوصية وعن إتيان إي فعل لا يأتلف وشرف العمل إثاء قيامه بها أو خارجها بصورة علنية)).

وان عبارة لا يأتلف وشرف العمل ليست لها دلالة محددة في قانون العمل إلا انها ممكن أن تتسع لتشمل حتى السلوك الشخصي للعامل داخل العمل أو خارجه كقبول الرشوة دون علم صاحب العمل واستغلال العمل للمصالح الخاصة ، كما انها قد تمتد لتشمل حتى العلاقات الجنسية المخالفة للآداب العامة ونلاحظ أن قانون انضباط موظفي الدولة قد نص على ما يدخل ضمن ميدان الشرف الوظيفي في المادة (٤) منه حيث نص :-

يلتزم الموظف بالواجبات التالية :-

ثامناً : المحافظة على كرامة الوظيفة العامة والابتعاد عن كل ما من شأنه المساس بالاحترام اللازم لها سواء أكان ذلك إثاء أدائه وظيفته أم خارج أوقات الدوام الرسمي .

تاسعاً : الامتناع عن استغلال الوظيفة لتحقيق منفعة أو ربح شخصي له أو لغيره .

بينت المادة (٥) من ذات القانون على انه يحضر على الموظف ما يأتي :-

ثالثاً : الاشتراك في المناقصات.

رابعاً : الاشتراك في المزايدات التي تجريها الدولة والقطاع الاشتراكي لبيع أموال المنقولة والغير منقولة إذا كان مخولاً قانونياً بالتصديق على البيع باعتبار الإحالة قطعية أو كان عضواً في لجان التقدير أو البيع أو اتخذ قراراً ببيع أو إيجار تلك الأموال . أو كان موظفاً في المديرية العامة أو ما يعادلها التي تعود إليها تلك الأموال .
خامساً : استعمال المواد والآلات ووسائل النقل وغيرها العائدة الى دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي لإغراض خاصة

الحادي عشر : الاقتراض أو قبول مكافأة أو هدية أو منفعة من المراجعين أو المقاولين أو المتعهدين مع دائرته أو من كان لعمله علاقة بالموظف بسبب الوظيفة .

والملاحظ أن قانون انضباط موظفي الدولة لم يسرد المحاذير الواجبة الابتعاد عنها من قبل الموظف العام إلا بعد أن عرف الوظيفة العامة في المادة (٣) منه بأنها ((الوظيفة العامة تكليف وطني وخدمة اجتماعية يستهدف القائم بها المصلحة العامة وخدمة المواطنين في ضوء القواعد القانونية النافذة)) لذا فإن المصلحة الشخصية للموظفين تأخذ سيراً معاكساً لمعنى الوظيفة العامة فكان لا بد منه معاقبة الموظف العام المخالف بإحدى العقوبات المنصوص عليها في المادة (٨) من ذات القانون.

وهذا ما بينته المادة (٧) بقولها إذا خالف الموظف واجبات وظيفته أو قام بعمل من الأعمال المحظورة عليه يعاقب بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون ولا يمس ذلك بما قد يتخذ ضده من إجراءات وفقاً للقوانين .

واستناداً الى ما ورد أعلاه فإنه يمكن الجمع بين العقوبات الانضباطية وبين العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القانون المدني إذا ما _____ كلتا المسؤولتين الإدارية والجنائية أو الإدارية والمدنية بما يحكم بالتعويض مثلاً .

سادساً : الاعتداء على صاحب العمل أو ممثله أو احد رؤساء العمل :-

نصت الفقرة (سادساً) من المادة (١٢٧) بمعاقبة العامل بالفصل في حالة إذا وقع منه اعتداء على صاحب العمل أو ممثله أو احد رؤساء العمل إثناء العمل أو خارجه شرط إن يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث .

ولم يحدد المشرع كون الاعتداء يسيراً أو جسيماً كما لم يحدد كونه قولاً أو فعلاً بل انه كل اعتداء من شأنه إن يخل بأنضباط العمل ويقلل من احترام صاحب العمل أو من يمثله إمام بقية العمال ولقد حدد القانون الأشخاص الذين يقع عليهم الاعتداء على سبيل الحصر وهم (صاحب العمل، ممثله، احد رؤساء العمل) لأنهم يتولون مسؤولية تحقيق النظام داخل العمل فلا بد من المحافظة على كرامتهم وقدرهم .

كما إن القانون وحسناً فعل عندما لم يحدد وقتاً للأعتداء إذا ساوى بين إن يكون الاعتداء حاصل إثناء العمل أو خارجه .

ولكن المشرع لم يغفل المحافظة على العامل مما ينسب اليه في كثير من الأحيان جوراً وظلماً لذا اشترط إن يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث ذلك لتحقيق المكتب المذكور من حصول الاعتداء من عدمه . ومدى صحة المعلومات المقدمة من قبل صاحب العمل عن الاعتداء

الواقع عليه من قبل العامل المخالف ، والتحقق فيما إذا كان العامل يستحق عقوبة الفصل أم لا .
وإذا ما انتقلنا الى ميدان قانون الانضباط فأننا نجد إن النص واضحاً في المادة (٤) منه الفقرة ثالثاً بقولها:-

((يلتزم الموظف بالواجبات الآتية :-

ثالثاً:- احترام رؤسائه والتزام الآداب واللياقة في مخاطبتهم وإطاعة أوامره المتعلقة بأداء واجباته في حدود ما تقضي به القوانين والأنظمة والتعليمات فإذا كان في هذه الأوامر مخالفة فعلى الموظف إن يبين لرئيسه كتابة وجه تلك المخالفة ولا يلتزم بتنفيذ تلك الأوامر إلا إذا أكدها رئيسه كتابة وعندئذ يكون الرئيس هو المسؤول عنها .
رابعاً:- معاملة المرؤوسين بالحسنى وبما يحفظ كرامتهم :-فإذا خالف الموظف الواجبات المنصوص عليها في المادة أعلاه فإنه على رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقه من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على إن يكون احدهم حاصلاً على شهادة جامعية أولية في القانون تتولى اللجنة التحقيق تحريرياً بالمخالفة مع الموظف المخالف المحال عليها ولبها في سبيل ذلك سماع وتدوين أقوال الموظف والشهود وتحرر محظراً تثبت فيه ما اتخذته من إجراءات وما سمعته من أقوال مع توصياتها المسببة أم بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق او بفرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في م (٨) من هذا القانون وترفع كل ذلك الى الجهة التي أحالت الموظف عليها .

سابعاً:- ارتكاب جناية او جنحة بحق احد زملاء العمل :-

نصت الفقرة سابعاً من المادة (١٢٧) على انه يحق لصاحب العمل فصل العامل من العمل إذا ((ارتكب العامل)) إثاء العمل جناية او جنحة بحق احد زملائه في العمل وحكم عليه من اجلها بموجب قرار قضائي بات .

وشروط الفقرة هي :-

١- إن يرتكب فعلاً او قولاً، _____ وفقاً لقانون العقوبات بأنه جناية او جنحة كجريمة القذف والتشهير بحق احد زملاء العمل . لذا فإن ما يكيّف مخالفة لا يصلح لتوقيع عقوبة الفصل بحق العامل .

٢- إن تقع الجناية او جنحة ضد احد الزملاء .

٣- إن ترتكب الجناية او الجنحة إثاء العمل بخلاف الفقرة السابقة التي يعاقب عليها إثاء او خارج العمل.

٤- إن يحكم على العامل جنائياً بموجب قرار قضائي بات .

لذا لا بد من اكتساب الحكم درجة البتات ليتمكن صاحب العمل من فصل العامل ، فإذا حكم ببراءته وجب على صاحب العمل إعادته الى العمل .

ونلاحظ إن قانون انضباط موظفي الدولة قد نص في المادة (٨) منه الفقرة (٨) بمعاينة الموظف بعقوبة العزل إذا حكم عليه عن جناية ناشئة عن وظيفته او ارتكبتها بصفته الرسمية ،وتدخل ضمن هذه المادة الاعتداء على الموظفين الآخرين قولاً او فعلاً على إن تكون الجريمة المعاقب عليها هي جناية أي ليست جنحة او مخالفة .

مؤدي نصوص المادة _٦٧/١ و ٢ و ٧٢/١ و ٧٤ من قانون العمل رقم (٩١) لسنة ١٩٥٩ ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشروع بما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة (٦٧) من انه اذا رأّت

السلطة المختصة عدم تقدم العامل للمحكمة أو قضي ببراءته وجبت إعادته الى عمله ، وإلا اعتبر عدم إعادته فصلاً تعسفياً إنما انشأ للعامل الموقوف لسبب من الأسباب المبينه في الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ورأت السلطة المختصة عدم تقدم للمحكمة أو قضي ببراءته مركزاً قانونياً خاصاً يفترض التعسف في صاحب العمل إذا هو رفض إعادته الى عمله وذلك حملاً لحال صاحب العمل على الظاهر أو على ____ ، وهذا المركز الخاص لا يتعرض مع الحق المقرر في المادة (٧٢) من نفس القانون لكل صاحب عمل في إنهاء عقد العامل الغير محدد المدة إذا توافر المبرر المشروع لإنهاء على أن يتحمل صاحب العمل عبئ إثبات توافر المبرر لأنه هو الذي يدعي .

ثامناً : الحكم على العامل بالحبس مدة تزيد على سنة :-

إذا نصت م (١٢٧) الفقرة (ثامناً) على (إذا حكم على العامل مدة تزيد على سنة او اكتسب الحكم درجة البتات)

لذا لا بد من توافر :-

١- إن يحكم على العامل بعقوبة حبس مدة تزيد على سنة فإذا ما حكم بأقل من ذلك كالغرامة ، والحبس لمدة ستة أشهر فلا ينطبق وحال هذه الفقرة .

٢- إن يصدر حكم بات ونهائي بحق العامل بالحبس مدة تزيد على سنة ليتمكن صاحب العمل من فصل العامل وإنهاء الرابطة العقدية ما بين الطرفين .

إما في قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ فإن المادة ثامناً الفقرة سابعاً نصت على :-
الفصل :- ويكون بتنحيه الموظف عن الوظيفة مدة تحدد بقرار الفصل يتضمن الأسباب التي استوجبت فرض العقوبة عليه وهي على النحو الآتي :-

ب- مدة بقاءه في السجن إذا حكم عليه بالحبس أو السجن عن جريمة غير مخلة بالشرف وذلك اعتباراً من تأريخ صدور الحكم عليه ، وتعتبر مدة موقوفيته من ضمن مدة الفصل ولا تشتت منه إنصاف الرواتب المصروفة له خلال سحب اليد .

تاسعاً : الغياب غير المشروع :-

لقد منح قانون العمل للعامل العديد من الإجازات القانونية لذا تمكن لصاحب العمل إيقاع عقوبة الفصل متى افترق هذا الانقطاع الى مبرر مشروع يخل بمصلحة صاحب العمل في انتظام العمل . لذا فلقد نصت م(١٢٧) الفقرة تاسعاً على انه ((إذا تغيب العامل عن العمل بدون عذر مشروع عشرة أيام متصلة أو عشرون يوماً متقطعة خلال سنة العامل شرط أن ينذر صاحب العمل بإعلانه يعلقه في لوحة الإعلانات في مقر العمل خلال الأيام الخمسة الأولى من الغياب في الحالة الأولى ، وتسلم نسخة منه الى الجهة النظامية المختصة في يوم صدوره وإذا بلغت غيابه المتقطعة خلال سنة العمل خمسة عشر يوماً فيتم انذاره كتابة في موقع العمل)) ويشترط لتطبيق أحكام الفصل في مثل هذه الحالة الشروط الآتية :-

١- يكون التغيب عن العمل بدون عذر شرعي وبدون إبلاغ صاحب العمل ومن الحالات التي تعد عذر مشروعاً للغياب القوة القاهرة التي تواجه العامل وتحول دون حضوره للعمل ، سواء كانت القوة عامة كالفيضانات الزلازل خطر التجوال أو خاصة بالعمل كالمرض أو اعتقال العامل.

- ٢- أن تكون فترة الانقطاع غير شرعية عشرة أيام متصلة أو عشرون يوماً متقطعة خلال سنة العمل.
- ٣- على صاحب العمل إنذار العامل المنقطع عن العمل ذلك بأعلان يعلقه في لوحة الإعلانات في مقر العمل خلال الأيام الخمسة الأولى من الغياب في الحالة الأولى على أن تسلم نسخة من الإنذار الى الجهة النقابية المختصة في يوم صدوره.
- إما إذا بلغت غيابه ١٥ يوم خلال سنة فإن العامل ينذر كتابيا ويوجه الإنذار الى العامل شخصيا في مكان العمل وإذا ما عرجنا الى أحكام الفقرة (ثامناً) من القسم رقم (٦) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ والتي نصت ((يجوز فصل الموظفين أو العامل الذي يتخلف عن العمل لمدة خمسة أيام متتالية أو لمدة عشرة أيام خلال شهر واحد ما لم يكن قد حصل على إذن بذلك من مسؤول المشرف عليه أو ما لم يقدم ما يثبت إصابته بمرض ما يحول دون تواجده في مكان العمل ... الخ)
- ونلاحظ الى هذه المادة قد وحدث ما بين الحالتين الفصل في حالة الانقطاع الموظف أو العامل عن العمل بين حالة الموظف وحالة العامل ، لمدة خمسة أيام متتالية أو لمدة عشرة أيام خلال فترة الشهر الواحد ويشترط أن يكون هذا التغيب بدون عذر شرعي وبدون إذن من صاحب العمل أو الإدارة وبدون أن يقدم العامل أو الموظف ما يثبت إصابته بمرض حال بين التحاقه بالعمل أو الوظيفة وبدون حاجة لتوجيه إنذار بالفصل وفي هذا السياق فقد اصدر مجلس الانضباط العام قراراً برقم (٢٠٠٦/٤١١) في ٢٠٠٦/١١/٩ قضى بتعديل امراً ادارياً بأعتبار الموظفة المدعية مستقلة بدلاً من اعتبارها مفصولة من الوظيفة .
- وتتلخص وقائع الدعوى بأن المدعية كانت تعمل كتدريسية في إحدى الجامعات وقد انقطعت عن الدوام بعد انتهاء الإجازة الممنوحة لها مدة تزيد على خمسة أيام فما كان من المدعى عليه عميد الكلية إلا أن يقدم بفصلها عن الوظيفة استناداً الى أحكام الفقرة (٨) من القسم رقم (٦) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣.
- أن ما ذهب اليه مجلس الانضباط العام غير سليم من الجهة القانونية لان الفصل من الوظيفة العامة نوعان فصل تأديبي وفصل بغير الطريق التأديبي فالفصل التأديبي يتساقط بثقله على الموظف الذي يرتكب مخالفة تأديبية إذا على الإدارة في مثل هذا الاحتمال أن تقوم بالتحقيق مع الموظف على وفق الأصول التي حددها القانون فإذا ثبت لديها اقترافه المخالفة التأديبية فإنها تقوم بإصدار عقوبة إذا انطبقت بحقه واحدة من الحالات التي نص عليها البند (سابعاً) من المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل ، بعد أن يكون قد استفاد من الضمانات القانونية المقررة ، إما الفصل بغير الطريق التأديبي فيعني قطع الرابطة الوظيفية لأحد الأسباب التي يحددها القانون وليس من بينها ارتكاب مخالفة تأديبية يقيناً ، فقد يفصل الموظف فصلاً بغير الطريق التأديبي في حالة عجزه عن ممارسة مهامه الوظيفية بناء على تقرير صادر من لجنة طبية مختصة ، وقد يفصل بالوصف المذكور نتيجة انقطاعه عن الدوام الرسمي اجلاً مسمى أو لعدم الكفاءة وهكذا ، وبما أن الأمر رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) قد قضى بفصل الموظف الذي ينقطع عن الدوام الرسمي لمدة خمسة أيام متتالية بدون عذر مشروع لذا فإن الفصل المذكور يعد فصلاً بغير الطريق التأديبي ، وبالتالي لا يجوز لمجلس الانضباط العام وصفه فيعتبره استقالة لان في ذلك تغييراً للتسميات التي أطلقها القانون وهذا لا يجوز قطعاً يطبق القانون كما هو لا

أن يعدل في إحكامه لان الاجتهاد في مورد النص الصريح باطل ليس به اثر وهذا ولا عبره واعتبار لما عسى أن يقال بأن المركز القانوني للموظف المستقيل أفضل من المركز القانوني للموظف المفصول فهذا الكلام صحيح إذا كان الفصل تأديبياً إذ لا يمكن أن يتساوى الموظف البرئ مع الموظف المذنب إما إذا كان الفصل لغير الطريق التأديبي فالنتيجة واحدة تطبق على الحالتين لان كلاهما يعني فصماً مؤقتاً للرابطة الوظيفية ، يجوز بعد إعادة تعيين الموظف المستقيل وكذلك الموظف المفصول فصلاً بغير الطريق التأديبي إذ توافرت فيه شروط إعادة التعيين .

خلاصة لما تقدم أن قرار مجلس الانضباط العام محل التطبيق والمصادق عليه من الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة غير سليم من الناحية القانونية ، لأنه خالف صراحة النصوص القانونية وخلع على حالة الفصل التي جاء بها أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ تسمية أخرى وهذا لا يجوز قطعاً باليقين .

المبحث الثاني

الضمانات القانونية للعامل

تلتزم اغلب قوانين العمل المعاصرة أصحاب العمل بوضع لائحة تضم المخالفات التأديبية وما يقابلها من عقوبة خاصة إذا ما علمنا أن صاحب العمل يقوم بدور الخصم والمحقق والقاضي في ذات الوقت فلا بد من تقييد سلطاته لكي يكون العامل على بينة من الأمر فلا عذر لمن يخالف منهم بعد ذلك.

فلقد اوجب قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ في المادة (١٢٥) الفقرة (ثانياً) منه على كل صاحب عمل يستخدم عشرة عمال فأكثر إن يضع قواعد لانتضباط العمال يبين فيها المخالفات التي يعاقب على ارتكابها ونصت الفقرة رابعاً (يعلن صاحب العمل قواعد انضباط العمل في لوحة الإعلانات بعد المصادقة عليها ولا تعد نافذة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً على إعلانها)

والملاحظ إن قوانين العمل قد تركت سلطة تحديد المخالفات التأديبية خاصة وإنها قد جاءت بضمانات قانونية في مجال تأديب العمال لغرض حماية العامل من تعسف صاحب العمل في استعمال حقه التأديبي خاصة ما إذا أراد صاحب العمل تحقيق غايات شخصية.

فقد تكون هذه الضمانات سابقة لقرار فرض العقوبة على العامل وقد تكون مرافقة لقرار فرض العقوبة أو لاحقة عليه محاولين المقارنة بين هذه الضمانات والضمانات المقررة للموظف في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١

وهذا ما سنحاول عيشه في المطالب الثلاثة القادمة محاولين العروج على الضمانات القانونية المقررة وللموظف في قانون انضباط موظفين الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١

المطلب الأول

الضمانات القانونية السابقة لفرض العقوبة

لكي لا يسيء صاحب العمل استعمال سلطاته التأديبية لابد من توافر الضمانات الآتية :-

الفرع الأول

ارتباط المخالفة المرتكبة من قبل العامل بالعمل ارتباطاً وثيقاً

حتى يستحق العامل العقاب على المخالفات المرتكبة من قبله لابد إن تكون وثيقة الصلة بالعمل فهي أما ارتكبت في مكان العمل أو إثنتاه. وأحياناً خارج مكان العمل ووقته إذا كانت لها علاقة بالعمل أو بصاحب العمل (١) أما إذا كانت المخالفة في غير ما ورد أعلاه فلا يمكن إن تعد من المخالفات التأديبية فإذا ما تسبب العامل نتيجة سوء استعماله للمعدات والآلات التي تحت تصرفه بعطل هذه المعدات والآلات فإنه يسأل من تعويض كل ضرر يتسبب فيه عمداً أو خاطئ يستحق بالأموال المشار إليها، (٢) وإذا ما خالف العامل التعليمات الخاصة بسلامة العمل أكثر من مرة بشرط إن تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلقة في مكان ظاهر أو إن يكون قد ابلغ شفوياً إذا كان امياً (٣) فإنه يستحق عقوبة جراء مخالفته ولدى رجوعنا الى قانون انضباط موظفين الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ لاحظنا انه قد حدد واجبات الموظف والمحظورات عليه ذات الصلة بالوظيفة يلاحظ إن قسماً منها يحصل خارج نطاق الوظيفة الزماني والمكاني ولكنه يبقى ذا اثر عليها

بحيث يؤدي أتيانه الى المساس بكرامتها او يضر بأموال الدولة ضرراً فادحاً لهذا لا تثريب على المشرع في عدها مخالفات تأديبية وأجاز المعاقبة عليها.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الأصل في العديد من أحكامها حيث ذهبت الى انه (ومن حيث إن العقوبات التأديبية وما يترتب عليها مباشرة من اثار عقابية لا يسوغ إن تجد لها مجال في التطبيق إلا حيث يوجد النص الصريح شأنه في ذلك شأن العقوبات الجنائية . بسبب انها قيد على الحريات فكذلك العقوبات التأديبية فهي قيداً على حقوق الموظف والمزايا التي تكفلها القوانين واللوائح فلا محل لإعمال أدوات القياس والاستنباط . ولو جاز ذلك فلا يوجد حد يمكن الوقوف عنده فيسوخ للمحكمة على سبيل المثال إن تحكم على الموظف بالوقوف عن العمل مدة سنة بدون مرتب في حين إن المادة (٨٤) تقضي بأن لا تزيد مدة الوقف على ثلاثة شهور ثم يقال بعد ذلك إن المحكمة كانت تملك الحكم بالعزل فيجوز من باب أولى إن تحكم بوقفه عن العمل لمدة سنة) (٤)

الفرع الثاني

القيد الزمني

لم يجز قانون العمل العراقي توجيه اتهام الى العامل عن مخالفة مضى على كشفها أكثر من (١٥) يوماً وتبدأ هذه المدة من تاريخ اكتشاف الفعل المخالف على وجه يمكن تحديد مرتكبها تخميناً (٥) لذلك فعل القانون المصري حيث حدد المدة الزمنية بخمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ علم صاحب العمل بالمخالفة (٦)

ولقد حدد القانون الفرنسي الأجل المذكور بشهرين كاملين تبدأ من تاريخ علم صاحب العمل بالمخالفة. لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماذا لو كان العامل متمتعاً بأجازة مرضية او اعتيادية او موفداً بمهمة رسمية لمدة تتجاوز المدة المذكورة أعلاه فكيف يمكن توجيه الاتهام له ؟

لم نعر على رأي الفقه في هذا الخصوص إلا إن الذي نراه إن مدة الاتهام تتوقف في الحالات المذكورة وما سواها حتى يعود العامل للمباشرة بعمله وبذلك تبقى لصاحب العمل السلطة في معاقبة العامل المخالف فلا تتعطل لأسباب لا دخل لإرادته فيها (٨)

لو عرجنا الى قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي لسنة ١٩٩١ نلاحظ انه لم يحدد أجلاً يوجب خلاله توجيه الاتهام الى الموظف لذا فإن المخالفة المرتكبة من قبل الموظف لا تسقط بالتقادم لذا فالموظف يبقى مُسائل إمام الإدارة عن كل المخالفات المرتكبة من قبله إثناء خدمته .

المطلب الثاني

ضمانات العامل إثناء التحقيق

لقد منع قانون العمل العراقي لسنة ١٩٨٧ في(المادة ١٢٨ /ثانياً) منه معاقبة العامل إلا بعد التحقيق معه والاستماع الى إفادته بحضور ممثل عن الجهة النقابية المختصة ، ويمكن إن يقوم بالتحقيق صاحب العمل نفسه او لجنة تحقيقه مختصة وان لحضور ممثل عن نقابة العمال أهمية كبيرة ليس لاشتراكه بالتحقيق ولكن لمواكبة التحقيق ضماناً لعدالته ودقته

إذا ما تم التحقيق بدون حضور الممثل أعلاه فإنه يعد باطلاً وانسحاب البطلان الى كل إجراءات التحقيق .

وإذا ما قارنا هذه الفقرة بقانون انضباط موظفي الدولة نجد القانون اوجب في المادة العاشرة منه على الوزير او رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيق لغرض التحقيق مع الموظف المخالف المحال إليها ولها في سبيل ذلك تدوين أقوال الموظف والشهود .والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها ، وتحرر محضراً تثبت منه ما اتخذت من إجراءات ، وما سمعته من أقوال وتوجيهاتها المسببة أما بعدم مساءلة الموظف وعلق التحقيق او بفرض إحدى العقوبات بحقه وترفع التوصيات الى الجهة التي أحالت الموظف عليها ويلاحظ الفرق من قانون العمل وقانون انضباط موظفي الدولة حيث إن في قانون العمل نجد إن صاحب العمل يجمع بين سلطة التحقيق والعقاب في ذلك نفس الوقت على خلاف قانون انضباط موظفي الدولة الذي فصل بين السلطتين بوجود لجنة تحقيقه محايدة .

المطلب الثالث

الضمانات القانونية المرافقة لقرار فرض العقوبة واللاحقة عليه

لقد أضيفت الى الضمانات السابقة الذكر ضمانات أخرى ترافق مرحلة صدور القرار او تمتد الى ما بعده .

الفرع الأول

الحظر الزمني لغرض العقوبة

نصت المادة (١٢٨) من قانون العمل لسنة ١٩٨٧ على وجوب صدور القرار بنتيجة التحقيق خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهائه قد انتقد الفقه المشرع على عدم وضعه سقفاً زمنياً لمدة التحقيق ويعد هذا شرطاً مهماً لكي لا يمكن لصاحب العمل من إطالة مدة التحقيق لإغراض في نفسه قضاها . ويلاحظ إن المشرع المصري لم يجز إيقاع العقوبة بحق العامل المخالف بعد مرور (٣٠) يوماً من تاريخ ثبوت المخالفة إذا كان يتقاضى أجوره مشاهرة وبعد مرور خمسة عشر يوماً بالنسبة للعمال الآخرين (٩) ويرى الفقه إن التفرقة بين المخالفات المرتكبة من عمال المشاهرة والعمال الآخرين ذلك لان عمال المشاهرة أقرب الى إدارة المشروع لذا فالمخالفات المرتكبة من قبلهم هي اخطر من المرتكبة من غيرهم من العمال .

في حين عاب آخرون على المشرع هذا التمييز إذ كان عليه في رأيهم توحيد المدة بثلاثين يوماً بالنسبة للاثنين (١٠)

ونرى إن قانون انضباط موظفي الدولة لسنة ١٩٩١ لم ينص على سقف زمني لغرض إيقاع العقوبة على الموظف وفقاً للمادة (١٠) منه لذا فإن الموظف يبقى معرضاً للعقوبة في أي وقت من أوقات خدمته، إذا ما اكتشفت مخالفة مرتكبه من قبله أثناء فترة خدمته .

الفرع الثاني

شكالية العقوبة

أوجبت بعض القوانين شكالية معينة لفرض العقوبة فالقانون الفرنسي اوجب إن تكون العقوبة المفروضة بحق العامل المخالف مكتوبة و مسببه (١١)

إما في العراق فلقد نصت م(١٢٩) من قانون العمل سنة ١٩٨٧ إن يصدر قرار فرض العقوبة كتابة وتبليغ العامل به وتأسيسا عليه فلا يجوز فرض العقوبة شفويا والأمر ذاته في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي لسنة ١٩٩١ حيث إن العقوبة لا تفرض إلا بقرار مكتوب ومسبب ذلك ليسهل إثبات العقوبة وليتمكن الموظف من تقديم تظلم على العقوبة خلال الفترة المحددة قانوناً للتظلم .

الفرع الثالث

عدم جواز تعدد العقوبات على المخالفة الواحدة

من المبادئ العامة والمسلم بها هو عدم جواز توقيع عقوبتين من اجل مخالفة تأديبية واحدة .ولقد حظى هذا المبدأ بقبولاً واسع لدى أغلب التشريعات العمالية المعاصرة.

ففي مصر مثلاً نلاحظ إن القرار الجمهوري الخاص بقواعد الانضباط منع فرض عقوبتين عن مخالفة تأديبية واحدة .

لكن يلاحظ على قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ لم يشر على منع تعدد العقوبة عن مخالفة تأديبية واحدة لكن تطبيق هذا المبدأ يعد بديهياً خاصة وأنه من مبادئ القانون العامة .

وخلاصة هذا المبدأ انه يمنع جمع عقوبتين تأديبيتين من اجل مخالفة واحدة وينصرف الى العقوبات التأديبية الى عدم جواز فرض عقوبتين تأديبيتين من العقوبات المنصوص عليها قانوناً من اجل مخالفة واحدة .

إلا انه من الجائز معاقبة العامل جنائياً وتأديباً من مخالفة واحدة ذلك لان المسؤولية الجنائية لا تحجب المسؤولية التأديبية كما هو الحال في حال مسائلة العامل عن العاهات التي سببها لصاحب العمل نتيجة للاعتداء عليه بالضرب إنشاء العمل فهنا يعاقب العامل جنائياً ويعاقب تأديبياً

وكذلك يمكن الجمع بين المسؤولين المدنية والتأديبية فإذا ترتب على المخالفة المرتكبة من العامل ضرر بحق بصاحب العمل او بمحل العمل جاز لصاحب العمل معاقبة العامل بعقوبة تأديبية ومن ثم مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي سببتها المخالفة.

فالعامل يسأل عن تعويض كل ضرر ينسب فيه عن عمد او خطأ يلحق بالمعدات والآلات والمواد وكل ما يوضع تحت تصرفه بسبب العمل ويتم التعويض عنها بقرار قضائي إلا إذا اتفق على التعويض رضاءً

وبمقارنة بسيطة يبين قانون العمل وقانون انضباط بموظفين الدولة من هذه الناحية نلاحظ إن لهذا المبدأ دوراً هام في القانون الأخير فلقد نصت المادة (٢٠) منه على انه لا يجوز فرض عقوبتين عن فعل واحد ولكن وكما هو الحال في قانون العمل يمكن الجمع بين العقوبة التأديبية والعقوبة الجنائية فإذا كان الفعل المقترف من قبل الموظف يُعد جريمة كما هو الحال بفعل تزوير وثيقة دراسية مقدمة لغرض التعيين فأن الموظف يحال الى المحاكم المختصة لغرض مسائلته جنائياً وفي ذات الوقت إيقاع عقوبة إدارية عليه إلا وهي عقوبة الإقصاء أستاذاً للمادة (٦٢) من قانون الخدمة المدنية .

كما يمكن الجمع بين العقوبة المدنية والعقوبة التأديبية كمسائلة الموظف عن الإضرار التي يلحقها

بالمال العام نتيجة سوء استعماله له فيسأل عن التعويض كما تفرض الإدارة عليه عقوبة انضباطية وفقا للمادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة .

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على السلطة التأديبية

عند ما نظم المشرع علاقتي العمال وأصحاب العمل فانه يعكس البناء الاقتصادي والاجتماعي للدولة إما ليحافظ عليه فتكون نصوصه تسجيلاً للاتجاهات القائمة وإما ليحدث تغييرات فتأتي نصوصه محددة لأسس هذا التغيير ومداه.

وتعد الرقابة القضائية على سلطة صاحب العمل التأديبية من ابرز مظاهر حماية حقوق العامل فإذا خالف صاحب العمل القواعد الخاصة بالسلطة التأديبية او أخل بالضمانات المقررة قانوناً فأن للعامل إن يلجأ الى ساحة القضاء عارضاً نزاعه طالبا إنصافه من إجحاف رب العمل .

فإذا ثبت للمحكمة إن صاحب العمل قد خالف القواعد الخاصة بالتأديب فأن لها إن تحكم ببطالان عقوبة التأديب ونظراً لأهمية إنصاف الطبقة العمالية من إجحاف أرباب العمل فقد أورد المشرع بعض الأحكام الخاصة للدعوى العمالية وبلاستعجال في نظرها .

إن مراقبة القضاء للسلطة التأديبية لصاحب العمل تأخذ صوراً متعددة أولها التحقيق من الوجود المادي للواقعة الموجبة للعقاب ثم التحقيق من نسبتها الى العامل حتى إن القضاء يتدخل في تكييف الواقعة المنسوبة الى العامل ليقدر عما إذا كانت قد جاوزت وصف الخطأ التأديبي كما هو محدد في لائحة الجزاءات.

الفقه يقرر للقضاء سلطة الرقابة في حالة وجود لائحة للجزاءات او عدم وجوها وتبرير ذلك إن سلطة صاحب العمل في توقيع العقوبة التأديبية وتحديدها يخضع كغيره من الحقوق لنظرية التعسف في استعمال الحق .

فإذا ما فرضت على العامل عقوبة جسيمة لا تتناسب مع فداحة المخالفة التأديبية بقصد إيقاع الإضرار بالعامل فأن صاحب العمل يكون قد تعسف في استعمال حقه وبالتالي يكون من سلطة القاضي رد العقوبة الى الحد المعقول والمتناسب مع جسامه الخطأ (١٢)

ولكن يعاب على هذا الرأي إن التعسف في النظرية يرد على الحقوق الشخصية او العينية او المعنوي إلا إن صاحب العمل لا يستعمل أي حق من الحقوق سابقة الذكر فهو يستعمل سلطة لاحق فإذا ما تماشينا مع نظرية التعسف باستعمال الحق فأن المقتضى في حاله عدم وجود تناسب بين العقوبة والخطأ المرتكب ألزم صاحب العمل بدفع تعويض الى العامل لأنه يستعمل حقه في مواجهته استعمالاً غير جائز وهذا ما تقضي به المادة (٧) من القانون المدني العراقي . ويلاحظ إن القضاء المصري يميل الى بسط رقابته على التناسب في جميع الأحوال (١٣)

وكذا الأمر في فرنسا فالقاضي يأخذ باعتبارات كثيرة ليتحقق التناسب بين مدى أقدمية العامل ومدى معاقبته في السابق ولهذا قيل إن الرقابة على التناسب تعد من النظام العام فلا يجوز لصاحب العمل تعطيلها . (١٤)

إما في العراق ولغرض استعمال السلطة التأديبية من قبل صاحب العمل استعمالاً مباحاً فأن سلطة محكمة العمل تمتد للرقابة على تناسب العقوبة مع المخالفة المرتكبة ولها بعد التمهيص والتدقيق إن تقرر إلغاء العقوبة أو تخفيضها الى الحد الذي يتناسب مع جسامة الضرر .

فمن حق القضاء إلغاء العقوبة لعدم وجود الوقائع المكونة للمخالفة أو لفرضها بعد فوات المدة القانونية لفرض العقوبة أو لتوجيه الاتهام ويكتسب قرار الإلغاء حجية الشيء المقضي فيه وللعامل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء فرض العقوبة .

ويلاحظ انه لو كان إلغاء العقوبة التأديبية قضائياً راجعاً الى عدم التناسب أو عدم إتباع إجراءات لا تتعلق بالمدد القانونية فأن هذا الإلغاء لا يمنع صاحب العمل من فرض عقوبة جديدة على العامل مستهدياً بالحكم الذي أصدرته المحكمة .

والملاحظ إن الرقابة القضائية على العقوبات التأديبية تمتد لتشمل جميع العقوبات التأديبية المنصوص عليها في المادة (١٢٦) من قانون العمل لسنة ١٩٨٧ بما فيها عقوبة الفصل .

وللعامل الاعتراض على العقوبات خلال خمسة عشر يوماً من تبليغه بالقرار ويكون قرار المحكمة باتاً باستثناء قرار فرض عقوبة الفصل خاضعاً للطعن تمييزاً .

فإذا كانت العقوبة هي الفصل من العمل ، وقضت المحكمة بإلغائها أو استبدالها بعقوبة أخرى فيعاد العامل الى العمل وتعتبر المدة التي توقف فيها عن العمل خدمة له لكل الأغراض ويلزم صاحب العمل بدفع أجره مستحق عنها كاملاً كما يلزم بدفع الاشتراكات عنها الى دائرة العمل والضمان الاجتماعي(١٥)

ولقد أشارت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها على انه (لدا التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد إن المدعي س.ج . ع أقام الدعوى ضد المدعي عليه شركة م.م للصناعات الإنشائية إمام محكمة بداءة المحمودية بعدد ٣١٢ / ب / ٢٠٠٥ طلب فيها دفع رواتبه السابقة المترتبة وتعويضه . وإن المحكمة المذكورة قررت في الجلسة المؤرخة ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٥ أحالت الدعوى الى محكمة عمل بغداد للنظر فيها حسب الاختصاص وإن محكمة عمل بغداد قررت رفض الإحالة لعدم الاختصاص وإعادة الدعوى لمحكمة بداءة المحمودية التي طلبت من محكمة التمييز الاتحادية تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى ولدى إمعان النظر وجد إن المدعي يعمل محاسب مستخدم في الشركة المدعى عليها وأنه يطلب دفع أجور العمل لذا فأن محكمة العمل هي المختصة بنظر الدعوى بموجب أحكام المادة (١٣٩) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ لذا قرر أحالة الدعوى الى محكمة عمل بغداد حسب الاختصاص وحسمها من قبلها)

كذلك قضت المحكمة المذكورة في حكم لها بأن (ولدى النظر في موضوع الحكم المميز وجد إن المميز كان يعمل لدى المميز عليه بصفة عامل ثم اعتبر موظفاً بعنوان مدير حسابات أقدم بموجب الأمر الإداري الصادر من المميز عليه برقم (٢٤٦٦) في ١٩٨٢/٦/٥ إلا إن المميز عليه قد وجه له عقوبة الإنذار وأحالت له على التقاعد وفق قانون الخدمة المدنية وقانون التقاعد المدني وحيث إن الإجراءات المتخذة بحقه لا سند لها من القانون لذا فقد طلب إلغاء عقوبة الإنذار وإعادة إلى الوظيفة وصرف رواتبه المستحقه وإن المحكمة ردت دعواه لعدم اختصاصها للنظر في الإجراءات التي تتخذ وفق قانون الخدمة المدنية وقانون التقاعد المدني وإنما يكون

النظر فيها محكمة القضاء الإداري لا تختص بالنظر في قضايا الموظفين الناجمة عن الخدمة المدنية وإنما الجهة المختصة بالنظر في هذه القضايا هو مجلس الانضباط العام لذا قرر تصديق الحكم المميز من حيث النتيجة وصدر القرار بالاتفاق (١٦)

وإذا ما انتقلنا الى ميدان قانون انضباط موظفي الدولة فأن للموظف الذي صدرت بحقه عقوبة إدارية من قبل لجنة تحقيقه مختصة وفقاً للمادة ١٠ من قانون انضباط موظفي الدولة إن تقدم تظلماً خلال مدة ٣٠ يوماً الى الجهة التي أصدرت العقوبة فأن لم يتم البت في التظلم من قبلها خلال ٣٠ يوم أو أنها قررت تأييد العقوبة أو سكنت اعتبر سكوتها رفضاً وحق للموظف الطعن بقرار فرض العقوبة أمام مجلس الانضباط العام خلال مدة ٣٠ يوم من تاريخ تبليغه برفض التظلم حقيقة أو حكماً وللمجلس سلطات واسعة لا تقتصر على التحقيق من تطبيق العقوبة بل أنها تمتد لتشمل التناسب بين المخالفة المرتكبة من قبل الموظف والعقوبة التأديبية المفروض بحقه فإذا ألغى المجلس العقوبة اعتبرت العقوبة كأن لم تكن والتزمت الإدارة بإعادة الحال الى ما كان عليه فالإلغاء يعادل سحب القرار من قبل الإدارة .

فإذا كان الموظف مثلاً معاقب بعقوبة الفصل أو العزل من قبل الإدارة وتم رفع العقوبة من قبل المجلس أعيد الموظف الى وظيفته السابقة مع صرف رواتبه للمدة التي بقى فيها خارج الوظيفة وتعد تلك المدة خدمة لكل الأغراض عدا تلك التي اشترط القانون فيها خدمة فعلية .

ولكن يلاحظ إن الموظف لا يستطيع إن يطعن أمام مجلس الانضباط العام إلا ببعض العقوبات لان قانون انضباط موظفي الدولة انحاز الى مبدأ فاعلية الإدارة على حساب مبدأ الضمان . فلم يقرر رقابة المجلس الأعلى القرارات الصادرة بعقوبات التوبيخ وإنقاص الراتب وتنزيل الدرجة والفصل والعزل إما العقوبات الأخرى فلا يمكن الطعن بها أمام مجلس الانضباط العام .

الخاتمة

بعد بيان سلطات صاحب العمل التأديبية . والضامات القانونية للعمال في مجال هذا التأديب في العراق لابد لنا من إن نبين ما استنتجناه من بحثنا هذا تبين لنا إن لصاحب العمل سلطات يمارسها على العامل في المجال التأديبي .

وان هذه السلطات نابعة من علاقة تبعية التي تربط العامل بصاحب العمل ولاحظنا إن صاحب العمل يجمع بين سلطة التحقيق وسلطة فرض العقوبة فهو الخصم والحكم في ذات الوقت، وان في هذا خروج عن المبادئ المعروفة في مجال العقاب فلا بد إن تكون السلطتين منفصلتين عن بعضهما ويتمتعان بالحياد لتحقيق العدل والمساواة ذلك لأنه صاحب العمل مهما أوتي من قوة لابد إن يحيد عن جادة الصواب ليميل نحو تحقيق مصالحه الشخصية على حساب مصالح العمال ، لذا فلقد تدخل المشرع فهذا للحد من السلطات بأن حددت ضمانات قانونية للعامل يمكن من خلالها الدفاع عن نفسه وغايتها تنظيم السلطة التأديبية لصاحب العمل اتجاه العامل لغرض تحقيق التوازن ما بين المصالح المتضاربة مصلحة صاحب العمل ومصلحة العامل وتمثلت هذه الضمانات بضمانات سابقة عن فرض العقوبة وضمانات مرافقة لفرض العقوبة وضمانات لاحقة عليها تمثلت بالسلطة القضائية .

وإذا ما انتقلنا الى وضع الموظف في ظل قانون انضباط موظفي الدولة فأننا نلاحظ إن مركز الموظف في ظل هذا القانون قد يبدو ضعيفاً . إلا انه في كثير من الأحيان كان موقفه أفضل من موقف العامل ذلك إن جميع أوضاعه الإدارية محاطة بالضمانات القانونية فلا يمكن للإدارة إن تحيد عن جادة الصواب في فرض العقوبات إلا أنها قد تلجأ الى فرض العقوبات المقنعة في مواقفه لا حجية الى فرضها . ذلك لان القانون قد أحاط فرضها جميع العقوبات بضمانات قانونية لا يمكن الحياد عنها .

وهذا ما توصلنا إليه في بحثنا هذا راجين الاستفادة منه وما عسانا إلا نكون قد وفقنا فيه واليه حمد الشاكرين .

الهوامش

١. يوسف الياس قانون العمل العراقي/الجزء الأول/علاقات العمل الفردية بغداد ١٩٨٠ ص ١٦٧، ١٦٤
٢. د.عدنان العابد، يوسف الياس ،قانون العمل ،بغداد ٢٠١١ ص. ١٣٩
٣. د.صادق مهدي السعيد، تشريع العمل طبعة ١٩٦٦، ص ١٧٦
٤. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في الة من ١٩٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١ /ثم (٦٧) ص ٢٠٣
٥. د.توفيق حسن فرج. قانون العمل. بين القانونين اللبناني والقانون المصري الجديد الدار الجامعية ص ١٦٤
٦. د.اسماعيل غانم شرع قانون العمل ص ٢٨٢
٧. د.عبدالعزیز عبدالمعنع خليفة الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ص ٢٤
٨. القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي قضاء العمل ص ١١١
٩. د.عدنان العابد، يوسف الياس المرجع السابق ص ٢٢٣
١٠. د.حسن كيرة ،دروس في قانون العمل اللبناني المقارنة ص ١٢٩
١١. د.هشام علي صادق دروس في قانون العمل ص ١٢٠
١٢. د.يوسف الياس قانون العمل العراقي، الجزء الاول علاقات العمل الفردية-الطبعة الثانية-بغداد ١٩٨
١٣. د.صادق مهدي السعيد/المرجع السابق/ص ١٥٦
١٤. محمد عزمي بكري. مرونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد. ج ٢ / ١٩٨٦ / ص ١٠٦
١٥. د.توفيق حسن فرج/ قانون العمل/بين قانوني اللبناني والمصري الجديد دار الجامعية ١٩٨٦ ص ٢٩٥
١٦. د.حسن كيرة - المرجع السابق ص ١٧٢-١٧٣
١٧. د.توفيق العطار-شرع احكام قانون العمل. ١٩٨٩ ص ٢٢٧
١٨. د.محمد عزمي .شرع قانون العمل الجديد. ص ١١٨
١٩. د.همام محمد محمود- قانون العمل-عقبه العمل الفردي. ١٩٨٧ ص ٣٣١
٢٠. د.محمد لبيب شنب، شرع قانون العمل. ص ٣٠٥
٢١. الأستاذان د.عدنان العابد ود.يوسف الياس. المرجع السابق ص ١٤٨ .

المصادر

• الكتب العامة:

١. يوسف الياس قانون العمل العراقي/الجزء الأول/علاقات العمل الفردية بغداد ١٩٨٠.
٢. د.عدنان العابد، يوسف الياس، قانون العمل، بغداد ٢٠١١ .
٣. د.صادق مهدي السعيد، تشريع العمل طبعة ١٩٦٦،
٤. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١ /ثم(٦٧) .
٥. د.توفيق حسن فرج. قانون العمل. بين القانونين اللبناني والقانون المصري الجديد الدار الجامعية.
٦. د.اسماعيل غانم شرع قانون العمل
٧. د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة .
٨. القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي قضاء العمل .
٩. د.حسن كيرة ،دروس في قانون العمل اللبناني المقارنة .
١٠. د.هشام علي صادق دروس في قانون العمل .
١١. د.يوسف الياس قانون العمل العراقي،الجزء الاول علاقات العمل الفردية-الطبعة الثانية-بغداد ١٩٨٠
١٢. د.صادق مهدي السعيد/المرجع السابق .
١٣. محمد عزمي بكري. مرونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد. ج ٢ / ١٩٨٦ / .
١٤. د.توفيق حسن فرج/ قانون العمل/بين قانوني اللبناني والمصري الجديد دار الجامعية ١٩٨٦
١٥. د.توفيق العطار-شرع احكام قانون العمل. ١٩٨٩
١٦. د.محمد عزمي .شرع قانون العمل الجديد.
١٧. د.همام محمد محمود- قانون العمل-عقبة العمل الفردي. ١٩٨٧

• الدراسات والبحوث:

- الدكتور غازي فيصل مهدي، الضمانات القانونية في مجال تأديب العمال في العراق دراسة تحليلية مقارنة،
مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، المجلد ١- العدد ٣ السنة شعبان ١٤١٨ هـ .كانون الأول ١٩٩٧.

• القوانين:

- قانون العمل العراقي ذي الرقم ٧١ لسنة ١٩٨٧
قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١

مدى سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل دراسة مقارنة

م.م. عمار محمد مراد

الجامعة المستنصرية / قسم الشؤون القانونية

المستخلص

الاصل في العقود عامة ، ان العقد شريعة المتعاقدين ، وان طرفى العقد ملزمان باحترام مااتفقا عليه ، وهذا المبدأ هو ما يسبغ على الرابطة العقدية ، قوتها القانونية ، وشرعيتها الواقعية ، الا ان الواقع العملى ، وما تفرضه احيانا ضرورة حسن سير العملاوالظروف الاقتصادية او كفاءة العامل قد تثير مشكلة تدفع صاحب العمل الى تغيير نوع العمل المتفق عليه..لذا اتى جرت سنة المشرعين ، على افساح مجال ما ، لرب العمل ، في تعديل ذلك العقد ، دون اعتراض من العامل ، ليكون ذلك استثناء على تلك القاعدة المتقدمة، فاعطت الحق لصاحب العمل ان يسند الى العمل القيام بعمل اخر او ان ينقله - من حيث النطاق الجغرافي ، الى مكان اخر .

ذلك ، وكما اقرت اغلب القوانين العمالية ، أن من سلطة صاحب العمل تنظيم منشآته وفقاً لما يقتضيه صالح العمل، فلجهة العمل نقل العامل في أي وقت طالما مصلحة العمل تقتضي ذلك، وليس للعامل أن يتشبث بالبقاء في وظيفة معينة أو بالعمل في مكان معين حرصاً منه على ما يحققه ذلك من مزايا مادية أو معنوية أو أدبية ناشئة عن ظروف خارجة عن العلاقة الوظيفية ليحول دون نقله إلى وظيفة تعادلها في الدرجة والمرتب لما يترتب على ذلك من شل يد سلطة صاحب العمل في نقل موظفيه نقلاً مكانياً أو من وظيفة إلى أخرى وتغليب المصلحة الذاتية للعمال على صالح العمل، إذ ليس للعامل من حقوق أكثر من إلا يمس النقل وظيفته في نوعها أو درجتها أو راتبها ، فإذا تم النقل في الحدود والأسباب التي تتعلق بمصلحة العمل لم يكن للعامل حق في التضرر من النقل، ولصاحب العمل أن ينهي علاقة العمل إذا رفض العامل النقل في هذه الحالة، دون ان يكون اجراؤه هذا موصوفا بالتعسف ، او سوء القصد .

Abstract

Origin in the contracts in general, that the contract law of the contractors, and that the parties to the contract are obligated to respect Maatfaqa it, and this principle is what confers on the link Streptococcus, legal force, and legitimacy of realism, but the practical reality, and imposed sometimes need the proper functioning of Awalzerov economic or efficiency factor may raise the problem of paying the employer to change the type of work agreed upon .. So come took place years legislators, to make one area, the employer, to modify that contract, without objection from the worker, to be an exception to that rule developed, She gave the right of the employer assign it to work doing the work of another, or that is transmitted - in terms of geographic scope, to another place., As approved most of the labor laws, that the power of the employer organization of its facilities as required for work, Vljhh work transfer factor at any time as long as the interest of work so require, and not to the worker that clings to stay in a particular job or work in a particular place in order from the is achieved by the advantages of physical or moral, or literary arising from circumstances beyond the employment relationship to prevent the transfer to a job equivalent in grade and salary for the consequent paralyzing the power of the employer in the transfer of its staff, citing spatially or from one job to another and to maintain the self-interest of the workers the benefit of the work, as it is not the worker's rights more than only affect the transport and function in type or degree or her salary, if the transport at the border and the reasons relating to the interests of the work not the worker has the right to be affected by transport, but the employer may terminate the employment relationship if the rejection factor Transport in this case, to be conducted without the lawful arbitrariness, or bad intent.

مقدمة

استقر الفقه القانوني على تقسيم العقود من حيث تقابل الحقوق والالتزامات فيها الى نوعين ، هما العقود الملزمة لجانب واحد ، والعقود الملزمة للجانبين ، فاما العقود الملزمة لجانب واحد فهي التي لا ترتب التزامات الا بذمة طرف واحد من اطراف العقد ، مثل عقود الوديعة والهبة غير المرتبطة بعوض ، اما العقود الملزمة للجانبين فهي العقود التي ترتب التزامات بذمة كلي طرفي العقد ، وهي لا حصر لها كالبيع والمقاوله والتأمين ، منها المسماة قانونا ومنها غير المسماة .

وينبني على التقسيم اعلاه ، اثار مهمة منها ماهو مرتبط بذات العقد ، كالاتار المالية التي ينتجها ، ومنها ماهو مرتبط باطراف العقد ، كالفسخ وحق تعديل العقد من جانب واحد او بموافقة الطرفين هذا ، ويصنف عقد العمل من ضمن طائفة العقود الملزمة للجانبين ، إذ يلتزم طرفي العقد بتنفيذ مضامينه وفق ما تم الاتفاق عليه على أساس قاعدة ان ((العقد شريعة المتعاقدين)) ، وبالتالي فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين ، رغم أن الصورة العملية تؤكد بأن عقد العمل كثيرا ما يكون من صنع إرادة صاحب العمل المنفردة ، ولا يملك العامل سوى القبول بالشروط التي وضعها صاحب العمل جميعا ، بسبب ضغط الظروف الاقتصادية و الاجتماعية ، او رفضها جميعا ، مقتريا بذلك من صفة الازعان ، ولكن ، ما تؤكد احكام القضاء المقارن على النقيض تماما ، اذ لا يمكن لأي طرف أن يتصل مما ألتزم به.

فإذا كان صاحب العمل يملك سلطة تقديرية في إدارة وتنظيم مؤسسته ، من خلال تعديل العقد واتخاذ ما يراه مناسباً ، إلا أن سلطته تلك في إجراء التعديل تحدّها بعض القيود العامة ، فتصبح مقيدة إذا تعلق الأمر بمخالفة النظام العام أو التعسف في استعمال الحق أو تعريض صحة وحياة العامل للخطر .

ولا شك أن تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العلاقة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل ، يمثل ضماناً قوية لاستقرار العامل من الناحيتين القانونية والاقتصادية ، وحماية له من تعسف صاحب العمل في تعديل العقد ، غير أنها تمثل في الوقت نفسه عقبة في طريق تطور المشروع لكونها تحول دون قيام رب العمل بأي تعديل في عقد العمل في الوقت الذي تقتضي فيه مصلحة العمل إجراء هذا التعديل ، خاصة إذا تغيرت الظروف السياسية والاقتصادية التي كانت سائدة وقت إبرام العقد والتي كانت محل اعتبار بالنسبة للمتعاقدين ، كون أن عقد العمل غير المحدد المدة ، والذي هو موضوع دراستنا ، من العقود المستمرة التي يستوجب بقاؤها مدة زمنية طويلة ، وخلال هذه المدة قد تطرأ تطورات فنية وعلمية ، وقد تتعرض المؤسسة إلى صعوبات اقتصادية أو مالية ، وقد تتعرض صحة العامل إلى التدهور ، مما يستوجب تعديل عقد العمل لمواجهة هذه الظروف ، وعلى هذا الأساس فإن إعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تحول دون قيام رب العمل بأي تعديل في عقد العمل ما لم يوافق عليه العامل ، وما يترتب عن ذلك من تهديد لحياة المشروع وعدم مساهمته للتقدم العلمي ، وعدم قدرته على منافسة غيره من المشروعات المماثلة ، وبالمقابل فإن انفراد رب العمل بتعديل عناصر عقد العمل قد يترتب عليه المساس بحقوق العمال ومكاسبهم ، لذلك نجد أنه من مصلحة العامل التمسك بالقوة الملزمة للعقد ورفض أي تعديل يرى فيه انتقاصاً من حقوقه ، ومن مصلحة رب العمل التمسك بسلطته التنظيمية وإجراء أي تعديل تفرضه مصلحة العمل.

هذا ، وان الدواعي الواقعية التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع تتمثل بالنقاط الآتية :-
١- الخلل التشريعي الوارد في معالجة قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ ، للموضوع اعلاه ، على خلاف ما هو عليه الحال في قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ ، وهو الامر المؤدي الى عدم معرفة القضاء أي قواعد يطبق امام حالات كهذه ، وكثرة الرجوع الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، مما يمثل نقصا وعيبا تشريعيا، لا بد على المشرع العراقي سده وتلافيه ، وهو الامر المؤدي الى ضرورة تناول المسألة بشيء من التفصيل والمعالجة .

٢- اتجاه العراق إلى انتهاج النظام الرأسمالي الذي يغلب الجانب الاقتصادي الربحي لرب العمل على الاعتبارات الاجتماعية في حماية العامل ، وما يتطلبه الموضوع من موازنة بين حقوق العامل واحترام مبدأ السلطة التنظيمية لصاحب العمل .

٣- كثرة حالات الفصل التعسفي وحالات تعديل عقود العمل الملاحظة في القطاع الخاص العراقي ، والتي لا يصل الغالب منها الى القضاء للبت فيه بسبب جهل العمال والمستخدمين لنصوص واحكام القانون وما تقضي به في هذا المجال .

وبناء على ما تقدم ، اثرتنا معالجة بحثية لهذا الموضوع في ضوء الآراء الفقهية والقوانين المقارنة والاحكام القضائية المختلفة ، وتناولنا بشكل خاص موقف النظامين القانونيين الفرنسي والمصري ، وفق ما تيسر لنا من مصادر علمية ، كون القانون الفرنسي قد عالج مسألة التعديل بالتفصيل ، كما أن القانون المصري قد حذا حذو نظيره الفرنسي في هذا المجال ، وابدع القضاء المصري في معالجة الكثير من النقاط المتعلقة بتعديل عقد العمل كما سنرى .

وبناء على ما تقدم ، فإن المشكلة القانونية الواردة في اطار هذا البحث ، تتمثل في محاولة تكييف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على نحو يسمح لصاحب العمل بتعديل عناصر عقد العمل في حدود وضوابط معينة ، خاصة وأن لهذا العقد خصوصيته المعروفة ، ولن يأتي هذا التكييف منطقيا ولا مقبولا ، إلا من خلال التوفيق بين قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين وما يقتضيه ذلك من عدم إمكانية تعديله بالإرادة المنفردة لأي من طرفيه ، ومبدأ السلطة التنظيمية لصاحب العمل ، وما يقتضيه من الاعتراف لهذا الأخير من سلطة إجراء أي تعديل متى أستوجب ذلك حسن سير العمل على نحو يسمح بإعمال المبدأين معا دون أن يطغى أحدهما على حساب الآخر. ووفق الخطة التالية:

المبحث الاول :- اساس سلطة رب العمل التعديل الجوهري وغير الجوهري لعقد العمل:-

المطلب الاول :- معايير التمييز بين التعديل الجوهري و غير الجوهري لعقد العمل

الفرع الاول :- المعيار الإتفاقي

الفرع الثاني :- المعيار الموضوعي

الفرع الثالث :- المعيار الشخصي

المطلب الثاني :- سلطة رب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري لعقد العمل

الفرع الاول :- أساس سلطة رب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري لعقد العمل

الفرع الثاني :- ضوابط سلطة المستخدم في إجراء التعديل غير الجوهري لعقد العمل

المطلب الثالث :- سلطة رب العمل في إجراء التعديل الجوهري لعقد العمل

الفرع الاول : مبررات التعديل الجوهري لعقد العمل

الفرع الثاني : ضوابط سلطة رب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل

المبحث الثاني : حدود سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل واثار التعديل

المطلب الاول :- ضوابط سلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل

الفرع الأول: الضوابط العامة (عدم الإخلال بالنظام العام ، عدم التعسف في استعمال الحق في التعديل ، عدم

تعريض العامل أو غيره للخطر)

الفرع الثاني : الضوابط الخاصة بالعامل

المطلب الثاني :- اثار تعديل العقد

الفرع الاول :- في حالة قبول العامل .

الفرع الثاني :- في حالة رفض العامل .

الخاتمة

المبحث الاول

التعديل الجوهري وغير الجوهري لعقد العمل

لابد من القول ابتداء ، ان عقد العمل قد يكون محددا من ناحية الزمن او قد يكون غير محدد ، فإن كان محدد المدة فهو لا يثير أي إشكال في تعديله بسبب معرفة مدته ، فرب العمل يكون في غنى عن تعديله ، فما عليه الا ان ينتظر انتهاء العقد نهاية طبيعية ، ومن ثم يبرم عقدا اخر بالبند والشروط التي يراها مناسبة له .

اما العقد غير محدد المدة ، فهو الذي يطرح الإشكال لدى انفراد صاحب العمل بتعديله ، وخاصة وان هذا العقد يلعب فيه عنصر الزمن دورا جوهريا بسبب استمرار تنفيذه لمدة طويلة ، وخلال هذه المدة الطويلة قد تتغير الظروف التي كانت سائدة أثناء إبرام العقد والتي تجعل رب العمل مرغما على تعديل بنوده .

وإذا كان الأصل في العقود الملزمة لجانبين ، هو عدم جواز تعديلها إلا برضا الطرفين تطبيقا لنص المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي ، إلا أن طبيعة عقد العمل تختلف عن بقية العقود الأخرى ، حيث تقضي هذه الطبيعة بانفراد رب العمل بتعديل بعض بنوده متى اقتضت مصلحة العمل ذلك طبقا لنص المادة ٩٢١ من القانون المدني ، وقد يكون هذا التعديل جوهريا أو غير جوهريا .

هذا ، ونرى ان المقصود بتعديل العقد ((إجراء تغيير نسبي على الحقوق والالتزامات التي رتبها عقد العمل بالزيادة أو النقصان ، وذلك حسب طبيعة الحق او الالتزام الذي يمس سواء اكان العمل او الاجر او المدة)) .

هذا ، ولا بد من التمييز - من خلال هذا المبحث - بين التعديل الجوهري والتعديل غير الجوهري ، او كيفية التمييز بين التعديل الجوهري والتعديل غير الجوهري . وماهي سلطة رب العمل في إجرائهما ؟ . للولوج في هذا الموضوع قمنا بتقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، تناولنا في الأول معايير التمييز بين نوعي التعديل ، وفي مطلب ثان تناولنا سلطة رب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري ، وخصصنا الثالث لسلطة رب العمل العمل في إجراء التعديل الجوهري .

المطلب الأول

معايير التمييز بين التعديل الجوهري و التعديل غير الجوهري لعقد العمل

توجد عدة معايير للتمييز بين نوعي التعديل ، وهذه المعايير ترجع إما إلى تراض صريح أو ضمني بين الطرفين إلى تحديد ما هو جوهري أو غير جوهري من العناصر ، وهذا ما يعرف بالمعيار الإتفاقي ، وإما ان تستمد هذه المعايير من موضوع التعديل و هذا ما يعرف بالمعيار الموضوعي ، وإما ان تكون راجعة إلى أثر التعديل على حياة العامل وهذا ما يسمى بالمعيار الشخصي (١)

الفرع الأول

المعيار الإتفاقي

يقصد بالمعيار الإتفاقي هو اتفاق رب العمل و العامل على تحديد ما هو جوهري و غير جوهري من عناصر عقد العمل ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وبالتالي لا يوجد أي معوق وقد يكون الاتفاق ضمنيا ، وهنا يتوجب البحث عن النية المشتركة للطرفين وقت إبرام العقد .

أولاً:- الاتفاق الصريح

لدى انعقاد العقد قد يصار للاتفاق صراحة على ما هو جوهري وما هو غير جوهري من عناصر عقد العمل ، فقد يتفق الطرفان على طريقة أخرى لتحديد تلك العناصر كطريقة التحديد الحصري وغير الحصري ، وقد يرد هذا الاتفاق في صورة شرط لصالح رب العمل في تعديل عناصر معينة من العقد دون الرجوع إلى العامل (٢)

هذا ، وأن العبرة في زمن تحديد مدى جوهريّة عناصر العقد من عدمها ، هي لحظة إبرام العقد وليس أثناء تنفيذه ، استنادا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني ، فإن تبين أن مكان العمل مثلا لم يكن معتبرا عنصرا جوهريا لحظة إبرام العقد ، فإنه يحتفظ بهذا الوصف حتى ولو أصبح جوهريا فيما بعد بالنسبة للعامل ، فلو قبل العامل العمل في مكان بعيد ثم تغيرت ظروفه ، بحيث تستوجب عليه العمل في مكان قريب من سكنه كزواجه أو مرض زوجته فإنه لا يمكن ان يدعي بأن عنصر المكان أصبح جوهريا بالنسبة له ، غير أنه يجوز للطرفين بإرادتها المشتركة أن يعدلا ما كان جوهريا ليصبح غير جوهري .

إضافة لما تقدم ، فإنه قد يوجد شرط صريح يسمح لصاحب العمل بتعديل أي عنصر من عناصر العقد دون الرجوع إلى العامل ، وقد يرد هذا الشرط في عقد العمل الفردي ذاته أو في لائحة النظام الداخلي للمؤسسة ، ويسمى الشرط الذي يجيز لصاحب العمل تعديل عنصر العقد دون الرجوع إلى العامل بشرط المرونة و يلجأ أرباب العمل إلى أعمال شرط المرونة في عقد العمل بسبب الظروف الاقتصادية (٣).

هذا ، وقد يتعلق شرط المرونة بالعمل أو الاختصاص الأصلي للعامل ، وهو شرط المرونة المهنية ، إذ بمقتضي وجود هذا الشرط يمكن لرب العمل أن ينقل العامل إلى عمل آخر دون الحصول على موافقته ، لكون أن نوع العمل المسند للعامل قد صار عنصرا غير جوهري بوجود شرط المرونة ، و يلاحظ أن شرط المرونة ، ليس شرطا مطلقا من كل قيد ، فإن كان جائزا بالنسبة لعنصر أو أكثر من عناصر عقد العمل فإنه لا يجوز أن يشمل كافة عناصر العقد، وبالتالي لا يمكن أن ينفرد رب العمل بإجراء كل تعديل يراه مناسبا له متذعرا بوجود شرط المرونة ، لذلك يبطل شرط المرونة إذا كان شرطا عاما مطلقا من كل قيد (٤).

ثانيا:- الاتفاق الضمني

في حالة عدم وجود إتفاق الصريح ، يلجأ القضاء الى البحث عن النية الضمنية المشتركة للطرفين وقت إبرام العقد ، وهوما يعرف بالاتفاق الضمني ، والذي تدل عليه القرائن القضائية ، وهي مجموعة وقائع معلومة يمكن ان يستنبط القضاء من وجودها وقائع غير معلومة ، كطبيعة العمل المتفق عليه او طبيعة الشرط محل النزاع (٥) ، وهوما يتعين الإلمام بكافة الظروف التي تحيط بعملية التعاقد ، ومنها :-

١- عند ما يبرم العامل عقد عمل مع شركة وهو عالم أن العمل فيها تقتضي طبيعته انتقاله من مكان لآخر، مما يفيد أن الموقع الجغرافي لممارسة العمل ليس عنصرا جوهريا بالنسبة للعامل، والحال كذلك بالنسبة للعمل في المقاولات و الخطوط الجوية لشركات الطيران ومنشآت الصيانة وغيرها من المنشآت التي تنفذ أعمالها في أماكن مختلفة (٦).

٢- التحاق العامل بالعمل في منشأة يعلم وقت التعاقد بأن لها فروعاً عديدة وفي أماكن جغرافية مختلفة كشركات التحويل المالي أو المصارف ، مؤداه اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اعتبار مكان العمل عنصرا غير جوهري (١) .

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي

يتميز هنا بين التعديلين الجوهري وغير الجوهري ، على أساس موضوع أو محل التعديل على وجه الخصوص ، وما ان كان سيترتب على هذا التعديل نقل العامل إلى مركز قانوني أقل من الناحية المادية أو الأدبية أو بالنظر للتبرير الذي يستند إليه التعديل .

أولاً :- نقل العامل

يكون التعديل جوهريا ، متى كان من أثاره تكليف العامل بعمل جديد أقل ميزة وملائمة من العمل السابق ، بحيث يكون العمل الجديد لا يتناسب مع مؤهلاته العلمية و خبرته أو يقلل من صلاحياته ، سواء من الناحية الفنية أو من الناحية الإدارية (٢) .

ويرى بعض الفقهاء أن التغيير يكون جوهريا إذا كان العمل الذي كلف به العامل أقل ميزة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية عن العمل الأصلي ، غير أن هذا الرأي لا يجب أن يؤخذ مطلقاً، إذ انه في كثير من الأحيان يحدث تغيير جوهري في العمل دون أن يكون العمل الجديد أقل ميزة ، وفي بعض الأحيان يكون العمل الجديد أقل ميزة دون أن يحدث تغير جوهري في العمل ، لذا يرى بعض الفقهاء أن معيار نوعية التعديل ، ما إذا كان جوهريا أم لا ، يكون بمدى اختلاف العمل من ناحية المزايا (٣).

ثانياً :- مبرر التعديل

يوجد اتجاه آخر من الفقه والقضاء في فرنسا ، يميز بين التعديل الجوهري و غير الجوهري عن طريق المبرر من هذا التعديل ، فالتعديل طبقاً لهذا الاتجاه يعد غير جوهري إذا كان له ما يبرره ومن الأمثلة التي وردت في هذا السياق ، تنزيل العامل من درجته الوظيفية بسبب الغيابات المتكررة أو بسبب سلوكه السيئ أو خطئه الجسيم في العمل أو إدارته السيئة ، لا يعد تعديلاً جوهرياً إذا تم نقل العامل إلى مدينة أخرى وتنزيل درجته الوظيفية بسبب ارتكابه لخطأ جسيم ، كما لا يعتبر تعديلاً جوهرياً ، التعديل الذي يخفض مدة عمل العامل ومنه تخفيض أجره بسبب الظروف الاقتصادية وانخفاض نشاط المشروع (٤).

غير أن هذا الاتجاه منتقد ، على اعتبار أن معيار وجود المبرر لاعتبار التعديل غير جوهري من عدمه امر غير مستساغ ، لأن التعديل الجوهري الذي يستند إلى مبرر يعتبر تعديلاً مشروعاً ، أما التعديل الذي لا يستند إلى مبرر فهو تعديل تعسفي ، وبذلك فالتعديل الجوهري الذي له مبرر لا يمكن أن يتحول إلى تعديل غير جوهري

بمجرد وجود ما يبرره، فالتعديل الجوهري قد يكون له مبرر ومن حق صاحب العمل إجراؤه ، كتكليف العامل بعمل يختلف اختلافا تاما عن عمله بسبب حالة الضرورة ، ومع ذلك يبقى هذا التعديل متحفظا بصفته الجهرية. وفي سياق هذا النقد ، ذهبت محكمة النقض المصرية ، الى أن الحالة الصحية للعامل تعد مبررا لتعديل عمله إلى عمل يتفق مع حالته الصحية ، ويقتضي هذا التعديل أن تكون الوظيفة الجديدة أقل أداء وعبء من سابقتها ، وبالتالي فإن هذه الوظيفة لا بد وأن تختلف إختلافا جوهريا عن سابقتها، وإلا لماذا تم نقله مادام الأداء و المطلوب واحد (٥).

ثالثا :- المعيار الشخصي

ومعناه ، مدى تأثير التعديل على حياة العامل على المستوى الشخصي ، وان هناك جانب من الفقه يرى بضرورة أخذ الاعتبارات الشخصية للعامل بعين الاهتمام لدى تعديل العقد ، واتخاذها كمعيار للتعديل الجوهري وغير الجوهري ، حتى وإن وجد اتفاق صريح يقضي بشرط المرونة وعدم ثبات العامل على وضع معين ، إلا أن ذلك لا يمنع من الاعتداد بأثر هذا التعديل على حياة العامل وقت التعديل ، فإذا نتج عنه أثر على حياة العامل الشخصية فإن هذا التعديل يعد جوهريا ويحق للعامل رفضه (٦)، وبالعكس ما تقدم ، أي انه إذا لم يترتب على التعديل أثر على حياة العامل عد هذا التعديل غير جوهري ، وليس للعامل الحق في رفضه . هذا ، وان مسألة التأثير على حياة العامل من عدمه ، مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .

وتطبيقا لما تقدم ، يعد تعديلا جوهريا لزمن العمل استنادا لمعيار الظروف الشخصية، كل تعديل لا يتماشى مع ظروف العامل الشخصية ، كتعديل ساعات عاملة من الصباح إلى الليل ، حيث أن هذا التعديل يتنافى مع واجبات العاملة تجاه اسرتها بصورة عامة .

كما ويعد تعديلا جوهريا إذا تم نقل العامل الى موقع جغرافي اخر وسبب هذا النقل للعامل متاعب خاصة لبعد مكان العمل الجديد ، أو أن مناخ منطقة العمل الجديد لا يتناسب مع حالته الصحية ، كما يمكن اطلاق هذا الحكم في حالة كون التعديل يجعل تنفيذ العمل مستحيلا (١) .

هذا ، ولقد اخذ القضاء العراقي ممثلا بمحكمة التمييز الاتحادية في مدى كون التعديل جوهريا من عدمه بالمعيار الإتفاقي ، في القرار رقم ٥٦/منقول / ٢٠٠٧ الصادر في ٢٤/٥/٢٠٠٧ والذي جاء فيه ((حيث ان طلب المدعيه بالغاء الامر الصادر من المدعى عليه بنقلها من وظيفتها الى قسم اللوندي يحكمه عقد العمل القائم)) (٢) .

المطلب الثاني

سلطة رب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري لعقد العمل

لرب العمل سلطة تقديرية واسعة في إدارة وتنظيم مؤسسته ، فهو القائم على تنظيم وإدارة مشروعه ، وله أن يتخذ من الوسائل ما يراه مناسباً لحسن إدارته والمحافظة على مشروعه ، فيستطيع ان يحدث ما يشاء من تعديلات على هيكل المشروع ، كتحويله من شركة تضامنية الى شركة مساهمة (٣) وتتضمن سلطته هذه ،

الإنفراد بإجراء تعديل غير جوهري على عقد العمل نظرا لكون هذا التعديل يعد عملا من أعمال إدارة المشروع والمحافظة عليه .

وبناء على ما تقدم ، فإن السلطة التقديرية رب العمل تمثل الاصل العام في علاقته مع العامل، وهو يملك إجراء تعديل غير جوهري على عقد العمل ، وأن العامل الذي لا يقبل بهذا التعديل يعد مرتكبا لخطأ جسيم يعطي الحق لرب العمل في فسخ العقد على مسؤولية العامل(٤).

ولسوف نتناول في هذا المطلب ، أساس سلطة صاحب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري للعقد و الضوابط التي ترسم حدود سلطته في إجراء هذا التعديل .

الفرع الأول

أساس سلطة صاحب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري للعقد

يستمد صاحب العمل سلطته في تعديل عناصر عقد العمل تعديلا غير جوهري من سلطته التنظيمية في المشروع ، ومن موافقة العامل على التعديل ، ومن مبدأ حسن النية ، ومن نصوص القانون .

اولا - السلطة التنظيمية لرب العمل

نصت المادة ٢٩ من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ على انه ((عقد العمل هو اتفاق بين العامل وصاحب العمل ، يلتزم فيه العامل باداء عمل معين لصاحب العمل تبعا لتوجيهه وادارته ويلتزم فيه صاحب العمل باداء الاجر المتفق عليه للعامل)) .

وكما هو واضح من المادة اعلاه ، تستند سلطة صاحب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري لعقد العمل إلى سلطته التنظيمية التي تعطيه صلاحية إصدار الأوامر و القرارات التي تمكنه من المحافظة على مشروعه .

هذا ، وان العامل الذي أبرم عقد العمل ودخل في حالة تبعية لصاحب العمل ملزم قانونا بالخضوع لسلطته تلك ، وما يستتبع ذلك من قبوله لما يمارسه رب العمل من تعديل في شروط تنفيذ العقد بالنسبة للعامل ، لذلك فإن التعديل غير الجوهري يعد من قبيل ممارسة رب العمل لسلطته الإدارية أكثر من اعتباره تعديلا للعقد ، إلا أنه في الحقيقة ليس تعديلا للعقد وإنما تنفيذا له (٥).

أما القوانين العمالية الفرنسية ، فإن السلطة التنظيمية لرب العمل فيها ، محدودة و خاضعة للرقابة ومكبلة بمجموعة من النظم القانونية النابعة من النظام العام ، بموجب الاتفاقيات الجماعية و عن طريق مفتش العمل ، وبواسطة إلزامية استشارة لجنة المؤسسة حول الإجراءات الهامة المتعلقة بتنظيم وسير العمل في المؤسسة ، حيث قلص القانون الصادر في ٤ اب ١٩٨٤ المتعلق بحرية العمال داخل المؤسسة من سلطات صاحب العمل ، ولم يعد مثلما كان سابقا يفرض عن طريق النظام الداخلي للمؤسسة ، ما يراه مناسبا وفعالا لحسن سير المؤسسة من مذكرات مصلحة و لوائح داخلية لكون أن سلطته أصبحت محدودة(١).

اما المشرع العراقي ، فلم يوسع كثيرا في سلطة صاحب العمل التنظيمية ، اذ جعل في المادة ٦٢ و ٦٣ منه اللجوء إلى الساعات الإضافية استثناء لا يمكن للاخير القيام به إلا لوجود ضرورة مطلقة في العمل وضمن حالات هي :-

١- وقوع حادث او احتمال وقوعه .

٢- حالة القوة القاهرة .

٣- الاعمال الاضطرابية الملجئة .

٤- اذا كان العمل لمواجهة ضغط غير اعتيادي بسبب الاعياد او الاعمال الموسمية او غير ذلك

٢- اذا كان العمل من اجل اصلاح او صيانة الاجهزة والادوات والالات التي قد يؤدي توقفها الى تعطيل العمل او تعطيل عدد كبير من العمال .

٣- اذا كان العمل من اجل تقادي تعرض المواد او المنتجات للتلف .

٤- اذا كان العمل من اجل الجرد السنوي واعداد الموازنة او الاستعداد لتقية الموسم وافتتاح الموسم الجديد .

٥- وتكون زيادة ساعات العمل على قدر الضرورة اللازمة لمعالجة الحالات المتقدمة. (٢)

ثانيا : اتفاق الطرفين

ان وجود اتفاق واضح وصريح بين العامل ورب العمل ، يكون سنداً قانونياً يستمد رب العمل منه سلطته في تعديل بعض العناصر في عقد العمل ، وقد تتعدد صور هذا الاتفاق ، فقد يكون في صورة شرط صريح في عقد العمل الفردي ، أو الجماعي ، أو في النظام الداخلي للمنشأة (٣).

هذا ، وقد يرد هذا الاتفاق على زمن او موقع العمل ، او على الاختصاص العلمي او الفني او الاداري للعامل ، وقد يرد الاتفاق مقيداً بشرط ما كالاحتفاظ ببعض الميزات المادية او المعنوية التي كان يتقاضاها العامل في وضعه السابق ، أو أن يكون التعديل بصفة مؤقتة لحين تعيين عامل آخر في مكان العمل المنقول إليه العامل ، وفي هذه الحالة يتعين على رب العمل أن يتقيد بهذا القيد و إلا جاز للعامل رفض هذا التعديل (٤).

وحتى و إن ورد شرط يجيز لرب العمل تعديل أحد عناصره ، فإنه يتعين تفسير هذا الشرط تفسيراً ضيقاً باعتباره استثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ولا يجوز التسع في تفسير الاستثناء وإذا جاء الاتفاق مطلقاً على إمكانية إجراء أي تعديل في العقد فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً (٥)

وكما قدمنا سابقاً ، فإن اتفاق الطرفين قد يكون ضمناً ، كاتجاه الإرادة المشتركة للعقد مثلاً على اعتبار مكان العمل ليس عنصراً جوهرياً ، وهذا يرد في الاعمال التي تستدعي انتقال العمال إلى أماكن مختلفة ، مثل شركات المقاولات الانشائية وغيرها ، وبذلك تكون نية العامل ورب العمل قد اتجهت وقت التعاقد إلى إجراء تعديل في مكان العمل (٦).

ثالثاً :- مبدأ حسن النية

نصت المادة ١٢٢ من قانون العمل العراقي على انه ((يجب على العامل ، الالتزام الكامل بأحكام هذا القانون والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبه ، واحكام عقود العمل الفردية والجماعية والنظام الداخلي للعمل وتنفيذها بحسن نية واخلاص وأمانة ، وعلى النحو الذي يخدم مصلحة الانتاج)) .

هذا ، وتعد قاعدة حسن النية من أهم القواعد الاساسية في نظرية العقد التي تحكم تنفيذ العقود المسماة وغير المسماة بصورة عامة ، وقد اقر المشرع العراقي هذه القاعدة في المادة ١٥٠ من القانون المدني والتي تنص على انه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن نية)) كما اقر المشرع

المصري المبدأ المذكور من خلال نص المادة ١٤٧ من القانون المدني التي تنص على انه ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) (٧)

ولعل عقد العمل من أكثر العقود التي تستلزم الضرورة توافر حسن النية فيها ، لما يتضمنه العقد من تعاون وتضامن وخلوه من أي خطأ متعمد أو غش أو تعسف في استعمال الحقوق بين العامل و صاحب العمل (٨) ويتجه معنى ما تقدم من مبادئ في امتناع العامل عن كل ما من اثره تعويق تنفيذ العقد ، ومنع المتعاقد الآخر من الحصول على الحقوق الناشئة له من العقد ، لذا يعد مبدأ حسن النية أساسا مشروعاً لسلطة رب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري للعقد ، وهو التزام عقدي بذمة العامل يترتب على الإخلال به قيام المسؤولية العقدية (١).

رابعا :- الاستناد في التعديل لنصوص القانون

لم يغفل القانون المدني العراقي في منح صاحب العمل الصلاحية اللازمة لتعديل العقد تعديلا غير جوهري ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢١ منه على انه ((ونقل العامل الى مركز اقل ميزة او ملائمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد فسخا تعسفيا بطريق غير مباشر اذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك اذا كان الغرض منه الاساءة الى العامل))

كما لم تغفل القوانين العمالية في تضمين سلطة رب العمل صلاحية تعديل العقد بشكل غير جوهري ، حيث يفهم من منطوق المادة ٩ من قانون العمل العراقي النافذ والناصة على انه ((تمثل الحقوق الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال ، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل ، تطبق على العمال احكام هذا القانون او إحكام التنظيم الخاص ، أيهما أفضل)) . حيث يفهم من هذه المادة جواز منح العامل حقوقا - مادية او معنوية - من قبل رب العمل ، تكون اكثر كما اونوعا من تلك المنصوص عليها في القانون ، وبطبيعة الحال اذا كانت اكثر من تلك التي نص عليها العقد ، كما ان المادة ٤٧ من ذات القانون نصت على انه ((لا يجوز الاتفاق بين صاحب العمل والعامل على اجر اقل من الحد الأدنى لأجر العامل غير الماهر)) ، وانطلاقا من مفهوم المخالفة لاحكام هاتين المادتين ، يجوز زيادة حقوق او اجرة العامل عن الحد المقرر في العقد .

الا ان الرخص المتقدمة ، يجب - بطبيعة الحال - ان تكون متلائمة وشروط العقد وطبيعته الخاصة وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، في حين نصت المادة ٥٤ من قانون العمل المصري النافذ على أن لرب العمل أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عليه اختلافا جوهريا بشرط عدم المساس بحقوق العامل المادية .

الفرع الثاني

ضوابط سلطة رب العمل في إجراء التعديل غير الجوهري لعقد العمل

اولا :- عدم الإضرار بالعامل

كما قدمنا سابقا ، فإن سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل تعديلا غير جوهري ، ليست سلطة مطلقة ، بل بالعكس ، فهي مقيدة بعدم إلحاق الضرر بنوعيه المادي أو المعنوي بالعامل ، و الضرر المادي هو الانتقال من اية مزايا مادية مكتسبة للعامل كان يكون مساسا بالاجر او بتوابعه، او التسبب في ضرر جسماني للعامل ، وفي ذلك نصت المادة ٩٠٩ من القانون المدني العراقي بفقرتها ج على انه ((ان يأتى

باوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه اذا لم يكن في هذه الاوامر ما يخالف العقد او القانون او الاداب ، ولم يكن في طاعتها ما يعرضه للخطر)) ، اما ان كان التغيير الذي يمس المنصب الذي يمارس فيه العامل نشاطه بمنصب مماثل دون التأثير على الأجر ، فان ذلك التغيير لا يشكل مساسا بعنصر جوهري في العقد ويعتبر داخلا ضمن السلطات الممنوحة لصاحب العمل في سياق ادارة مؤسسته بالالية التي يراها ملائمة .(٢)

هذا ، ولم يورد المشرع العراقي قواعد خاصة تتعلق بمدى مشروعية التنزيل من الأجر ، بل على العكس ، وكما قدمنا ، من خلال نصوص المواد ٩ و ٤٧ من قانون العمل العراقي ، والتي تعتبران من القواعد الامرة ، وبذلك يتضح أنه لا يجوز لرب العمل تخفيض الأجر منفردا ، ولايجوز الاحتجاج بنص الفقرة الثانية من المادة ٩٢١ من القانون المدني سالف الذكر فيما يخص تنزيل الاجر ، اتباعا للقاعدة القائلة (الخاص يقيد العام) وبما ان قانون العمل من القوانين الخاصة ، فهي تقيد ما ورد في القانون المدني من احكام ، لكون الاخير من القوانين العامة ، وبناء على ما تقدم ، فإنه في حالة قيام رب العمل بتعديل الأجر بإرادته المنفردة ورفض العامل هذا التعديل وقطع علاقة بينهما ، فإن هذا الإنهاء يعد تعسفيا من قبل رب العمل ، غير أنه يمكن تعديل الأجر بموجب الاتفاق بين الطرفين على ان يكون هذا الاتفاق مستوفيا للشروط العامة الواردة في القانون المدني في صحة الاتفاق واستيفائه شروط الانعقاد .

اما بالنسبة للضرر المعنوي ، فيجب ألا يترتب على تعديل العقد أي ضرر معنوي للعامل ، باعتبار أن نقل العامل إلى منصب أقل من الناحية المعنوية عمل تعسفي إذا قصد به الإساءة إليه، ويعد تعديلا جوهريا للعقد . (١)

أما الضرر الجسماني ، فيتحقق متى ما كان التعديل يوجب على العامل أن يبذل جهدا أكبر من الجهد الذي كان يبذله قبل التعديل ، هذا ، ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في القرار رقم ٢٠٥٠٣٢ المؤرخ في ٢٠٠٠/٠٧/١١ بانه ((أن قضاء مجلس تيزي وزو لم يتفحصوا بطريقة معمقة الشهادات الطبية الصادرة عن مختصين في طب العمل و التي مفادها أن المدعى غير قادر جسديا وفكريا على ممارسة عمل ليلي)) مما يفيد أن تغيير زمن العمل إلى الليل بالنسبة لهذا العامل سوف يلحق به ضرر جسدي .(٢)

وإذا لم يسبب التغيير أي أضرار مادية أو أدبية أو جسمانية للعامل ، ففي هذه الحالة يعتبر التعديل غير جوهري ، ولا يمكن للعامل الاعتراض عليه ، و لقاضي الموضوع أن يتأكد من مدى جوهريّة التعديل مستعينا بكافة الطرق و العوامل المؤثرة في أداء العمل بالنسبة للعامل .

ثانيا : - ألا يترتب على التعديل غير الجوهري تعديل جوهري

من المسلم به فقها وقضاء ، ان هنالك عناصر في عقد العمل لايمكن الا أن تكون جوهريّة مثل عنصر الاجر او عنصر الدرجة الوظيفية او عنصر المدة ، وكل تعديل يمس هذه العناصر فهو تعديل جوهري ، حتى ولو وجد إتفاق مسبق يقضي بإمكانية التعديل .

كما ان هناك عناصر أخرى يمكن أن تكون جوهريّة او غير جوهريّة ، وفق وجود إتفاق من عدمه على إمكانية تعديلها ، كمكان العمل وزمانه واختصاص العامل ، فهذه العناصر غير جوهريّة بطبيعتها مالم يتفق الطرفان على غير ذلك كما سبق وقدمنا .

وبناء على ما تقدم ، لا يمكن أن يترتب على تغيير مكان العمل ، الذي هو عنصر غير جوهري ، تعديل جوهري في نوعية العمل المسند إلى العامل ، أو الإنتقاص من الحقوق و المزايا المادية او المعنوية ، التي كان يحصل عليها في المكان الأصلي للعمل .

وفي هذا الصدد ، قضت محكمة النقض المصرية بانه ((لرب العمل . وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة . سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها ، متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك ، كما أن من سلطته تقدير كفاءة العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج وله طبقا للمادة ١٩ من قانون عقد العمل الفردي رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ والفقرة الثانية من المادة ٦٩٦ من القانون المدني أن يكلف العامل عملا آخر غير المتفق عليه، لا يختلف عنه اختلافا جوهريا ، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك ، بحيث إذا رفض العامل النقل وسع صاحب العمل أن ينهي عقد العمل)) (٣).

ويفهم من القرار اعلاه ، أن لرب العمل تحويل العامل ، من موقع الى اخر ، وهو تعديل غير جوهري ، ولكنه يجب ان يكون مقترنا بعدم تكليف العامل بعمل يختلف عن عمله السابق اختلافا جوهريا ، والا كان بهذا التحويل أصبح التعديل جوهريا و بالتالي يستوجب موافقة العامل .

المطلب الثالث

سلطة رب العمل في إجراء التعديل الجوهري لعقد العمل

وسبق وان قدمنا ، من أن لرب العمل السلطة التي تمكنه من أن ينفرد بإجراء تعديل غير جوهري لعقد العمل ، لكن الأمر يختلف إذا تعلق بإجراء تعديل جوهري للعقد ، لكون أن التعديل الجوهري يترتب عليه مساس بحقوق العامل ومكتسباته ، بشكل ملموس وخطير ، ويعد خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد .

هذا ، ولقد اختلفت التشريعات العمالية ، وكذلك الاجتهادات القضائية ، فمنها من أعطي لرب العمل الحق في إجراء تعديل جوهري على عقد العمل بصفة انفرادية ، متى اقتضت مصلحة العمل ذلك.

فذهبت محكمة النقض المصرية الى انه ((لا وجه للحد من سلطة رب العمل في تنظيم منشأته بما يراه كفيلا بتحقيق مصلحته متى ما كانت ممارسته لها مجردة من قصد الاساءة)) (١)

وكذا الحال في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٨/٥/١٩٧٨ حيث جاء فيه مايلي: - ((إن عقد العمل غير محدد المدة يمكن إنهاؤه في أي وقت بإرادة أحد الأطراف ويمكن تعديله بإرادة رب العمل المنفردة وحتى وأن مس هذا التعديل الشروط الأساسية للعقد)) (٢).

وهناك من التشريعات التي أعطت لرب العمل سلطة إجراء التعديل الجوهري في حالات محددة في القانون ، كحالة الضرورة و القوة القاهرة كما فعل المشرع المصري في المادة ٥٤ من قانون العمل المصري وعلى أن يكون ذلك بصفة مؤقتة ، كما أن المادة ٦٩٦/٢ من القانون المدني المصري تجيز هذا التعديل في حالة عدم كفاءة العامل مهنيا مما يجعل هاتين الحالتين مبررا لإجراء التعديل الجوهري .

الا ان القوانين التي أجازت لرب العمل إجراء التعديل الجوهري لعقد العمل ، كانت قد قيدت هذه الصلاحية الخطيرة بعدة قيود لا يمكن أن يخرج رب العمل عنها و إلا كان التعديل غير مشروع، و بناء على ما

تقدم ، سوف نذهب في هذا المطلب إلى مبررات التعديل الجوهرى في فرع أول و في الفرع الثاني نتناول الضوابط التي تحكم رب العمل عند إجرائه.

الفرع الأول

مبررات التعديل الجوهرى لعقد العمل

تنقسم مبررات التعديل الجوهرى لعقد العمل إلى ثلاث اقسام ، منها ما هو راجع إلى الظروف الاقتصادية للمؤسسة وهو ما يسمى بالتعديل الاقتصادي ومنها ما يرجع إلى حالة الضرورة والقوة القاهرة التي تتعرض لها المؤسسة ، ومنها ما يرجع إلى اسباب راجعة للعامل.

اولا: التعديل الجوهرى لأسباب اقتصادية (التعديل الاقتصادي)

يقصد بالتعديل الاقتصادي هو ذلك التعديل الذي يعود إلى أسباب خاصة بالظروف المحيطة بالمنشأة أو المشروع ، فقد ترجع إلى أسباب اقتصادية خاصة بالمشروع في الظروف العادية كـ رغبة رب العمل في إعادة تنظيم المؤسسة أو تغيير نظم العمل وطرائق الإنتاج ، وقد ترجع إلى أسباب اقتصادية خاصة بالمشروع في الظروف غير العادية كإصابة المشروع بأزمة مالية أو اقتصادية صعبة ، وقد تصل هذه الظروف إلى إنهاء عقد العمل أو تعديله بدلا من إنهائه .

١ - التعديل الجوهرى للعقد في الظروف العادية للمؤسسة :

تعتبر رغبة رب العمل في إعادة تنظيم مشروعه لما يحقق مصلحته الخاصة أو تغيير نظم العمل ووسائل الإنتاج ، قصد تطوير المشروع وما يقتضيه من تعديل في عناصر العقد مبررا اقتصاديا للتعديل الجوهرى لعقد العمل .

- إعادة تنظيم المشروع : استقر الفقه و القضاء على أن لرب العمل سلطة إعادة تنظيم مشروعه بما يحقق مصلحة العمل ، فله نقل العامل من عمل إلى آخر او من قسم الى اخر ، ولو كان العمل الجديد أقل ماديا أو أدنى معنويا من العمل الذي كان يؤديه ، و في هذا الاطار نجد القضاء المصري مستقرا على أن لرب العمل سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من التدابير لإعادة ترتيبها متى اقتضت مصلحة العمل ذلك ، حتى وإن أدى به إلى تضيق دائرة نشاطه أو ضغط مصروفاته ، فإذا اقتضى هذا التنظيم إغلاق أحد فروع المنشأة أو أحد أقسامها وإنهاء عقود بعض عماله ، كان لهذا الإنهاء ما يبرره وانتهى عنه وصف التعسف ، وهذا خاضع لسلطة رب العمل التقديرية ، وتتحصر رقابة القضاء على التحقق من جدية المبررات الداعية لذلك ، وهو غير ملزم بأن يلحق العامل المفصول بعمل آخر (٣).

هذا ، ولم يتناول المشرع العراقي لتعديل عقد العمل في الظروف العادية للمؤسسة ، واقتصر على حالة انتقال ملكية المتجر او المنشأة الاقتصادية ، مع بقاء عقود العمل السابقة نافذة في مواجهة رب العمل الجديد ،

حيث نصت الفقرة الاولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدني العراقي على انه ((اذا بيع متجر او منشأة اقتصادية اخرى ، فان جميع عقود العمل السارية وقت البيع تبقى نافذة بين رب العمل الجديد والعمال)) . ومن النص السابق ، يتضح لنا أن المشرع العراقي قد ضيق من سلطة رب العمل الجديد في تعديل عقد العمل سواء بصفة جوهرية أو غير جوهرية ، وأنه متمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلى أقصى ما يكون من حدود .

لكنه اشار في المادة ٩٢١ بفقرتها الثانية ، والتي سبق لنا الحديث عنها ، الى امكانية نقل العامل الى مركز اقل ميزة او ملائمة من المركز الذي كان يشغله العامل اذا ما اقتضت مصلحة العمل ذلك النقل على الا يكون الغرض من ذلك النقل الاساءة للعامل والا عد فسخا تعسفيا لعقد العمل.

- **تغيير نظام العمل و وسائل الإنتاج :** لرب العمل أن يغير طرق الإنتاج او الانظمة المتبعة في سير العمل في المؤسسة ، إذا رأى أن ذلك يؤدي إلى تحديث المشروع و زيادة الإنتاج ، فلا حرج عليه ان اتبع وسائل جديدة في الإنتاج بما يساير التطورات التقنية الحديثة في الإنتاج ، و قد يتطلب ذلك توسيع نشاط المؤسسة بفتح فروع أخرى لها في أماكن مختلفة، أو إلغاء بعض الوظائف التي لم تعد تتماشى مع الوضع الجديد ، مثل إلغاء وظائف التعبئة اليدوية و استبدالها بنظم التعبئة الآلية ، أو تغيير في مواعيد العمل ، فإذا لم يوافق العامل على هذا التعديل جاز لرب العمل إنهاء عقد عمله إنهاء اقتصاديا (١).

٢- التعديل الجوهري للعقد في الظروف غير العادية للمؤسسة:

قد تمر المؤسسة او الشركة بأزمات اقتصادية أو مالية صعبة تجعل رب العمل مضطرا إلى اتخاذ إجراءات ضرورية لحماية مشروعة من الزوال ، ومن هذه الازمات ما يكون عالميا كالازمة الاقتصادية العالمية التي حصلت عام ١٩٢٩ والتي بدأت بانهيار بورصة وول ستريت في الولايات المتحدة ، والازمة الاقتصادية العالمية التي حصلت عام ٢٠٠٨ .

وهنا يلجأ رب العمل الى اتخاذ العديد من التدابير للحفاظ على المؤسسة ، كتضييق دائرة نشاطه أو حصر نفقاته ، وقد تتضمن هذه الوسائل قيام رب العمل بتعديل عقد العمل لمواجهة الكساد الاقتصادي ، كأن يقوم بإلغاء وظيفة رئيس العمال ويقترح عليه منصب آخر أقل ميزة ، أو يعرض على العامل أن يحتفظ بمنصبه مع تخفيض أجره ، وإذا لم يوافق العامل على هذا التعديل الذي فرضته الحالة المالية الصعبة التي تمر بها المؤسسة فإمكان رب العمل أن ينهي عقد عمله ، ولا يكون متعسفا في هذا الإنهاء لوجود ما يبرره (٢).

وفي هذا المجال ، كان قانون العمل العراقي موفقا في مراعاة مصلحة صاحب العمل في تعديل او انتهاء عقد

العمل ، وفقا للمادة ٣٦ منه والناصة على انه ((ينتهي عقد العمل في احدى الحالات الاتية سادسا - اذا

اقتضت ظروف العمل في المشاريع تقليص حجمه شرط اخبار وزير العمل والشؤون الاجتماعية بذلك.

وبذلك ، فإنه لما كان لرب العمل قانونا في الحالة اعلاه ، انتهاء العقد في حالة تقليص المشروع ، فإنه ومن باب اولى ان يكون له الحق في تعديل العقد ايضا من ناحيتي الاجر وقدره واختصاص العامل ، ولا معقب عليه في هذا المجال سوى سلطة القضاء في التأكد من توافر الشروط الواردة في المادة اعلاه ، وهي توافر الضرورة الواقعية لتقليص المشروع ، واخبار الوزير المختص بذلك .

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٣٧ بأن إنهاء عقد العمل استنادا إلى الظروف الاقتصادية الصعبة التي تمر بها المؤسسة يعتبر إنهاء غير تعسفي ، وذهبت ذات المحكمة في حكم لاحق سنة ١٩٩١ في نفس الاتجاه وأيدت الإجراء الذي اتخذه رب العمل بتخفيض أجور عماله ، وذلك بالعدول عن العرف الذي كان بموجبه يحصل العمال على الشهر الثالث مكافأة، و التي أصبحت حقا مكتسبا لهم بمقتضي العرف الساري في المؤسسة ، غير أن الظروف المالية الصعبة التي مر بها المشروع دفعت رب العمل إلى إلغاء هذه المكافأة ، مما يعد تعديلا جوهريا في العقد ، وترتب على رفض العمال لهذا التعديل إنهاء عقودهم إنهاء اقتصاديا بسبب الظروف المالية الصعبة للمؤسسة ورفضت المحكمة تعويضهم عن إنهاء عقودهم ، وأسست هذا الرفض على أن إنهاء العقود كان له ما يبرره من رفض العمال لتعديل مشروع (١)

أما محكمة النقض المصرية فقد قضت بأن لرب العمل قانونا السلطة في تنظيم منشأته باعتباره هو المالك لها و المسؤول عن إدارتها ولا معقب على تقديره إذا رأى لأزمة اقتصادية ظهر أثرها عليه أو كارثة مالية توشك على النزول به ، تضيق دائرة نشاطه أو ضغط مصروفاته ، مما يجعل له الحرية تبعا لذلك في اتخاذ ما يراه من الوسائل الكفيلة بتوقي الخطر الذي يهدده و المحافظة على مصالحه المشروعة (٢) .

ثانيا : التعديل الجوهري في حالة الضرورة أو القوة القاهرة

قد تمر المؤسسة بظروف صعبة أو ظروف قاهرة ، ويكون من شأنها أن تؤثر على وجودها سلبا إذا لم يسارع رب العمل باتخاذ الاليات الناجعة لمواجهةها ، وتقتضي هذه الظروف من العامل أن يتعاون مع رب العمل إعمالا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، وقد تصل إلى إجراء تعديل جوهري لعنصر أو أكثر من عناصر العقد الجوهري دون حاجة إلى رضا العامل .

وسبق ووضحنا ما نص قانون العمل العراقي عليه فيما يخص زيادة الساعات الاضافية للعمل نص يعالج ما تقدم ، وايضا ما نص عليه القانون المدني العراقي في مادته ٩٢١ ، وكذا الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي نص في المادة ٥٤ من قانون العمل على انه ((لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج عن القيود المشروطة في الاتفاق أو يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذ دعت الضرورة إلى ذلك منعا لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة)) (٣)

أما القانون الفرنسي فلا يعترف لرب العمل بتعديل العقد تعديلا جوهريا إلا بسبب الخطأ الجسيم أو القوة القاهرة ، وهذا ما نصت عليه المادة L 122-3-8 من قانون العمل الفرنسي (٤) وقد أعتبر القضاء الفرنسي أن كل تعديل في مكان ونوعية العمل المنصوص عليهما في العقد في غياب الخطأ الجسيم أو القوة القاهرة يعتبر إنهاء تعسفيا (٥)

ثالثا: التعديل الجوهري لعقد العمل لأسباب راجعة للعامل

من الممكن أن تكون ظروف العامل الخاصة أو الشخصية ، سببا اومبررا لإجراء تعديل في عقد العمل ، إذا ما رأى رب العمل ذلك تحقيقا لمصلحة العمل ، وقد ترجع هذه الأسباب إما إلى عدم كفاءة العامل للعمل المسند إليه ، أو ارتكاب العامل خطأ تأديبيا ، وإما بسبب ظروفه الصحية .

١ - تعديل العقد بسبب عدم كفاءة العامل

وهو عدم قابلية العامل على القيام بأعباء العمل المنوط به على الوجه الاكمل بسبب انخفاض مستوى أدائه لهذا العمل ، ويسمى هذا التعديل بالتعديل المهني ، فإذا ثبتت عدم كفاءة العامل للعمل المسند إليه جاز لرب العمل أن يسند إليه عملا آخر يتلاءم مع كفاءته .

ولم ينص القانون العراقي على إمكانية تعديل عقد العمل أو إنهائه بسبب عدم كفاءة العامل ، الا اننا وبالرجوع الى التنظيم القانوني لعقد العمل قيد الاختبار ، لم نجد ايضا ما يوضح كيفية انتهاء هذا العقد بسبب عدم الرضا عن كفاءة العامل ، وبذلك يتحتم علينا الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني ، حيث نجد ان التكييف القانوني لعقد العمل تحت الاختبار ، بانه عقد معلق على شرط فاسخ وهو عدم رضا رب العمل عن كفاءة العامل والتي هي (كفاءة العامل المهنية وسلوكه وانضباطه في العمل) ، فيكون عقد العمل قيد الاختبار عقدا نافذا غير لازم ، فهو منتج لاثاره خلال مدة الاختبار اما الزاميته لطرفيه فتتوقف على تحقق الشرط او تخلفه ، فان تحقق الشرط انفسخ العقد ، واذا تخلف اصبح لازما لطرفيه (٦).

أما محكمة النقض المصرية فقد استقر اجتهادها على الاعتراف لرب العمل باحقية في تعديل عقد العمل ، وذلك بوضع العامل في المكان الذي يتلاءم مع كفاءته وقدرته ، ومن أمثلة ذلك ما قضت فيه محكمة النقض في الطعن رقم ٣٣٣ الصادر بتاريخ ١٢/٥/١٩٦٥ حيث ورد فيه (من سلطة رب العمل التنظيمية تقدير كفاءة العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له لما يحقق مصلحة الإنتاج ، بحيث إذا استبان عدم كفايته أعتبر ذلك مأخذا مشروعاً لتعديل شروط عقد العمل أو إنهائه ، وعلى من يدعي عدم صحة هذا المأخذ و التعسف في إنهاء العقد عبء اثباته (١).

٢ - تعديل عقد العمل بسبب خطأ العامل

الخطأ التأديبي للعامل ، هو كل اخلال بالتزام القيام بالواجبات التي يقتضيها حسن انتظام واستمرار العمل بالمنشأة ، والامتناع عن كل ما من شأنه الحاق الضرر بنظامها ، وهذا الالتزام بشقيه الايجابي والسلبي ، لا يقتصر على الاخلال بما يقرره القانون او العقد او تعليمات صاحب العمل ، من قواعد تكفل حسن سير العمل بالمؤسسة ، وانما يمتد ليشمل كل ما يعد اخلال بمصلحتها (٢)

ومن المسلم به ، أن العامل عندما يرتكب خطأ تأديبيا يفتح المجال لرب العمل لممارسة سلطته التأديبية وتوقيع جزاءات متنوعة عليه ، منها نقله من مهنة إلى أخرى أو من موقع لآخر أو حرمانه من بعض المزايا المادية او المعنوية مما يشكل تعديلا جوهريا لعقد العمل ، وقد يصل الجزاء إلى حد التسريح (الفصل من العمل) إذا كان الخطأ جسيما ، وقد نصت المادة ١٢٧ من قانون العمل العراقي على تسع حالات يترتب على ارتكاب العامل لها تسريحه.

وتتجسد العقوبات التأديبية الواردة في المادة ١٢٦ من قانون العمل العراقي فيما يلي (لفت النظر، قطع الاجر مدة لا تزيد على ثلاثة أيام على ان لا يستقطع من الاجر ما يزيد على ٢٠% من اجره الشهري ، تاجيل منح العامل الزيادة السنوية لمدة لا تزيد على ستة أشهر ، حجب الزيادة السنوية التي وقعت فيها المخالفة) . أما القانون الفرنسي فقد أورد الجزاءات التأديبية على سبيل المثال لا الحصر حيث نص قانون العمل الفرنسي الصادر ١٩٨٢ على ((يشكل كل جزاء يتخذه رب العمل ماعدا التنبيهات الشفوية ، على إثر التصرفات السيئة للعامل و التي يعتبر مخطئا بسببها ويكون من طبيعة ذات تأثير مباشر أو غير مباشر على وجود العامل في المشروع أو على وظيفته أو مدة عمله أو أجره بحيث يشمل هذا التعريف النقل وتثبيت الأجر وتنزيل الدرجة)) (٣) ، ويظهر من النص ، أن القانون يسمح بدخول صور كثيرة لجزاءات تأديبية تشكل تعديلا جوهريا لعقد العمل .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز التعديل التأديبي الذي يشكل في نفس الوقت تعديلا جوهريا لعقد العمل ، وذلك بإقرارها بشرعية تنزيل عامل من درجته بسبب عصيانه ، وإنهاء عقده بسبب رفضه التوجه إلى عمله الجديد ، حيث قضت المحكمة بأن رفض العامل تنفيذ هذا التعديل يعد خطأ جسيما يترتب عليه إنهاء العقد مع حرمانه من التعويض عن هذا الإنهاء ، إذ يعتبر برفضه الخضوع للجزاء التأديبي مرتكبا لخطأ جسيم ومتسببا في إنهاء العقد (٤) ، أما المشرع المصري فقد أورد الجزاءات التأديبية على سبيل الحصر ، كما أن المشرع المصري حصر الأخطاء التأديبية عكس المشرع الفرنسي الذي أوردتها على سبيل المثال ، وتتمثل الجزاءات التأديبية في قانون العمل المصري في (الإنذار ، الغرامة ، الوقف عن العمل ، الحرمان من العلاوة السنوية أو جزء منها ، الإنذار الكتابي بالفصل ، الفصل من الخدمة) (٥).

٣- تعديل عقد العمل بسبب الحالة الصحية للعامل

ويسمى بالتعديل الصحي ، فقد يصاب العامل بعلّة أو عاهة جسمانية تجعله غير قادر على أداء العمل المسند إليه بصفة دائمة أو مؤقتة ، الأمر الذي يبرر لرب العمل إنهاء عقد العمل أو تعديله ، وتختلف سلطة رب العمل في التعديل بحسب نوعية العجز الذي أصابه ، فإذا أصيب العامل بعجز كلي دائم وأصبح غير قادر على أداء عمله جاز لرب العمل إنهاء عقد عمله.

وقد نصت المادة ٣٦ من قانون العمل العراقي في اطار حالات انتهاء عقد العمل على انه (رابعا - اذا اصيب العامل بمرض اقعده عن العمل ولم يشف منه بعد ستة اشهر من الاصابة به ، وثبت ذلك بشهادة طبية رسمية .خامسا - اذا اصيب العامل بعجز اقعده عن العمل وبلغت نسبته ٧٥% فاكثّر من العجز الكلي بموجب شهادة طبية رسمية) .

أما المشرع المصري ، فيفرق بين العجز المستديم الكلي والذي تقتضي به علاقة العمل ، والعجز الجزئي الذي يؤدي كذلك إلى انقضاء علاقة العمل متى ثبت عدم وجود أي عمل آخر، ويثبت عدم وجود العمل الآخر طبقا لأحكام قانون التأمين الاجتماعي (١)

أما في القانون الفرنسي فإن طبيب العمل هو الذي يختص بتقدير الحالة الصحية للعامل ، فإذا قرر عدم قدرته على ممارسة عمله الأصلي فإن رب العمل يصبح ملزما بإعادة تأهيله في منصب آخر بعد استشارة طبيب العمل ، الذي يقترح نقل العامل إلى منصب آخر أقل مشقة ، مما يؤدي إلى تخفيض أجره ، ويعد ذلك

تعديلا جوهريا لعقد العمل ، أما إذا لم تكن هناك مناصب شاغرة تلائم حالة العامل الصحية ، فإن رب العمل غير ملزم بإحداث منصب جديد لهذا العامل ، أما في حالة وجود أكثر من منصب شاغر فإن رب العمل هو الذي يحدد نوعية العمل الجديد وشروطه ، دون أن يتعسف في ذلك ، وإذا رفض العامل المنصب الجديد جاز لرب العمل انهاء عقده على مسؤولية العامل (٢)

الفرع الثاني

ضوابط سلطة رب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل

إذا كان بإمكان رب العمل الأفراد بتعديل عقد العمل بصفة غير جوهريّة من باب ممارسته للسلطة التنظيمية ، فإن الأمر يختلف إذا ما تعلق بإجراء تعديل جوهري في العقد ، لأن هذا التعديل يترتب عليه المساس بحقوق العمال المكتسبة ، وإذا كان الأصل أنه لا يجوز تعديل عقد العمل تعديلا جوهريا ، إلا إذا اقتضت مصلحة العمل ووجدت مبررات كافية لذلك ، فإنه من الضروري أن تمارس هذه السلطة في حدود وضوابط معينة تضمن تحقيق تلك المصلحة ولا تتحرف عنها ، وتنقسم هذه الضوابط إلى قسمين ضوابط موضوعية وضوابط شكلية .

أولاً:- الضوابط الموضوعية لتعديل عقد العمل

١- أن يكون التعديل المستند لحالة الضرورة أو القوة القاهرة مؤقتاً :- إذا كانت حالة الضرورة أو القوة القاهرة تعدان مبررين كافيين لتعديل عقد العمل تعديلا جوهريا ، فإن هذا التعديل يجب أن يكون مؤقتاً فلا يدوم إلا بالقدر اللازم لمواجهةهما ويزول بزوالهما ، لكون ان حالة الضرورة او القوة القاهرة استثناء على القاعدة العامة القاضية بعدم جواز التعديل الجوهري لعقد العمل ، ولايجوز التوسع في هذا الاستثناء ، وهذا ما أشارت إليه المادة ٦٢ من قانون العمل العراقي بنصها على انه ((، تجوز زيادة ساعات العمل المقررة في هذا القانون في حالة ، وتكون زيادة ساعات العمل على قدر الضرورة اللازمة لمعالجة الحالات المتقدمة)).

كما نصت على ذلك المادة ٥٤ من قانون العمل المصري والتي سبق الإشارة لها والتي جاءت بعبارة...((على أن يكون ذلك بصورة مؤقتة))

٢- أن تكون مبررات التعديل حقيقية لا صورية :- تعتبر الظروف المالية الصعبة و الأزمات الاقتصادية التي يمر بها المشروع أو رغبة رب العمل في تغيير نظم الإنتاج ، أو حالة الضرورة مبررات جدية لتعديل عقد العمل ، ومهما كان مبرر التعديل الجوهري ، إلا أنه يجب أن يكون حقيقيا لا وهميا ، ويقع على رب العمل عبء إثبات توافر المبرر من التعديل (٣) وكل تعديل يستند إلى أسباب أخرى لا تتعلق بمصلحة العمل يقع باطلا .

٣- أن يكون الهدف من التعديل تحقيق مصلحة العمل :- يجب ان يكون الهدف من كل تعديل جوهري لعقد العمل هو تحقيق مصلحة المشروع ، فإذا انتفت هذه المصلحة يصبح التعديل تعسفيا، كان يكون القصد هو الإضرار بالعامل أو الإساءة إليه ،

وفي هذا الإطار نصت المادة ٢/٩٢١ من القانون المدني العراقي المشار إليها انفا على أنه(ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه لا يعد عملا تعسفيا بطريق غير مباشر إذا اقتضته مصلحة العمل ، لكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة الى العامل) .

الفرع الثالث

الضوابط الشكلية لتعديل عقد العمل

أولاً: ضرورة انذار العامل بقرار التعديل :- من الضوابط الشكلية الواجب مراعاتها عند قيام رب العمل بأجراء تعديل عقد العمل انذار العامل مقدماً بقرار التعديل ، وأن يمهله فترة زمنية كافية للتفكير واتخاذ قراره بقبول التعديل أو برفضه ، وهذا ما نصت عليه المادة ١-٢-٣٢١ L من قانون العمل الفرنسي ، حيث ألزمت هذه المادة رب العمل الذي يريد تعديل عقد العمل بضرورة انذار العامل بموجب رسالة موصى عليها مع علم الوصول ويمنح له أجر شهر للرد فإذا سكت ولم يرد خلال هذه المدة اعتبر سكوته قبولاً ضمناً (١) أما عن شكل الانذار فقد نص المشرع الفرنسي من خلال المادة ٢-١-٣٢١ L أن يكون بموجب رسالة موصى عليها مع علم الوصول .

هذا ، و لم يتطرق لا القانون العراقي ولا القانون المصري لمسألة إنذار العامل بالتعديل و لا للشكل ، مما يتعين الرجوع إلى عقود العمل الفردية و النظام الداخلي للمؤسسة أو الاتفاقيات الجماعية ومدى نصها على هذا الشرط من عدمه ، وفي حالة خلو هذه العقود من حل لهذه المسألة يتعين الاستعانة بالقواعد العامة في القانون المدني ، فيما يتعلق بشروط الانذار او مايسميه القانون المدني العراقي بالاعذار ، حيث لما كان الاعذار وارداً على العقود الملزمة للجانبين ، فمن الممكن ان يرد في عقد العمل ، كون الاخير ينتسب الى تلك الطائفة من العقود ، ولما كان الانذار تصرفاً بإرادة منفردة ، فيجب أن يكون كتابياً ، أما عن مدة الانذار فهي المدة المناسبة للعامل لكي يفكر ويتخذ قراره حول قبول التعديل او رفضه (٢)

ثانياً : حماية العمال النقابيين :- نصت المادة ٣٤ من قانون العمل العراقي على انه ((ثامناً - عدم نقل او انهاء خدمة العامل الذي يمارس مسؤولية نقابية ، ما لم توافق النقابة او الاتحاد على ذلك)) . فإذا كان العامل منتسباً في منظمة نقابية او يمارس اعمالاً نقابية معينة ، فإن معظم التشريعات تفرض قيوداً على سلطة رب العمل في تعديل عقد هذا العامل حتى يتمكن من القيام بممارسة عمله النقابي بحرية تامة . (٣)

المبحث الثاني

حدود سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل والآثار المترتبة على التعديل

بيننا فيما سبق ، أهم المبررات التي يستند إليها رب العمل في تعديل عقد العمل ، سواء اكان التعديل جوهرياً او غير جوهري ، وكما بينا سابقاً ، فان صاحب العمل بيده مقاليد سلطة تنظيمية واسعة في ادارة مشروعه واختيار الطرق الانسب في ادارته ، ولا معقب عليه في هذه السلطة سوى رقابة القضاء التي تتمحور حول ما اذا كان استخدام هذه السلطة المذكورة في سبيل مصلحة المشروع من عدمها .

لكن ، واستدراكاً لما قلناه ، هل ان سلطته هذه مطلقة في اختيار موضوع التعديل في عقد العمل..؟ .. ام انها مقيدة ..؟ .. واذا ما تم هذا التعديل .. فما هي الآثار المترتبة على ذلك..؟

لأجل ما تقدم ، قمنا بتقسيم مبحثنا هذا لمطلبين ، تناولنا في الاول حدود سلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل ، وتناولنا في مطلب ثان الآثار المترتبة على هذا التعديل .

المطلب الأول

حدود سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل

إذا كان رب العمل يملك - بموجب القانون - سلطة تقديرية في إدارة وتنظيم مشروعه ، إلا أن سلطته في إجراء التعديل تحدها بعض القيود العامة ، فتصبح مقيدة إذا تعلق الأمر بمخالفة النظام العام أو التعسف في استعمال الحق أو تعريض صحة وحياة العامل للخطر ، وعلى ذلك فإن سلطة رب العمل في التعديل إما أن تكون سلطة تقديرية أو سلطة مقيدة .

الفرع الأول

السلطة التقديرية لرب العمل في تعديل عقد العمل

تنقسم السلطة التقديرية لرب العمل في تعديل عقد العمل إلى قسمين ، سلطة تقديرية في اختيار موضوع التعديل ، وسلطة تقديرية في إصدار أوامر أو تعليمات لتنفيذ العمل سواء أخذت هذه التعليمات صور قرارات عامة أو قرارات فردية (١).

أولاً:- السلطة التقديرية لرب العمل في اختيار موضوع التعديل

لرب العمل سلطة تقديرية في إدارة مؤسسته ، على الوجه الذي يراه كفيلاً بتحقيق مصلحته ولا وجه للحد من سلطته طالما كانت ممارسته لها بريئة عن نية الإساءة للعامل أو تعريضه للخطر (٢).

وكما قدمنا سابقاً ، فإن حالات الضرورة أو القوة القاهرة ، التي قد تمر بها المؤسسة قد تدفع رب العمل إلى تعديل عقد العمل لمواجهة هذه الظروف ، مما يجعل له الحرية تبعاً لذلك في اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات مادية أو قانونية للمحافظة على مصالحه المشروعة ، كأن يقوم بتخفيض أجور العمال أو إنهاء عقود بعض العمال (التسريح) وإسناد أعمالهم إلى العمال الذين أبقى عليهم ، مما يؤدي إلى زيادة حجم العمل بالنسبة لهم ، ولا معقب على تقدير رب العمل لتمتعه بسلطة تقديرية تقتصر رقابة القضاء عليها على التحقق من جدية المبررات التي دعت إلى ذلك (٣)

هذا ، وإن مسألة تقدير موضوع التعديل ، ليست مسألة قانونية ، بل هي مسألة اقتصادية ، ويعود لرب العمل السلطة التامة غير المنقوصة في تقديرها واتخاذ القرارات بشأنها ، فليس للقضاء إذن أن يعقب على تقدير رب العمل لها ، ما دام الهدف من اختيار موضوع التعديل هو تحقيق مصلحة العمل .

وفيما يخص المشرع العراقي ، فإنه وكما اسلفنا ، منح هذه السلطة التقديرية لرب العمل في تعديل عقد العمل ، شرط عدم الإساءة للعامل ، في المادة ٩٢١ من القانون المدني .

أما التشريع الفرنسي ، فقد أعطى الحق لرب العمل في تعديل عناصر عقد العمل بما يتماشى مع التطورات التكنولوجية ، فإذا دعت الضرورة الاقتصادية إلى إنهاء عقود بعض العمال لإنهاء اقتصادياً ، أو نقل العمال إلى مناصب أخرى تتلاءم مع كفاءتهم بعد إلغاء وظائفهم فلا إلزام على رب العمل بأن يعيد إدماج هؤلاء العمال في وظائف أخرى ، وإنما يرجع ذلك إلى سلطته التقديرية ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قلصت نوعاً ما من سلطة رب العمل في اختيار موضوع التعديل بموجب حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ / ٢ / ١٩٩٢ حيث جاء في هذا الحكم أنه في حالة إعادة تنظيم المؤسسة وما يستتبع ذلك من قيام رب العمل بإلغاء وظيفة العامل ، فإنه ملزم بإعادة تأهيل العامل في أي من الوظائف الجديدة التي تتلائم مع كفاءته المهنية ، فإذا خالف رب العمل هذا المبدأ وقام بإنهاء عقد العمل عقب إلغاء وظيفته فإن هذا الإنهاء يعتبر غير مشروع لعدم وجود ما يبرره (١)

ثانياً :- السلطة التقديرية لرب العمل في إصدار أوامر تنفيذ العمل

تنقسم سلطة رب العمل التقديرية في تعديل عقد العمل إلى إصدار قرارات تنظيمية عامة أو قرارات فردية خاصة .

١- إصدار أوامر تنظيمية :- وهي قرارات شمولية عامة ، حيث انها تتوجه بالخطاب الى مجموعة من العمال وليس الى عامل محدد بصفته وشخصه ، وتتعلق هذه القرارات بإعادة ترتيب الوظائف أو تغيير طرق العمل قصد زيادة الإنتاج أو فتح فروع جديدة للمؤسسة ، وتكون ذات طابع فني أو اقتصادي (٢)

٢- إصدار أوامر فردية : وهي لا تتعلق بمجموعة من العمال وإنما تتعلق بعامل محدد فقط ، ويتطلب إصدار هذه القرارات تعديل في شروط وظروف تنفيذ العمل ، ويكون لرب العمل الحرية المطلقة في اختيار القرارات أو الأوامر التي يتخذها بما يحقق مصلحة العمل ، ويتم هذا التعديل عن طريق المنشورات أو التعليمات الداخلية ، مثل القرارات المتعلقة بساعات العمل أو التمييز بين أجور العمال ، وتمتد إلى كل ما يتصل بتنفيذ العمل ، يستطيع رب العمل ان يحدد لكل عامل العمل الخاص به ، وكيفية أدائه ومكان ممارسته ، وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٠/١٢/٢٢ ، حيث جاء فيه مايلي ((انه وان كانت مجانية المياه نوعاً من الأجر تختص الشركة به من يقيم من مستخدميها في دائرة التزامها إلا أن اعتبارها كذلك لا يقتضي إلزام الشركة بتعميم هذه المجانية إلى غيرهم ممن لا يقيمون داخل هذه الدائرة ، لأن من سلطة صاحب العمل أن يميز في الأجور بين عماله لاعتبارات يراها ، فإذا كانت الشركة قد أبانت الظروف المبررة لقصر المجانية على طوائف من موظفيها وعمالها الذين يقيمون داخل منطقة التزامها دون غيرهم ممن يقيمون خارج هذه المنطقة ، فإن النعي على القرار المطعون فيه رفضه طلب تعميم مجانية صرف المياه لجميع مستخدمي الشركة لمخالفته لقواعد العرف والعدالة يكون غير سديد . المواد ٦٨١ ، ٦٩٠ مدني ١٣١ لسنة ١٩٤٨)) (٣)

هذا ، ويستمد رب العمل الشرعية القانونية في اجراء هذه التعديلات ، اما من الاتفاق الصريح وقت إبرام العقد أو من اللوائح الداخلية ، وعليه فإن العامل الذي يوافق على نقله إلى أي فرع من فروع المؤسسة ، ثم يقوم رب العمل بذلك فإن القرار الذي يصدره هذا الأخير لا يعتبر تعديلاً لعقد العمل وإنما يعد من القرارات المتعلقة بتنفيذ عقد العمل (١) .

وفي حالة رفض العامل تنفيذ أوامر العمل فإن لرب العمل ممارسة سلطته التأديبية وتوقيع الجزاءات التأديبية عليه لارتكابه خطأ جسيماً ، الا اننا لم نجد في قانون العمل العراقي ما يمنح رب العمل ممارسة هذه السلطة ازاء العامل الذي يرفض تنفيذ اوامر رب العمل ، الا اننا وبالعودة الى احكام القواعد العامة المقررة في القانون المدني ، نجد ان المادة ٩٠٩ / ج تقرر ان على العامل ان يأتمر باوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه ، وبالتالي فان اخل العامل بالتزامه هذا جاز لرب العمل فسخ العقد (التسريح) مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى .

الفرع الثاني

القيود العامة التي تحد من سلطة رب العمل في التعديل

هناك بعض القيود العامة التي يجب أن يلتزم بها رب العمل في اختيار موضوع التعديل بما يحقق مصلحة العمل ، وهذه القيود هي :-

اولا :- عدم الإخلال بالنظام العام

من المعروف أن لمصطلح النظام العام معنيين هما النظام العام المتعلق بالمصلحة العامة والنظام العام وفق مفاهيم قانون العمل .

١- عدم الإخلال بالنظام العام المتعلق بالمصلحة العامة : النظام العام هو مجموعة الافكار والمبادئ السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يؤمن بها مجتمع معين في زمن معين ، و التي تنظم المصالح التي يهدف النظام القانوني في المجتمع على تحقيقها ، وتتجسد هذه الافكار والمبادئ في القواعد القانونية الامرة والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها والمتناثرة في فروع القانون المختلفة التي تحكم المجتمع (١)

ومادامت الصفة الامرة ، صفة من صفات قواعد قانون العمل ، لتعلقها بالنظام العام، فإن رب العمل مرغم على الالتزام بهذا النظام عند إبرام عقد العمل أو تنفيذ اثاره ، إذا أنه لا يجوز لرب العمل أن يتفق مع العامل على القيام بعمل يخالف النظام العام و الآداب العامة ، كأن يكون العمل المتفق عليه منافيا للآداب العامة في المجتمع او مخالفا للعقائد الدينية أو القيم الأساسية للمجتمع، او يعتبر جريمة تعاقب عليها القوانين العقابية .

كما يلتزم رب العمل بمراعاة النظام العام أثناء تنفيذ العقد ايضا ، وعليه ، يمتنع عليه إجراء أي تعديل في العقد من شأنه أن يخل بالنظام العام أو الآداب العامة للمجتمع ، أو يهدد الامن والاستقرار فيه ، فمثلا لا يجوز لرب العمل أن يكلف عاملا بعمل يخرج عن اختصاصه كتكليف كاتب طابعة بالإشراف على انتاج حواسيب الكترونية ، لان هذا التكليف سوف يؤدي الى رداءة المنتج وبالتالي الاضرار بالمستهلكين .

٢- عدم الإخلال بالنظام العام وفق مفهوم قانون العمل : ويقصد به مجموعة القواعد و المبادئ الأساسية لقانون العمل والتي تستهدف حماية مصالح العمال داخل المجتمع المهني و الحرفي، وقد أقر قانون العمل مبدأ حماية حقوق العامل ، لاعتبار العامل هو الطرف الضعيف في علاقات العمل ، وبذلك لا يجوز الاتفاق مع العامل على مخالفة هذه القواعد بما ينقص من حقوقه ، أما إذا كان الاتفاق المخالف يملئ قواعد أكثر نفعا للعامل فإنه يعد ملزما لصاحب العمل (٢)

وعلى رب العمل الالتزام بهذه القواعد عند إبرام العقد ، كالالتزام بالحد الأدنى للأجور و الحد الأقصى لساعات العمل ، وبالقواعد الخاصة بتشغيل النساء و الأحداث ، فلا يجوز لرب العمل أن يتفق مع العامل على أجر يقل عن الحد الأدنى للأجور ، أو على تشغيله أكثر من الحد الأقصى لساعات العمل المحدد قانونا ، أو ان يتفق معه على التنازل عن اجازات العطل والاعياد او الاجازة السنوية (٣) .

ان القواعد الخاصة بالحد الأقصى لساعات العمل بالحد الأدنى للأجور و القواعد الخاصة والاجازات وساعات الاستراحة اليومية والاسبوعية ، هي أبرز القواعد المتعلقة بالنظام العام العمالي.

وبناء على ما تقدم ، نصت المادة ٧١ من قانون العمل العراقي على انه ((يقع باطلا كل اتفاق بقضي بالتخلي عن حق العامل في الاجازة السنوية او التنازل عنها ، كلا او جزء لقاء تعويض او لاي سبب)) .

كما منعت المادة ٥٥ من ذات القانون زيادة وقت العمل اليومي على ثمان ساعات ، حفاظا على صحة العامل وقدرته البدنية ، حيث نصت على انه ((يكون وقت العمل اليومي ثمان ساعات ، مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في هذا القانون)) .

كما نصت المادة ٥٦ على انه ((في الاعمال التي تؤدي بدوامين ، والاعمال المتقطعة لا يجوز ان تزيد مدة بقاء العامل في مكان العمل على اثنتي عشرة ساعة على ان لا تزيد ساعات عمله الفعلية على ثمان ساعات في اليوم)) .

اضافة لما تقدم ، الزمت المادة ٥٧ من ذات القانون ، ارباب العمل بتخفيض وقت العمل اليومي والاسبوعي في الاعمال الشاقة والضارة ، فنصت على انه ((يخفض وقت العمل اليومي والاسبوعي في الاعمال الشاقة والضارة ويحدد اصحاب العمل هذا الاعمال ومدة التخفيض وفق تعليمات يصدرها وزير العمل والشؤون الاجتماعية بناء على اقتراح المركز الوطني للصحة والسلامة المهنية)) .

اما قانون العمل المصري ، فقد منعت المادة ٣٧ منه ، نقل عامل بالأجر الشهري إلى فئة عمال المناوبة أو العمال المعنيين بالأجر الأسبوعي أو بالقطعة أو بالساعة إلا بموافقة العامل كتابة(١) وحفاظا على صحة العامل ، نصت المادة ١٣٣ من ذات القانون على أنه ((لا يجوز تشغيل العامل تشغيلاً فعلياً أكثر من ثمان ساعات في اليوم الواحد أو ٤٨ ساعة في الأسبوع لا تدخل فيها الفترات المخصصة لتناول الطعام و الراحة))

أما المشرع الفرنسي فقد حدد ساعات العمل اليومي ب ٨ ساعات في حين حدد المدة القانونية الأسبوعية للعمل ب ٣٩ ساعة ، وبعد صدور القانون رقم ٤٦١/٩٨ المؤرخ في ١٣ جوان ١٩٩٨ والمسمى بقانون أوبري aubru أصبحت المدة القانونية الأسبوعية للعمل تقدر ب ٣٥ ساعة تسري ابتداء من ١ جانفي ٢٠٠٠ (٢)

ثانياً: - عدم التعسف في استعمال حق التعديل

وهو قيد مهم جداً ، حيث لا يجوز ان يتعسف رب في استعمال الحق ، والمقصود بالتعسف هو ((استعمال الحق المشروع لتحقيق مصلحة غير مشروعة شرعاً للإضرار بالغير))(٣). ولا يثبت هذا التعسف ولا يعتد به إلا إذا تجسد في صوره الثلاثة والمنصوص عليها في المادة ٧ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه ((١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان . ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الحالات الاتية :- أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير . ب - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة)) .

وإذا كانت هذه الصور تعد معايير للتعسف في استعمال الحق ، إلا أنها وردت على سبيل المثال لا الحصر ، مما يتيح المجال أمام معايير أخرى للتعسف ، وعند الحديث عن سلطة رب العمل في تعديل عقد العمل ، قد يأخذ التعسف إحدى الصور المنصوص السابقة ، وقد يأخذ صوراً أخرى ترجع إلى الطبيعة المميزة لعقد العمل عن بقية العقود الأخرى .

١- المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق عند التعديل : يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات المنصوص عليها في القانون المدني وهي :-

- إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير (العامل) : يجب أن يقصد صاحب الحق (رب العمل) من تعديل عقد العمل الإضرار بالعامل ، كما يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه في التعديل لاجل تحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً عن الضرر الذي يلحق بالعامل ، أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو السبب الغالب وكان الغرض منه إلحاق الضرر بالعامل اعتبر هذا تعسفاً ، ولو كان القصد مصحوباً بجلب المنفعة كعمل ثانوي ، و من ثم يكون التعديل تعسفياً إذا قصد رب العمل الإضرار بالعامل دون أن يقترن بنية تحقيق مصلحة العمل ، ولو تحققت هذه المصلحة بطريقة عرضية ، ولقد جرى القضاء المصري على اعتبار انعدام المصلحة او تفاهتها عند استعمال الحق على نحو يضر بالغير قرينة على توفر نية الضرر (٤)

- إذا كانت المصالح الذي يرمي إلى تحقيقها رب العمل لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب العامل : يتحقق التعسف لدى رب العمل في حقه بالتعديل ، إذا كان الضرر الذي سيلحقه بالعامل راجحاً رجحاناً كبيراً على المصلحة التي يريد تحقيقها ، بحيث يكون التعديل تعسفياً كلما كان الضرر كبيراً والمصلحة ضئيلة ومن ثمة تكون تفاهة المصلحة قرينة على نية الإضرار (١) .

. إذا كان التعديل بقصد تحقيق مصلحة غير شرعية :- يعد رب العمل متعسفاً في استعمال حقه أن سعى تحت ستار استعمال حقه إلى تحقيق مصالح غير مشروعة ، فإذا قام رب العمل بتغيير الاختصاص الأصلي للعامل أو نقله لموقع آخر لانه انتمى لنقابة من نقابات العمال ، أو نقله إلى عمل أقل ميزة بقصد الاساءة اليه معنوياً ، اعتبر هذا الاجراء تعسفياً لعدم مشروعية المصالح التي يرمي إلى تحقيقها من وراء ذلك التعديل (٢) .

٢- معايير التعسف الخاصة بعقد العمل :- نظرا لخصوصية عقد العمل عن بقية العقود ، لذا لابد من وجود معايير خاصة للتعسف في استعمال الحق في التعديل ، وتتمثل هذه المعايير فيما يلي :-

- انتفاء المبرر من التعديل :- لما كان رب العمل مقيدا في كل تعديل بوجود مبرر (مصلحة العمل او المشروع) ، فإن غياب هذا المبرر يجعل التعديل تعسفياً ، كقيام رب العمل بنقل العامل من فرع لآخر مبرراً ذلك بعدم حاجته في الفرع الاول رغم عدم صحّة ذلك ، أو نقل العامل إلى منصب آخر بحجة إعادة تنظيم المشروع رغم عدم ضرورة ذلك (٣) .

- عدم أهمية المبرر :- قد يكون للتعديل مبرر ، لكنه ليس بالأهمية التي تقتضي إجراء تعديل في عقد العمل ، فان أثبت العامل عدم أهمية المبرر عد التعديل تعسفياً ، كنقل عامل إلى منصب آخر بسبب عدم كفاءته المؤقتة الراجعة لمرض عارض أو نقل العامل إلى وظيفة أدنى بسبب خطأ تأديبي قليل الأهمية (٤)

- عدم ملائمة الظروف للتعديل :- تعد الظروف التي يمر بها المشروع عاملا مهما في مشروعية اجراء التعديل ، حيث انه يعد تعسفيا إذا تم في ظروف غير مناسبة بما يسيئ للعامل ، ماديا او معنوياً ، كأن يقوم رب العمل بنقل عامل من القسم الذي كان يعمل فيه إلى قسم آخر اقل مرتبة من الناحية الوظيفية بسبب تدني مستوى كفاءته في الوقت الذي يجري فيه تحقيق بسبب اعمال تخريب وقعت في هذا القسم وقبل أن تظهر نتيجة التحقيق ، مما يثير الشبهات حول هذا العامل ، فعلى الرغم أحقية رب العمل في القيام بهذا التعديل لوجود مبرر له ، غيرأنه يوصف بالتعسف بسبب عدم ملائمة الظروف للتعديل .

٣- عدم تعريض حياة العامل أو سلامته للخطر

تناول قانون العمل العراقي حماية العمل والعمال في الباب السادس منه في اربع فصول ، فتناول في الاول حماية المرأة العاملة وفي الثاني حماية العمال الاحداث وفي الثالث حماية عمال المقالع وتناول في الرابع احتياطات العمل ، وكل ذلك امتد من المادة ٨٠ وحتى المادة ١١٣ من القانون المذكور .

كما نصت المادة ٣٤ من قانون العمل العراقي على انه ((يلتزم صاحب العمل بما يأتي :- ثالثا - توفير الظروف الصحية لمكان العمل والاحتياطات اللازمة لوقاية العامل اثناء العمل)).

ومما تقدم ، نرى ان قانون العمل قد اولى أهمية كبرى وحيزا واسعا لوقاية العامل من الأخطار وحوادث العمل و الأمراض المهنية ، وعمل هذا القانون على وضع العامل في حيز امن من الاقات والمخاطر وإبعادها عنه .

ولذا يلتزم رب العمل عند تعديله لعقد العمل بمراعاة قواعد الصحة والسلامة المهنية ، وحماية العامل من الخطر ، فإن كان التعديل من شأنه أن يعرض العامل أو زملائه لخطر الموت أو الحريق فمن حقه رفض هذا التعديل ، فلا يجوز لرب تكليف العامل بعمل قد يعرضه أو يعرض غيره للخطر ، كتكليف عامل في شركة المباني و المنشآت بالصعود إلى أعلى البناء للقيام بعمل من الأعمال اللازمة للإنشاء ، رغم اختصاصه للقيام بهذه الأعمال ، مما قد يعرضه للسقوط من أعلى البناء ، كما لا يجوز لرب العمل حتى وأن دعت إلى ذلك حالة الضرورة تكليف أحد العمال باقتحام حريق شب في المؤسسة بقصد إنقاذ أدوات العمل . (١)

كما يحظر على رب العمل نقل عامل إلى قسم آخر إلا بعد اتخاذ التدابير اللازمة في الموقع الجديد لمنع تأثير المواد الكيميائية المستعملة أو تسربها إلى مكان العمل كالعارات و الأبخرة ، وقد نص قانون العمل المصري الجديد الصادر رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أحكام السلامة والصحة المهنية وما يقتضيه من التزام رب العمل بتأمين بيئة العمل ، حيث يفرض هذا القانون الحصول على ترخيص من الجهة المختصة بعد معاينة مكان العمل و التأكد من أنه مؤمن من الأخطار، وإذا قام رب العمل بنقل عامل إلى مكان غير مرخص بمزاولة العمل فيه فإنه يحق للعامل أن يمتنع عن تنفيذ قرار رب العمل (٢)

أما القانون الفرنسي فقد حرص وبشكل كبير على حماية العمال من الأخطار المهنية من خلال عدة نصوص قانونية بدءا بقانون العمل الصادر بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٩١ وخاصة المادة-١- ٢٣٠L- المتعلقة بالحماية من أخطار العمل والمادة ٣- ٢١٣L- والمادة ١٤- ٢١٣L- المتعلقة بالمجلس الأعلى للحماية من الأخطار و المادة ٢٠٠-٥ L المتعلقة بالوكالة الوطنية لتهيئة ظروف العمل بالإضافة إلى التنظيم المهني للوقاية من حوادث البناء و الأشغال العمومية (O,P,P,B,T,P). علما أن كل هذه القوانين تلزم رب العمل بالحرص على صحة وسلامة العمال أثناء العمل وتلزمه أيضا بمراعاة هذه الظروف عند تعديل شروط العمل (٣)

المطلب الثاني

آثار تعديل عقد العمل في حالة رفض العامل :

لكل تصرف قانوني اثار محددة ، وتتجسد هذه الاثار بالحقوق والالتزامات التي سوف يترتبها هذا التصرف ، ولما كان تعديل عقد العمل تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد وهو رب العمل ، في اطار رابطة عقدية بينه وبين العامل ، فانه لابد من التفريق اذا بين حالة ما إذا رفض العامل التعديل الذي أجراه رب العمل

على عقد عمله ، وهنا إما ان يتراجع رب العمل عن التعديل ، وإما أن يصر رب العمل على التعديل في الوقت الذي يصرفيه العامل على الرفض فلا يكون أمام الاول سوى إنهاء عقد العمل وما يترتب عنه من آثار ، تختلف بحسب ما إذا كان التعديل المرفوض مشروعاً أو تعسفياً .

الفرع الأول

آثار رفض العامل للتعديل المشروع لعقد العمل

إذا كان التعديل الذي رفضه العامل مشروعاً وأصر رب العمل على تنفيذ هذا التعديل فإن أثر هذا الرفض يختلف بحسب طبيعة التعديل وما إذا كان جوهرياً أو غير جوهري.

أولاً :- رفض العامل للتعديل غير الجوهري المشروع : كما قدمنا سابقاً ، فإن التعديل غير الجوهري يعتبر من قبيل ممارسة رب العمل لسلطته الإدارية والتنظيمية ، وبالتالي لا يملك العامل سوى الامتناع لذلك التعديل ويتعين عليه أداء عمله وفقاً للشروط المحددة بالعقد استناداً إلى رابطة التبعية القانونية التي تعد ركناً ركيناً في عقد العمل ، و إلى سلطة رب العمل الإدارية والتنظيمية ، لكون أن ممارسته لهذه السلطة وقيامه بتعديل شروط وظروف أداء العمل لا يشكل تعديلاً في حقيقة الأمر وإنما يشكل تنفيذاً لعقد العمل (٤) فإذا رفض العامل هذا التعديل وامتنع عن أداء العمل المعهود له بعد هذا التعديل ، عد مخالاً بالتزامه العقدي الاصيل وهو اطاعة اوامر رب العمل ومرتكباً لخطأ جسيم ينجم عنه التسريح دون تعويض يذكر .

أما إذا قام العامل بتقديم استقالته تعبيراً عن رفضه لهذا التعديل ، فيعتبر مسؤولاً عن إنهاء عقد عمله ، وعلى المحكمة أن تتأكد بأن الاستقالة ناتجة عن إرادة قاطعة لا يشوبها أي غموض عندئذ لا يمكنه الحصول على تعويض من رب العمل (٥) .

أما إذ ترك العامل عمله دون تقديم استقالته فإن ذلك يعتبر في حكم الاستقالة الضمنية وفي هذا نصت المادة ٣٦ من قانون العمل العراقي على انه ((ثالثاً - اذا اراد العامل انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة ، بشرط ان يوجه انذارا مكتوباً الى صاحب العمل قبل ثلاثين يوماً ، في الاقل ، من التاريخ الذي يحدده لانتهاء العقد . فاذا ترك العمل بغير توجيه الانذار او قبل انتهاء المدة المحددة في هذا البند ، الزم بدفع تعويض الى صاحب العمل يعادل اجر مدة الانذار او المتبقي منها)) .

ثانياً: رفض العامل للتعديل الجوهري المشروع :- يحق للعامل رفض التعديل الجوهري وان كان هذا التعديل يستند إلى مبرر حقيقي (١) ، لما ينطوي عليه من مساس بحقوقه ومكاسبه ، فإذا التزم العامل الرفض ، نكون امام احتمالين لا ثالث لهما ، فإما أن يتراجع رب العمل عن التعديل ، وبالتالي يستمر العقد بشروطه الأصلية وقت ابرامه ، وإما أن يصر رب العمل على تنفيذ التعديل ، وإزاء هذا الموقف لا مفر من إنهاء العقد سواء بمبادرة من رب العمل أو من العامل (٢) .

هذا ، وفي حالة رفض العامل النقل إلى منصب آخر يتلاءم مع اختصاصه الوظيفي يعتبر مرتكباً لخطأ جسيم يستوجب عنه التسريح (٣) .

وعلى العكس مما تقدم ، لا يعتبر المشرع الفرنسي هذا الرفض خطأ جسيماً ، كما أن العامل الذي يرفض الالتحاق بالمنصب المحول إليه في إطار استحداث مناصب جديدة يحرم من الاستفادة من خدمات التأمين على البطالة لمصلحة العمال الذين يفقدون عملهم بصفة غير إرادية ولأسباب اقتصادية ، كما يحرم من

الاستفادة من خدمات التأمين على البطالة العامل الذي يرفض العمل في إطار إعادة التوزيع ، ولا يستفيد من التعويضات عن التسريح المنصوص عليها في المرسوم ٠٩/٩٤ المتعلق بالحفاظ على التشغيل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة غير إرادية .

وتطبيقاً للمادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي ، فإن محكمة النقض الفرنسية تؤكد بأن رب العمل لا يمكنه تعديل عقد العمل الفردي بصفة جوهريّة دون موافقة العامل ، مما يستوجب على رب العمل الإبقاء على الشروط العقدية المتفق عليها و إلاّ تحمل نتائج رفض العامل للتعديل (٤).

هذا ، وفي حالة أصرار رب العمل على قرار التعديل رغم رفضه من طرف العامل ، فإن هذا الوضع سيؤدي إلى قطع علاقة العمل ، وعليه إما أن يقوم رب العمل بإنهاء العقد ، أو أن يأخذ العامل زمام المبادرة بإنهاء ، فإذا بادر رب العمل بقطع علاقة العمل فإنه يلتزم بانذار العامل بذلك قبل اتخاذ هذا الإجراء و ينتظر حتى نهاية مهلة الأذار ثم يقوم بإنهاء العقد، وكل هذا هو تطبيق للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي في المادة ١٧٧ والمتعلقة بالفسخ .

أما إذا أخذ العامل المبادرة بإنهاء علاقة العمل وتقديم استقالته فلا يلتزم رب العمل بدفع تعويض للعامل على هذا الإنهاء ، لأنه كان نتيجة لرفض العامل لتعديل مشروع ، وأن هذا التعديل كان له ما يبرره مما يجعله تعديلاً مشروعاً ، و لا يحق للعامل المطالبة بالتعويض عن هذا الإنهاء(٥)

الفرع الثاني

رفض العامل للتعديل التعسفي لعقد العمل

الاصل ان لرب العمل الحق في تعديل عقد العمل طبقاً للضوابط و الأحكام المنظمة لهذا التعديل ، ومن بينها عدم التعسف في استعمال الحق أثناء التعديل .

وفيما سبق وأن تطرقنا عند دراستنا للقيود الوارد على سلطة المستخدم في التعديل إلى قيد عدم التعسف في استعمال الحق وانتهينا إلى وجود صور عامة للتعسف في القانون المدني، وصور خاصة للتعسف في عقد العمل .

وإذا كان التعديل تعسفياً ، حق للعامل رفضه ، ويبقى على العامل إثبات تعسف صاحب العمل في التعديل ، وهو ما سنتناوله فيما يلي :-

أولاً :- إثبات التعديل التعسفي : لم يتعرض قانون العمل العراقي لكيفية اثبات التعديل التعسفي ، مما يحدوا بنا للقول ان المشرع ترك ذلك الموضوع للقواعد العامة في الإثبات المدني ، فيقع عبء اثبات التعسف على من يدعيه ، وهو العامل ، ومع ذلك يجب الانتباه للامرين الاتيين :-

١- يكفي ان يثبت العامل وقائع ايجابية للتدليل بما يرجح صحة ما يدعيه ، ولا يشترط ان يكون الدليل يقينياً ، فينتقل عندئذ عبء الإثبات على عاتق رب العمل ، الذي يرد على ادلة العامل باثبات المبرر المشروع للتعديل .

٢- من مقتضى مبدأ حسن النية ، الزام رب العمل بالافصاح عن الاسباب التي دعتة الى تعديل العقد.(١) و يمكن للعامل إثبات التعديل التعسفي بكافة طرق الإثبات لكون أن محل الإثبات واقعة مادية.

أما بالنسبة لتعديل منصب العمل أو ظروف العمل للممثل النقابي بسبب نشاطه النقابي ، خاصة عندما يؤدي التعديل إلى قطع علاقة العمل ، فإن عبء إثبات عدم التعسف يقع على عاتق رب العمل ، وهذا ما أورده المادة ٦٦ من قانون العمل المصري حيث نصت على أن (عبء إثبات أن الفصل لم يكن بسبب النشاط النقابي على عاتق صاحب العمل) مما يستفاد أن رب العمل ملزم بالإفصاح عن السبب الحقيقي للإنتهاء من جهة ، وأن الإنتهاء لم يستند إلى النشاط النقابي من جهة أخرى .(٢)

أما إذا ذكر صاحب العمل سبب الفصل فليس عليه عبء إثبات صحته ، فيتحدد في نطاق هذه الاسباب عبء الإثبات الذي ينتقل إلى العامل ليثبت عدم صحة هذه الاسباب ، وإذا اثبت عدم صحة المبرر الذي يستند إليه رب العمل في التعديل كان هذا دليلا كافيا على التعسف ، كما ان عدم ذكر المبرر من طرف رب العمل وإصراره على عدم ذكره رغم قيام نزاع حول وجود المبرر، فإن السكوت يمثل قرينة على التعسف وبالتالي لا يلتزم العامل بإقامة الدليل هذا التعسف (٣)

أما في القانون الفرنسي ، فإن رب العمل الذي يستند في تعديله لعقد العمل إلى سلطته التنظيمية والإدارية فقط ، فهو متعسف في حق العامل الذي لم يرتكب أي خطأ ، وإذا أدى هذا الوضع إلى إنهاء علاقة العمل فإن الإنتهاء ينسب لرب العمل ، ولهذا وجب عليه أن يستند في تعديله إلى أحد المبررات السابق ذكرها ، كأن يكون المبرر هو مصلحة العمل أو من أجل التسيير الحسن للمؤسسة أو لأسباب خاصة بالعامل ، ولا يجوز نقل عبء الإثبات للعامل، حيث اضاف قانون ٢ آب ١٩٨٩ المتعلق بحماية العمال من التسريح الاقتصادي ((أن الشك يفسر لمصلحة العامل)) (٤)

ثانيا :- آثار رفض العامل للتعديل التعسفي : إذا قام رب العمل بإجراء تعديل متعسف على عقد العمل ، فمن حق العامل رفض هذا التعديل سواء كان جوهريا أو غير جوهري ، وإذا أصر العامل على رفض هذا التعديل فعلى رب العمل أن يتراجع عنه فيستمر العقد بشروطه وقت انعقاده ، وإذا أصر رب العمل على عدم تراجعه وإقدامه على تنفيذ التعديل التعسفي في الوقت الذي يستمر فيه العامل رافضا لهذا التعديل ، فإنه لا مفر من إنهاء العقد بمبادرة من العامل أو من رب العمل (٥)

هذا ، ولقد نصت المادة ٩١٨ من القانون المدني العراقي على انه ((٢- وإذا فسخ العقد بتعسف من احد المتعاقدين كان للمتعاقد الاخر ، فضلا عن التعويض الذي يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الانذار بانتهاء التعاقد ، الحق في تعويضه عما لحقه من ضرر ٣- ويكون باطلا كل اتفاق على تعديل ما يترتب من اثر ومن جزاء على انتهاء العقد دون انذار او على انهائه تعسفيا ، مالم يكن في مصلحة العامل ، وذلك فيما عدا الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٢٠)) .

ويترتب على رفض التعديل التعسفي والإنتهاء غير المشروع ، أحقية العامل في التعويض عن الإنتهاء التعسفي ، فإذا أنهى رب العمل عقد العمل ردا على رفض العامل للتعديل التعسفي يصبح ملزما بتعويضه عن الأضرار المادية و الأدبية التي أصابته ، واساس هذا التعويض هو المسؤولية التقصيرية ، حيث ان المسؤولية العقدية لا تتحقق الا اذا بقي العقد قائما ، اما بعد انهائه فلن يوجد عقد تبنى على اساسه المسؤولية العقدية (٦)

الخاتمة

في نهاية بحثنا هذا ، والذي ولجنا من خلاله بأسلوب مقارن الى معرفة المديات القانونية لسلطة رب العمل في تعديل عقد العمل ، وقفنا على حقيقة مهمة ، الا وهي ان هنالك نوعا من التضارب والتعارض بين ما تقرره القواعد العامة الواردة في القانون المدني فيما يخص تعديل عقد العمل ، باعتباره عقدا من العقود المسماة ، وبذلك فهو خاضع لما تقرره النظرية العامة للعقد والتي تقرر في مادتها ١٥٠ على تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ، وفي ذات الوقت تسمح القواعد الخاصة بعقود العمل الفردية والجماعية لرب العمل في اجراء تعديلات في بنود وشروط عقد العمل دون تشاور مع العامل باعتباره صاحب المشروع ، فهو الذي يجني مغانمه و عليه مغارمه .

وفي ظل ما تقدم من تضارب ، وجدنا ان رب العمل قادر على اجراء ذلك التعديل لعناصر عقد العمل بإرادته المنفردة دون أن يشكل ذلك التعديل خرقا للقواعد العامة ، إذ اتمام وفقا لقواعد وضوابط وحدود معينة . وفيما يلي ندرج ما توصلنا اليه من نتائج ، وما خلصنا اليه من مقترحات:-

اولا :- النتائج :-

١- من حيث المعايير الخاصة بالتمييز بين التعديل الجوهرى وغير الجوهرى:

تناولنا فيما سبق ، المعايير الفقهية التي قيلت في التمييز بين التعديل الجوهرى وغير الجوهرى ، وهي المعيار الإتفاقي ، المعيار الموضوعي و المعيار الشخصي ، وانتهينا إلى ترجيح المعيار الإتفاقي الذي اخذ به القضاء العراقي - كما اسلفنا - باعتبار أن الاتفاق لا يترك مجالا للشك او التأويل .

٢- من حيث سلطة رب العمل في إجراء التعديل :

- بالنسبة للتعديل غير الجوهرى ، يعتبر من صميم السلطة التنظيمية والادارية لرب العمل ، ويعد تنفيذاً للعقد أكثر من اعتباره تعديلا له ، وليس فيه مخالفة للقواعد العامة لكونه يستمد من سلطة رب العمل أو من اتفاق الطرفين أو من مبدأ حسن النية أو من نص القانون، بشرط أن يتم وفق اسس محددة ، بحيث لا يترتب على التعديل ضرر للعامل سواء كان ماديا أو معنويا أو جسمانيا وألا يترتب على تغيير مكان أو زمان العمل أو اختصاص العامل تعديل جوهرى في عقد العمل.

- أما بالنسبة للتعديل الجوهرى ، فيترتب عليه مساس بحقوق العامل ، لذا لا يمكن لرب العمل القيام به إلا بموافقة العامل أو إذا فرضته إحدى الضرورات المذكورة في متن هذا البحث ، والتي تعتبر مبررات جدية و المتمثلة في :-

- التعديل الجوهرى لأسباب اقتصادية سواء في الظروف العادية للمؤسسة كإعادة تنظيمها أو تغيير نظم العمل بها أو في الظروف غير العادية كالأزمات الاقتصادية و المالية.

- حالة الضرورة أو القوة القاهرة التي تمر بها المؤسسة .

- الأسباب الخاصة بالعامل نفسه كعدم كفاءته وتدهور حالته الصحية وارتكابه لخطأ تأديبي .

ووقفنا في نهاية الأمر إلى أن التعديل الجوهرى ليس محظورا إذا تم وفق ضوابط شكلية وموضوعية منها :-

- أن يكون التعديل المستند لحالة الضرورة أو القوة القاهرة مؤقتا ، فلا يدوم إلا بالقدر اللازم لمواجهتها.
- أن تكون مبررات التعديل حقيقية لا صورية.

• أن يقوم المستخدم بإخطار أي عامل بقرار التعديل ، ويترك له مهلة كافية حتى يستطيع أن يتخذ قراره بالقبول أو بالرفض .

• ألا يجري رب العمل تعديلا لعقد العامل إذا كان العامل عضوا في منظمة نقابية بما يؤثر على نشاطه النقابي المذكورة .

٣- من حيث الضوابط العامة الواجب التقيد بها عند إجراء التعديل

بعد ان قمنا بالخوض في الضوابط الخاصة بالتعديل غير الجوهري و الضوابط الخاصة بالتعديل الجوهري ، فقد انتهينا إلى وجود ضوابط عامة يلتزم بها رب العمل عند ممارسة سلطة التعديل، سواء كان تعديلا جوهريا أو غير جوهري وهي :-

- احترام النظام العام ، سواء تعلق الأمر بالنظام العام المتعلق بالمصلحة العامة أو النظام العام العمالي ، فلا يجوز لرب العمل إجراء تعديل فيه مخالفة لهذا النظام أو ذاك والا كان التعديل باطلا.

- عدم تعسف رب العمل في استخدام حقه بالتعديل : حيث يلتزم رب العمل بعدم التعسف في استعمال حقه في التعديل ، ويكون التعديل تعسفيا إذا انتفى المبرر من التعديل ، أو كان التعديل عديم الأهمية ، أو تم التعديل في ظروف غير ملائمة ، أو ترتب على التعديل تعريض العامل للخطر.

٤- من حيث آثار التعديل على علاقة العمل

لا بد من القول ان قبول العامل بالتعديل لا يؤدي الى صياغة عقد جديد بينه وبين رب العمل ، بل يظل عقد العمل الأصلي قائما مع استبدال بعض عناصره بعناصر أخرى جديدة وفقا لما جاء به التعديل ، وأن رفض العامل للتعديل غير الجوهري يترتب مسؤولية العامل تجاه رب العمل ، أما إذا كان التعديل المرفوض تعسفيا فلا يسأل العامل عن النتائج المترتبة على هذا الرفض، سواء كان التعديل المرفوض جوهريا أو غير جوهري، وإنما تقع مسؤولية الإنهاء على رب العمل.

ثانيا : الاقتراحات

١- أتضح لنا من خلال هذا البحث أن المشرع العراقي قد تناول مسألة تعديل عقد العمل بصفة عامة بطريق غير مباشر من خلال المادة ٩٢١ من القانون المدني العراقي ، وكذا الحال بالنسبة للمواد (٩-١٤ - ٣٦ - ٤٧ - ٦٢ - ٦٣) ، من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ ، في حين لم يراع المشرع العراقي مصلحة رب العمل ولم يعط له سلطة تعديل العقد بإرادته المنفردة دون ضوابط وبصورة مطلقة ، رغم اعتراف القوانين المقارنة وكذا الفقه و القضاء بسلطة المستخدم في تعديل عقد العمل متى دعت مصلحة العمل إلى ذلك، كما لم يتطرق تشريع العمل الجزائري لإمكانية تعديل عقد العمل استنادا إلى حالة الضرورة أو القوة القاهرة ، لكنه سمح باللجوء إلى تعديل وقت العمل بإضافة ساعات اضافية متى اقتضت الحاجة إلى ذلك ، في حين لم ينص على إمكانية تعديل مكان واختصاص العامل استنادا إلى حالة الضرورة .

٢- كما لم يشر قانون العمل العراقي لشرط المرونة ، الذي بمقتضاه يستطيع رب العمل إجراء تعديل على عنصر من عناصر عقد العمل دون استشارة العامل ، ولم يتطرق أيضا إلى إمكانية تعديل الأجر إلا في حالة تقليص عدد العمال لأسباب اقتصادية ، ولم يتطرق أيضا لإمكانية التعديل بسبب عدم كفاءة العامل.

- ٣- ظهر لنا جليا ، أن المشرع العراقي قد قيد سلطة رب العمل في إجراء التعديل الجوهري وغير الجوهري إلى درجة كبيرة لدرجة أنه يكاد ألا يعترف له بالسلطة التنظيمية حين اغفل النص في ذلك، واحال هذا الامر الى القواعد العامة في المادة ١٥٠ من القانون المدني ، مما يجعل القضاء يؤسس أحكامه في النزاعات المتعلقة بتعديل عقد العمل على نصوص القانون المدني رغم تمتع قانون العمل بطبيعة خاصة وذاتية مستقلة .
- ٤- لذا ، فإننا نقترح أن يتدخل المشرع العراقي لوضع نظام تشريعي مفصل ليس فقط لتعديل عقد العمل ، وانما لاستصدار قانون عمل جديد يتواءم مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، في الالفية الثالثة ، يلائم مابين مصالح العمال في حفظ قوت يومهم ومستقبل معيشتهم ، وبين مصالح ارباب العمل المتمثلة بتحقيق اكبر قدر من الربحية ، في ظل مجتمع يتجه شيئا فشيئا نحو الراسمالية .
- ٥- كما لا بد وان أن يتم وضع نظام للأخطار بالتعديل، يتضمن المدة اللازمة للتفكير، حتى يتمكن العامل خلالها من اتخاذ قراره بالموافقة أو الرفض كما فعل المشرع الفرنسي . وأن يتم وضع نصوص تنظم بشكل واضح وصريح مسألتي الإخطار و الإنهاء

قائمة المراجع

اولا :- الكتب

- ١- د. عبد العزيز المرسى حمود ، تحديد نطاق سلطة رب العمل في الأفراد بتعديل عناصر عقد العمل غير محدد المدة دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٨ .
- ٢- د. سليمان مرقس ، اصول الاثبات واجراءاته ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٦ .
- ٣- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس ، قانون العمل ، طبعة جديدة ، بغداد ٢٠١١ ، مكتبة السنهوري ومكتبة داليا .
- ٤- د . السيد عبد نايل ، الوسيط في شرح نظامي العمل و التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية ، مطابع الملك سعود ، الرياض ، ١٩٩٧ .
- ٥- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، شرح قانون العمل الجديد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٥ .
- ٦- الاستاذ محمد سعيد بناني ، تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية (دراسة مقارنة) ، منظمة العمل العربية ، مكتب العمل العربي ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٣ .
- ٧- د. عصام أنور سليم ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، ٢٠٠٢ .
- ٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٢ .
- ٩- د. محمد حسين منصور ، قانون العمل ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٧ .
- ١٠- الاستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والاستاذ زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، جامعة بغداد ، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع.
- ١١- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد .

- ١٢- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، الجزء الاول ، العاتك لصناعة الكتاب ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، الطبعة الرابعة ، ٢٠١٠ .
- ١٣- د. حسن كيره ، اصول قانون العمل ، عقد العمل ، بلا سنة طبع .

ثانيا : - الرسائل والبحوث المنشورة

- ١- د. انور حمد الفزيع ، سلطة رب العمل في تغيير العمل المتفق عليه ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، السنة الثانية عشرة ، ديسمبر ١٩٨٨ .
- ٢- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، بغداد ، ١٩٧٤ .

ثالثا : - الاحكام القضائية

- ١- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي ، قضاء العمل وفق المبادئ المقررة من محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الثانية ، العاتك للنشر ، جمهورية العراق ، بغداد ، ٢٠١١ .
- ٢- احكام المحكمة العليا الجزائرية ، قضايا العمل ، منتدى القانون والحقوق الجزائرية على شبكة المعلومات الدولية ، على الرابط الاتي :- www.law of aljerea. com .
- ٣- منتدى دار العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية وعلى الرابط الاتي :- www.Saeed Al-Atwi. com
- ٤- د. عصمت الهواري ، قضاء الطعن في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية ، الجزء الثاني ، بلا سنة طبع .
- ٥- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في المدة من ٧٢/١١/١ حتى ٧٩/١٠/١ رقم ٦٨ ، الكويت ، بلا سنة طبع .
- ٦- الفكهاني ، موسوعة القضاء والفقه ، ١٩٨٠ .

رابعا : - المراجع الاجنبية

- 1- Corinne pizzio – de la porte. ; Op. ; Cit. ; p79
- 2- andre Brun et Henri Gallant, droit du travail- ((les rapport individuel de travail)) 2 éme édition 1978.p 760.
- 3- Camerlynck ; jean Laroque : répertoire de droit du travail ; contrat du travail
- 4- No 264 .1976 ،iv.civ.bull.22 mai.soc. Cass No 511 ٢.197 ،iv.civ.bull.22 mai.soc.cass
- 5- L KOEHLIN، H F L. L ASPECT JURIDIQUE DES RELATION DU TRAVAIL ET SA PORTEE PARTIQUE ،L.G.D.J.,1972 P.79 ،
- 6- Camerlynck et Jean Laroque. Modification de contrat du travail .op.cit p2 N°5 cass.soc.25 février 1992 ; voir Corinne pizzio-de la porte : op. cit. p 110

- 7- CAMERLYNCK ET JEAN LAROQUE/ MODIFICATION DU CONTRA DU TRAVAIL, OP,CIT,P2
- 8- SOC 18 JUILL 1998 ,CAHIERS SOCIAUX , BERREAU DE PARIS 1988 N°2
- 9- Javillier (J.C) : droit du travail, manuel de droit du travail ,2eme édition .librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988,p195
- 10-Corinne pizzio –de la porte ;op. ;cit. ,p120 , voir l’article L 122 - 45 du code du travail français
- 11-Corinne pizzio – de la porte ; op.cit : p 112
- 12-JEAN pelissier et Alain supiot ; op. ; Cit. p 514
- 13-jean pelissier et alan supiot ; op. Cit. ; p 979
- 14-Cass. soc : 24 Juin « il n’existe donc pas formellement de modification. mais seulement des condition de travail qui doivent être exécutée »
- 15-Corinne pizzio –de la porte op. cit. : p 111 .jean pelissier et alan supiot ; op. Cit. ; p 979
- 16-Soc 1981 .dr,la modification unilateral du contract de travail , savatier .3 no, p221
- 17-Jean Pelissier et Alain supiot : cit :p۳ ,
- 18-camerlynck et jean laroque ; modification du contrat du travail ;op. ;cit. ,p12
- 19-Corinne pizzio – de Laporte ; droit du travail ; 2 éme édition ; vibert ; paris 1998 – p 108

قائمة الهوامش

- ١- د. عبد العزيز المرسى حمود ، تحديد نطاق سلطة رب العمل في الإنفراد بتعديل عناصر عقد العمل غير محدد المدة دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٨ - ص ١٢ .
- ٢- د. انور حمد الفزيع ، سلطة رب العمل في تغيير العمل المتفق عليه ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، السنة الثانية عشرة ، ديسمبر ١٩٨٨ ، ص ٩٠ .
- ٣- Corinne pizzio – de Laporte ; droit du travail ; 2 éme édition ; vibert ; paris 1998 – p 108
- ٤- د. محمد عبد الغفار البسيوني ، المصدر السابق ، ص ١١٧ .
- ٥- د. سليمان مرقس ، اصول الاثبات واجراءاته ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٦ ، ص ٨٥-٨٧ .
- ٦- andre Brun et Henri Gallant, droit du travail-« les rapport individuel de travail) 2 éme édition 1978.p 760

١- Camerlynck ; jean Laroque : répertoire de droit du travail ; contrat du travail

- ٢- د . محمد عبد الغفار البسيوني ، المصدر السابق ، ص ٢٧٥ .
- هذا و يعتبر التعديل جوهريا ، إذا ترتب عنه تخفيض الأجر أو حرمان العامل من ملحقات هذا الاجر ، و في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٩٨/٠١/٢٨ بأن الأجر لا يمكن تعديله إلا إذا كان التعديل في مصلحة العامل في قرارها الذي نصه الاتي))

Un le mode de rémunération ((Cass.soc.28 janvier 1998 d'un salaire constitue sans son accord Peu importe que élément de contrat du travail qui ne peut être modifie ((avantageux employeur prétende que le nouveau mode est plus

- ٣- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس ، قانون العمل ، طبعة جديدة ، بغداد ٢٠١١ ، مكتبة السنهوري ومكتبة داليا ، ص ٢٥٧ وايضا انظر د . السيد عبد نايل ، الوسيط في شرح نظامي العمل و التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية ، مطابع الملك سعود ، الرياض ، ١٩٩٧ ، ص ١٠٠ .
- ٤- د. انور حمد الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١١٩ .

- ٥- د . محمد عبد الغفار البسيوني ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ .
- ٦- حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بانه اذا كان تعديل ساعات العمل يتناقض مع التزامات العامل العائلية فان هذا التعديل يكون محله عنصرا جوهريا في عقد العمل ... انظر:- 1976.No 264 ، Cass.soc.22 mai.bull.civ.iv 1972.No 511 ، cass.soc.22 mai.bull.civ.iv

- ٢- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي ، قضاء العمل وفق المباديء المقررة من محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الثانية ، العاتك للنشر ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٨٦ .

L ASPECT JURIDIQUE DES RELATION DU TRAVAIL . H F L, L KOECHLIN-٣
، 79 .1972 P.,J.D.G.L,ET SA PORTEE PARTIQUE

- ٤- وهو ما ذهب اليه محكمة التمييز الكويتية في قرارها (طعن رقم ٩٤ و ٩٦ / ٧٨ تجاري وعمالي) من انه ((ان لرب العمل السلطة التامة في تنظيم منشأته بما يكفل النهوض بها ، كما ان من حقه نقل العامل من عمله الى عمل اخر لا يختلف عنه اختلافا جوهريا وفق ما تقتضيه مصلحة العمل ولما كانت الشركة (

صاحبة العمل) قد استندت في فصل (العامل) الى عدم تنفيذ الامر الصادر بنقله من مقر عمله الى عمل اخر في منطقة اخرى واصراره على ذلك واقرار به ، فان فصله من العمل في هذه الحالة يكون مبنيا على اخلاله بالالتزامات المفروضة عليه مما يسوغ معه فصله بدون اعلان وبدون مكافاة طبقا للمادة ٥٥ / و من قانون العمل في القطاع الاهلي)) ... مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في المدة من ٧٢/١١/١ حتى ٧٩/١٠/١ رقم ٦٨ ، ص ٢٠٣ .

٥- تعترف جميع القوانين المقارنة بسلطة صاحب العمل في تنظيم مشروعه ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية ذلك في الاجتهاد الصادر بتاريخ ١٩٦٠/١٢/٠٨ و الذي جاء فيه ((يملك صاحب العمل سلطة تنظيم إدارته على الوجه الذي يراه كفيلا بتحقيق مصلحة منشأته ولاوجه للحد من سلطته في هذا الخصوص طالما كانت ممارسته مجردة عن أي قصد للإساءة إلى عماله)) الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢ س ٢٣ ص ١١٢ والطعن رقم ٧٧٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٦/١٢ س ٢٨ ص ١٤٣٢ و الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٤ س ٢٩ ص 191 ، منقول من منتدى دار العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية وعلى الرابط الاتي :- www.Saeed Al-Atwi.com

١- p67 - op. cit. : Corinne pizzio .

٢- المادة ٦٣ اولا من قانون العمل العراقي النافذ .

٣- الاستاذ محمد سعيد بناني ، تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية (دراسة مقارنة) ، منظمة العمل العربية ، مكتب العمل العربي ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٣ ، ٧٤ .

٤- الاستاذ محمد سعيد بناني ، المصدر السابق ، ص ٧٦ .

٥- د. عصام أنور سليم ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٥٠٩ .

٦- الاستاذ محمد سعيد بناني ، المصدر السابق ، ص ٧٦ .

٧- يقول العلامة السنهاوري ما نصه ((العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية)) انظر :- د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٢ ، فقرة ٤١٢ ص ٦٢٧ .

٨- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ٣٠ .

١- نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي على انه ((ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او أي حق عيني اخر او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ...)) ومن مفهوم هذه المادة نرى ان العامل يتعرض للمسالة وفق احكام المسؤولية العقدية ان تقاعس عن التزامه بمبدأ حسن النية في تنفيذ العمل ، وهو مبدأ يتفرع للالتزامين ، الاول هو الالتزام بالوفاء والاخلاص في تنفيذ العمل obligation de loyaute وهو التزام يخص كافة اطراف العقد مع الامتناع عن كل تصرف يعرقل تنفيذه ويمنع المتعاقدين الاخر من الحصول على الفوائد المعتادة من العقد ، اما الالتزام الثاني ، فهو الالتزام

بالتعاون obligation de coooperation ، والمتضمن واجب المتعاقد في تسهيل تنفيذ التزام المتعاقد الآخر د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١١٢ .

٢- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، شرح قانون العمل الجديد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٨-٩ .

١- انظر نص المادة ٩٢١ مدني عراقي المشار اليها سابقا وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن تكليف رئيس العمال بالعمل كعامل ، تعديل جوهرى لكون أن الفرق شاسع بين الرئيس الذي يعمل في الإشراف و التوجيه و العامل الذي يبذل جهدا جسمانيا و عقليا طول اليوم من الناحية المعنوية او الادبية ... انظر د.محمد حسين منصور ، قانون العمل ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٧ ، ص ٤٧٢ .

٢- احكام المحكمة العليا الجزائرية ، قضايا العمل ، منتدى القانون والحقوق الجزائرية على شبكة المعلومات الدولية ، على الرابط الاتي :- www.law of aljerea. com

٣- الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٠٢٣ ، منقول من منتدى دار العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية ، المصدر السابق .

١- الطعن رقم ١٠٤٨ / ١١ لسنة ٤١ ق ، جلسة ١٩٧٢/٦/٨٦ ، عصمت الهواري ، قضاء الطعن في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية ، ج ٢ ، ص ٨٥ .

٢- travail .op.cit p2 N°5 Camerlynck et Jean Laroque. Modification de contrat du

٣- جاء في قرار محكمة النقض المصرية (الطعن رقم ٥٧٧ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/١٢/٨) ما نصه ((يملك صاحب العمل سلطة تنظيم ادارته علي الوجه الذي يراه كفيلا بتحقيق مصلحة منشأته . ولا وجه للحد من سلطته في هذا الخصوص طالما كانت ممارستها مجردة عن أي قصد في الاساءة الي عماله . فاذا كانت شكوي النقابة المطعون عليها من غلق المصنع يوم الجمعة من كل أسبوع قد خلت من اسناد سوء القصد للشركة الطاعنة . وكانت هيئة التحكيم لم تؤسس نظرها بتقرير حق عمال قسم هندسة الشركة في العمل بدون راحة أسبوعية علي أنه قد أريد بالتصرف الذي اتخذته الشركة الطاعنة الاساءة الي بعض العمال . لما كان ذلك ، فان القرار المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه (م ٦٨٥ ، ٦٩٣ مدنى ١٣١ لسنة ١٩٤٨) المصدر :- موقع منتدى العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية ، المصدر السابق .

١- د.انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٠٩ .

٢- وفي هذا الصدد ، تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد استقرت في بادىء الأمر على أحقية رب العمل في إنهاء عقود العمال الذين كانوا يشغلون الوظائف الملغاة بإنهاء اقتصاديا دون أن تلزمه بإسناد وظائف أخرى إليهم تتلاءم مع كفاءتهم المهنية ، إلا أن المحكمة تراجعت حكمها السابق وأصبحت تلزم رب العمل بإعادة تأهيل العامل في أي وظيفة من الوظائف الجديدة بعد إلغاء الوظيفة التي كان يشغلها ، فإذا خالف رب العمل ذلك و أنهى عقد العمل عقب إلغاء وظيفته فإن هذا الإنهاء يعتبر غير مشروع لعدم وجود ما يبرره... انظر ..

Corinne pizzio-de la porte : op. cit. p 110 cass.soc.25 février 1992 ; voir

- ١- قرار لمحكمة النقض الفرنسية منقول من د . انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .
- ٢- المصدر :- موقع منتدى العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية ، المصدر السابق .
- ٣- قانون العمل المصري النافذ .
- ٤- CAMERLYNCK ET JEAN LAROQUE/ MODIFICATION DU CONTRA DU OP,CIT,P2، TRAVAIL
- ٥- SOC 18 JUIL 1998 ,CAHIERS SOCIAUX , BERREAU DE PARIS 1988 N°2
- ٦- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس ، قانون العمل ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .
المصدر :- موقع منتدى العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية ، المصدر السابق .
- ١- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس ، قانون العمل ، المصدر السابق ، ص ١٣٩ .
- ٢- Javillier (J.C) : droit du travail, manuel de droit du travail ,2eme édition
librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988,p195.
- ٣- د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١١٩ .
تتص المادة ٧١ من قانون العمل المصري على انه ((تنقضي علاقة العمل لأحد الأسباب الآتية :
عجز العامل عجزا كلياً عن أداء عمله الأصلي أو عجزه عجزاً جزئياً مستديماً متى ثبت عدم وجود أي
عمل آخر ،على أن يثبت وجود العمل الآخر طبقاً لأحكام قانون الضمان الاجتماعي)) .
- ١- Corinne - 45 du code travail français du travail
pizzio – de la porte ;op. ;cit. ,p120 , voir l’article L 122 - 45 du code travail français du
- ٢- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي ، قضاء العمل وفق المبادئ المقررة من
محكمة التمييز الاتحادية ، المصدر السابق ، ص ١٢٧ وما بعدها .
- ١- Corinne : p 112
pizzio – de la porte ; op.cit :
- ٢- انظر نصوص المواد ١٧٧ و ١٧٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٣- من بين التشريعات التي قدمت حماية فعالة للعمال النقابيين التشريع العمالي الجزائري حيث نصت المادة
٥٣ من قانون ١٤/٩٠ المؤرخ في ١٩٩٠/٠٦/٠٢ المنظم لكيفية ممارسة الحق النقابي ، على أنه ((لا
يجوز للمستخدم أن يسلط عقوبة العزل أو التحويل أو أية عقوبة تأديبية على أي عضو في الهيئة
التنفيذية القيادية للهيكل النقابي)) .د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .
- ١- وهو ما اشارت اليه بدقة المادة ٩٠٩ /١ ج من القانون المدني العراقي والتي توجب على العامل ((ان
يأتمر باوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه ، اذا لم يكن في هذه الاوامر ما يخالف العقد
او القانون او الاداب ، ولم يكن في اطاعتها ما يعرضه للخطر)) .
- ٢- د. حسن كيره ، اصول قانون العمل ، عقد العمل ، موسوعة القضاء والفقه ، الفكهاني ، ١٩٨٠ ، ص
٣٠١ .
- ١- Alain supiot ; op. ; Cit. p 514 JEAN pelissier et

- ٢- د. محمد شوقي عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٢٨٧ .
- ٣- الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٠/١٢/٢٢ ، موقع منتدى العلوم القانونية الاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية :- المصدر السابق .
- ١- الاستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والاستاذ زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، جامعة بغداد ، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع ، ص ٢١٣ .
- ٢- نصت المادة التاسعة من قانون العمل العراقي النافذ رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ على انه ((تمثل الحقوق الواردة في هذا القانون الحد الادنى لحقوق العمال وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل تطبق على العمال احكام هذا القانون او احكام التنظيم الخاص ايهما افضل)) .
- كما نصت المادة الحادية عشرة من ذات القانون على انه ((يقع باطلا كل صلح او ابراء عن الحقوق المقررة للعامل بموجب احكام هذا القانون خلال فترة قيام علاقة العمل وحتى انقضاء ستة اشهر على انتهائها)) .

١- قانون العمل المصري النافذ .

٢- Corinne pizzio – de la porte. ; Op. ; Cit. ; p79

٣- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٥١٢ وما بعدها .

٤- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، الجزء الاول ، العاتك لصناعة الكتاب ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، الطبعة الرابعة ، ٢٠١٠ ، ص ٧٥ .

١- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٧٥ .

٢- د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٥٢٠ .

٣- د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٤١ و ١٤٢ .

٤- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٧٥ .

٥- د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٣ .

١- Corinne pizzio – de la porte op. cit. : p 111

٢- pelissier et alan supiot ; op. Cit. ; p 979 jean

٣- د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٠٨ .

٤- Cass. soc : 24 Juin « il n'existe donc pas formellement de modification. mais » seulement des condition de travail qui doivent être exécutée

١- Corinne pizzio – de la porte op. cit. : p 111

١- Corinne pizzio – de la porte op. cit. : p 111

٢- نصت المواد (٢٠٦ - ٢٠٧ - ٢٠٨ - ٢٠٩ - ٢١٠ - ٢١١ - ٢١٢) من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على انه :-

(مادة ٢٠٦)

تشكل لجنة بكل محافظة برئاسة سكرتير عام المحافظة وعضوية مديري المديريات التابعة للوزارات المشار إليها في المادة السابقة . ويصدر بتشكيل هذه اللجنة قرار من المحافظ المختص وتتولي ما يلي : متابعة اتخاذ إجراءات منح التراخيص للمحال والمنشآت المشار إليها في المادة المذكورة ومتابعة تنفيذ الاشتراطات التي وضعتها اللجنة المركزية في هذا الخصوص. منح الموافقات وإصدار التراخيص بالنسبة لمحال ومنشآت القطاع الاستثماري بنفس المعايير والاشتراطات التي تضعها اللجنة المركزية . ويتعين الحصول علي موافقة أجهزة السلامة والصحة المهنية التابعة لوزارة القوى العاملة والهجرة علي منح التراخيص للمحال والمنشآت التي يكون إصدار التراخيص لها من جهات أخرى وذلك قبل إصدار هذه التراخيص وعند إجراء أي تعديل بها . (مادة ٢٠٧)

تشكل لجنة محلية علي مستوى كل من : المركز والمدينة والحي ، وذلك من ممثلي الأجهزة القائمة علي شئون الإسكان والقوى العاملة والهجرة والصحة والكهرباء بالوحدات المحلية . ويصدر بتشكيل كل من هذه اللجان قرار من رئيس الوحدة المحلية المختص وتتولي هذه اللجنة ما يلي : منح الموافقات وإصدار التراخيص للمحال والمنشآت التابعة للقطاع الخاص وذلك فيما عدا المحال والمنشآت الصغيرة التي يحددها ويبين اشتراطات إنشائها قرار من وزير الإسكان . تحديد الاشتراطات الخاصة الواجب توافرها في المحل أو المنشأة موضوع طلب الترخيص والتأكد من استيفاء هذه الاشتراطات قبل إصدارها .

(مادة ٢٠٨) ((تلتزم المنشأة وفروعها بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل في أماكن العمل بما يكفل الوقاية من المخاطر الفيزيائية وعلي الأخص : الوطأة الحرارية والبرودة . الضوضاء والاهتزازات . الإضاءة . الإشعاعات الضارة والخطرة . تغيرات الضغط الجوي . الكهرباء الإستاتيكية والديناميكية . مخاطر الانفجار .))

كما نصت المادة (٢٠٩) منه على انه ((تلتزم المنشأة وفروعها باتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة وسائل السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل للوقاية من المخاطر الميكانيكية والتي تنشأ من الاصطدام بين جسم العامل وبين جسم صلب وعلي الأخص : كل خطر ينشأ عن آلات وأدوات العمل من أجهزة وآلات وأدوات رفع وجر ووسائل لانتقال والتداول ونقل الحركة وكل خطر ينشأ عن أعمال التشييد والبناء والحفر ومخاطر الانهيار والسقوط .

(مادة ٢١٠) تلتزم المنشأة وفروعها باتخاذ وسائل وقاية العمال من خطر الإصابة بالبكتريا والفيروسات والفطريات والطفيليات والمخاطر البيولوجية متى كانت طبيعة العمل تعرض العمال لظروف الإصابة بها وعلي الأخص : التعامل مع الحيوانات المصابة ومنتجاتها ومخلفاتها . مخالطة الادميين المرضى والقيام بخدماتهم من رعاية وتحاليل وفحوص طبية .

(مادة ٢١١)

تلتزم المنشأة وفروعها بتوفير وسائل الوقاية من المخاطر الكيميائية الناتجة عن التعامل مع المواد الكيميائية الصلبة والسائلة والغازية مع مراعاة ما يلي : عدم تعرض العمال للمواد الكيميائية والمواد المسببة للسرطان بما لا يجاوز أقصى تركيز مسموح به . عدم تجاوز مخزون المواد الكيميائية الخطرة كميات العتبة لكل منها . توفير الاحتياطات اللازمة لوقاية المنشأة والعمال عند نقل وتخزين وتداول واستخدام المواد الكيميائية

الخطرة والتخلص من نفاياتها . الاحتفاظ بسجل لحصر المواد الكيميائية الخطرة المتداولة متضمنا جميع البيانات الخاصة بكل مادة وبسجل لرصد بيئة العمل وتعرض العمال لخطر البيانات الخاصة بكل مادة وبسجل لرصد بيئة العمل وتعرض العمال لخطر الكيماويات . وضع بطاقات تعريف لجميع المواد الكيميائية المتداولة في العمل موضحا بها الاسم العلمي والتجاري التركيب الكيميائي لها ودرجة خطورتها واحتياطات السلامة وإجراءات الطوارئ المتعلقة بها ، وعلي المنشأة أن تحصل علي البيانات المذكورة في هذه المواد من موردها عند التوريد . تدريب العمال علي طرق التعامل مع المواد الكيميائية الخطرة والمواد المسببة للسرطان وتعريفهم وتبصيرهم بمخاطرها وبطرق الأمان والوقاية من هذه المخاطر .

(مادة ٢١٢)

تلتزم المنشأة وفروعها بتوفير وسائل الوقاية من المخاطر السلبية والتي تنشأ أو يتفاقم الضرر أو الخطر من عدم توافرها ، كوسائل الإنقاذ والإسعاف والنظافة والترتيب والتنظيم بأماكن العمل والتأكد من حصول العاملين بأماكن طهو وتناول الأطعمة والمشروبات علي الشهادات الصحية الدالة علي خلوهم من الأمراض البائية والمعدية .

٣- pelissier et alan supiot ; op. Cit. ; p 979 jean -

٤- يذهب الاستاذ jean savatier الى ان قبول العامل لعقد العمل يعني افتراض قبوله مستقبلا ، في حدود معينة ، لكافة التعديلات المستقبلية لطبيعة العمل المطلوب منه وكيفية تنفيذه ، فرب العمل يستطيع احداث التعديلات اللازمة على عناصر العقد بواسطة اللائحة الداخلية les notes de le reglment . interieur service

Soc 1981 .dr:la modification unilateral du contract de travail ، savatier
.3 no، p221

٥- د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١١٤ .

١- والمبررات الحقيقية كما اسلفنا قد تتعلق بظروف المشروع كالتعديل لأسباب اقتصادية ، أو أسباب تتعلق بظروف العامل كمرضه أو عدم كفاءته، أو لأسباب تتعلق بحالة الضرورة والقوة القاهرة .

٢- د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٥ .

٣- قررت محكمة الاستئناف الكويتية ((ان مجرد تعديل المسمى الوظيفي من عامل اطفاء الى عامل اطفاء وسلامة ، لا يعتبر تعديلا في الاختصاص ، حيث انه لم يتبين اضافة اعباء او مهام جديدة ، كما ان عمل الاطفائي يتضمن القيام باعمال السلامة)) .. قرار منقول عن د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٣ .

٤- Jean Pelissier et Alain supiot : cit :p ٣٠

٥- د. انور الفزيع ، المصدر السابق ، ص ١١٤ .

١- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٣٣١ . و في القانون المصري ، يقع عبء إثبات التعديل التعسفي على عاتق العامل مدعى التعسف ، لأن رب العمل غير ملزم بذكر سبب التعديل ، وبذلك لا يلتزم بتقديم المستندات الدالة على صحة هذا المبرر وكفايته ، وأن عدم ذكر سبب التعديل لا يعني

عدم استتاده إلى مبرر طبقا لنص المادة ١٣٧ من القانون المدني المصري حيث نصت أن (كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقدم الدليل على غير ذلك) ، وإذا ادعى العامل عدم صحة المبرر من التعديل فعليه أن يثبت أن التعديل كان لأسباب أخرى إذ يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل العكسي على ذلك .

٢- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٣٤١ .

٣- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٣٣١

٤- contrat du travail ;op. ;cit. ,p12 camerlynck et jean laroque ; modification du

٥- د. انور الفزيح ، المصدر السابق ، ص ١١٤-١١٥ .

٦- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٣٤٢ .

مدى صلاحية السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة في عقد البيع في

القانون المدني العراقي

المدرس رنا سلام امانة

جامعة النهرين/كلية الحقوق

المقدمة

الإرادة هي أساس التصرف القانوني ولا يمكن ان ينشأ هذا التصرف بدونها. ولكون الإرادة امر نفسي داخلي فلا يعتد بها القانون اذا بقيت كامنة مستقرة في الذهن فهنا علم القانون لا يعبأ بها الا اذا تم الإفصاح عنها فتظهر للعالم الخارجي وبظهورها تكون قد انصرفت الى احداث اثر قانوني. فالتعبير عن الإرادة إذن أمر ضروري وطرق التعبير عنها بصورة عامة هي اللفظ والكتابة والإشارة والتعاطي او اتخاذ أي موقف آخر يدل على الرضا. وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي بقولها ((كما يكون الإيجاب او القبول بالمشافهة يكون بالكتابة و بالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي))

والتعبير عن الإرادة قد يأتي بصورة صريحة او بشكل ضمني فإذا كان الأمر كذلك فالسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يصلح ان يكون السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بصورة عامة وعن الإرادة اللزوم توفرها في عقد البيع بصورة خاصة؟

هذا ما سنحاول بيانه في هذا البحث واعتماداً على ما جاء في القانون المدني العراقي من نصوص عالجت عقد البيع مقارنة بما جاء به القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني كلما اقتضى الامر. من المعلوم ان عقد البيع عقد يقصد به مبادلة مال بمال فهو عقد يقصد به نقل ملكية شيء او حق مالي آخر لقاء عوض فهو من عقود المعاوضات لان كلا طرفيه يأخذ مقابل لما يعطي وعقد البيع كغيره من العقود لابد من توافر أركانه من رضا ومحل وسبب بحيث لا يوجد بدونها وإذا وجد العقد فأن هناك آثاراً تترتب عليه في ذمة طرفيه (البائع والمشتري) إضافة إلى ذلك فأن هناك بعض البيوع التي تقع على ملك الغير ووجود بعض البيوع الموصوفة التي نص عليها القانون المدني العراقي وفي كل هذه المواضيع حاولنا بيان ما للسكوت من دور فيها ومدى صلاحيته لان يعد تعبيراً عن الإرادة من عدمه.

وللوصول الى غايتنا من البحث قسمناه الى أربعة مباحث كالاتي :

المبحث الاول: تعريف السكوت لغة واصطلاحاً وبيان طبيعته

المطلب الاول: تعريف السكوت لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: طبيعة السكوت المعبر عن الإرادة

المبحث الثاني: السكوت في التراضي على البيع

المطلب الأول: دور السكوت في الإيجاب بالبيع

المطلب الثاني: دور السكوت في القبول بالبيع
المطلب الثالث: السكوت في بعض البيوع الموصوفة
المطلب الرابع: السكوت في نطاق القواعد المكملة والاتفاقات اللاحقة
المبحث الثالث: السكوت في نطاق محل عقد البيع
المطلب الأول: دور السكوت في تعيين المبيع
المطلب الثاني: دور السكوت في تحديد الثمن
المطلب الثالث: السكوت في البيوع الواقعة عن ملك الغير
المبحث الرابع: السكوت في مجال آثار عقد البيع
المطلب الأول: دور السكوت في تسليم المبيع وتسلمه
المطلب الثاني: دور السكوت في التزام البائع بضمان العيوب
المطلب الثالث: دور السكوت في التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق

المبحث الأول

تعريف السكوت لغة و اصطلاحا وتحديد طبيعته

في هذا المبحث سوف نعرف السكوت لغة واصطلاحا ومن ثم نحدد طبيعته في ضوء ما اخذ به القانون والفقه لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين في المطلب الأول نعرف السكوت لغة واصطلاحا وفي المطلب الثاني نحدد طبيعته.

المطلب الأول

تعريف السكوت لغة واصطلاحا

يعرف السكوت لغة بمعنى الإعراض المتعمد عن الكلام والسكوت بمعنى السكون والسكون خلاف النطق وهو بمعنى الصمت^(١)

اما تعريف السكوت قانونا فأن المشرع العراقي لم يعرفه في القانون المدني العراقي الا انه نص في الفقرة الأولى من المادة ٨١ على انه ((لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا))

والمبدأ القانوني العام الذي تتفق عليه معظم التشريعات العربية هو انه لا ينسب الى ساكت قول لان السكوت عدم فلا يمكن ان يفسر السكوت مبدئيا على انه تعبير عن الإرادة الا اذا رافقته ظروف وملابسات تجعله يدل على معنى معين يؤخذ به استثناء من المبدأ العام^(٢)

ويكاد الفقه القانوني يجمع على ان السكوت وضع سلبي لا يدل على شيء بحسب الأصل لأنه عدم والعدم لا ينتج الا عدم فلا يصلح ان يكون تعبيراً عن الإرادة فالإرادة عمل ايجابي والسكوت امر سلبي. إلا ان هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها فقد يفيد السكوت الرضى والقبول اذا أحاطت به ظروف وملابسات تكشف عن دلالة بحيث يدل السكوت معها على تعبير معين^(٣).

(١) مختار الصحاح للشيخ الامام محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي طبعة جديدة منقحة-دار الحديث_القاهرة_٢٠٠٨ ص ١٧١ باب س ك ت.

(٢) راجع القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وتقابلها المادة ٩٥ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل والمادة ٩٨ من القانون المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٣) د.حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - دار الحرية للطباعة - ١٩٧٦ ص ٦١ /مصطفى الجمال ، د. رمضان ابو السعود ، د. نبيل ابراهيم سعد /مصادر واحكام الالتزام - الطبعة الاولى - منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٦ - ص ٤٥ /السنهوري - نظرية العقد - الجزء الاول - الطبعة الثانية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان ١٩٩٨ ص ١٥٦-١٥٧ . د.عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام - الجزء الاول - الطبعة الثالثة المنقحة - شركة الطبع و النشر الاهلية بغداد - ١٩٦٩ ص ٧٧ ..

المطلب الثاني

طبيعة السكوت المعبر عن الإرادة

الإرادة هي الأساس في نشوء أي تصرف وهذه الإرادة لا يعتد بها القانون اذا ظلت كامنة في النفس لا يعلم بها الا صاحبها اما اذا اريد لها تحقيق اثرها القانوني فلا بد من التعبير عنها بطريقة يعتد بها القانون و التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا لذلك لم يشترط القانون شكلا او مظهرا خاصا للتعبير عن الارادة^(١).

وقد تطرقت التشريعات العربية المختلفة لطرق التعبير عن الارادة الا انها لم تتطرق للسكوت فيما اذا كان تعبيراً صريحاً او ضمنياً^(٢) لكنها اعتبرت السكوت قبولاً في حالات استثنائية اذا لابسته ظروف معينة من شأنها ان تحمل على القول باعتبار السكوت قبولاً وهو ما يسمى بالسكوت الملايس او (السكوت المسبب)^(٣) إذن هو السكوت الذي تحيط به ظروف و ملايسات من خلالها يمكن معرفة اتجاه إرادة الساكت نحو الرفض او القبول . ونشير هنا إلى ما يعرف بالسكوت الموصوف وهو الموقف السلبي الذي يعرض حين يفرض القانون التزاماً بالكلام معتبراً ان السكوت رضاء فيتعهد القانون ببيان أحكامه ، أي ان السكوت يعتبر موصوفاً اذا حدد القانون له دلالة خاصة في حال معين وتطلب من الشخص ان يفصح عن إرادته اذا شاء خلاف دلالة السكوت المحددة سواء أكانت هذه الدلالة قبول الشيء او رفضه .^(٤)

ويذهب غالبية الفقه الى القول بأن السكوت المجرد لا يعد إرادة ضمنية و لا تعبيراً عن الإرادة لكن السكوت المعبر عن الإرادة (الموصوف او الملايس) وسيلة استثنائية للتعبير عن الإرادة في مجال القبول وليس الإيجاب الا ان الاختلاف برز في تحديد نوع التعبير بطريق السكوت فأعتبره البعض تعبيراً مفترضاً^(٥) و اعتبره البعض الآخر تعبيراً ضمنياً^(٦) في حين اعتبره البعض الآخر تعبيراً صريحاً عن القبول^(١).

(١) د.عبد المجيد الحكيم - المصدر السابق - ص ٧٧ / د. انور سلطان -الموجز في مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالاسكندرية - ١٩٧٠ ص ٦٣.

(٢) الفرق بين التعبير الضمني و السكوت هو ان الاول وضع ايجابي يستخلص من ظروف ايجابية اما السكوت فهو مجرد وضع سلبي.وقد يتضمن التعبير الضمني ايجاباً و قد يتضمن قبولاً . انظر د.حسن علي الذنون - المصدر السابق - ص ٤٤ / د. توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام -الجزء الاول (مصادر الالتزام - ١٩٧٨ ص ٥٥ ..

(٣) د. حسن علي الذنون - المصدر اعلاه - ص ٦٢ ، انظر المادة ٨١ من القانون المدني العراقي.

(٤) السنهاوري -نظرية العقد - المصدر السابق ص ١٥٩ هامش رقم ٣.

(٥) د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الاول (مصادر الالتزام) - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨١ - ص ٢٨٠.

(٦) د. اسماعيل غانم - مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله وهبة - القاهرة - ١٩٦٦ - ص ٨٢.

ونرى انه من الممكن ان يعد السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة فهو يدل عليها دلالة واضحة و صريحة في حالات السكوت الموصوف و بصورة ضمنية في حالات السكوت الملايس .

المبحث الثاني

السكوت في التراضي على البيع

الغاية من عقد البيع هو مبادلة مال بمال كما عرفته المادة ٥٠٦ مدني عراقي و يعتبر عقد البيع في التشريع العراقي ناقلا لملكية المبيع المعين بالذات لمجرد انعقاد العقد ^(٢) اما اذا كان البيع عقارا فلا ينعقد العقد و لا تنتقل الملكية الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري ^(٣).

وعند فقهاء المسلمين للبيع معنيان معنى عام ومعنى خاص اما المعنى العام فهو مبادلة مال بمال تمليكا و تملكا على التأييد و يشمل بذلك المقايضة و الصرف و السلم اما المعنى الخاص فهو مقايضة عين بدين تمليكا و تملكا على التأييد ^(٤).

مما سبق يتضح ان عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين لان كلا من الطرفين دائن للطرف الاخر و مدين له وهو من عقود المعاوضات لان كلا الطرفين يأخذ مقابل لما يعطي و من العقود الرضائية اذ يكفي لانعقاده رضا الطرفين ، فالعقد رضائي بحسب الاصل حتى لو اشترطت الكتابة لإثباته بحكم القانون او باتفاق الطرفين ، و اخيرا فأن عقد البيع عقد بطبيعته ناقل للملكية لان الغاية منه نقل ملكية المبيع الى المشتري . ^(٥) اذن عقد البيع لا ينعقد الا اذا توافرت له أركان كل عقد من رضا و محل و سبب و بانعقاده تنشأ التزامات و حقوق لكلا طرفيه البائع و المشتري .

السؤال الذي يطرح هنا هو انه هل من الممكن ان يكون السكوت معبرا عن الارادة عند ابرام عقد البيع ؟ بمعنى اخر هل يعد السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في التراضي على البيع أي يكون معبرا عن (الايجاب او القبول) ؟ للاجابة عن هذا السؤال سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب في المطلب الاول نبحث في

(١) السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الاول - مصادر الالتزام - تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي - منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٣ ص ١٨٧ و هامش رقم ١+هامش رقم ٢.

(٢) انظر المادة ٥٣١ مدني عراقي.

(٣) انظر المادة ٥٠٨ مدني عراقي و المادة ٣ من قانون التسجيل العقاري المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - الجزء الخامس (كتاب البيوع) - الطبعة الثانية - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان ١٩٧٤ ص ١٣٣/شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام .المحقق الحلي ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن - القسم الثاني(العقود)-تحقيق و اخراج عبد الحسين علي - الطبعة المحققة الاولى - مطبعة الاداب في النجف الاشرف ١٩٦٩ ص ١٣.

(٥) د.سعيد مبارك - د.طه الملا حويش - د.صاحب الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة - الدار العربية للقانون - ط ٤ ٢٠١٠ ص ١٠- ص ١١.

دور السكوت للتعبير عن الإيجاب في عقد البيع و في المطلب الثاني نبحث عن دور السكوت للتعبير عن القبول ووجدنا انه لا بد ان نخصص مطلباً ثالثاً نبين فيه دور السكوت في بعض البيوع الموصوفة.

المطلب الأول

السكوت كتعبير عن الإيجاب في عقد البيع

الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به الى شخص اخر يعرض عليه رغبته في ابرام عقد معين اذا صدر قبول من هذا الشخص . (١)

و تنص المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي على انه (١- الإيجاب و القبول كل لفظين مستعملين عرفاً لانشاء العقد واي لفظ صدر فهو إيجاب و الثاني قبول)

وفي عقد البيع لا بد ان يتضمن الإيجاب الأمور الأساسية لهذا العقد فيجب ان يتضمن الإيجاب تعيين الشيء المبيع و تحديد الثمن مع بيان طبيعة العقد الذي يقصد الطرفان إبرامه وهو البيع دون أي عقد اخر أي ان يكون الإيجاب قد انصرف الى إبرام عقد بيع و ليس عقد مقاوله مثلاً . وعلى هذا الأساس لابد ان يتضمن الإيجاب المسائل الجوهرية في العقد و ان إغفال بعض المسائل التفصيلية فهذه تطبق عليها القواعد العامة المقررة قانوناً (٢) اذن لايمكن ان يعبر السكوت عن الإيجاب في عقد البيع لان ما ذكر اعلاه من مسائل جوهرية يجب الاتفاق عليها عند ابرام العقد بوضوح و صراحة و ثبات حتى تكون شروط التعاقد موضوعة بصورة بعيدة عن الشك و الالتباس لذلك لا يمكن ان يعبر السكوت من هذا الاتفاق بتفاصيله الجوهرية فالشخص الساكت و ان صدر منه ما يدل على رغبته في التعاقد بالاشارة او الفعل فأن هذا لا يعني انه يعرض على الشخص المقابل عرضاً واضحاً و محدد المعالم . فالسكوت اذن لا يعتد به في نطاق الإيجاب و يجب استبعاده كوسيلة من وسائل التعبير عن الإيجاب فلا يصلح ان يكون السكوت ايجاباً على الاطلاق . (٣)

المطلب الثاني

السكوت كتعبير عن القبول في عقد البيع

(١) د. عبد المجيد الحكيم و -الاستاذ عبد الباقي البكري - محمد طه البشير- الجزء الاول-مصادر الالتزام-١٩٨٠ - ص ٣٨ / د. مصطفى الجمال - المصدر السابق -

ص ٦٤.

(٢) د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق - ص ٢٤ / د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية (البيع و الايجار و المقاوله) ط ٤ العاتك لصناعة الكتاب ص ٢٨ / السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الرابع (البيع و المقايضة) تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي - منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٤ - ص ٣٨.

(٣) السنهاوري - نظرية العقد - المصدر السابق - ص ١٥٦ / د. حسن علي النون - المصدر السابق - ص ٦١ - د. مصطفى العوجي - شرح القانون المدني (قانون الموجبات و العقود اللبناني) - العقد - الجزء الاول - الطبعة الثالثة - بيروت - ٢٠٠٣ - ص ٢٥٠ - ٢٥٠.

القبول هو التعبير البات عن ارادة الطرف الذي وجه اليه الايجاب ^(١) و القبول في عقد البيع هو التعبير البات عن ارادة من وجه اليه الايجاب أي ان يرتضي الشخص الايجاب الذي وجه اليه بكل عناصره حتى يتم التوافق بين قبوله و بين الايجاب الصادر عن الموجب لاسيما على المسائل الجوهرية في العقد .

وهذا القبول قد يعبر عنه باللفظ(العبرة) او بالكتابة او بالأشارة (كأشارة الاخرس) او الفعل او السكوت.

^(٢) و الذي يهمننا في البحث هو انه هل يصلح ان يكون السكوت تعبيراً عن القبول لا سيما في عقد البيع ؟
بيننا ان السكوت وضع سلبي لا يمكن ان يكون تعبيراً عن الايجاب وكذلك لا يمكن ان يكون في الاصل تعبيراً عن القبول. فالمبدأ القانوني هو انه لا ينسب الى ساكت قول الا انه مع ذلك يمكن ان يعد السكوت قبولاً اذا صاحبه ظروف ملائمة تكشف عن دلالة في القبول أي يجب ان يقترن السكوت بقرائن مادية ليعبر عن القبول ^(٣).

وقد نصت المادة ٨١ مدني عراقي على انه (١ - لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً . ٢ - يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو اتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه . كذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.) ^(٤)

يتبين من النص السابق ان القاعدة العامة في السكوت هو انه لا ينسب الى ساكت قول ولكن هذا السكوت اذا احاطته ظروف ملائمة فأنها من الممكن ان تجعله يدل على الرضاء فيعد قبولاً لا سيما اذا كانت تقتضيه طبيعة التعامل او العرف التجاري وان يؤدي هذا السكوت الى منفعة خالصة لمن وجه اليه. ^(٥)

اذن فالسكوت وحده لا يكفي ان يكون تعبيراً عن الارادة الا اذا اقترن بهذه الظروف وما ينبغي الوصول اليه في هذا الطرح هو متى يعد السكوت قبولاً للايجاب المعروض بالبيع بصرف النظر عن الظروف الملائمة التي ادت الى ذلك ؟
و الجواب عن هذا التساؤل يكون كالآتي:-

١ - وجود تعامل سابق بين المتعاقدين فصاحب المطعم الذي اعتاد على شراء المواد اللازمة لمطعمه من تاجر معين اذا ارسل يطلب هذه المواد من التاجر وسكت الاخير وزوده بها اعتبر هذا السكوت قبولاً و التزم التاجر بتنفيذ

(١) د. عبد المجيد الحكيم و اخرون - المصدر السابق - ص ٤١ / د. مصطفى الجمال و اخرون - المصدر السابق - ص ٧٠.

(٢) د. سعدون العامري - الوجيز في شرح العقود المسماة - الجزء الاول - بغداد - ١٩٨٨ - ص ٣١ / د. توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ٥٥.

(٣) السنهوري - نظرية العقد - المصدر السابق - ص ١٥٩ / د. حسن علي الذنون - المصدر السابق - ص ٦١.

(٤) تقابلها المادة ٩٥ مدني اردني و م ٩٨ مدني مصري و م ١٨٠ قانون الموجبات و العقود اللبناني.

(٥) د. حسن علي الذنون - المصدر السابق - ص ٦٢ / انور سلطان - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص ٦٥.

العقد اما اذا اراد التاجر رفض الطلب ولم تكن لديه نية القبول عليه ان يعبر عن هذا الرفض لا سيما و انه كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين .^(١) فصاحب المطعم (الموجب) بحكم هذا التعامل فإنه لا ينتظر تصريحاً بالقبول من

التاجر (الطرف الآخر) ، فالتاجر عبر عن ارادته بالسكوت الذي عد قبولاً بناء على هذا التعامل السابق بينهما

٢- طبيعة المعاملة او العرف التجاري : قد تكون هناك ظروف معينة في عملية البيع او الشراء مع وجودها ممكن ان يفسر السكوت من احد العاقدین على انه قبولاً كما لو ارسل البائع البضاعة المباعة على المشتري و ادخلها الاخير مباشرة الى مخازنه ولم يعترض عليها فالمشتري عبر عن قبوله بالبضاعة كما هي بالسكوت فسكوته يفسر بالقبول لانه لو كانت لديه أي ملاحظة على البضاعة لعبر عن ذلك صراحة^(٢). فالقبول بالسكوت جاء لطبيعة المعاملة بين المتعاقدين اما اذا ارسل التاجر البضاعة لمن طلبها و اضاف في قائمة الحساب شرطاً لم يتفق عليه مسبقاً مع المشتري كأن يشترط الثمن في محل عمله لا في محل عمل المشتري ولم يعترض الاخير على هذا الشرط فسكوته يعتبر قبولاً بهذا الشرط الجديد رغم عدم الاتفاق عليه . فالعرف التجاري كطرف ملابس اقتضى بان يكون السكوت هنا كاف لقبول ما يستجد من شرط^(٣) فالتعامل التجاري بين التجار له طبيعته

الخاصة التي تقضي وجود الثقة ووجوب الحسم السريع لما ينشأ بينهم من منازعات

٣- اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه : فالايجاب هنا يحمل نفعا محضاً للموجه اليه لاسيما في مجال التبرعات كالهبة التي تعرض على الموهوب له فيسكت بعدم الرفض فيه دلالة كافية على القبول. اما في عقد البيع فالمشتري قد يكون هو البادئ بعرض ثمن معين للمبيع الا ان البائع لا يسايره في هذا الثمن بل يقبل البيع بثمن اقل قد يراه هو الثمن المناسب للمبيع فهنا يكون ايجاب المشتري قد عارضه قبول البائع فيعتبر القبول هنا ايجاباً جديداً . وهذا الايجاب الجديد بان نافعا نفعا محضاً للمشتري و بالتالي يعتبر سكوته قبولاً لهذا الايجاب الجديد فيتم البيع بثمن اقل و يكون المشتري قد انتفع من هذا الايجاب^(٤) فالطرف القابل عبر عن قبوله بالسكوت عندما ادى الايجاب الى منفعة خالصة له .

مما سبق يتبين انه من الممكن ان يعد السكوت معبراً عن الارادة بالقبول اذا احاطت به ظروف و ملابسات قد تغني وفقاً للمألوف عن ابداء القبول و التعبير عنه صراحة كالتعامل السابق بين المتعاقدين او

(١) د . عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - المصدر السابق - ص ٧٩ - د . جميل الشرقاوي - المصدر السابق - ص ٢٨١ . د . مصطفى العوجي - المصدر السابق - ص ٤٦ / د . عبد القادر الفار / مصادر الالتزام - الطبعة الاولى - دار الثقافة للنشر - الاردن - ٢٠٠٤ - ص ٤٠ .

(٢) السنهوري - نظرية العقد - المصدر السابق - ص ١٦٢ / د . عبد المجيد الحكيم و اخرون - المصدر السابق - ص ٤٤ / د . مصطفى الجمال - المصدر السابق - ص ٤٦ .

(٣) د . مصطفى الجمال و د . رمضان ابو السعود و د . نبيل ابراهيم سعد - المصدر السابق - ص ٤٧ / د . مصطفى العوجي - المصدر السابق - ص ٢٥٣ .

(٤) السنهوري - نظرية العقد - المصدر السابق - ص ١٦٢ / انور العمروسي ، اشرف احمد عبد الوهاب - الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني - الجزء الاول - الطبعة الرابعة - دار العدالة - القاهرة ٢٠١٠ - ص

طبيعة التعامل او العرف التجاري او وجود منفعة خالصة لمن وجه اليه الايجاب .
ونحن نؤيد رأي الدكتور عبد المجيد الحكيم فيما يتعلق بالسكوت باعتباره وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة حين يرى ان نطاق تطبيق الاصل و الاستثناء الواردين في المادة (٨١) من القانون المدني لا يقتصر على العقود بل يمتد الى حالات كثيرة لا حصر لها ، و القول للدكتور الحكيم و ((عليه فقد كان من الافضل افراد مكان لهما في الباب التمهيدي من القانون المدني لتشمل احكامها كل ابواب القانون لا العقود فقط و هذا ما تذهب اليه الكتب الفقهية عندما تعالج الاصل و الاستثناء و لا تقتصر في تطبيقها على العقود)).^(١)

المطلب الثالث

دور السكوت في بعض البيوع الموصوفة

عقد البيع كغيره من العقود قد تدخل عليه بعض الاوصاف و تجعله عقدا موصوفا ولا سيما اذا لحق الوصف كل اثار العقد ومن البيوع الموصوفة التي يكثر وقوعها في الحياة العملية البيع بشرط التجربة و البيع بشرط المذاق وقد التزم القانون المدني العراقي كغيره من القوانين العربية قدرا من الوضوح في التعبير عن الارادة بقبول المشتري المبيع قبولا صريحا او يسكت سكوتا دالا على القبول او قد يبدي رفضه للمبيع صراحة .

وما يهمنا ما للسكوت من دور في التعبير عن القبول في هذه البيوع لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين كالآتي :-

الفرع الاول : دور السكوت في البيع بشرط التجربة .

الفرع الثاني :- دور السكوت في البيع بشرط المذاق .

الفرع الاول

دور السكوت في البيع بشرط التجربة

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع اما ليستوثق من انه يستجيب لحاجته الشخصية او للتأكد من صلاحيته للغرض المقصود منه . و شرط التجربة لا يفترض في عقد البيع بل يجب الاتفاق عليه وهذا الاتفاق قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا يستنتج من طبيعة المبيع او ظروف التعامل اذا جرى العرف في بيع بعض الاشياء بشرط تجربتها كالملابس الجاهزة و الادوات الكهربائية و الآلات الميكانيكية^(٢).

(١) د. عبد المجيد الحكيم - المصدر السابق - ص ٨١ هامش رقم ٢٢.

(٢) د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٥٢ / د. سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ٦٣ / د. طارق

كاظم عجيل - الوسيط في عقد البيع - انعقاد العقد - الجزء الاول الطبعة الاولى - الناشر مكتبة السنهوري -

٢٠٠٨ - ص ١٥١ .

ويعد البيع بشرط التجربة في القانون المدني العراقي معلقا على شرط واقف وهو شرط التجربة الا اذا تبين من الاتفاق او الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ ، ويجب على البائع تمكين المشتري من تجربة المبيع فاذا تحقق هذا الشرط بقبول المشتري انتج البيع اثاره من وقت ابرامه لا من وقت القبول بمعنى ان انتقال الملكية يتم باثر رجعي اما اذا رفض المشتري المبيع بعد تجربته فقد تخلف الشرط و اعتبر البيع كأنه لم يكن^(١) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٢٤ بقولها (ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق و الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ) كذلك فعل المشرع المصري فأعتبره بيعا معلقا على شرط واقف هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ما لم يتفق المتعاقدان صراحة او ضمنا على اعتباره بيعا معلقا على شرط فاسخ هو عدم قبول المشتري المبيع بعد تجربته (٢)

في حين اعتبر القانون المدني الاردني البيع بشرط التجربة عقدا صحيحا و نافذا لكنه غير لازم في حق المشتري الذي يكون له ان يستقل بفسخه^(٣)

ولكي يتحقق شرط التجربة اوجب القانون على البائع تمكين المشتري من تجربة المبيع و اوجب في نفس الوقت على الاخير اذا رفض المبيع ان يعلن رفضه في المدة المتفق عليها بين الطرفين او في المدة التي يحددها البائع لتجربة المبيع على ان تكون مدة معقولة تمكن المشتري من التجربة فأذا انقضت هذه المدة ولم يصدر عن المشتري رفض صريح او ضمني مع تمكنه من تجربة المبيع و سكت عن اعلان رايه اعتبر سكوته قبولا وامتنع عليه اعادة المبيع^(٤) و هذا ما جاء في الفقرة الاولى من المادة ٥٢٤ مدني عراقي و التي نصت على أن

(في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه و على البائع ان يمكنه من التجربة فاذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا للبيع)^(٥).

(١) د.سعيد مبارك واخرون - المصدر السابق - ص٥٤/د.طارق كاظم عجيل - المصدر اعلاه - ص١٥٣.

(٢) السنهوري - الوسيط - ج٤-المصدر السابق- ص١١٤-١١٥/د.سليمان مرقس - المصدر السابق - ص٦٦ و انظر المادة ٢/٤٢١ مدني مصري.

(٣) د.منذر الفضل، د.صاحب عبيد الفتلاوي - شرح القانون المدني الاردني (العقود المسماة)- مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان - الطبعة الاولى -١٩٩٣ ص٥٧ و انظر المادة ٢/٤٧١ مدني اردني .

(٤) د. سعدون العامري / المصدر السابق /ص٦٩ د. انور سلطان - العقود المسماة -شرح عقدي البيع و المقايضة في القانونين المصري و اللبناني- دار النهضة العربية - بيروت ١٩٨٣ ص ٥٠.

(٥) وينفس الحكم جاء القانون المدني المصري في المادة ١/٤٢١ اما في القانون الاردني فقد اعتبر هذا السكوت

اذن نجد ان المشرع العراقي في الشطر الثاني من الفقرة الاولى ابرز دورا مهما للسكوت ذلك بان جعله تعبيراً عن ارادة المشتري بقبول المبيع اذا لم يرفضه صراحة بعد انتهاء المدة المحددة للتجربة فأصبح السكوت معبراً عن القبول لان السكوت في معرض الحاجة الى بيان يعتبر قبولاً (م ٨٠ مدني عراقي).

الفرع الثاني

دور السكوت في البيع بشرط المذاق

البيع بشرط المذاق هو عقد بموجبه يشترط المشتري على البائع الا يتم البيع الا اذا تذوق المبيع و ارتضاه ^(١) من المعلوم ان اذواق الناس في المبيعات مختلفة فقد لا يقدم المشتري على شراء المبيع الا اذا تذوقه و استساغ طعمه فيعلق شراءه لهذا المبيع على شرط ملائمة لذوقه . ^(٢)

و نصت المادة ٥٢٥ مدني عراقي على انه ((اذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري ان يقبل البيع ان شاء و لكن عليه ان يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق او العرف و لا ينعقد البيع الا من الوقت الذي تم فيه هذا الاعلان)) ^(٣)

من نص المادة اعلاه يتضح ان المشتري في بيع المذاق لا يكون مرتبطاً بعقد البيع الا اذا تذوق المبيع و قبل شراءه اما البائع فانه يكون ملزماً بتمكين المشتري من تذوق المبيع خلال المدة المحددة بالاتفاق او العرف ليتسنى للمشتري اعلان قبوله او رفضه للمبيع فيكون البيع بشرط المذاق في هذه الحالة عقداً ملزماً لجانباً واحد وهو البائع ^(٤) واذا قبل المشتري المبيع بعد تذوقه و اعلن قبوله في المدة المتفق عليها او المحددة عرفاً انعقد البيع في الوقت الذي يتم فيه هذا الاعلان لا بأثر رجعي ^(٥)

فالمشرع العراقي في البيع بشرط المذاق نص صراحة على ان هذا البيع لا يتم الا بعد اعلان القبول من المشتري صراحة فلا يكفي مجرد سكوت المشتري لاعتباره قابلاً فسكوت الاخير في هذا البيع مع تمكنه من اختبار طعم المبيع لا يعد قبولاً بل قد يفسر انه رفض لايجاب البائع بالبيع . فالمشرع اذن لم يجعل للسكوت دوراً في التعبير عن ارادة المشتري فالأخير لابد ان يعلن عن رغبته بعد التذوق بالقبول او الرفض أي ان يعبر عن

قبولاً بالمبيع و عده (سكوتاً موصوفاً) المادة ٤٧١ و انظر د. منذر الفضل - المصدر السابق ص ٥٧.

(١) د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق ص ٥٨ / د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٦٦ / د. منذر الفضل - المصدر السابق ص ٦٠.

(٢) السنهوري - الوسيط - ج ٤ - المصدر السابق ص ١١٨ / د. محمود جلال حمزه - التبسيط في شرح القانون المدني الاردني (العقود المسماة البيع و الايجار) - جمعية عمال المطابع - عمان - ٢٠٠٥ - ص ٥٧.

(٣) تقابلها المادة ٤٢٢ مدني مصري اما القانون المدني الاردني فقد نص في المادة ٤٧٧ على سريان احكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق الا ان خيار المذاق لا يورث.

(٤) د. طارق كاظم عجيل - المصدر السابق ص ١٦٥ / د. جعفر الفضلي - المصدر السابق ص ٥٥.

(٥) د. جعفر الفضلي - المصدر السابق ص ٥٥ / د. سعدون العامري - المصدر السابق ص ٦٧ / د. محمود جلال حمزة - المصدر السابق ص ٥٨ / د. انور سلطان - العقود المسماة - المصدر السابق ص ٥٢.

إرادته صراحة أو ضمنا . فلا مجال اذن للاعتداد بالسكوت في اطار النص اعلاه لانه يدل دلالة صريحة على ما يقصده المشرع بينما في البيع بشرط التجربة عد المشرع العراقي سكوت المشتري بعد مضي مدة التجربة قبولا بالمبيع.

المبحث الرابع

دور السكوت في التراضي على المسائل التفصيلية

أولا : القواعد المكملة

لكي ينعقد عقد البيع لابد من الاتفاق على المسائل الجوهرية كتوافق إرادتي البائع و المشتري على المبيع وعلى الثمن وعلى طبيعة العقد. اما باقي المسائل التفصيلية فلا يشترط ان يحددها الطرفان المهم عدم اختلاف كل منهما عليها فاذا لم يتفق البائع و المشتري على تعيين ميعادا او مكان دفع الثمن او تسليم المبيع مثلا فان العقد ينعقد اذا لم يكن في نية الطرفين المتعاقدين وقف التعاقد حتى يتم الاتفاق على هذه المسائل فاذا قام خلاف عليها فان المحكمة تقضي فيها مراعية في ذلك طبيعة المعاملة و احكام القانون و العرف و العدالة ^(١) اما اذا تطرق المتعاقدان الى احدى هذه المسائل مثلا و لم يتفقا عليها و اختلفا حولها فان البيع لا يتم و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٦ مدني عراقي بقولها ((واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع و لاحكام القانون و العرف و العدالة)) ^(٢).

مما سبق نجد ان القانون في تنظيمه للعقود يأتي باحكام مكملة لارادة المتعاقدين تطبق اذا لم يتفق المتعاقدان في العقد على ما يخالفها بمعنى انه عند سكوت المتعاقدين عن تنظيم امر معين فان القانون قد افترض ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى ابرام العقد و انهم رضوا بتطبيق ما نظمته المشرع من احكام في هذا الجانب فالسكوت هنا يعبر عن قبول المتعاقدين بالقواعد المكملة التي يحددها المشرع من ذلك مثلا التزام البائع بتسليم المبيع بحالته و اوصافه التي كان عليها و قت البيع فاذا تسلم المشتري المبيع دون تحفظ ولم يعترض عليه عد سكوته عن الاعتراض مدة زمنية قبولا بالمبيع ، فسكوت المتعاقدين هنا افترض معه المشرع ان نيتهما قد انصرفت الى ان يحل القاضي محل المتعاقدين و يبت في هذه المسائل التفصيلية المختلف عليها ^(٣).

(١) د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٣١ / السنهاوي - نظرية العقد - المصدر السابق - ص ٢٧٧ -

٢٧٨ / د. عبد القادر الفار - المصدر السابق - ص ٤١ .

(٢) (تقابلها المادة ٩٥ مدني مصري و المادة ١٠٠ مدني اردني .

(٣) د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ١٢٧ / د. سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ١١٢ /

السنهاوي - الوسيط - ج ٤ - المصدر السابق - ص ٤.

ثانياً: الاتفاقات اللاحقة

بينما انه قد يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية و يرجئان الاتفاق على المسائل التفصيلية الاخرى الى وقت لاحق دون ان يؤثر ذلك على انعقاد العقد فسكوت المتعاقدين عنها دليل على انها تركا امر تنظيمها للقانون وعلى الرغم من ذلك فهذا لا يمنع من تنظيمها من قبل المتعاقدين فقد تتجه ارادة الطرفين الى تنظيم هذه الامور التفصيلية اذا اشترطا ضرورة الاتفاق اللاحق عليها بحيث لا ينعقد العقد الا بعد الاتفاق عليها .

وبهذا تكون نيتهما قد اتجهت الى استبعاد القواعد المكملة في هذا الشأن^(١) فاذا اتفق البائع و المشتري على المسائل الجوهرية في العقد كتحديد الشيء المبيع و الثمن و طبيعة العقد و تركا الاتفاق على المسائل التفصيلية الى وقت اخر بعدها ارسل البائع الشيء المبيع الى المشتري متضمنا قائمة حساب حدد فيها ثمن المبيع المتفق عليه بينهما الى جانب تحميله مصاريف النقل التي لم يكن قد تم الاتفاق عليها و تسلم المشتري هذه القائمة و سكت ولم يعترض اعتبر سكوته قبولا ما معناه ان ما نظمه البائع من مسائل تفصيلية قد ارتضاها المشتري و قبلها بسكوته و عدم اعتراضه على الرغم من انه يملك حق الاعتراض^(٢)

مما سبق يتضح انه اذا قام احد المتعاقدين بتنظيم بعض الامور التفصيلية التي لم يكن قد سبق و اتفق عليها و اعلم المتعاقد الثاني بها و لم يعترض عليها عد ذلك موافقة و هذه الموافقة تستمد من سكوت الطرف الثاني وعدم اعتراضه فسكوت المشتري في المثال السابق على ما ورد في قائمة الحساب تلابسه ظروف معينة تؤكد القول بان سكوته هذا دليل على انه قد قبل ما ورد في قائمة الحساب فلو كان لديه اعتراض لفعل لانه يملك حق الاعتراض و بالتالي فان سكوته هنا يعد سكوتا ملابسا و يفسر بانه قبول.

المبحث الثالث

السكوت في محل عقد البيع

المبيع و الثمن هما ركنان اساسيان في عقد البيع اذا تخلف احدهما لا ينعقد العقد و هما يكونان محل عقد البيع و لان عقد البيع عقد ملزم للجانبين فيلتزم البائع بتسليم المبيع و يلتزم المشتري بدفع الثمن .

(١) د. حسن علي الذنون - المصدر السابق ص ٦٠/د. مصطفى الجمال و اخرون - المصدر السابق - ص ٧٣ و راجع الفقرة الثانية من المادة ٨٦ مدني عراقي سאלفة الذكر .

(٢) السنهوري - الوسيط- الجزء الرابع - ص ٣٩-هامش رقم ١ /د. امجد محمد منصور - صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة - بحث منشور في الانترنت على الموقع www.justicelawhome.com /د. رمضان ابو السعود - شرح العقود المسماة عقدي البيع و المقايضة - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - الطبعة الثانية - ٢٠٠٣ ص ٨٦.

و يشترط في المبيع لكي يصح ان يكون محلا للبيع ان يكون موجودا او ممكن الوجود و معينا او قابلا للتعين و ان يكون مما يجوز التعامل فيه و فيما يتعلق بالثمن يجب ان يكون مبلغا من النقود و مقدرا او قابلا للتقدير و ان يكون جديا ^(١).

و في اطار محل عقد البيع نبين ما للسكوت من دور في تحديد بعض شروط محل عقد البيع مما يتطلب تقسيم هذا المبحث الى مطلبين في المطلب الاول نحدد دور السكوت في تعيين المبيع و في المطلب الثاني نبين دور السكوت في تحديد الثمن .

المطلب الاول

دور السكوت في تعيين المبيع

اسلفنا انه يشترط في المبيع ان يكون معينا او قابلا للتعين و اذا كان معينا يجب ان يكون تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة فقد نصت الفقرة الاولى من المادة ٥١٤ مدني عراقي على انه ((يلزم ان يكون المبيع معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة)) فاذا كان المبيع من الاشياء القيمية فلا بد من تعيينه تعيينا يميزه عن غيره كان يكون محل البيع سيارة فلا بد ان يذكر نوعها (كذا) ومنشأها و موديل الصنع (كذا) و سعة المحرك (كذا) و غير ذلك من الاوصاف التي تميزها عن غيرها من السيارات و تنتفي بها الجهالة الفاحشة ^(٢)

اما اذا كان المبيع من المتليات كالمكيلات و الموزونات فلا يكفي ان يذكر جنسه و نوعه و وصفه بل لابد من تحديد مقداره لا سيما اذا بيع بسعر الوحدة و يجب ايضا تحديد درجة جودة المبيع و اذا لم تحدد يلزم البائع بتسليم شيء من الصنف المتوسط ^(٣)

اذن لابد ان يكون المبيع معينا بذاته او بنوعه و يحق للمشتري اذا لم يتوفر له العلم الكافي بالمبيع ان يطلب فسخ العقد (حالة العقد غير اللازم) و قد يثبت للمشتري خيار الرؤية اذا لم ير العين المبيعة أي عدم علمه بها علما كافيا حين انشاء البيع او قبل ذلك و يثبت هذا الحق للمشتري بحكم القانون و لو لم ينص عليه في العقد ^(٤) فاذا رأى المشتري المبيع و لم يبد ملاحظاته عليه و لم يعترض بل سكت وطلب من البائع تسليمه المبيع يفهم من سكوته قبوله بالمبيع فيسقط خياره اما اذا اعلن ان المبيع لا يناسبه فيعد العقد غير لازم بالنسبة له و يستطيع المطالبة بفسخه ^(٥)

^(١)السنهوري - الوسيط - ج٤ - المصدر السابق - ص ٣١٤/د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٥٧/د. رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ٨٦/د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق - ص ٢٨.

^(٢) د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٨١/د. منذر الفضل - المصدر السابق - ص ٦٩.

^(٣) د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٦١/د. رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ١٠٣ - ١٠٤.

^(٤) انظر المواد من ٥١٧-٥٢٤ مدني عراقي التي عالجت خيار الرؤية و تقابلها المواد من ١٨٤-١٨٨ مدني اردني و المادة ٤١٩ مدني مصري و انظر د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٣٥ د. خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة (البيع و التأمين و الايجار) دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - القاهرة ١٩٧٩ - ص ٥٦.

^(٥) د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق - ص ٣٢-٣٣/د. رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ٧٠.

المطلب الثاني

دور السكوت في تحديد الثمن

يعتبر الثمن الركن الثاني من اركان عقد البيع و بتخلفه لا ينعقد العقد و بالتالي لا يمكن وصفه بالبيع .^(١) و الغالب ان يكون الثمن مقدرا في العقد تقديرا صريحا برقم ثابت ، لكن قد يقتصر المتعاقدان في العقد على بيان الاسس التي يتحدد الثمن بناء عليها في وقت لاحق فيكون الثمن في هذه الحالة قابلا للتقدير وعليه ليس من الضروري ان يكون الثمن مقدرا بل يكفي ان يكون قابلا للتقدير ما دامت الاسس التي يقوم عليها تقديره متفقا عليها من الطرفين اتفاقا يمنع النزاع و ينفي الجهالة.^(٢) و هذا ما نصت عليه المادة ١/٥٢٧ مدني عراقي بقولها ((في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدرا بالنقد و يجوز ان يقتصر التقدير على بيان الاسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد))^(٣) وعليه فان سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن عند ابرام العقد لا يجعله باطلا ما دام المتعاقدان قد اتفقا على الاسس التي يتحدد بمقتضاها مستقبلا لاسيما اذا كان ممكن استخلاص ذلك من الظروف و الملابسات المحيطة بالتعاقد^(٤)

يتبين من ذلك ان المتعاقدين اذا سكتا عن تحديد الثمن عند العقد فهذا السكوت لا يعتد به الا اذا كان من الممكن تحديد الثمن فيما بعد اما اذا لم يكن بالامكان تحديد الثمن فالبيع باطل لتخلف احد ركنيه وهو الثمن اما اذا كان تحديد الثمن ممكنا وفق اسس معينة و لو فيما بعد فالعقد يعتبر صحيحا على الرغم من سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن وقف العقد ما دام المتعاقدان قد حددا مسبقا الاسس التي بموجبها يحدد الثمن او كان من الممكن استخلاص ذلك من ظروف و طبيعة التعاقد او من انصراف ارادتهما لذلك^(٥). واذا سكت المتعاقدان عن تحديد الثمن ولم يحدد الاسس التي يمكن تقديره بناء عليها في وقت لاحق و لم تتوفر الظروف و الملابسات التي يستفاد منها هذا التحديد فيعد الثمن في كل هذه الحالات غير قابل للتحديد وهذا يدل على ان المتعاقدين لم يتفقا على ثمن معين و بالتالي فان العقد يكون باطلا لانعدام ركن الثمن .

د.خميس خضر - المصدر اعلاه ص٥٦.

(١) الثمن النقدي هو الذي يميز عقد البيع عن عقد المقايضة فالثمن في البيع هو مقابل للمبيع و العوض غير النقدي هو المقابل في عقد المقايضة انظر د. سعدون العامري - المصدر السابق

ص ٢٤.

(٢) السنهاوري - الوسيط - ج٤-المصدر السابق ص٣١٥/د.محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني (العقود

المسماة)-الجزء السادس - منشأة المعارف -٢٠٠٥ ص ١٠٧/د.سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق - ص٧٣.

(٣) تقابلها المادة ٤٧٩ مدني اردني و المادة ٤٢٣ مدني مصري.

(٤) د.سعدون العامري - المصدر السابق ص٩٤/د.منذرالفضل - المصدر السابق ص٧٧/د.خميس خضر -

المصدر السابق ص ٩٦.

(٥) د. امجد محمد منصور / المصدر السابق / ص ١٢.

و يكون الثمن قابلاً للتقدير اذا سكت المتعاقدان عن تحديده الا انهما وضعاً الاسس التي يمكن بمقتضاها تقديره او كانت هناك من الظروف و الملابسات التي تعتمد لتحديده كاعتماد سعر السلعة المتداول بين التجار او السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما و بهذا ممكن ان يفسر سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن الى انصراف نيتهما الى اعتماد الثمن المحدد حسب الاسس المتفق عليها بينهما سواء تم الاتفاق عليها صراحة او ضمناً^(١)

و من الاسس المعتمدة في الفقه في تقدير الثمن عند سكوت المتعاقدين عن تقديره سعر السوق و السعر المتداول في التجارة او السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين او اعتماد الثمن الذي اشترى به البائع او قد يتفق المتعاقدان على تفويض شخص اخر او اشخاص اخرين تحديد الثمن^(٢)

المطلب الثالث

دور السكوت في البيوع الواقعة على ملك الغير

اشترط القانون لانعقاد عقد البيع ان يكون المبيع مملوكاً للبائع الا ان البعض قد يقومون ببيع مالا يملكون فيعمدون الى بيع ملك غيرهم او قد يكون للبائع حصة في مال مملوك على الشيوع و يبيع هذه الحصة او قد يقوم البائع ببيع شيء لا يملكه حكماً كأن يبيع شيئاً وهو في مرض الموت وفي الحالات سالفة الذكر قد يبرز للسكوت دور يعبر عن ارادة اطراف التعاقد مما يقتضي توضيح هذا الدور و عليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع : الفرع الاول نبين فيه دور السكوت في بيع ملك الغير و الفرع الثاني نخصه لدور السكوت في بيع الشريك المشاع جزءاً مفزاً من المال الشائع اما الفرع الثالث نوضح فيه دور السكوت في بيع المريض مرض الموت .

الفرع الاول

دور السكوت في بيع ملك الغير

لم يورد المشرع العراقي احكاماً خاصة ببيع ملك الغير و انما اكتفى بالاشارة اليها عند تنظيمه للعقد الموقوف بحيث جعله تطبيقاً للقواعد العامة^(٣)

و من البديهي ان للشخص حرية تامة في التصرف في ماله دون معارضة من احد و على الغير ان يحترم حرية المالك و الا يغصب ماله و الا يعد غاصباً و لا ان يتصرف فيه بدون موافقته، فأذن المالك امر جوهري عند التصرف بملكه بحيث لا يجوز للغير ان يبيع ما لا يملك لانه بهذا التصرف يعد فضولياً^(٤)

(١) السنهاوري - الوسيط - ج ٤ - ص ٣٢١ / د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق - ص ٧٤ / د. محمد كامل مرسي - المصدر السابق - ص ١٧٠ .

(٢) انظر م ٥٢٨ مدني عراقي - السنهاوري - المصدر اعلاه - ص ٣٢٤ وما بعدها - د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٦٩ - ٧٠ / د. منذر الفضل - المصدر السابق - ص ٧٨ - ٨٠ / د. سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ١٦٥ .

(٣) انظر المادة ١٣٥ مدني عراقي .

(٤) الفضولي في فقه الشريعة الاسلامية و القانون المدني العراقي هو من يتدخل في شؤون غيره دون ان يكون لديه تفويض او نيابة و لا يشترط ان يقوم بحاجة ضرورية عاجلة و عمله لا يزيد عن كونه تطفلاً و فضولاً . في هذا

و يعتبر المشرع العراقي بيع ملك الغير عقدا صحيحا لكنه موقوف على اجازة المالك الاصلي فهو عقد صحيح غير نافذ و يبنى على ذلك ان للمالك الاصلي اذا اراد اجازة العقد او نقضه فيجب ان يتم ذلك خلال ثلاثة اشهر من تاريخ علمه بصدور العقد من الفضولي فأن لم يصدر منه ما يدل على نقضه للعقد قولا او فعلا وسكت دون عذر خلال هذه المدة اعتبر سكوته اقرارا للبيع الذي ابرمه الفضولي وينفذ في حقه فأذا اجاز المالك البيع عد المشتري مالكا للمبيع من يوم الاتفاق الذي تم بينه و بين الفضولي لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة^(١). ومن هنا يتبين لنا هنا ان المشرع العراقي قد جعل للسكوت دورا في التعبير عن ارادة المالك الاصلي في البيع فسكوت الاخير وعدم اتخاذه موقفا ايجابيا يدل على نقضه للعقد معناه اجازته للعقد و بأخاذه موقفا سلبيا و المشرع العراقي و لاستقرار العقود و المعاملات قد اعطى للمالك الاصلي مدة ثلاثة اشهر للتعبير عن موقفه تجاه التصرف الذي ابرمه الفضولي اما بالاجازة او بالنقض .

ومما تجدر الاشارة اليه ان القانون المدني الاردني قد اعتبر بيع ملك الغير عقدا قابلا للفسخ لمصلحة المشتري فالخير وحده هو الذي يجوز له الفسخ^(٢) اما في القانون المدني المصري فقد اجاز المشرع المصري للمشتري وحده ان يطلب ابطال العقد فجعله حق له دون البائع^(٣) غير انه في الحالتين لا يسري التصرف هنا في مواجهة المالك الاصلي الا باقراره و في هذه الحالة يصبح البيع صحيحا في حق المشتري و نافذا في حق المالك في ظل القانون المدني المصري و يعد البيع نافذا في ظل القانون المدني الاردني^(٤)

الفرع الثاني

السكوت في تصرفات المريض مرض الموت

لم يبين القانون المدني العراقي المقصود بمرض الموت لذلك يتعين الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية في تعريف مرض الموت لان مرض الموت من مسائل الاحوال الشخصية فضلا عن ان المادة الاولى من التقنين المدني العراقي تحيل الى مبادئ الشريعة الاسلامية مما لا يوجد فيه نص او عرف^(٥) وقد اختلفت اراء فقهاء الشريعة

الموضوع انظر السنهاوري - الوسيط - ج١ المصدر السابق - ص١٠٣٣ وما بعدها / د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ١٨٩ / د. منذر الفضل - المصدر السابق - ص ١٦٦.

(١) د. سعيد مبارك وآخرون - المصدر السابق ص١٧٨ - د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ١٩٧ - د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - المصدر السابق - ص ١١٧.

(٢) انظر المادتين ٥٥٠ - ٥٥١ مدني اردني التي عالجت بيع ملك الغير، انظر د. منذر الفضل - المصدر السابق - ص ١٦٤ وما بعدها.

(٣) انظر المادة ٤٦٦ مدني مصري و انظر السنهاوري - الوسيط - ج ٤ - المصدر السابق ص٢٤٧ - ٢٤٩ / د. محمد كامل مرسى - المصدر السابق - ص ٤١٧ / د. سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ٥١٣ - ص ٥١٦.

(٤) د. انور سلطان - العقود المسماة - المصدر السابق - ص ٣٢٩ / د. منذر الفضل - المصدر اعلاه - ص ١٦٧ / د. سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع - منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٣٥٤ - ٣٥٥.

(٥) انظر المادة الاولى من القانون المدني العراقي و كذلك فعل المشرع المصري اما المشرع الاردني فقد عرف مرض

الاسلامية الغراء في تعريف مرض الموت الا ان الرأي الذي رجح في احكام القضاء و اقوال شراح القانون هو ان مرض الموت ما تحقق به امران الاول ان يكون المرض من النوع الذي يعقبه الموت غالبا و يعرف ذلك من الاستقراء او من الاحصاءات الطبية و الثاني ان يموت به الانسان فعلا^(١).

الا ان المشرع العراقي قد نظم في المادة ١١٠٩ مدني عراقي تصرفات المريض مرض الموت فأعتبر ان كل تصرف يصدر من شخص في مرض الموت و يكون مقصودا به التبرع يعتبر مضافا الى ما بعد الموت و تسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف أي ان تبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية فيما يتعلق بعدم نفاذها في حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة الا بأقرارهم .^(٢) و سريان احكام الوصية على تبرعات المريض مرض الموت لا يكون الا بعد وفاة المريض بداهة ولكي يعتبر المريض مرض الموت لا بد ان يتصل به الموت فعلا لذلك فالمشرع العراقي قد اقام قرينة في المادة السابقة على ان البيع الصادر من المورث يخفي وصية اذا صدر منه التصرف وهو في مرض الموت فأذا اثبت الورثة ذلك فإنه يعد قرينة على انه تصرف على سبيل التبرع اضيف الى ما بعد الموت فتسري عليه احكام الوصية و لا شك ان السبب في تقييد تصرف الشخص في مرض الموت انما يعود الى وجود حق للورثة في امواله فحق الورثة يتعلق بأموال المورث مدة اصابته بالمرض الذي يموت فيه و بالتالي فأذا كان التصرف منطويا على تبرع تجاوز ثلث التركة فهو غير نافذ في مواجهة الورثة الا اذا اجازوه او بسقوط حقهم في دعوى عدم نفاذ التصرف^(٣).

ونرى انه اذا سكت الورثة في هذه الحالة لمدة معقولة يفسر سكوتهم بأنه اجازة لانه كان بمقدورهم الاعتراض على تصرف مورثهم فأذا سكتوا ولم يعترضوا فهذا يدل على ان السكوت اريد به اجازة التصرف و احترام لارادة المورث^(٤).

الموت في المادة ٥٤٣ مدني اردني بقوله ((١- مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة اعماله المعتادة و يغلب فيه الهلاك و يموت على تلك الحال قبل مرور سنة ٢٠ - و يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالانسان فيها خطر الموت و يغلب في امثالها الهلاك و لو لم يكن مريضا)) .

(١) د. احمد الكبيسي - الاحوال الشخصية في الفقه و القضاء و القانون - الزواج و الطلاق و اثارهما - الجزء الاول - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - ٢٠٠٧ ص ٢١٧.

(٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الميراث و الوصية - طبعة منقحة - شركة الخنساء للطباعة - بغداد - السنهوري - الوسيط - ج ٤ - ص ٣٢٧ / د. خميس خضر - المصدر السابق - ص ٣٦٢.

(٣) د. جعفر الفضلي / المصدر السابق - ص ١٩ / د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٢٢ و نظم المشرع الاردني بيع المريض مرض الموت في المادتين (٥٤٤-٥٤٥) وكذلك فعل المشرع المصري في المادة (٩١٦) .. انظر د. منذر الفضل - المصدر السابق - ص ١٥٧ وما بعدها و د. انور سلطان - العقود المسماة - المصدر السابق - ص ٣٦٦.

(٤) تقول محكمة النقض المصرية بأن سكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد و نقل التكليف للمشتري دون ان يطعن الوارث بل سكت مدة ثلاث سنوات او اربع حتى وفاته يعتبر اجازة للعقد الصادر من مرض الموت.

١٩٧٨/٣/١٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٦ - القسم ٤٤ / ص ١٨٣ نقلا عن السيد خلف محمد - عقد البيع في ضوء الفقه و احكام النقض - المركز القومي للاصدارات القانونية - ط ٣ - القاهرة ٢٠٠٥ - ص ٧٦٢.

ومما لا بد ذكره في هذا الموضوع ان المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل اوجب في المادة ٢٤٩ تسجيل الوصية في السجل العقاري الا ان هذا التسجيل لا يخضع لقرار الورثة الا اذا كان الايصاء بأكثر من ثلث التركة و في هذه الحالة يلزم موافقة الورثة على التسجيل فيما زاد على الثلث .

اذن السكوت عبر بدءا عن الارادة التي اجازت تصرف المورث الا ان القانون استلزم صدور تعبير صريح على الموافقة على الوصية بأكثر من الثلث حتى تستوفي الشكلية التي استلزمها القانون و هكذا لا نجد في الواقع مجالا للسكوت في نطاق قانون التسجيل العقاري لانه لم يعتد به .

الفرع الثالث

السكوت في بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع

عرف القانون المدني العراقي الملكية الشائعة في الفقرة الاولى من المادة (١٠٦١) بقوله ((اذا ملك اثنان او اكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشبوع و تحسب الحصص متساوية اذا لم يقر الدليل على غير ذلك))^(١)

و التصرف في الشيء المشاع لا يصح في القانون المدني العراقي الا باتفاق جميع الشركاء و لكن على الرغم من ذلك فقد يتصرف احد الشركاء بجزء مفرز من الشيء الشائع بلا اذن من شركائه كأن يبيع احد الشريكين نصف الارض المشتركة لشخص ثالث ، ففي هذه الحالة الاصل انه لا يجوز للشريك التصرف في جزء مفرز من المال الشائع و لو كان ما تصرف فيه يعادل حصته في هذا المال و هذا يتفق مع القواعد العامة التي قررها المشرع العراقي في الشبوع لان حق الشريك لا يتركز في الجزء المفرز الذي تصرف فيه و انما ترد على هذا الجزء ايضا حقوق الشركاء الآخرين . و بهذا يكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشريك من حقوق في هذا الجزء و بذلك يكون هذا التصرف موقوفا على اجازة شركاء البائع فأن اجازوه صح و نفذ و ان لم يجيزوه بطل^(٢)

اما اذا سكت الشركاء فلم يبطلوا التصرف و لم يجيزوه فما الحكم في هذه الحالة ؟

في هذه الحالة يكون الحكم كالآتي:

اذا وقع الجزء المفرز الذي تصرف فيه الشريك في نصيبه بعد القسمة فلا اشكال في ذلك لانه اصبح مالكا لهذا الجزء و لا يعد تصرفه تصرفا في ملك الغير . و عندئذ لا معنى لتعليق هذا التصرف على اجازة احد او اجزاء التصرف من جديد لانه ليس لهؤلاء الشركاء بعد القسمة حق في هذا الجزء^(٣)

اما اذا لم يقع الجزء المفرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة فلا يكون للتصرف أي اثر لانه سيكون واردا على ملك الغير وهذا ما قرره المشرع العراقي في المادة ١٠٦٢ / ٢ مدني عراقي التي تنص على ((اذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب

(١) نظم القانون المدني العراقي للملكية الشائعة في المواد من (١٠٦١-١٠٨١) و تقابلها المادة ٧٢٥ مدني مصري.

(٢) محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية - الجزء الاول - مطابع التعليم العالي - ١٩٨٢ - ص ١١٥.

(٣) محمد طه البشير - د. غني حسون طه - المصدر السابق - ص ١١٦.

هذا الشريك ((^(١)).

و في هذا الموضوع لا نجد دورا للسكوت فهو لا يعتبر قبولا او اجازة للتصرف لاسيما اذا وقع الجزء المفرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة لانه بات يملكه اما اذا لم يقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف فنص المادة ١٠٦٢/٢ واضح و صريح في ان هذا التصرف لا اثر له لانه قد وقع في ملك الغير .

المبحث الرابع

السكوت في نطاق اثار عقد البيع

عند اكتمال عقد البيع فأنه من اهم الاثار الناتجة عنه التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري و التزامه لضمان العيوب الخفية ، و لبيان دور السكوت في هذه الحالات سنقسم المبحث الى مطلبين . نبحث في المطلب الاول دور السكوت في تسليم المبيع و تسلمه اما في المطلب الثاني فنبين فيه دور السكوت في التزام البائع بضمان العيوب

المطلب الاول

دور السكوت في تسليم المبيع و تسلمه

اولا : السكوت عن اختلاف المبيع عن حالته وقت التعاقد

الاصل ان يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بمجرد انعقاد عقد البيع و المحافظة عليه حتى التسليم بحيث ينبغي ان يسلم البائع المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع أي بالحالة المتفق عليها عند ابرام العقد . و يخلو القانون المدني العراقي من نص يقرر هذا الالتزام^(٢) اما في القانون المدني المصري فالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد مرجعه نص المادة ٤٣١ التي تقول ((يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع))^(٣)

و هذه المادة تقرر قاعدة عامة يمكن الاخذ بها في القانون المدني العراقي كما يمكن الرجوع الى ارادة الطرفين المتعاقدين لتحديد حالة المبيع وقت التسليم^(٤)

عليه يجب ان تكون حالة المبيع عند تسليمه للمشتري هي نفس الحالة التي كان عليها عند التعاقد اما اذا تغيرت

(١) اما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة ٢/١٠٣١ على ((و اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي ال المتصرف بطريق القسمة ، و اذا كان المتصرف اليه يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد فله الحق في ابطال التصرف)) .

كذلك فعل المشرع المصري فقضت المادة ٨٢٦ مدني مصري بانتقال حق المتصرف اليه في هذه الحالة من الجزء محل التصرف الى الجزء الذي ال الى المتصرف نتيجة القسمة . انظر د. انور سلطان - المصدر السابق - ص ٣٣٨ .

(٢) د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ١٢٨ .

(٣) والى هذا اتجه المشرع الاردني في المادة ٤٨٩ مدني اردني . انظر د. منذر الفضل - المصدر السابق -

ص ١٠٣ - د. محمد كامل مرسي - المصدر السابق - ص ٢١٦ .

(٤) د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق - ص ١٠٥ .

حالته عند التسليم وعلم المشتري بهذا التغيير ولكنه سكت و لم يعترض عليه لدى البائع و مضت مدة كافية فأن سكوته يدل على رضاه و معناه ان

هذا التغيير لم يؤثر على حالة المبيع عند التسليم و الا لو كان كذلك لأعترض المشتري و طالبه بالتنفيذ العيني و اذا لم يكن ذلك ممكنا فله المطالبة بالفسخ ، فلا زال هناك تطابقا بين حالة المبيع عند التعاقد و حالته عند التسليم رغم التغيير ^(١) . و لكي يكون السكوت معبرا عن ارادة المشتري ينبغي ان تمضي فترة معقولة يمكن ان يترك تحديدها للقاضي بحيث يمكن معها القول ان المشتري بسكوته قد عاين الشيء و قبله .

ثانيا : السكوت عن نقص او زيادة مقدار المبيع

يلتزم البائع بموجب عقد البيع بأن يسلم المبيع الى المشتري بالمقدار المتفق عليه وقت التعاقد فأذا حدثت زيادة او طرأ نقصان على المبيع فأن للمشتري -في حالات معينة ^(٢) الحق في طلب فسخ البيع كما يكون له الحق في انقاص الثمن بقدر نقصان المبيع و يكون للبائع الحق في طلب تكملة الثمن بمقدار الزيادة في المبيع ^(٣) . الا انه في كل الاحوال لا تسمع دعوى المشتري او البائع في هذه الحالات بعد انقضاء ثلاثة اشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليما فعليا و ذلك ضمانا لاستقرار المعاملات و هذا ما حدده المشرع العراقي في المادة ١/٥٤٦ مدني عراقي ^(٤)

و للمشتري ان يتنازل عن حقه في الدعاوى التي تنشأ عن حدوث نقص في مقدار المبيع تنازلا صريحا او ضمنيا و يعتبر تنازله عن حقه تنازلا ضمنيا في طلب الفسخ اذا تسلم المبيع و استخدمه مع علمه بالنقص الحاصل دون ان يعترض عليه .

كذلك يعد المشتري نازلا عن حقه في طلب انقاص الثمن اذا وفاه للبائع بعد تسلمه المبيع و لم يعترض و لا يوجد ما يمنعه من الاعتراض . ^(٥)

(١) السنهوري - الوسيط - الجزء الرابع - المصدر السابق - ص ٤٨٧ وما بعدها .د. خميس خضر - المصدر السابق - ص ١٧٥ .

(٢) انظر المواد ٥٤٣-٥٤٧ مدني عراقي التي عالجت مسألة بيع المكيلات او الموزونات او المذروعات التي ليس في تبغيضها ضرر و التي في تبغيضها ضرر - و تقابلها المادة ٤٩٢ بفقراتها الخمس من القانون المدني الاردني و المواد ٤٣٣-٤٣٤ مدني مصري .

(٣) الا ان هذا الحق بالنسبة للبائع و المشتري مقيد بأن لا تتجاوز الزيادة او النقص ٥% من القدر المحدد للشيء المبيع م ١/٥٤٦ مدني عراقي ، انظر د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ١١٩/د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ١٠٠ .

(٤) اما المشرع الاردني فقد نص في م ٤٩٣ مدني اردني على انه ((لا تسمع الدعوى بفسخ العقد او انقاص الثمن او تكملة اذا انقضت سنة على تسليم المبيع)) كذلك فعل المشرع المصري في المادة ٤٣٤ مدني مصري . و راجع د. منذر الفضل - المصدر السابق - ص ١٠٨ / د. سمير عبد الستار تتاغو - المصدر السابق - ص ٢١٤ .

(٥) وهذا الرأي قال به د. سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ٣٥٥ .

و على هذا الاساس فأذا حصلت زيادة في المبيع و سلمه البائع للمشتري مع هذه الزيادة في مقداره و سكت عن المطالبة بزيادة الثمن فأن هذا السكوت يعد رضاء منه بالبيع بالثمن المتفق عليه وقت التعاقد و لا يحق له بعد ذلك ان يطلب تكملة الثمن لان واقعة التسليم تدل دلالة واضحة على رضاه و عدم اعتراضه .

ثالثا : سكوت المشتري عن تأخر البائع في تسليمه المبيع

من الالتزامات المفروضة على البائع و الناتجة عن عقد البيع هو التزامه بتسليم المبيع الى المشتري و هذا التسليم يجب ان يتم في الموعد المتفق عليه بينهما و اذا لم يحددا وقتا لذلك فيجب على البائع تسليم المبيع عند قبضه الثمن مع الاخذ بنظر الاعتبار طبيعة الشيء المبيع و قواعد العرف (١).

فأذا تأخر البائع في تنفيذ التزامه فالمشتري ان يطالب بالتنفيذ العيني طبقا للقواعد العامة الا ان المشتري اذا سكت ولم يبد اعتراضا على تأخر البائع في تنفيذ التزامه وسكت كذلك على المطالبة بحقه فأن سكوته يفسر انه قد تنازل عن حقه في طلب التنفيذ العيني الى الفسخ .

المطلب الثاني

سكوت المشتري في التزام البائع بضمان العيوب

من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع التزامه بضمان العيوب التي تظهر في المبيع فالبائع حين ينقل ملكية المبيع الى المشتري يلتزم كذلك بنقل هذه الملكية بصورة تكون حيازة المشتري لها حيازة مفيدة و لا تكون كذلك الا اذا كان المبيع خاليا من العيوب الخفية المؤثرة فكل عيب خفي يكون البائع ضامنا له (٢) اما العيوب الظاهرة فلا يضمناها البائع و بالتالي يتمتع على المشتري الرجوع الى البائع بالضمان الا اذا كان سيء النية لان اقدام المشتري على شراء المبيع مع علمه بالعيب الموجود فيه يعتبر دليلا على انه قد اخذ بنظر الاعتبار وجود هذا العيب عند تحديده للثمن هذا من جهة ومن جهة اخرى فأن العيب في حكم القانون يكون ظاهرا متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول ادراك غيره بحيث يكون من السهل على المشتري ان يتبينه او قد يعتبره عيبا غير مؤثر في قيمة المبيع او نفعه (٣) و ينبنى على ذلك انه اذا كان العيب موجبا للضمان فتقوم مسؤولية البائع بضمانه و يحق للمشتري الرجوع الى البائع بضمان هذا العيب و يبقى حقه قائما لا يسقط الا اذا رضى بالعيب او تنازل عن حقه في الرجوع على البائع صراحة او ضمنا . وفي كل الاحوال لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد ذلك مالم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة اطول (م ١/٥٧٠) مدني

(١) وقد اشارت المادتان ٤٩٩ مدني اردني و ٤٣٥ مدني مصري الى هذا الحكم و خلا القانون المدني العراقي من

حكم مماثل الا ان الفقه اجمع على امكانية الاخذ بما جاء في م ٤٣٥ مدني مصري في التشريع العراقي . انظر د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ١٠٩ / د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق ص ١٠٠ .

(٢) السنهوري - الوسيط - ج ٤ - المصدر السابق ص ٦٣٢ / د. محمد كامل مرسي - المصدر السابق ص ٣١٦ - ٣١٧ / د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ١٢٥ .

(٣) د. جعفر الفضلي - المصدر اعلاه - ص ١٣٠ / د. خميس خضر - المصدر السابق - ص ٢٧٦ / د. سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ٤٠١ - ٤٠٢ .

عراقي (١)

وعليه فأن هناك نوعين من العيوب التي تظهر على الشيء المبيع عيب ظاهر و عيب خفي اما العيب الظاهر فلا يضمنه البائع و يعتبر العيب ظاهرا اذا كان باديا للعيان او كان غير بائن ولكن يسهل على المشتري اكتشافه اذا فحص المبيع بما ينبغي من العناية (٢) في حين يضمن البائع العيب الخفي فقط سواء أكان عالما بوجوده ام لم يكن و يعتبر العيب خفيا اذا تعذر على المشتري ان يكتشفه ولو بذل في فحصه عناية الرجل المعتاد . و ضمان البائع يتأتى مما يوجبه حسن التعامل بين الناس و الى طبيعة الاشياء و قصد المتعاقدين فمن يشتري شيئا من اخر يفترض انه بحاله تسمح له بالانتفاع به خير انتفاع و الا لو كان غير ذلك لما رضي بأبرام العقد . (٣)

وقد لا يكون العيب ظاهرا لكن البائع يثبت ان المشتري كان يستطيع ان يتبين العيب بنفسه بعناية الشخص المعتاد و بالتالي نفترض انه قام بفحصه و لم يعترض على ما رآه من عيب و يفسر سكوته على انه تنازل عن حقه . (٤) و عليه فأن السكوت عن العيب الخفي يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بالضمان اذا علم المشتري بالعيب و لم يعترض عليه هذا و نصت المادة ٥٥٩ مدني عراقي على انه ((لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية الا اذا ثبت ان البائع قد اكد خلو المبيع من هذا العيب او اخفى عنه العيب غشا منه)) (٥).

اذن فالعيب اذا كان خفيا فأن البائع يضمنه مالم يثبت ان المشتري كان يعلم به وقت التسليم و يستطيع اثبات ادعائه بطرق الاثبات كافة . فإذا اثبت البائع ان المشتري كان يعلم بوجود العيب و مع ذلك قبل ابرام العقد فأن سكوته هذا يفسر من جانبه على انه قد تنازل عن حقه في الرجوع بالضمان (٦).

نخلص الى القول بأن العيب الذي يصيب الشيء المبيع قد يكون خفيا بحيث لا يمكن كشفه بالطرق الاعتيادية الا ان المشتري قد يكون عالما بهذا العيب و مع ذلك تعاقد على الشيء المبيع فعلم المشتري بالعيب دلالة على رضاه به فالعيب في هذا الفرض يكون عيبا ظاهرا بالنسبة للمشتري و ليس عيبا خفيا فإذا اقدم المشتري على التعاقد على الرغم من وجود العيب عد قابلا بالمبيع بحالته هذه و ان هذا العيب بالنسبة له لا يؤثر على انتفاعه

(١) د.سعدون العامري - المصدر السابق - ص ١٥٤ و تقابلها المادة ٥٢١ مدني اردني / انظر د. منذر الفضل - المصدر السابق - ص ١٣٣ اما في القانون المدني المصري فأن الحق في الضمان يسقط بمضي سنة من وقت تسليم المبيع م ٤٥٢ انظر د.محمد كامل مرسي - المصدر السابق - ص ٣٢٨ - د.سمير عبد السيد تناغو - المصدر السابق - ص ٣٦٣.

(٢) د. سعيد مبارك و اخرون - المصدر السابق - ص ١٣١ / د. رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ٣٠٠.

(٣) انظر م ٥٥٨ - ٥٥٩ مدني عراقي و انظر م ٤١٦ مدني مصري و م ٥١٢ مدني اردني .

(٤) السنهوري - الوسيط - ج ٤ - المصدر السابق - ص ٦٣٣ د.محمد كامل مرسي / المصدر السابق / ص ٣٣٢.

(٥) تقابلها بحكم مماثل المادة ٤٤٧ مدني مصري و المادة ٥١٤ مدني اردني.

(٦) السنهوري - المصدر اعلاه ص ٦٣٦.

بالمبيع و بهذا يكون قد تنازل عن حقه في الرجوع بالضمان فعلم المشتري بالعيب و سكوته عليه عند التعاقد او التسليم يسقط حقه في الضمان .

المطلب الثالث

سكوت المشتري عن التزام البائع بضمان التعرض و الاستحقاق

يلتزم البائع بموجب عقد البيع بتسليم المبيع الى المشتري و يضمن في الوقت نفسه للمشتري حيازة المبيع حيازة هادئة تمكنه من الانتفاع بالمبيع دون ان يتعرض له البائع او غيره تعرضا يحول بينه و بين هذا الانتفاع و هذا ما يسمى ب (ضمان التعرض و الاستحقاق) ^(١) . و التعرض هو قيام البائع او الغير بأعمال من شأنها ان تعكر حيازة المشتري للمبيع و تحول دون انتفاعه بالمبيع او الادعاء بملكية المبيع ملكية تامة او ناقصة ، و البائع يضمن تعرضه الشخصي للمشتري سواء كان التعرض ماديا او قانونيا الا انه يضمن تعرض الغير اذا كان قانونيا فقط ^(٢) اما الاستحقاق فهو انتهاء حالة التعرض القانوني بثبوت حق للمدعي (مدعي الاستحقاق) على الشيء المبيع فهو يتحقق اذا حرم المشتري فعلا من حق من الحقوق التي له على المبيع فيرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق قانونا ولو لم ينص عليه في العقد ^(٣) .

و يتصل الالتزام بالضمان اتصالا وثيقا بالالتزام البائع بنقل ملكية المبيع فهذا النقل يفترض معه حيازة المشتري للمبيع و الانتفاع به دون حائل وهذا لا يتحقق اذا كان هناك من يتعرض للمشتري في هذه الحيازة والانتفاع ^(٤) .

و يظهر دور السكوت في مجال الالتزام المترتب على البائع بضمان التعرض و الاستحقاق في حالة كون سبب الاستحقاق ظاهرا و في حالة قيام البائع بأعلام المشتري سبب استحقاق المبيع فأذا سكت المشتري عن ذلك و اقدم على التعاقد و رضي شراء المبيع فإنه يستشف من سكوته انه قد قبل عدم الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق فلا

(١) عالج المشرع العراقي ضمان التعرض و الاستحقاق في المواد ٥٤٩-٥٥٧ كذلك فعل المشرع المصري في م ٤٣٩ وما بعدها في حين لم ينص المشرع الاردني على هذا الالتزام بصورة مستقلة و لم يخصص له موادا مستقلة لان المشرع الاردني اعتبر التزام البائع بضمان التعرض و الاستحقاق (فرع) عن التزامه بنقل الملكية الى المشتري .للمزيد انظر د.منذر الفضل - المصدر السابق ص١١٨ .

(٢) د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص١٠٧ /د.منذر الفضل - المصدر اعلاه-ص١١٩/د.انور سلطان - المصدر السابق-ص٢٠٦-٢٠٧ .

(٣) السنهوري-الوسيط-ج٤-المصدر السابق- ص٥٨٧/د.سعدون العامري-المصدر السابق-ص١٣٦/د.سليمان مرقس -المصدر السابق-ص٣٨٣ .

(٤) ان احكام الضمان القانوني ليست من النظام العام في التشريع العراقي لذلك يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالفها سواء بتشديد هذا الضمان او تخفيفه او اسقاطه وهذا ما نصت عليه م١/٥٥٦ مدني عراقي بقولها ((يجوز للمتعاقدین بأفق خاص ان يزيذا في ضمان الاستحقاق ا وان ينقصا هذا الضمان)) . في حين جعل المشرع الاردني احكام ضمان الاستحقاق من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها (م١/٥٠٦مدني اردني)كذلك فعل المشرع المصري في المادة (٥٤٥) مدني مصري .

تقبل دعواه بعد سكوته ورضاه على النحو المذكور^(١)

(١) د.امجد محمد منصور - المصدر السابق - ص ١٧.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة في عقد البيع لان الاصل في التعبير عن الارادة أن يكون باللفظ و بالكتابة و بالاشارة المعهودة عرفا و لو من غير الاخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ اي مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي (م ٧٩ مدني عراقي) و هنا يثار التساؤل عن مدى صلاحية السكوت لان يكون تعبيراً عن الارادة بصورة عامة و في عقد البيع بصورة خاصة ؟ و هذا ما حاولنا بيانه في هذا البحث فبحثنا دور السكوت في انعقاد عقد البيع (الايجاب و القبول) و في محل عقد البيع (البيع و الثمن) و دوره في بعض البيوع الواقعة على ملك الغير و بعض البيوع الموصوفة و اخيراً بينا دوره في اثار عقد البيع . و خلصنا الى ان للسكوت دوراً مهماً في مواضيع عدة بحسب الظروف و الملابسات التي يوجد فيها السكوت و كما يلي :

اولاً : ممكن ان يعد السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة فهو يدل عليها بصورة صريحة في حالات السكوت الموصوف و بصورة ضمنية في حالات السكوت الملابس وفقاً لما تقضي به المادة ٨١ من القانون المدني العراقي .

ثانياً : السكوت موقف سلبي لا يمكن ان يكون تعبيراً عن الارادة بالنسبة للايجاب و حتى لو سكت الموجب بعد صدور الايجاب منه فترة من الزمن فهذا السكوت يعد دليلاً على رغبته في المضي بأيجابه حتى يواجه هذا الايجاب القبول او الرفض ممن وجه اليه .

ثالثاً : المبدأ القانوني يقرر انه لا ينسب الى ساكت قول و لكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً (م ١/٨١ مدني عراقي) اذ من الممكن ان يكون السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة في مجال القبول لاسيما اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين و اتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه .

رابعاً : تؤيد رأي الدكتور عبد المجيد الحكيم بأن نطاق تطبيق الاصل و الاستثناء الواردين في المادة ٨١ من القانون المدني العراقي لا يقتصر على العقود بل يمتد الى حالات كثيرة لا حصر لها و يكون من الافضل افراد مكان لهذا الاصل و الاستثناء في الباب التمهيدي من القانون المدني لتشمل احكامها كل ابواب القانون لا العقود فقط .

خامساً : ينص القانون في تنظيمه للعقود على احكام و قواعد مكملة لارادة المتعاقدين بحيث تطبق هذه الاحكام اذا لم يرد في العقد ما يخالفها بحيث اذا سكت الطرفان عن تنظيم امر معين فهذا السكوت يفسر بأنهما راضيان بما نظمته المشرع من احكام .

سادساً : قد يسكت المتعاقدان عن تحديد الثمن عند ابرام عقد البيع الا انهما يتفقان على تحديده مستقبلاً فأن كان من الممكن تحديده فالعقد يعتبر صحيحاً على الرغم من سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن ما دام قد اتفقا على وضع اسس معينة لتحديده في المستقبل او قد يكون ذلك ممكناً استخلاصه من ارادتهما الضمنية.

سابعاً : اذا ثبت للمشتري خيار الرؤية لعدم رؤيته المعقود عليه ، فأذا رأى المبيع و سكت و لم يعترض عليه فأن سكوته يفسر رضاه بالمبيع و اسقاط لحقه بخيار الفسخ .

ثامنا : اذا سلم البائع المبيع للمشتري مع تغيير حالته التي كان عليها وقت العقد وسكت المشتري عن ذلك فإن هذا السكوت معناه عدم اعتراض المشتري على هذا التغيير و رضاه بالمبيع بشرط ان تمضي مدة معقولة تقدر من قبل القاضي معها يمكن القول ان المشتري الساكت قد عاين المبيع و رضي به على الرغم من تغيير حالته التي كان متفقا عليها عند العقد .

تاسعا : اذا حصلت زيادة في مقدار المبيع وعلى الرغم من ان البائع سلمه الى المشتري مع علمه بهذه الزيادة و سكت عنها فإن سكوته يعد رضاء من جانبه بالمبيع بالثمن المتفق عليه ولا يحق له بعد ذلك ان يطلب تكملة الثمن .

عاشرا : اذا تأخر البائع في تسليم المبيع للمشتري في الوقت المتفق عليه و سكت المشتري و لم يبد اعتراضا على هذا التأخير فهذا يفسر بأنه تنازل عن حقه في المطالبة بالتفويض العيني الى الفسخ .

الحادي عشر : في ضمان العيوب اذا علم المشتري بوجود العيب الخفي في المبيع و رغم ذلك تعاقد عليه فإن سكوته عن هذا العيب يدل على انه تنازل عن حقه في الرجوع بالضمان الى البائع اما بالنسبة لضمان الاستحقاق فأذا قام البائع بأعلام المشتري بسبب استحقاق المبيع لاسيما اذا كان سبب الاستحقاق ظاهرا و سكت المشتري عن ذلك و اتم العقد فإنه يكون قد رضي بعدم الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق .

الثاني عشر : برز دور السكوت في مجال البيع بشرط التجربة فيجوز للمشتري تجربة المبيع قبل ابرام عقد البيع و على البائع ان يمكنه من ذلك فاذا جرب المشتري المبيع و لم يلائمه فيجب عليه ان يعلن رفضه للمبيع صراحةً و خلال المدة المتفق عليها بين الطرفين فاذا لم تحدد مدة ففي مدة معقولة يحددها البائع فاذا انقضت هذه المدة و سكت المشتري ولم يبد اعتراضه على المبيع رغم تجربته فان القانون اعتبر هذا السكوت قبولا للمبيع و عده معبراً عن ارادة المشتري بقبول المبيع (م ٥٢٤) مدني عراقي .

الثالث عشر : وجدنا اختلاف بين موقف كل من المشرع العراقي و المصري و الاردني في تكييف البيع بشرط المذاق ففي القانون المدني العراقي و ان خلا من نص يحدد حكم البيع بشرط المذاق الا ان الراجح فقهاً هو انه ليس اكثر من مجرد وعد بالبيع صادر من جانب البائع و ملزم له وحده اما المشرع المصري فقد اعتبره وعداً بالبيع في حين اعتبره المشرع الاردني عقداً صحيحاً و نافذاً لكنه غير لازم .

الرابع عشر : برأينا ان السكوت يمكن ان يكون وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة بالنسبة للقبول بعقد البيع فطرفي العقد اذا لم يرتضيا امراً معيناً عند ابرام العقد فلا بد ان يعلننا ذلك صراحةً اما اذا سكت كلاهما او احدهما فهذا يدل على قبولهما بابرام العقد و المضي به و تحمل اثاره لان الساكت اذا اراد ان يعترض لتكلم و لكنه سكت في معرض الحاجة الى الكلام و هذا ما قال به فقهاء الشريعة الاسلامية ((السكوت في معرض الحاجة بيان)) .

((و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على نبينا محمد و آله و صحبه

((المنتجبين))

قائمة المصادر

اولا : الكتب اللغوية

- ١- مختار الصحاح للشيخ الامام محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي - طبعة جديدة منقحة - دار الحديث القاهرة ٢٠٠٨.

ثانيا :الكتب الفقهية

- ١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - كتاب البيوع الجزء الخامس - الطبعة الثانية - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان - ١٩٧٤.
- ٢- شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام - للمحقق الحلي - ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن - (العقود) - القسم الثاني - تحقيق و اخراج عبد الحسين علي - الطبعة المحققة الاولى - مطبعة الاداب في النجف الاشرف ١٩٦٩

ثالثا: الكتب القانونية

- ١- د.احمد الكبيسي - الاحوال الشخصية في الفقه و القضاء و القانون -الزواج و الطلاق و اثارهما - الجزء الاول - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة ٢٠٠٧.
- ٢- د.اسماعيل غانم-مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله وهبة - القاهرة - ١٩٦٦.
- ٣- السيد خلف محمد - عقد البيع في ضوء الفقه و احكام النقض - المركز القومي للأصدارات القانونية- الطبعة الثالثة - القاهرة ٢٠٠٥.
- ٤- امجد محمد منصور - صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة -بحث منشور في الانترنت على الموقع www.justice.lawhome.com
- ٥- د.انور سلطان- الموجز في مصادر الالتزام-منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٠.د.انور سلطان- العقود المسماة (عقدي البيع و المقايضة) في القانونين المصري و اللبناني - دار النهضة العربية-بيروت ١٩٨٣
- ٦- د. انور العمروسي - د.اشرف احمد عبد الوهاب - الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني - الجزء الاول - الطبعة الرابعة - دار العدالة القاهرة ٢٠١٠.
- ٧- د. توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الجزء الاول - ١٩٧٨.
- ٨- د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - البيع و الايجار و المقاوله - الطبعة الرابعة - العاتك لصناعة الكتاب ٢٠٠٩.
- ٩- د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨١ .
- ١٠- د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - دار الحرية للطباعة - ١٩٧٦.
- ١١- د.خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة (البيع والتأمين والايجار) الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٩ .

- ١٢- د. رمضان ابو السعود - شرح العقود المسماة (عقدي البيع و المفايضة) - الطبعة الثانية - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠٠٣.
- ١٣- د. سعدون العامري- الوجيز في شرح العقود المسماة - الجزء الاول - بغداد - ١٩٨٨.
- ١٤ - د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي- الموجز في العقود المسماة - الطبعة الرابعة - الدار العربية للقانون - ٢٠١٠.
- ١٥- سليمان مرقس - شرح القانون المدني - العقود المسماة (عقد البيع) - المجلد الاول - الجزء الثالث - الطبعة الرابعة - القاهرة ١٩٨٠ .
- ١٦- د.سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع - منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٥.
- ١٧- د. طارق كاظم عجيل - الوسيط في عقد البيع - انعقاد العقد - الجزء الاول - الطبعة الاولى - الناشر مكتبة السنهوري - ٢٠٠٨.
- ١٨- د. عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - الطبعة الاولى - دار الثقافة و النشر - الاردن ٢٠٠٤.
- ١٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - نظرية العقد - الجزء الاول الطبعة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ١٩٩٨.
- د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الاول - نظرية الالتزام تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي- منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٤ . د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الرابع -(البيع و المفايضة) تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي - منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٤
- ٢٠- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام - الجزء الاول - الطبعة الثالثة منقحة - شركة الطبع و النشر الاهلية - بغداد ١٩٦٩ .
- ٢١- د. محمد طه البشير- د. غني حسون طه- الحقوق العينية- الجزء الاول- مطابع التعليم العالي ١٩٨٢ .
- ٢٢- د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني - العقود المسماة - الجزء السادس- منشأة المعارف - ٢٠٠٥.
- ٢٣- د. محمود جلال حمزة - التبسيط في شرح القانون المدني الاردني - العقود المسماة (البيع و الايجار) - جمعية عمال المطابع - عمان - ٢٠٠٥.
- ٢٤- د. مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الميراث و الوصية و حق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن و القانون - طبعة جديدة مصححة - شركة الخنساء للطباعة المحدودة - بغداد .
- ٢٥- د. مصطفى الجمال - د. رمضان ابو السعود - د. نبيل ابراهيم سعد - مصادر و احكام الالتزام - الطبعة الاولى - منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٦.
- ٢٦- د. مصطفى العوجي - شرح القانون المدني (قانون الموجبات والعقود اللبناني)- العقد - الجزء الاول - الطبعة الثالثة - بيروت ٢٠٠٣.
- ٢٧- د. منذر الفضل - د. صاحب عبيد الفتلاوي - شرح القانون المدني الاردني (العقود المسماة) مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان - الطبعة الاولى ١٩٩٣.

القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .
- ٣- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .