حضرة صاحب الجلالة الملك

حمد بن عيسى آل خليفة

ملك البلاد المعظم

صاحب السمو الملكي الأمير

سلمان بن حمد آل خليفة

ولي العهد نائب القائد الأعلى

رئيس مجلس الوزراء

القانونية

العدد الرابع عشر – ذو القعدة ١٤٤٤هـ – فبراير ٢٠٢٤م

مجلة علمية قانونية محكّمة نصف سنوية تصدر عن هيئة التشريع والرأي القانوني بالاشتراك مع جامعة البحرين – مملكة البحرين

للمراسلات

هيئة التشريع والرأي القانوني – مملكة البحرين
ص ب ٧٩٠ – المنطقة الدبلوماسية
هاتف: ٨٠٠٠ ١٧٥١ (٩٧٣+)
فاكس: ٨٠٠٨ ١٧٥١ (٩٧٣+)
البريد الإلكتروني: info@lloc.gov.bh

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر
وزارة شؤون الإعلام
ISSN 2210-1985

الإخراج الفني
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

الطباعة
مطبعة جامعة البحرين

هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission

رئيس التحرير
المستشار نواف عبدالله حمزة.
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

هيئة التحرير
من هيئة التشريع والرأي القانوني:
المستشارة الشيخة مريم بنت عبدالوهاب آل خليفة.
نائب رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

المستشار مصعب عادل بوصيبع.
مدير إدارة الرأي القانوني والبحوث.

مستشار هيئة التحرير:
المستشار الدكتور سعيد السيد قطب قنديل.
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

معاونو مدير التحرير:
المستشار أحمد محمد المدوب.
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد سلمان محمد آل محمود.
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد محمد أحمد بوعبجل.
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

من جامعة البحرين:
الدكتور صلاح محمد أحمد.
عميد كلية الحقوق - جامعة البحرين.

الدكتورة وفاء يعقوب جناحي.
رئيس قسم القانون الخاص - كلية الحقوق بجامعة البحرين.

هيئة التشريع والرأي القانوني:
Twitter:
@LLOC_BH
Instgram:
@LLOC_BH
الموقع الالكتروني:
www.lloc.gov.bh

محتويات العدد

تقديم العدد: كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

محتويات العدد:

١- أهم التعديلات الأخيرة المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين في القانون المدني الفرنسي (دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني)
الدكتورة رغيد عبد الحميد فتال
أستاذ مشارك في كلية القانون - جامعة عجمان
دكتوراة في القانون المدني من جامعة بواتييه الفرنسية
دكتوراة في القانون التجاري من جامعة باريس الأولى Panthéon-Sorbonne
17

٢- أهميةُ الأخذِ بنظامِ القضاءِ المزدوجِ في مملكةِ البحرين
المستشار الدكتور أيمن محمد محمد جمعة
نائب رئيس مجلس الدولة المصري
المستشار القانوني بهيئة التشريع والرأي القانوني
61

٣- الحقُّ في المساواةِ وعدمِ التمييزِ العنصري أمامَ القانونِ البحريني (دراسةٌ مقارنة تحليلية في ضوء التشريع البحريني والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري)
أ. محمد حمد فارس العيد
باحث دكتوراة في فلسفة القانون العام
كلية الحقوق- جامعة البحرين
101

٤- دور القضاء في المساعدة على تشكيل هيئة التحكيم في التشريع البحريني (دراسة مقارنة)
الأستاذة خلود يحيى إبراهيم
باحثة دكتوراه في القانون العام
121

٥- «دور السلطة التشريعية في تعزيز فعالية أجهزة الرقابة المالية العليا دراسة مقارنة»
د. مدحت رمضان محمد عيد
دكتوراة في القانون العام
عضو الجهاز المركزي للمحاسبات
159

٦- حماية ذوي العزيمة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات البحرينية
المستشار مصعب عادل بوصيبع
مدير إدارة الرأي القانوني والبحوث
هيئة التشريع والرأي القانوني
179

مقدمة

مجلة «القانونيّة» دوريّة أكاديميّة علميّة محكّمة، نصف سنويّة، متخصّصةً في المجال القانوني على المستويات المحلية والعربية والدولية، ومسجلةً لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر بوزارة شؤون الإعلام وذلك تحت رقم إيداع دولي للدوريات.

المجلة عمل علمي قانوني أكاديمي لا يهدف للربح ويرتقي بالمادة العلميّة المنشورة إلى مستويات النشر الدولي، وتهدف المجلة إلى أن تكون داعمة للثقافة القانونية، فهي تمثّل انطلاقة مضيئة للفكر القانوني العربي لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين وكافة المعنيين بالبحث العلمي في المجال القانوني والقضائي بما يسهم في تطوير العمل الأكاديمي والتطبيقي معاً في المحافل القانونية على المستوى العربي.

وتعمل القانونية كذلك على تحقيق الأهداف الآتية:

١. المساهمة الجادّة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية، والمستحدث في مجال التشريع والرأي القانوني، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلميّة المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.

٢. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.

٣. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.

٤. نشر الوعي المعرفي بالمادة العلمية القانونية التي ترتقي إلى مستويات النشر الدولية، وذلك وصولاً بالدوريات العلمية في عالمنا العربي المعاصر إلى التصنيف العالمي الذي يجعلها تواكب الدوريات العلمية القانونيّة المصنّفة في المحافل الدوليّة.

المحتوى العلمي للمجلة:

يحتوي المضمون العلمي للمجلة على ما يأتي:

١- البحوث والمقالات.

٢- التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونيّة.

٣- المتابعات القانونيّة (أهم المعاهدات الدولية، والتشريعات الحديثة من التشريع المحلي والعربي والدولي بمختلف الثقافات القانونيّة، والترجمات، ومراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

قواعد النشر:

يشترط لقبول النشر بالمجلة ما يأتي:

١. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.

٢. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.

٣. الالتزام بعدم النشر السابق للمادة العلمية المقدمّة في أية دورية أخرى، وألا تكون مقدمّة للنشر في مجلة أخرى.

٤ ـ الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة.

٥. أن يكون اختيار موضوع المادة العلميّة المقدمة ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً يتسم بالجدّة والابتكار.

٦. يجب ألا يقل البحث المقدم للنشر عن حوالي عشرة آلاف كلمة، أما بالنسبة إلى المقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الكلمات على حوالي ستة آلاف كلمة.

٧. يرسل كل باحث السيرة الذاتية الخاصة به رفق المادة العلمية المقدمّة منه للنشر.

٨. تعبّر الآراء الموجودة في المادة العلمية عن آراء الباحث الشخصية، وذلك في إطار من حرية الرأي التي تكفلها المجلة.

٩. لا تعتنق المجلة أيّة أيديولوجيات سياسيّة أو دينيّة أو خلافه تعكسها المادة العلمية المنشورة فيها، ولهيئة التحرير الحقّ في رفض أيّة مادة علميّة تتضمّن الإشارة تصريحاً أو تلميحاً إلى أيّ معتقد ديني أو أيّة أيديولوجية سياسية أو الترويج لأيهما، وكذلك لهيئة التحرير رفض أيّة مادة علميّة تحضّ أو تحثّ على كراهية أو ازدراء أو معاداة أي فئة أو طائفة سياسيّة أو فكريّة أو دينيّة أو غير ذلك مما يُعدّ خروجاً عن الأعراف العلمية، وعن الأهداف الموضوعيّة المتوخاة للمجلة في نشر البحث العلمي القانوني والقضائي.

١٠. يتحمّل مقدّم المادة العلمية المسؤوليّة المدنيّة أو الجنائيّة أو غيرهما، بموجب التشريعات السارية وتعديلاتها المستقبليّة، ناتجة عن تقديمة مادة علميّة للنشر بالمجلة، سواء نشرت أم لم تنشر، وذلك إذا ثبت أنها تمثّل سرقة علميّة أو اعتداء على أي من حقوق الملكيّة الفكريّة للغير.

١١. تقدم البحوث وغيرها بالبريد الإلكتروني على العنوان الإلكتروني الذي تخصّصه لذلك:
info@lloc.gov.bh

١٢. تنشر هيئة التحرير الأبحاث، وذلك بعد اجتيازها التحكيم العلمي الدقيق، وذلك وفقاً لأسبقيتها في تاريخ الورود إلى المجلة.

١٣. الالتزام بإجراء أيّ تعديلات مقترحة من قبل المحكّمين وإعادة إرسال البحث بعد تعديله وفقًا لتقرير المحكّمين خلال الفترة التي تحدّدها أسرة تحرير المجلة.

كلمة سعادة المستشار
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

إن المكانة التي حَظِيت بها مجلة القانونية، خلال فترةٍ ليست بالطويلة، والتي التمسناها من خلال الإقبال الكبير على النشر فيها من كل المهتمين بالشأن القانوني -على اختلاف تنوعهم الفكري- والذي يمثل المرآة الحقيقية لهذه المكانة، لهو أصدق تعبيرٍ عن نجاح فريق العمل القائم على المجلة، حيث يجعلُ من كل عددٍ بمثابة تحدٍّ جديدٍ لنهج الطموح المثالي، والذي يدفعُني في كل مرةٍ أكتبُ فيها الكلمة الافتتاحية للعدد إلى البحث عن كلماتٍ مناسبةٍ للمجهود الجماعي والمتكامل، تعبيراً عن خالص شكري وتقديري لهم جميعاً، متمنياً للمجلة دوامَ التقدم والرقي، وأتمنى أن تحظى المجلة في القريب العاجل بتصنيفٍ محلي ثم دولي يؤكد رؤيتنا التي بدأناها، والتي سنستمر في السعي إلى تحقيقها، وهي عدم القبول بغير القمة والتميز إن شاء اللّه.

وتحوي مجلة القانونية في هذا العدد نخبةً من الأبحاث المتميزة، تعكس رؤىً متنوعةً في مجالاتٍ شتّى من الحقل القانوني، فقد كان للتعديلات التشريعية الأخيرة للقانون المدني الفرنسي بالنسبة لآثار العقد، مكانٌ فيها، وكذلك الحالُ بالنسبة للدَّور المساعد من القضاء في تشكيل هيئات التحكيم، وقد كانت الدراسة المقارنة هي نهج كلا البحثين للإثراء الفكري والاستفادة العملية من الخبرات المقارنة.

وعلى الصعيد التشريعي من جانبٍ اقتصادي، فقد تضمّن العدد بحثاً خاصاً بدور السلطة التشريعية في تعزيز فعالية الأجهزة الرقابية المالية.

وعلى الجانب القضائي، تضمّن العدد رؤيةً خاصةً بأهمية الأخذ بنظام القضاء المزدوج في البحرين، وذلك من خلال استعراض الوضع المطبَّق في الدول العربية.

وحيث إن حقوق الإنسان تحتاج إلى معالجاتٍ مستمرةٍ وفكرٍ يواكبُ المتغيرات العالمية -بحسب الأحوال- لذا، فقد تضمن هذا العدد بحثاً خاصاً بالحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، وبحثاً آخر يتعلق بحماية ذوي العزيمة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات البحرينية وفقاً لأحدث التعديلات ذات العلاقة.

المستشار نواف عبدالله حمزة
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني
رئيس هيئة تحرير المجلة

البحــوث

أهم التعديلات الأخيرة المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين في القانون المدني الفرنسي (دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني)

الدكتورة رغيد عبد الحميد فتال

أستاذ مشارك في كلية القانون - جامعة عجمان

دكتوراة في القانون المدني من جامعة بواتييه الفرنسية

دكتوراة في القانون التجاري من جامعة باريس الأولى Panthéon-Sorbonne

مقدمة

من المعلوم أن القانون المدني ينظم سلوك الأشخاص في المجتمع، وهو يعكس حاجات المجتمع وأفراده، فهو بالتالي يجب أن يتعدل باستمرار لمواكبة التطورات الحاصلة ولتلبية تلك الحاجات. ولأن هذه الحاجات تتطور بسرعة فائقة جداً تفوق بكثير السرعة التي يستغرقها تعديل التشريع، لذا تضطر المحاكم أحياناً لإعادة تفسير النصوص القانونية القائمة مستبقةً تعديل التشريع وبشكل يتلاءم مع الوضع الجديد وحاجات المجتمع الملحة. فقد لوحظ بالفعل أن المحاكم الفرنسية باتت وخاصةً في الفترات الأخيرة تفسر العديد من النصوص القانونية بصورة مختلفة عن السابق تحقيقاً لهذا الهدف، مما دفع المشرع الفرنسي إلى تعديل القانون عدة مرات لمواكبة التطورات، كان آخرها ما قام به من تعديلات كبرى لبعض النصوص القانونية المتعلقة بالعقد في القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦، والقانون رقم ٢٠١٨/٢٨٧ الصادر بتاريخ ٢٠ أبريل ٢٠١٨[١]، ولبعض النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية. يطلق الفرنسيون على القواعد المنظمة للعقود مصطلح «قانون العقود»، في حين يطلقون على القواعد المنظمة للمسؤولية مصطلح «قانون المسؤولية».

ومما لا ريب فيه أن تعديل "قانون العقود" قد طال مسائل جوهرية تتعلق بتكوين العقد، وآثاره، ومدته وحوالته، ونتائج عدم تنفيذه، لذا؛ سنعالج في هذا البحث أبرز التعديلات التي طالت أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين. إذاً يخرج عن نطاق بحثنا التعديلات والمستجدات المتعلقة بتكوين العقد حيث استغنى المشرع الفرنسي عن ركني المحل والسبب؛ كما يخرج عن بحثنا المستجدات المرتبطة بمدة العقد وحوالته، وأثره بالنسبة للغير، ونتائج عدم تنفيذه. وهذه التعديلات هي بصورة عامة عبارة عن تقنين لتوجهات المحاكم، أي تكريسها في نصوص قانونية. وهذا الأمر يؤكد على أهمية دور القضاء الفرنسي في تعديل التشريعات، والذي بدوره يستأنس بآراء الفقهاء.

١. المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ أبريل ٢٠١٨.

ونلاحظ أن جميع التعديلات التي تمت تدخل في الأساس أو المضمون (سنتناولها في متن البحث)، إلا تعديلاً واحداً فهو شكلي. ففي ظل القانون المدني قبل التعديل، كانت المادة ١١٣٤ (الفقرة الأولى) قبل تعديلها تنص على ما يأتي: «إن الاتفاقيات التي تنشأ نشأةً صحيحةً تعتبر بمثابة قانون بالنسبة لأطرافها»[1]. أما القانون المدني الفرنسي المعدل، فقد أضاف المادة ١١٠٣ التي تنص على ما يأتي: «إن العقود التي تنشأ نشأةً صحيحة تعتبر بمثابة قانون بالنسبة لأطرافها»[2]. نلاحظ أن المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسي المعدل استخدمت مصطلح «عقود» بدلاً من مصطلح «اتفاقيات»، ولكنها حافظت على ذات المعنى الداعم للقوة الملزمة للعقد.

وتجدر الإشارة إلى أنه في السابق كان نطاق مصطلح «اتفاق» في القانون الفرنسي أوسع من نطاق مصطلح «عقد»؛ فالاتفاق يعني توافق إرادة شخصين أو أكثر لإنشاء التزامات، أو تعديلها، أو نقلها أو إنهائها. أما العقد فكان -وفقاً للمادة ١١٠١ من القانون قبل التعديل- كل "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل"[3] (فالعقد لا يعدل أو ينهي التزامات).

أما اليوم وبموجب المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي المعدل، بات مصطلح «العقد» يعني "توافق إرادة شخصين أو أكثر لإنشاء التزامات، أو تعديلها، أو نقلها أو إنهائها"، وبالتالي أصبح مرادفاً لمصطلح «الاتفاق»[4].

ويتضح أن تعديل المصطلح في القانون الفرنسي هو شكلي فقط، حيث أنه تم استخدام مصطلح «عقود» بدلاً من مصطلح «اتفاقيات»، وتم تعديل تعريف مصطلح «العقد» ليصبح مرادفاً لمصطلح «الاتفاق». ولكن إلى جانب التعديل الشكلي نلاحظ العديد من التعديلات في المضمون.

أهمية البحث

إن القانون المدني الفرنسي هو مصدر مهم من مصادر قوانين العديد من الدول العربية، وقد سُن عقب الثورة الفرنسية الكبرى، وهو منذ تلك الحقبة لم يعرف سوى تعديلات بسيطة. أما في عام ٢٠١٦، فقد حصلت التعديلات الكبرى على نصوصه، الأمر الذي حثنا على كتابة البحث لنبرز الفائدة التي يمكن أن يجنيها المشرع البحريني من تلك التعديلات والأفكار المنبثقة عنها، خاصةً

1. L'article 1134 al. 1 du Code civil dispose que «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».
2. L'article 1103 du Code civil dispose que «les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits».
3. L'article 1101 du Code civil avant la réforme dispose que "le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".
4. L'article 1101 de Code civil réformé dispose que :
«Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations".

أنه – وعلى حسب علمنا – لم تُجرَ دراسات حول كافة جوانب هذا الموضوع، ومن هنا نرى أن البحث أصيلٌ في أغلبيته.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى توضيح أبرز التعديلات المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين في القانون المدني الفرنسي المعدل عام ٢٠١٦ و٢٠١٨ بموجب دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني البحريني، نظراً لأهميتها. والهدف غير المباشر هو تطوير النصوص البحرينية أكثر فأكثر لتواكب هذا العصر متسارع النمو، مما يساهم في تشجيع التجارة في المملكة واستقطاب رؤوس الأموال ورجال الأعمال الذين يهمهم بالمقام الأول وجود تشريعات حديثة مواكبة للتطور تحفظ حقوقهم وتسهم في سرعة البت بالنزاعات القضائية (إن فرضت عليهم).

إشكاليات البحث والتساؤلات التي يطرحها

في الواقع، لم يكن القانون المدني البحريني والفرنسي ينظمان إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة إلا في حالات استثنائية، إلا أن القضاء الفرنسي كان يجيز إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة لأي سبب، بشرط احترام مهلة إنذار. ولكن بعد تعديل التشريع عام ٢٠١٦ و٢٠١٨، سمح المشرع الفرنسي بموجب نص عام إنهاء أي عقد غير محدد المدة بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة حتى لو لم يخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، بشرط احترام مهلة الإنذار المتفق عليها، أو المهلة المعقولة في حال عدم الاتفاق على مهلة الإنذار. فهل هناك إجراءات يجب اتباعها؟ وما هي مهلة الإنذار التي يجب احترامها، وما هي مهلة الإنذار المعقولة؟ وما هو معيارها؟ وماذا لو كانت مهلة الإنذار المتفق عليها غير معقولة كأن تكون قصيرة جداً كما لو كان العقد من عقود الإذعان مثلاً؟

أما إذا أبرم المتعاقدان في مملكة البحرين عقداً غير محدد المدة (عقد توريد مثلاً)، هل يحق لأي من المتعاقدين إنهاء العقد بالإرادة المنفردة حتى لو لم يخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، أم يبقى المتعاقد مرتبطاً بالعقد مدى الحياة؟

قد ينشأ العقد ويبدأ بإنتاج آثاره دون أن يكون الطرفان قد قاما بتحديد المقابل المالي. فالسؤال الذي يطرح: هل يجوز لأحد الطرفين تحديد المقابل المالي منفرداً بعد تكوين العقد؟

كما أجاز القانون المدني الفرنسي المعدل لأحد المتعاقدين تحديد المقابل في بعض العقود بإرادته المنفردة. فما هي هذه العقود؟ وما شروط ذلك؟ وهل للقضاء أي رقابة على ذلك في حال تعسف أحد المتعاقدين في استعماله هذا الحق؟

كما سمح القانون المدني الفرنسي المعدل للمحكمة مراجعة العقد وتعديله في بعض الحالات. فهل هذا يطبق في كل العقود؟ وما الشروط التي تمكن المحكمة من ذلك؟ وما المعيار الذي تعتمد عليه المحكمة للتعديل؟

أحياناً يعلق أطراف العقد تحديد المقابل أو أي عنصر آخر من عناصره على مؤشر، ليتبين بعد ذلك أن المؤشر ليس موجوداً، أو لم يعد موجوداً، أو بات لا يمكن الوصول إليه. نذكر على سبيل المثال، عقود البناء التي قد يتم تحديد المقابل على ضوء مؤشرات. فلو كان مقابل خدمات المقاول مرتبطاً ببدل إيجار الأرض التي يستأجرها المقاول لوضع عدته ومواد البناء فيها، فما المعيار فيما لو اشترى المقاول هذه الأرض أي لم يعد مستأجراً لها؟ بالواقع، لقد منح التعديل الجديد القاضي الحق في مراجعة المؤشر الذي يساعد الأطراف على تحديد المقابل أو تحديد أي عنصر بالعقد. فما هي شروط ممارسة هذا الحق، وكيف يمارس؟ وعلى أي أساس؟

كما لا بد من الإشارة إلى كل ما هو جديد بخصوص سلطة القاضي في مراجعة العقد بسبب نظرية الظروف الطارئة، وهي النظرية التي لم ينص عليها القانون المدني الفرنسي قبل التعديل الأخير، كما أن القضاء الفرنسي منذ حكم «قناة كرابون" الشهير كان يرفض تدخل القاضي في الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد. ولكن بموجب التعديل الأخير، نظم القانون المدني المعدل هذه النظرية، وبات من الممكن مراجعة العقد شريطة اتباع إجراءات قانونية. فما هي شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة، وما هي تلك الإجراءات؟ وهل هناك عقود مستثناة من تطبيق هذه النظرية؟

كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أنه بموجب التعديل الأخير، أصبح للقاضي الحق في مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، أي دون أن يطلب أحد الخصوم ذلك. أما القانون المدني البحريني، فقد اشترط أن يطلب أحد الخصوم ذلك. فأي من الحلين أفضل؟ ماذا لو نفذ المدين التزامه بصورة جزئية، فهل يجوز للقاضي – حتى من تلقاء نفسه – تخفيض التعويض بصورة متناسبة مع الفائدة التي يجنيها الدائن من هذا التنفيذ الجزئي؟

ولا يخفى على أحد أن الإجابة عن هذه التساؤلات في غاية الأهمية، لما فيها من استفادة من تجارب الآخرين وقوانينهم، فيمكننا أخذ ما هو مفيد لمجتمعنا، وإقصاء ما هو غير ذلك، وذلك كله بعد مقارنة هذه التعديلات بالقانون المدني البحريني.

منهجية البحث

يقوم هذا البحث على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمقارن لكونها أفضل السبل والوسائل للبحث عن الحقائق واستكشاف معلومات جديدة ورفع الإبهام، ومقارنتها مع تشريع آخر للاستفادة وتطوير ذلك التشريع.

المنهج الوصفي: لعرض النصوص التشريعية المختلفة القديمة والحديثة.

المنهج التحليلي: لغرض تحليل النصوص التشريعية لأجل الوقوف على إيجابيات وسلبيات النصوص الجديدة.

المنهج المقارن: لمقارنة التشريع الفرنسي المعدل بالتشريع البحريني، والتوصية بالاستئناس بما هو مفيد منها لتطوير التشريع البحريني.

خطة البحث

سنعالج الإشكاليات والتساؤلات المطروحة عبر اتباع المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، حيث سنستعرض تباعاً التعديلات التشريعية المتعلقة بدور إرادة أحد المتعاقدين فيما يخص آثار العقد (المبحث الأول)، والتعديلات التشريعية المتعلقة بدور القاضي في مراجعة العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول
التعديلات التشريعية المتعلقة بدور إرادة أحد المتعاقدين فيما يخص آثار العقد

يعتبر إنهاء العقد أبرز أحكامه، ويكون إنهاؤه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون اللجوء للقضاء بمثابة وضع حد لآثاره، الأمر الذي حثنا على تناوله هنا نظراً للارتباط الوثيق بالآثار.

في السابق وقبل تعديله، اعتبر القانون المدني الفرنسي أن إنهاء العقد لا يكون إلا بموجب حكم قضائي (المادة ١١٨٤ – الفقرة الثالثة من القانون المدني قبل التعديل)[١]، وهذا ما أكده الفقه والقضاء (إلا إذا كان العقد غير محدد المدة)[٢]، إذ إن العقد كالقانون بالنسبة لأطرافه يجب أن ينفذ، إلا طبعاً إذا اتفق الأطراف على إنهائه. أما في ظل القانون المعدل، فقد أضيفت إلى المادة ١١٠٣ الجديدة والمذكورة سابقاً مادة أخرى جديدة وهي المادة ١١٩٣ التي تنص على ما يأتي: "لا يمكن إنهاء العقود أو تعديلها إلا برضا الأطراف، أو للأسباب المنصوص عليها في القانون»[٣]. يرى بعض الفقهاء أن هذه المادة الجديدة تخفف من أثر المادة ١١٠٣ لأنها تتيح إنهاء العقد برضا الأطراف أو للأسباب المنصوص عليها في القانون[٤]. وفي الواقع نرى أن المادة المضافة من القانون المعدل تخفف فعلاً من أثر المادة ١١٠٣، لأن الأسباب القانونية التي تتيح إنهاء العقد باتت واسعة النطاق في القانون المدني الفرنسي بعد تعديله، نذكر منها مثلاً أنه بات من الممكن إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء، علماً أن القانون المدني الفرنسي قبل تعديله لم يكن ينص على ذلك، وإن كان القضاء الفرنسي كان يسمح بإنهاء العقد غير محدد المدة أيضاً دون اللجوء للقضاء.

من ناحية أخرى، أجاز القانون المدني الفرنسي المعدل لأحد المتعاقدين تحديد المقابل في بعض العقود بإرادته المنفردة.

أما القانون المدني البحريني، فقد نص في المادة ٢٦٧ منه على أنه «إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا إنهاؤه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون».

---

1. L'ancien article 1184 alinéa 3 du Code civil dispose que:
"La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

تنص المادة ١١٨٤ (الفقرة ٣) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل على ما يأتي:
"يجب أن يطلب الفسخ من القضاء، ويمكن منح المدعى عليه مهلة على حسب الحالات".

2. Cass. com., 25 mars 1991, no 8818.473-, Contrats, conc., consom. 1991, comm. 162, note Leveneur L.

3. L'article 1193 de code civil réformé dispose que «es contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise».

4. Terré Fr., Simler Ph. et Lequette Y., Droit civil. Les obligations, Dalloz, 13e éd., 2022, no 522.

سنعالج ذلك موضحين الفرق بين التشريعين البحريني والفرنسي.

المطلب الأول
دور إرادة أحد المتعاقدين في إنهاء العقد غير محدد المدة

تقسيم:

لم تتح جميع القوانين إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادة أحد طرفيه المنفردة ودون اللجوء للقضاء. فالوضع في القانون البحريني مشابه للوضع في القانون الفرنسي قبل التعديل. أما بعد تعديله، فظهر الاختلاف بين القانونين. سنعالج إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والقانون البحريني (الفرع الأول)، ومن ثم إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة في ظل القانون المدني الفرنسي بعد التعديل (الفرع الثاني).

الفرع الأول
إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والقانون البحريني

تقسيم:

لم نجد في نصوص القانون الفرنسي قبل التعديل والقانون البحريني نصاً عاماً يجيز إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة. ومع ذلك، فلكل قانون من هذين القانونين خصوصيته الجديرة بالمعالجة في شكل مستقل.

أولاً: الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل

في السابق، كان القانون المدني الفرنسي قبل تعديله يخلو من نص عام صريح حول إمكانية إنهاء العقد غير محدد المدة من قِبَل أيٍّ من أطرافه حتى لو لم يخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته. وعلى الرغم من ذلك، كان الفقهاء[1] والقضاء[2] يجيزون ذلك استناداً لمبدأ عام وهو منع الالتزامات المؤبدة الذي يعتبر مبدأ دستورياً بحسب المجلس الدستوري الفرنسي[3]. وقد طبق ذلك في شتى المجالات،

1. Terré Fr., Simler Ph. et Lequette Y., op. cit., no 524.
2. Cass. 1re civ., 5 févr. 1985, no 8315.895-, Bull. civ. I, no 54, affirmant que « vu l'(ancien) article 1134, alinéa 2, du Code civil.
3. Cons. const., 9 nov. 1999, no 99419- DC, JO 16 nov., p. 16962, RTD civ. 2000, p. 109, obs. Mestre J. et Fages B., à propos de la rupture d'un Pacs.

مثال على ذلك: عقود العارية[1]، وعقود التوزيع[2]، والوعد بالتعاقد غير المقترن بالمدة التي يجب خلالها إبرام العقد الموعود به[3]، وغيرها...

وبناءً على ما تقدم، كانت محكمة النقض الفرنسية تجيز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد غير محدد المدة من دون اللجوء للقضاء، بالرغم من عدم وجود نص عام مباشر يجيز لها ذلك معتبرةً أنه «في حال عدم وجود أي نص قانوني خاص، يجوز لأي طرف في عقد غير محدد المدة (...) إنهاء العقد بإرادته المنفردة، ويتحمل المسؤولية في حالة التعسف في استعمال الحق»[4]. ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية، نذكر أيضاً حكمها الصادر بتاريخ ٨ فبراير ٢٠١٧ والذي اعتبرت فيه ما يأتي: «إن العقد متتابع التنفيذ الذي لم يتضمن أي أجل، هو غير باطل، ولكنه يشكل عقد غير محدد المدة ويجوز لأي من طرفيه إنهاؤه بإرادته المنفردة بشرط احترام مهلة إنذار عادلة»[5]. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة لم تكن تذكر أي نص قانوني في أحكامها لتبرير إمكانية إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة لخلو التشريع الفرنسي من ذلك، وقد كان الفقهاء الفرنسيون يؤيدون توجه المحاكم[6]، الأمر الذي نراه صواباً إذ أن الالتزامات المؤبدة ممنوعة، ولا يمكن أن يُطلب من الإنسان الالتزام إلى ما لا نهاية.

1. Cass. 3e civ., 4 avr. 2007, no 0612.195-, Bull. civ. III, no 56, RLDC 200738/, no 2518, obs. Doireau S. : prêt d'une partie de locaux commerciaux ; Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, no 01-00.004, Bull. civ. I, no 34, Contrats, conc. consom. 2004, comm. 53, RLDC 20044/, no 123, note Vignal N. : prêt d›un appartement ; comp. Cass. 1re civ., 29 mai 2001, no 9913.594-, Bull. civ. I, no 153, D. 2002, p. 30, concl. Sainte-Rose J. et Cass. 1re civ., 12 nov. 1998, no 96-19.549, Bull. civ. I, no 312, Contrats, conc., consom. 1999, comm. 22, note Leveneur L. ; comp. encore, Cass. 1re civ., 19 nov. 1996, no 9420.446-, Bull. civ. I, no 407, D. 1997, jur., p. 145, note Bénabent A.

2. Mestre J., Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, Mestre J. (sous la dir.), PUAM, 1997, p. 14.

3. Cass. com., 27 sept. 2017, no 1613.112-, AJ Contrat 2017, p. 542, obs. Coupet C., RTD civ. 2017, p. 859, obs. Barbier H.

4. La Cour de cassation le rappelle souvent : «En l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut […] mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus» (Com. 26 janv. 2010, no 0965.086- . – Civ. 1re, 21 févr. 2006, no 0221.240- , CCC 2006. Comm. 99, obs. L. L. ; RLDC 200626/, obs. J. Mestre; RLDC 2006/ 27, no 2037 ; JCP E 2007. 1348, no 5, obs. D. Mainguy. – 3 févr. 2004, no 015 – . 16.740- févr. 1985, Bull. civ. I, no 54, p. 52, RTD civ. 1986. 505, obs. P. Rémy ; RTD civ. 1986. 105, obs. J. Mestre.

5. «le contrat à exécution successive dans lequel aucun terme n'est prévu n'est pas nul, mais constitue une convention à durée indéterminée que chaque partie peut résilier unilatéralement, à condition de respecter un juste préavis» (Com. 8 févr. 2017, no 1428.232-, RTD civ. 2017. 389, obs. H. Barbier; D. 2017. 678, note Etienney-de Sainte Marie; AJ contrat 2017. 222, obs. Cattalano-Cloarec; Dalloz IP IT 2017. 336, obs. Disdier-Mikus et Larrieu; RTD civ. 2017. 389, obs. H. Barbier; JCP 2017. I. 325, obs. G. Loiseau).

6. MALAURIE et AYNÈS, Les obligations, par P. STOFFEL-MUNCK, no 418. – STARCK, ROLAND et BOYER, Les obligations, no 1395.

ثانياً: الوضع في ظل القانون المدني البحريني

لم نجد في القانون المدني البحريني مادة عامة تجيز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، بل وجدنا نصوصاً خاصة ومنها:

المادة ٥١١/أ والمتعلقة بعقد الإيجار والتي تنص على ما يأتي: "إذا عقد الإيجار دون تحديد مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات مدته اعتبر الإيجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الأجرة".

هذا النص لا يعتبر غير محدد المدة عقد الإيجار وإن لم تحدد أو تعين المدة فيه، لأنه يعتبره مبرماً للمدة المحددة لدفع الأجرة. بناءً عليه، إذا لم يتم تحديد أو تعيين مدة في عقد الإيجار، لا يجوز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد منفرداً. وقد أيدت محكمة التمييز ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٩-٢-٢٠١٦[1].

المادة ٥٨١/أ والمتعلقة بالعارية والتي تنص على ما يأتي: «تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله».

ومن جهته أيضاً، إن هذا النص لا يعتبر غير محدد المدة عقد العارية وإن لم تحدد أو تعين المدة فيه، لأنه يعتبره مبرماً لمدة الاستعمال فيما أعير الشيء من أجله. برأينا، هذا النص يطرح إشكاليات عديدة في الواقع، فماذا لو استعار أحد الطرفين شيئاً ما، واستمر باستعماله؟

لذلك نصت المادة ٥٨١/ب على ما يأتي: «فإذا لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت». وهذا ما أكدته محكمة التمييز[2]. نلاحظ أن هذا النص يشترط أن «يطلب» المعير إنهاء عقد العارية، وهذا يعني أن عليه أن يلجأ للقضاء ويقيم دعوى حسب الأصول، الأمر الذي يتناقض مع الإنهاء بالإرادة المنفردة. أضف إلى ذلك، لم يشترط النص البحريني مراعاة مهلة إعذار.

المادة ٦٣٥ والمتعلقة بعقد العمل والتي تنص على ما يأتي: «ينتهي عقد العمل بانقضاء مدته، أو بإنجاز العمل الذي أبرم من أجله، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (٦٢٣) و (٦٢٤)، فإن لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار بكتاب مسجل بعلم الوصول بدون مظروف قبل ثلاثين يوما من ترك العمل أو إنهاء العقد».

---

١. مملكة البحرين، محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٢٠١٤ قضائية بتاريخ ٢٠١٦-٠٢-٠٩ :

"وكان هذا التفسير الذي حصله الحكم لم يخرج عما تحمله عبارات العقد مجتمعة وتتفق مع احكام المادة ٥١١/ب من القانون المدني من انتهاء عقد الإيجار بانقضاء المدة المحددة لدفع الأجرة – إذا عقد لمدة غير معينة وذلك بتنبيه أحد المتعاقدين الآخر بالإخلاء فإن ما تثيره الطاعنة في هذا الشأن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تفسير العقد ومن ثم غير مقبول».

٢. مملكة البحرين، محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٠٠٥ قضائية بتاريخ ٢٠٠٦-٠١-٢٣ مكتب فني ١٧ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٠٩ (نقض الحكم والإحالة) رقم القاعدة ٢٩:

«العارية تنتهي عملا بالمادة ٥٨١ من القانون المدني إما بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل، انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله، فإذا لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت».

أجازت هذه المادة إنهاء العقد بإرادة أي من الطرفين المنفردة (دون اللجوء للقضاء)، ولكن اشترطت إخطاراً بكتاب مسجل بعلم الوصول بدون مظروف قبل ثلاثين يوماً من ترك العمل أو إنهاء العقد.

أما المادة ٩٩ من قانون العمل في القطاع الأهلي[١] أجازت لكل من طرفي عقد العمل إنهاءه بعد إخطار الطرف الآخر قبل الإنهاء بثلاثين يوماً على الأقل، ويظل عقد العمل قائماً خلال مهلة الإخطار كما يلتزم طرفاه بتنفيذ جميع الالتزامات الناتجة عنه.

كما نصت على أنه إذا «كان إنهاء العقد من قبل صاحب العمل جاز الاتفاق على أن تزيد مهلة الإخطار على ثلاثين يوماً».

كما جاء في المادة ٩٩ (ب) أنه إذا تم إنهاء العقد دون مراعاة مهلة الإخطار، يلزم الطرف الذي أنهى العقد بأن يدفع للطرف الآخر تعويضاً عن هذه المهلة يعادل أجر العامل عن كامل المهلة أو الجزء المتبقي منها، بحسب الأحوال.

المادة ٦٧١ والمتعلقة بعقد الإيداع والتي تنص على ما يأتي: «ينتهي عقد الإيداع بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً، كان لكل من المتعاقدين إنهاء الإيداع بعد إخطار الطرف الآخر بميعاد مناسب".

أجازت هذه المادة إنهاء العقد بإرادة أي من الطرفين المنفردة (دون اللجوء للقضاء)، ولكن اشترطت مراعاة الإخطار، دون تحديد شكل معين له خلافاً لما فعلته المادة ٦٣٥، كما أنها لم تحدد مدته بل اكتفت بالميعاد المناسب دون تحديد عناصر الميعاد المناسب.

المادة ٩٢١ والمتعلقة بحق الانتفاع والتي تنص على ما يأتي: «ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع".

نلاحظ أن المادة ٩٢١ من القانون المدني البحريني لم تجز إنهاء حق الانتفاع بالإرادة المنفردة ولو لم تكن المدة محددة في التصرف، بل تعتبر مدته لحياة المنتفع.

وبناءً على ما تقدم، نرى أن الوضع في ظل القانون المدني البحريني شبيه بالوضع في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل من ناحية عدم تضمين أي من القانونين نصاً عاماً يجيز إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة. أما الفارق بينهما يكمن بأنه في مملكة البحرين لا يُسمح لأحد المتعاقدين بإنهاء العقد غير محدد المدة دون اللجوء للقضاء، إلا في الحالات الخاصة المنصوص عليها صراحةً كما هو الحال بالنسبة لعقود العمل، في حين أنه في فرنسا -وحتى قبل تعديل القانون المدني الفرنسي – كان الفقه والقضاء قد أجازا لأي من المتعاقدين إنهاء العقد غير محدد المدة مهما كان نوعه بالإرادة المنفردة (أي دون اللجوء للقضاء) بشرط مراعاة مهلة إنذار حتى لو لم يخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته.

١. مملكة البحرين – قانون – رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢ الصادر بتاريخ ٢٠١٢-٠٧-٢٦ نشر بتاريخ ٢٠١٢-٠٨-٠٢ بشأن إصدار قانون العمل في القطاع الأهلي، الجريدة الرسمية ٣٠٦٣ .

الفرع الثاني
إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة في ظل القانون المدني الفرنسي بعد التعديل

سن نص قانوني عام يجيز إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة دون حكم قضائي

لقد كرس القانون المدني الفرنسي المعدل توجه القضاء والفقه بخصوص مسألة «إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة" في نصوص قانونية، حيث نصت المادة ١٢١٠ منه على أن الالتزامات المؤبدة ممنوعة، وأنه يحق لكل متعاقد إنهاؤها وفقاً للشروط الواردة بالنسبة للعقد غير محدد المدة[١].

كما أجازت المادة ١٢١١ من القانون المدني الفرنسي المعدل لكل طرف في عقد غير محدد المدة إنهاءه في أي وقت، بشرط احترام مهلة الإنذار المتفق عليها، أو مهلة معقولة في حال عدم الاتفاق على مهلة[٢]، حتى لو لم يخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته. وتجدر الإشارة إلى أن القواعد المكرسة في هاتين المادتين هي آمرة لأنها تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو استبعاد حكمها[٣].

إذاً، على المتعاقد الذي يرغب في إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة أن يراعي مهلة الإنذار المنصوص عليها في العقد. ولكن إذا لم يلحظ العقد مهلة إنذار، فيتعين عليه في هذه الحالة مراعاة مهلة إنذار معقولة تحت طائلة إلزامه بالتعويض على ضوء ما سوف نشير إليه لاحقاً.

وهذه المادة لم تكن منسجمةً مع «مبادئ قانون العقود الأوروبي» PDEC في المادة ٦:١٠٩ منه التي نصت على إمكانية إنهاء العقد غير محدد المدة بشرط "احترام مهلة إنذار معقولة"[٤]، دون الاعتداد بالمهلة المتفق عليها والتي يمكن ألا تكون معقولة بنظر المحكمة. وهذا ما نراه صواباً خاصةً أنه في عقود الإذعان، يمكن أن يتفق الطرفان على مهلة غير معقولة. لذلك نحن نميل إلى النص الأوروبي لأننا نراه يحقق العدالة ويدعم التوازن العقدي أكثر من النص الفرنسي.

---

1. L'article 1210 de code civil réformé dispose :
«Les engagements perpétuels sont prohibés.
Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée».

تنص المادة ١٢١٠ من القانون المدني المعدل على ما يأتي:
«الالتزامات المؤبدة ممنوعة.
يحق لكل متعاقد إنهاؤها وفقاً للشروط الواردة بالنسبة للعقد غير محدد المدة».

2. L'article 1211 de code civil réformé dispose que «Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable».

تنص المادة ١٢١١ من القانون المدني المعدل على ما يأتي: «إذا كان العقد غير محدد المدة، يحق لكل طرف إنهاءه في أي وقت، بشرط احترام مهلة الإنذار المتفق عليها، أو مهلة معقولة في حال عدم الاتفاق على مهلة».

3. Gaël Chantepie, Contrat : effets, Dalloz, Répertoire de droit civil, Janvier 2018, p. 109.

4. «notifiant un préavis d›une durée raisonnable» (PDEC, art. 6 :109).

تحديد معايير مهلة الإنذار المعقولة

لم يحدد المشرع الفرنسي معنى " مهلة الإنذار المعقولة " الواردة في المادة ١٢١١ من القانون المدني الفرنسي المعدل تاركاً الأمر للقضاء، ومن دون تحديد أي معايير، إلا أن مبادئ قانون العقود الأوروبي PDEC قد نصت على أن المهلة المعقولة تعتمد على «الفترة الزمنية التي نُفذ العقد خلالها، والجهود والمبالغ التي تكبدها المتعاقد الآخر لتنفيذ هذا العقد، والوقت الذي يحتاجه هذا المتعاقد لإبرام عقد مشابه مع متعاقد آخر»[١]. وهذا ما نراه صواباً، إذ إن المهلة يجب أن تهدف لحماية المتعاقد الآخر الذي يتمسك بالعقد.

وفي شرح مهلة الإنذار المعقولة، حكمت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٠ نوفمبر ٢٠٢١ بأن المهلة المعقولة هي تلك التي تتيح للطرف الآخر أن يعيد تنظيم أموره لتخفيف أثر الخسارة الاقتصادية من جراء إنهاء العقد[٢].

أثر عدم احترام مهلة الإنذار

قد لا يحترم المتعاقد -الذي رغب بإنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة – مهلة الإنذار المتفق عليها في العقد أو في أي اتفاق مستقل، أو مهلة معقولة في الحالات التي لم يتضمن العقد أو الاتفاق مهلة الإنذار. في هذه الحالة، تترتب في حقه المسؤولية المدنية، وإن لم تنص على ذلك المادة ١٢١١ من القانون المدني الفرنسي المعدل، حيث تطبق القواعد العامة. هذه المسؤولية تكون عقدية إذا كانت المهلة منصوصاً عليها في العقد أو الاتفاق، لأنه في هذه الحالة يكون المتعاقد قد أخل في التزامه العقدي. أما إذا كانت المهلة غير منصوص عليها في العقد أو الاتفاق، تكون المسؤولية حينئذ تقصيرية لأن المتعاقد لم يخالف التزاماً عقدياً[٣]. ونحن نعتبر أن المسؤولية يجب أن تكون عقدية في جميع الأحوال لأن من الالتزامات المنبثقة عن العقد هو الالتزام بحسن النية وشرف التعامل، إذ يقع على المتعاقدين التزامٌ بتنفيذ العقد بحسن نية وبصورة تتلاءم مع شرف التعامل، ومصدر هذا الالتزام هو الالتزام بالتعاون الذي ينبثق بدوره عن العقد.

---

1. Principes du droit européen du contrat, SLC 2003. 277, Commentaires sous art. 6 :109. – Rappr. Principes Unidroit, commentaires sous art. 5.1.8.

2. Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 10 novembre 2021, 2015.361-, Publié au bulletin: "qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre au moyen pertinent dont elle était saisie et sans vérifier si la brutalité de la rupture contractuelle ne procédait pas de l'absence d'exécution d'un préavis raisonnable pour permettre au Cabinet Boukris de se réorganiser eu égard à la perte économique substantielle s'induisant de la révocation immédiate d'un client institutionnel, la cour d'appel a, derechef, violé l'article 455 du code de procédure civile. ECL I:FR:CCASS:2021:C201040".

3. Rappr., en cas de rupture brutale des relations commerciales établies, au sens de l'article L. 4426-, I, 5o, du code de commerce, Com. 6 févr. 2007, no 0413.178- , Bull. civ. IV, no 21 ; D. 2007. 653, obs. Chevrier ; D. 2007. 1688, obs. Ballot-Léna, Claudel, Thullier et Train ; RTD civ. 2007. 343, obs. Mestre et Fages ; RTD com. 2008. 210, obs. Delebecque.

أما عن أثر ترتب المسؤولية، فهل يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني أم فقط بالتعويض؟

لقد أجاب القضاء الفرنسي بالإيجاب، معتبراً أنه يجوز إلزام المتعاقد الذي أنهى العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة دون مراعاة المهلة بإعادة تنفيذ العقد، ومن هذه الأحكام نذكر الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٧ سبتمبر ٢٠١٧، والحكم الصادر بتاريخ ٨ أبريل ٢٠١٤[١].

كما سمحت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥ أكتوبر ٢٠١٨ المطالبة بالتعويض لعلة عدم احترام مهلة الإنذار[٢]، بشرط إثبات وقوع ضرر. أما في حال عدم إثبات وقوع ضرر، فلا يمكن المطالبة بالتعويض. ففي حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٢ -١١-٢٠١٧، اعتبرت أنه في حال لم يثبت المتعاقد الضرر الذي أصابه من جراء عدم التنفيذ، فلا يمكنه المطالبة بالتعويض[٣]. وهذا ما نراه صواباً، إذ إنه لا تعويض من دون ضرر.

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية) بتاريخ ٧ أكتوبر ٢٠٢٠ بالتعويض على المتعاقد الذي أنهى العقد محدد المدة بالإرادة المنفردة دون احترام مهلة الإنذار[٤].

هل يمكن أن تترتب مسؤولية المتعاقد الذي أنهى العقد بإرادته المنفردة بالرغم من احترامه مهلة إنذار؟

في ظل غياب معالجة المادة ١٢١١ من القانون المدني الفرنسي المعدل، يمكن توقع وجود رأيين. الأول يعتبر أنه في حال احترام مهلة الإنذار، لا تترتب مسؤولية المتعاقد. أما الثاني فقد اعتبر أن المسؤولية قد تترتب على الرغم من غياب نية الإضرار، مستنداً في ذلك إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[٥].

ولكن محكمة النقض الفرنسية (الغرفة التجارية) قد حسمت الجدل بتاريخ ٣ يوليو ٢٠١٩ معتبرةً أن إنهاء العقد غير محدد المدة من قبل أحد طرفي العقد لا يلزمه بسداد تعويض للطرف الآخر في حال احترامه لمهلة الإنذار، لأنه لا يكون الإنهاء في هذه الحالة تعسفياً[٦].

1. Com. 27 sept. 2017, no 1613.112- , RTD civ. 2017. 859, obs. H. Barbier ; Com. 10 nov. 2009, no 0818.337-, D. 2011. 540, obs. Ferrier. – Com. 3 mai 2012, no 1028.366-. – Rappr. Com. 8 avr. 2014, no 1311.101-.

2. Com. 24 oct. 2018, no 1725.672- , Dalloz actualité, 15 nov. 2018, obs. C.-S. Pinat.

3. Cass. 1re civ., 22 nov. 2017, no 16 - 24.127, Gaz. Pal. 16 janv. 2018, p. 24, obs. Jacquemin Z.

4. Cour de cassation, Chambre civile 1, 7 octobre 2020, 1816.924-19 19.983-, Inédit:
«ALORS, EGALEMENT SUBSIDIAIREMENT, QUE lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ; que la cour d'appel ne pouvait débouter l'exposante de sa demande de dommages et intérêts en se bornant à énoncer que l'engagement de présence pris par M. H... avait un terme indéterminé et qu'il ne pouvait dès lors lui être reproché d'avoir quitté CVML Singapour, sans vérifier ni constater que M. H... avait respecté un délai de préavis raisonnable, ce que contestait l'exposante (conclusions p. 10) qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.»

5. Com. 3 juin 1997, no 9512.402- , Bull. civ. IV, no 171 ; D. 1998. 113, obs. Mazeaud ; RTD civ. 1997. 935, obs. Mestre ; RTD com. 1998. 405, obs. Bouloc.

6 Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 juillet 2019, 1718.681-, Inédit:
« 1) Alors que lorsque le contrat est à durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout

بالواقع، نحن نرى أن إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة لا يرتب المسؤولية في حال تم احترام مهلة الإنذار، لأن المادة ١٢١٠ من القانون المدني الفرنسي المعدل نصت على أنه يحق لكل متعاقد إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة وفقاً للشروط الواردة فيه، فالجواز الشرعي ينافي الضمان، فطالما مارس المتعاقد حقه فلا يترتب عليه أي تعويض. هذا مع العلم أننا نؤيد فكرة مهلة الإنذار المعقولة التي تبناها المشرع الأوروبي الذي لم يأخذ بالمهلة المتفق عليها. فالمهلة المتفق عليها يمكن ألا تكون معقولة، ففي هذه الحالة يجب أن تترتب مسؤولية المتعاقد لأن احترام هذه المهلة لم يكن كافياً لرفع الضرر عن المتعاقد الآخر.

إن النصوص المضافة حديثاً والتي تجيز إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادة أحد طرفيه المنفردة ليست النصوص الوحيدة التي تخفف من القوة الملزمة للعقد، إذ إن هناك نصوصاً أخرى تجيز مثلاً تحديد المقابل المالي بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة في بعض العقود.

المطلب الثاني
دور إرادة أحد المتعاقدين في تحديد المقابل المالي منفرداً في بعض العقود

تقسيم

قد ينشأ العقد ويبدأ بإنتاج آثاره دون أن يكون الطرفان قد قاما بتحديد المقابل المالي. فالسؤال الذي يطرح: هل يجوز لأحد الطرفين تحديد المقابل المالي منفرداً بعد تكوين العقد؟

لقد أضاف القانون المدني الفرنسي المعدل نصوصاً صريحةً تسمح بتحديد المقابل المالي بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة في عقود العمل، وفي عقود يطلق عليها الفرنسيون مصطلح "العقود الإطارية" contrats-cadre. لذلك سنعالج في هذا المطلب تحديد المقابل بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة استناداً للعقود الإطارية (الفرع الأول)، وتحديد المقابل في العقود الواردة على العمل بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة (الفرع الثاني).

---

moment, le seul préjudice réparable étant celui résultant du caractère fautif de la rupture, et non celui résultant de la rupture elle-même ; qu'en indemnisant le préjudice tiré de la perte par la société Garage Sylvestre de sa qualité de réparateur agréé Citroën jusqu'à la vente du fonds de commerce, car la rupture du contrat du 23 mars 2011 à effet au 1er juin 2011 aurait été fautive comme fondée sur des agissements antérieurs à son entrée en vigueur, quand elle écartait par ailleurs le caractère brutal de la rupture, ce qui revenait à écarter son caractère fautif, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a indemnisé le préjudice tiré de la rupture elle-même, en violation de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;".

الفرع الأول
تحديد المقابل بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة استناداً للعقود الإطارية

الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل

في السابق، كان القانون المدني قبل التعديل يخلو من تعريف للعقد الإطاري contrat-cadre، ومن أي نص صريح يجيز لأحد الأطراف تحديد المقابل في حالة «العقود الإطارية" بإرادته المنفردة. ولكن وعلى الرغم من ذلك، لقد كرست الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية المؤلفة من رؤساء جميع غرف محكمة النقض هذا الحق لأحد المتعاقدين في حكمها الشهير الصادر بتاريخ ١ -١٢-١٩٩٥، حيث قضت بما يلي: "إذا كان الاتفاق يجيز عقد اتفاقات مستقبلية (العقد الإطاري)، فإذا لم ينص العقد الإطاري على "المقابل في هذه العقود (المستقبلية)"، فهذا لا يؤثر على صحته (أي صحة العقد الإطاري)، إلا إذا وجد نص قانوني خاص مخالف لذلك. إن التعسف في تحديد المقابل لا يؤدي إلا للفسخ أو التعويض" (في هذا الحكم، سمحت الهيئة العامة لمحكمة النقض بتحديد المقابل عند إبرام العقد اللاحق أي المستقبلي بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة، مستمدةً ذلك من غياب النص على المقابل)[1]. وهذا الحكم قد تبعه عدة أحكام منها الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤ نوفمبر ٢٠١٤[2].

لذلك؛ فنحن نرى أن هذا الاتجاه القضائي محل انتقاد كبير وإن كان صادراً عن أعلى جهة قضائية في فرنسا، إذ إنه لا بد من تحديد ضوابط لسلطة المتعاقدين في تحديد المقابل بصورة منفردة، الأمر الذي فعله المشرع عندما سن المادة ١١٦٤ الحديثة.

الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي المعدل

أضاف القانون المدني الفرنسي المعدل تعريفاً للعقد الإطاري في المادة ١١١١ منه، إذ عرفت المادة المذكورة هذا المصطلح الجديد - والذي لم يعرفه القانون الفرنسي قبل التعديل - بأنه اتفاق بين

1. Cass., ass. plén., 1er déc. 1995, no 9115.578- , Bull. ass. plén., no 7. – Cass., ass. plén., 1er déc. 1995, no 9119.653- , Bull. ass. plén., no 8. – Cass., ass. plén., 1er déc. 1995, no 9115.999- , Bull. ass. plén., no 6. – Cass., ass. plén., 1er déc. 1995, no 9313.688- , Bull. ass. plén., no 9 ; D. 1996. 13, concl. M. Jeol , note L. Aynès ; D. 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi ; RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre ; JCP 1996. II. 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin : « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».
2. Com. 17 déc. 2003, no 0116.505- ; Com. 4 nov. 2014, no 1114.026- , JCP 2014. 1310, note A.-S. Choné-Grimaldi ; D. 2015. 183, note J. Ghestin ; Dr. rur. 2015, no 67, p. 35, note N. Dissaux.

الأطراف على الأحكام العامة للعقود المستقبلية التي ستبرم بينهم[1]. وبالتالي فهو اتفاق يتضمن قواعد عامة توضح مقدماً كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة أو مستقبلية، ويلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد. لنضرب مثلاً اتفاق أو مذكرة تفاهم ملزمة للطرفين توضح الأسس التي سيتعاقدان عليها في المستقبل. وبناءً عليه، إن «العقد الإطاري" cadre contrat يختلف عن «العقد الجماعي» contrat collectif والذي يعتبر عقد العمل الجماعي من أبرز الأمثلة عليه، وهو العقد الذي ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال. وهنا نرى أن في العقود الجماعية كل فرد من الطائفتين قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه، وأصبح لا يستطيع الخروج في عقد العمل الفردي عن نصوص العقد الجماعي.

إن أطراف "العقد الإطاري" هم ذاتهم أطراف العقود المستقبلية التي ستبرم. أما أطراف العقد الجماعي يختلفون عن أطراف العقد الفردي الذي يجب ألا يخالفه.

كما كرست المادة ١١٦٤ من القانون المدني الفرنسي المعدل صراحةً أنه في "العقود الإطارية" contrats cadre، يمكن الاتفاق على أن يحدد أحد الأطراف منفرداً المقابل في العقود التي سيبرمها المتعاقدون مستقبلاً. ولكن في هذه الحالة يقع على عاتق هذا الأخير أن يبرر المقابل الذي حدده في هذه العقود فيما لو اعترض الطرف الآخر. وإذا تبين أن الطرف الذي حدد المقابل متعسف، يمكن للطرف الآخر مقاضاته أمام المحكمة المختصة للحصول على تعويض عن الضرر، وعند الاقتضاء فسخ العقد[2].

نحن لا نؤيد هذا التعديل، بل نؤيد أن يحدد الطرفان المقابل إما في العقد الإطاري ذاته، أو في العقود التي سيبرمها المتعاقدان مستقبلاً. وبالواقع، لم تر هذه المادة تأييد بعض الفقهاء[3].

تجدر الإشارة هنا إلى أن نص المادة ١١٦٤ من القانون المدني الفرنسي المعدل قد خرج عما كرسته الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ ١ -١٢-١٩٩٥ بأمرين:

---

1. L'article 1111 de code civil réformé dispose que :
«le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d›application en précisent les modalités d›exécution».

تنص المادة ١١١١ من القانون المدني المعدل على أن:

« عقد الإطار هو اتفاق بين الأطراف على الأحكام العامة للعقود المستقبلية بينهم... «.

2. L'article 1164 de code civil réformé dispose que :
«dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat».

تنص المادة ١١٦٤ من القانون المدني المعدل على ما يأتي:

«في عقود الإطار، يمكن الاتفاق على أن يحدد أحد الأطراف المقابل منفرداً بشرط أن يبرر هذا الأخير المقابل في حال حصول أي نزاع. في حال التعسف في تحديد المقابل، يمكن اللجوء إلى القاضي بهدف الحصول على تعويض عن الضرر، وعند الاقتضاء فسخ العقد».

3. Moury J., Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil, D. 2017, p. 1209 voir aussi Grimaldi C., La fixation du prix, RDC 2017, p. 558.

الأول: ضرورة وجود اتفاق مسبق بين الأطراف على أن يحدد أحدهما المقابل منفرداً في العقد الثاني عند إبرامه. هذا الأمر لم يكن موجوداً في حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض[1].

الثاني: وجود التزام على عاتق الطرف الذي يحدد المقابل بتبرير هذا المقابل في حال حصول نزاع على ذلك.

نحن نميل لهذا النص بدلاً من اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض، إذ إنه وضع ضوابط لسلطة المتعاقد، حيث لا يستطيع أحد المتعاقدين تحديد المقابل منفرداً في العقد الثاني إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بينهما على أن يكون لذلك المتعاقد هذه السلطة.

حتى اليوم، لم يصدر أي حكم عن القضاء الفرنسي بخصوص المادة ١١٦٤ من القانون الفرنسي المعدل. لعل السبب في ذلك هو حداثة التعديل. ولكن يؤكد الفقه على أن التعويض الذي يمكن أن يحكم به القاضي على الطرف الذي تعسف في تحديد المقابل ليس بالضرورة موازياً لفرق المقابل أو الثمن، بل قد يكون أكثر من ذلك إذا ألحق هذا الفعل خسارة بالطرف الآخر[2].

أما القانون المدني البحريني، فهو لم ينص على "العقد الإطاري"، ولكن لا مانع من الاستئناس بنصي المادتين ١١١١ و١١٦٤ من القانون المدني الفرنسي المعدل، علماً أن مضمونهما ليس مخالفاً للقواعد العامة للتشريع البحريني.

الفرع الثاني
تحديد المقابل في العقود الواردة على العمل بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة

المقصود بمصطلح «العقود الواردة على العمل» contrats de prestation de service

يقصد بمصطلح «العقود الواردة على العمل» العقود التي بموجبها يقدم أحد الطرفين للآخر خدمة (عمل) لقاء مقابل. لقد لحظ القانون المدني البحريني هذه العقود في الباب الثالث منه، وهي: عقد المقاولة، وعقد العمل بالمعنى الضيق، وعقد الوكالة، وعقد الإيداع، وعقد الحراسة.

المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل تُقنن التوجه القضائي السائد

لقد أضاف المرسوم الصادر عام ٢٠١٦ المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تعدلت مؤخراً بموجب المادة ٧ – أولاً من القانون رقم ٢٠١٨/٢٨٧ الصادر بتاريخ ٢٠ أبريل ٢٠١٨[3]. هذه

1. Labarthe F., La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de services. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil, JCP G 2016, no 23, 642 ; Deshayes O., Genicon Th. et Laithier Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, art. 1164, p. 271.

2. Mathias Latina, Contrat : généralités, Répertoire de droit civil, mai 2017, p. 107.

٣. المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ أبريل ٢٠١٨.

المادة تنص على أنه في عقود العمل، إذا لم يتفق الأطراف قبل تنفيذها على المقابل، يحق للدائن أن يحدد المقابل بإرادته المنفردة. ويتعين على هذا الأخير تبرير المقابل في حال حصول أي نزاع حوله. وإذا تبين أن هناك تعسفاً في تحديد المقابل، يمكن اللجوء إلى القضاء بهدف الحصول على تعويض عن الضرر، وعند الاقتضاء فسخ العقد[1].

تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة قننت توجه الفقه والقضاء في فرنسا[2]. وقد أيد الفقهاء ما جاءت به هذه المادة[3].

وهنا نود القول بأننا نؤيد إعطاء الدائن الحق في تحديد المقابل منفرداً في العقود الواردة على العمل للأسباب التي سنذكرها لاحقاً.

الوضع في القانون المدني البحريني

لم يتضمن القانون المدني البحريني نصاً عاماً يطبق على شتى أنواع العقود الواردة على العمل، بل لحظ القانون نصوصاً خاصة في بعض أنواع العقود الواردة على العمل. فقد نص القانون على أنه في حال عدم تحديد المقابل سلفاً، يحق للدائن اللجوء للقضاء الذي يتولى التحديد. فقد اعتبر مثلاً أن المقاول في هكذا حالة يحدد أجره استناداً إلى قيمة العمل ونفقات المقاول. هذا ما نصت عليه المادة ٦٠١ من القانون المدني البحريني حيث جاء فيها «إذا لم يحدد المقابل سلفاً، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول».

في عقد الوكالة، الأمر مختلف بعض الشيء، إذ أن الوكالة مبدئياً تبرعية. ولكن إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة. هذا ما أكدته المادة ٦٥٣ حيث نصت على ما يأتي:

---

1. L'article 1165 de code civil réformé dispose que :
«dans les contrats de prestation de service, à défaut d›accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d›en motiver le montant en cas de contestation. En cas d›abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d›une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat».

تنص المادة ١١٦٥ من القانون المدني المعدل على ما يأتي:

«في عقود العمل، إذا لم يتفق الأطراف على المقابل قبل تنفيذها، يمكن للدائن أن يحدده، وعلى هذا الأخير أن يبرر المقابل في حال حصول أي نزاع. في حال التعسف في تحديد المقابل، يمكن اللجوء إلى القاضي بهدف الحصول على تعويض عن الضرر، وعند الاقتضاء فسخ العقد».

2. Cass. 3e civ., 3 déc. 1970, no 6913.809-, Bull. civ. III, no 663 ; Cass. 1re civ., 15 juin 1973, no 7212.062-, Bull. civ. I, no 202 ; Cass. 1re civ., 19 déc. 1973, no 7114.391-, Bull. civ. I, no 360 ; Cass. 1re civ., 24 nov. 1993, no 9118.650-, Bull. civ. I, no 339, Contrats, conc., consom. 1994, comm. no 20, note Leveneur L., RTD civ. 1994, p. 631, obs. Gautier P.-Y.

3. P. PUIG, Le contrat d'entreprise, in L. ANDREU et M. MIGNOT [dir.], Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, 2017, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, p. 149. – G. LARDEUX, Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du Code civil, D. 2016. 1659.

«أ) الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحةً أو يستخلص ضمناً من مهنة الوكيل أو غيرها من ظروف الحال.

ب) فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة»[1].

أما بالنسبة لعقد الوديعة (الإيداع)، فلا يتدخل القاضي في تحديد الأجر إلا إذا اتفق طرفا العقد على وجود أجر دون تحديده، فبرأينا لا بد من تدخل القاضي في هذه الحالة وإن لم تنص المادة ٦٦٩ صراحةً على ذلك.

وبرأينا، يتدخل القاضي في تحديد أجر الحارس إذا لم يحدده الطرفان، ما لم يكن الحارس قد قبل القيام بالحراسة تبرعاً، وإن لم تنص المادة ٦٨٤ صراحةً على ذلك.

أما بالنسبة لعقد العمل بمعناه الضيق، فقد نصت المادة ٦٢٧ منه على ما يأتي:

«إذا لم ينص العقد على أجر، قدر الأجر أخذا بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل، فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقدير الأجر وفقا لمقتضيات العدالة».

ويتبع ذلك أيضا في تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها وفي تحديد مداها».

أما قانون العمل في القطاع الأهلي فقد نص في المادة ٢٨ على أنه «إذا لم يحدد الأجر بأي من الطرق المنصوص عليها بالمادة (٣٨) من قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢، استحق العامل أجر المثل، وإن لم يوجد يقدر الأجر طبقاً لعرف المهنة في الجهة التي يؤدى فيها العمل، وفي حالة عدم وجود عرف تولى القضاء تقدير الأجر وفقاً لمقتضيات العدالة".

بناءً على ما تقدم، نرى أن القانون المدني البحريني لم يسمح للدائن بتحديد المقابل منفرداً في حال خلو العقد من هذا التحديد، بل حث الدائن على اللجوء إلى القضاء لتحديد المقابل إن كان له حق. بالواقع، نحن نميل إلى النص الفرنسي لأنه قد يجنب المتعاقدين اللجوء للقضاء الأمر الذي قد يستغرق وقتاً طويلاً فضلاً عن دفع رسوم قضائية ودفع أتعاب المحاماة. أما إذا لم يوافق صاحب العمل على المقابل الذي حدده الدائن فعندئذ يلجأ المدين للقضاء، فإذا تبين أن هناك تعسفاً في تحديد المقابل، تحكم المحكمة بالتعويض عن الضرر لصالح المدين، وعند الاقتضاء بفسخ العقد. وعليه، يكون دور القضاء رقابياً.

إن النصوص المضافة حديثاً والتي تجيز تحديد المقابل بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة في العقود الإطارية والعقود الواردة على العمل، تضاف إلى النص القانوني العام الذي يتيح لأحد المتعاقدين إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة ودون حكم قضائي. وهذه النصوص ليست النصوص الوحيدة التي تخفف من القوة الملزمة للعقد، إذ إن هناك نصوصاً أخرى تجيز مثلاً مراجعة العقد

١. مملكة البحرين، المحكمة الدستورية – الطعن رقم ٢ لسنة ٨ قضائية بتاريخ ٢٠١٢-٠٥-٣٠ (رفض).

من قبل المحكمة في حالات خاصة.

المبحث الثاني
التعديلات التشريعية المتعلقة بدور القاضي في مراجعة العقد

تمهيد

لقد طالت التعديلات التشريعية للقانون المدني الفرنسي دور إرادة أحد المتعاقدين فيما يخص آثار العقد، حيث سمحت إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادة أحد المتعاقدين دون حكم قضائي، كما أجازت لأحد المتعاقدين تحديد المقابل المالي بإرادته المنفردة في بعض العقود.

وقد طالت التعديلات التشريعية أيضاً دور القاضي في مراجعة العقد في حالات خاصة. فقد نصت المادة ١١٩٣ من القانون المدني الفرنسي المعدل على ما يأتي: "لا يمكن فسخ العقود أو تعديلها إلا برضا الأطراف، أو للأسباب المنصوص عليها في القانون"[1]. وقد منح المشرع القاضي في نصوص قانونية خاصة الحق في مراجعة العقد في حالات عديدة سنعالجها تباعاً.

لذلك سنعالج في هذا المبحث مراجعة القاضي للمؤشر الذي يساعد الأطراف على تحديد المقابل أو تحديد أي عنصر بالعقد (المطلب الأول)، ومن ثم مراجعة القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة (المطلب الثاني). وسنتناول مسألة مراجعة القاضي للشرط الجزائي في المطلب الأخير (المطلب الثالث).

المطلب الأول
مراجعة القاضي للمؤشر الذي يساعد الأطراف على تحديد المقابل أو تحديد أي عنصر بالعقد

تمهيد

أحياناً يعلق أطراف العقد تحديد المقابل أو أي عنصر آخر من عناصره على مؤشر، ليتبين بعد ذلك أن المؤشر ليس موجوداً، أو لم يعد موجوداً، أو بات لا يمكن الوصول إليه. نذكر على سبيل المثال، عقود البناء التي قد يتم تحديد المقابل على ضوء مؤشرات. فلو كان المقابل (أي مقابل خدمات المقاول) مرتبطاً ببدل إيجار الأرض التي يستأجرها المقاول لوضع عدته ومواد البناء، فما العمل فيما لو اشترى المستأجر هذه الأرض أي لم يعد مستأجراً لها؟

1. L'article 1193 de code civil réformé dispose que « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise».

سنعالج في هذا المطلب الوضع في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل (الفرع الأول)، ومن ثم الوضع في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني البحريني (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الوضع في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل

لم يعالج القانون المدني الفرنسي قبل تعديله هذه المسألة، تاركاً الأمر للقضاء الفرنسي الذي كان يجيز لنفسه التدخل لتحديد المؤشر - في حال كان المقابل أو أي عنصر بالعقد يحدد بناءً على مؤشر ليس له وجود، أو لم يعد موجوداً أو بات لا يمكن الوصول إليه. نذكر على سبيل المثال الحكم الصادر عن محكمة النفض الفرنسية في ١٥ فبراير ١٩٧٢ الذي اعتبر أنه إذا نص العقد على أن ثمن المبيع مرتبط بأجر العامل من الفئة الرابعة كما هو مدرج في الجداول المهنية، يجوز لقضاة الأساس الذين اعتبروا أن هذا المؤشر غير موجود (لأنه لا يوجد في هذه المنشأة جداول مهنية ولا عمال من الفئة الرابعة) أن يستعيضوا عنه بالمؤشر الأقرب له[1]. وقد جاء الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٢-٧-١٩٨٧ في هذا الاتجاه، بحين أن بعض الأحكام الصادرة عن ذات المحكمة لم تقبل بتاتاً بهذا الأمر؛ نذكر على سبيل المثال الحكم الصادر بتاريخ ١٦ نوفمبر ٢٠٠٤ الذي اعتبر أنه لا يجوز للمحكمة أن تضع نفسها مكان المتعاقدين وأن تفرض معياراً لم يكونا قد اتفقا عليه في العقد أو في أي اتفاق مستقل[2].

نحن من جهتنا نؤيد الأحكام التي أعطت للمحكمة الحق في مراجعة المؤشر الذي يساعد الأطراف على تحديد المقابل أو تحديد أي عنصر بالعقد، في حال تبين أن المؤشر ليس موجوداً، أو لم يعد موجوداً، أو بات لا يمكن الوصول إليه، إذ إنه لا بد في هذه الحالات من تدخل القضاء لتحديد هذا المقابل، وذلك للمحافظة على العقد، وإلا فمن يحدد هذا المقابل؟ وكيف؟

1. Cass. Civ. 3e ch. civile, 15 février 1972, N° 7013.280- : “En présence d’une convention prévoyant l’indexation du prix de vente d’un immeuble sur l’indice de salaire de l’ouvrier de qualification professionnelle op4 tel que publié par les mercuriales professionnelles les juges du fond, qui constatent que cet indice n ‘existe pas et qu’il n’est pas publié de mercuriales professionnelles, ne font qu’user de leur pouvoir souverain en substituant à cet indice, celui le plus apte à représenter cette catégorie professionnelle et aux mercuriales, l’écrit publiant les variations de cet indice”.

2. Com. 16 nov. 2004, no 0215.202- , RTD civ. 2006. 117, obs. J. Mestre et B. Fages :
«Attendu qu’en statuant ainsi alors qu’elle ne pouvait se substituer aux parties pour leur imposer l’application d’un taux de change de référence non prévu par les contrats et qui n’avait pas fait l’objet d’un accord entre elles, la cour d’appel a violé le texte susvisé”.

الفرع الثاني
الوضع في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني البحريني

على عكس القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، نظمت المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي المعدل هذه المسألة معتبرةً أنه: «إذا كان الثمن أو أي عنصر بالعقد يحدد بناءً على مؤشر ليس له وجود، أو لم يعد موجوداً أو بات لا يمكن الوصول إليه، يستعاض عن هذا المؤشر بمؤشر آخر وهو المؤشر الأقرب له»[1]. ومن البديهي القول أن القاضي هو الذي يحدد المؤشر الأقرب للمؤشر القديم.
ولقد جاءت هذه المادة مؤيدة لبعض أحكام محكمة النقض الفرنسية، والمادة ٦:١٠٧ من مبادئ قانون العقود الأوروبي التي تنص على ما يأتي: «إذا كان الثمن أو أي عنصر آخر يحدد استناداً إلى عامل ليس موجوداً أو لم يعد موجوداً أو لم يعد من الممكن الوصول إليه، يجب اتباع العامل الأقرب»[2].
تجدر الإشارة إلى أننا نؤيد هذا الحل إذ أنه يحافظ على العلاقة العقدية بين الأطراف، ولكن إن لم يكن هناك مؤشر قريب، لا بد من البحث عن مؤشر مناسب ذي صلة بغرض المحافظة على العقد، ونرى أنه من المفيد جداً أن يضيف المشرع البحريني مادة مشابهة، إذ أن القانون المدني البحريني يخلو من نص مشابه إلا في مجالات محدودة كعقد البيع[3].
بعد أن عالجنا دور القاضي في مراجعة المؤشر الذي يساعد الأطراف على تحديد المقابل أو تحديد أي عنصر بالعقد، نتناول الآن دور القاضي في مراجعة العقد بسبب الظروف الطارئة.

المطلب الثاني
مراجعة القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة

تمهيد وتقسيم

قد تتغير الظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد قائماً عليها وقت نشوئه لحادث لم يكن في الحسبان، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً كبيراً، كأن يرتفع ثمن السلعة التي تعهد المدين بتوريدها ارتفاعاً فاحشاً، مما يلحق خسارة كبيرة بالمدين تخرج عن الحد المألوف فيما لو استمر بتنفيذ العقد وفقاً لهذا الثمن. فهنا تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً، ولكنه بات

1. L'article 1167 du Code civil dispose que " lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ".
2. "lorsque le prix ou tout autre élément doit être déterminé par référence à un facteur qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus".

٣. تجدر الإشارة إلى ان المادة ٣٨٥ من القانون البحريني أجازت أن يقتصر في تحديد الثمن، على بيان أسس صالحة لتقديره، كما أجازت أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث، فإذا لم يحدده لأي سبب كان الثمن هو ثمن المثل .

مرهقاً يهدد المدين بخسارة تخرج عن الحد المألوف، وهذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل استجد أثناء تنفيذه. لو بات تنفيذ العقد مستحيلاً لكنا أمام قوة قاهرة إذا توفرت باقي الشروط.

فالسؤال الذي يطرح هنا: هل يستطيع القاضي أن يراجع العقد؟

سنعالج في هذا المطلب الوضع في القانون المدني الفرنسي قبل وبعد التعديل (الفرع الأول)، ومن ثم الوضع في القانون المدني البحريني (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي قبل وبعد التعديل

تقسيم

سنعالج في هذا الفرع الوضع في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل (أولاً)، ومن ثم الوضع في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل (ثانياً).

أولاً: الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل

في السابق، لم يكن القانون المدني الفرنسي قبل تعديله يسمح بمراجعة القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة. أضف إلى ذلك، استقر توجه محكمة النقض منذ صدور الحكم الشهير المعروف ب «حكم قناة كرابون» بتاريخ ٦ مارس ١٨٧٦ والمتعلق بعقد إيجار طويل الأجل، على رفض مراجعة العقد بسبب الظروف الطارئة مؤكدةً على «القوة الملزمة للعقد»[1].

ثانياً: الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي المعدل

بدايةً لم تكن رغبة المشرع الفرنسي متجهةً نحو السماح للقاضي بمراجعة العقد بسبب الظروف الطارئة، إلا أن النص الأخير للمادة ١١٩٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل قد سمح بذلك نظراً للضغط الذي مارسه الفقه الفرنسي[2]. سنشرح هذه المادة عبر دراسة شروط مراجعة القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة، ومن ثم إجراءات مراجعة القاضي للعقد بسبب هذه الظروف.

شروط مراجعة القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة

بدايةً، عرفت المادة ١١٩٥ المذكورة "الظروف الطارئة" بأنها:

أ. تغير في الظروف لم يكن متوقعاً عند تكوين العقد،

ب. يجعل تنفيذ العقد مرهقاً جداً لأحد الأطراف؛

1. C.-E. BUCHER, «Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice», Contrats, Conc., Cons. 2016, no 5, Dossier 6.

2. T. REVET, Le juge et la révision du contrat, RDC 2016. 373. – J.-C. RODA, Réflexions «pratiques» sur l'imprévision, in La réforme du droit des contrats en pratique, 2017, Dalloz, p. 69. – Ph. STOFFEL-MUNCK, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC 2016/HS, p. 30.

ت. الذي لم يكن موافقاً على مواجهة المخاطر[1].

سنعالج كل شرط على حدة:

أ. تغير في الظروف لم يكن متوقعاً عند تكوين العقد

هذا الشرط الأول لإعمال نظرية الظروف الطارئة. بالواقع، هو لا يخلو من بعض الغموض، خاصةً أن المشرع لم يشرح كيفية تقدير «التوقع».

إذا أردنا أن نتبع تفسيراً موضوعياً لمصطلح «التوقع»، يكون الحدث غير متوقع عندما لا يمكن تصوره من قبل أي متعاقد يوضع في نفس الظروف. وهذا التفسير يقلل من نطاق تطبيق المادة ١١٩٥ المستحدثة.

أما إذا أردنا أن نتبع تفسيراً ذاتياً (شخصياً)، فيكفي أن لا يكون الحدث متوقعاً بالنسبة للطرفين عند إبرام العقد، بحين أنه منطقياً كان متوقعاً.

وبالعودة للمادة ١٢١٨ التي تعرف القوة القاهرة، فهي تنص على أنها «حدث خارج عن سيطرة المدين، لا يمكن منطقياً توقعه عند إبرام العقد (...)»[2]، وبالتالي أخذت بالمعيار الموضوعي. هذا هو أيضاً توجه مبادئ قانون العقود الأوروبي، حيث اعتبرت في المادة ٦:١١١ أنه يعتبر غير متوقع كل ما لا يمكن منطقياً توقعه. وهذا ما نراه صواباً، ونؤيد اعتماد المعيار الموضوعي حتى بالنسبة للظروف الطارئة.

أضف إلى ذلك، لم يوضح المشرع الفرنسي ما إذا كان يشترط في «التغير في الظروف» أن يكون عاماً كما اشترط المشرع البحريني وفق ما سوف نبينه لاحقاً. برأينا، طالما لم ينص المشرع الفرنسي صراحةً على ذلك، فلا يشترط لإعمال نظرية «الظروف الطارئة» أن تكون الظروف الاستثنائية عامة، بل يمكن أن تكون خاصة تتعلق بظروف المدين الشخصية.

ب. تغير في الظروف يجعل تنفيذ العقد مرهقاً جداً لأحد الأطراف

لا يمكن التمسك بنظرية "الظروف الطارئة" إلا إذا كان التغير في الظروف قد جعل تنفيذ العقد مرهقاً جداً لأحد الأطراف (أما إذا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فقد نكون بصدد القوة القاهرة). فلا يكفي أن يجعل التغير في الظروف تنفيذ العقد أكثر صعوبةً، بل لا بد أن يجعله مرهقاً مادياً بصورة تخرج عن الحد المألوف، قضت على التوازن الاقتصادي في العقد، بمعنى أن هذه الظروف

1. L'article 1195 du Code civil dispose que "Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque…".

تنص المادة ١١٩٥ من القانون المدني على ما يأتي:

"إذا أدى تغير في الظروف لم يكن متوقعاً عند تكوين العقد، إلى جعل تنفيذ العقد مكلفاً جداً لأحد الأطراف، الذي لم يكن موافقاً على مواجهة المخاطر...".

2. L'article 1218 du Code civil réformé dispose que:
«Un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat (…)».

تكبده خسائر كبيرة غير مألوفة.

ت. عدم موافقة المتعاقد منذ تكوين العقد على مواجهة المخاطر

هذا هو الشرط الثالث لإعمال نظرية الحوادث الاستثنائية. ولا شك بأن هذا الشرط يطرح بعض الصعوبات العملية. فلو تضمن العقد بنداً واضحاً يحدد موافقة المتعاقد أو عدم موافقته على مواجهة المخاطر، لكان الأمر سهلاً. أما لو كان العقد قد تضمن بنداً غامضاً بهذا الشأن، أو لم يتضمن أي بند يوضح موقف المتعاقد، فهنا يترك الأمر للقاضي لتفسير إرادته. برأينا، إن المتعاقد لم يوافق على مواجهة المخاطر حتى إثبات العكس.

بناءً على ذلك، إذا تضمن العقد بنداً مفاده أن المتعاقد يوافق على مواجهة المخاطر، فلا يجوز إعمال نظرية الظروف الطارئة. ففي هذه الحالة، يتم تعطيل عمل المادة ١١٩٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل.

٢. إجراءات مراجعة القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة

في حال عدم موافقة المتعاقد منذ تكوين العقد على مواجهة المخاطر، وفي حال توفر شروط «نظرية الظروف الطارئة" الأخرى، تطبق هذه النظرية. استناداً للمادة ١١٩٥ المذكورة، يجوز لهذا المتعاقد أن يطلب من الطرف الآخر إجراء مفاوضات جديدة، ولكن عليه أن يستمر في تنفيذ العقد خلال هذه المفاوضات[1]. تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي لم يحدد شكل الطلب، وبالتالي يمكن أن يتم بأي شكل وبأية وسيلة. ولكن كان من الأفضل برأينا إلزام المتعاقد -الذي قدم طلب إجراءات مفاوضات جديدة - بتبرير طلبه، وتحديد موعد بدء المفاوضات.

في حال رفض أو عدم نجاح المفاوضات، يكون للطرفين الخيار بين:

- الاتفاق على فسخ العقد بالتاريخ والشروط التي يتفقان عليها، وذلك استناداً للمادة ١١٩٥ ذاتها. وهذا الخيار ينسجم أيضاً مع نص المادة ١١٩٣ من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي سبق أن ذكرناها؛ أو
- أن يطلبا من القاضي بطلب مشترك أي عريضة مشتركة تعديل العقد. تجدر الإشارة إلى أن وجود هذا النص قد يكون مفيداً خصوصاً عندما يرغب طرفا العقد في المحافظة على علاقتهما التجارية.

برأينا، يصعب اللجوء إلى هذا الخيار لأن الأطراف الذين رفضوا الدخول في مفاوضات جديدة، أو دخلوا في مفاوضات جديدة دون الوصول لاتفاق، لن يقدموا طلباً مشتركاً إلى القاضي.

1. L'article 1195 (al. 1) de Code civil réformé dispose que "… celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation".

تنص المادة ١١٩٥ (ف١) من القانون المدني المعدل على ما يأتي:

"... يجوز لهذا الطرف أن يطلب من الطرف الآخر إجراء مفاوضات جديدة. عليه أن يستمر في تنفيذ العقد خلال المفاوضات الجديدة".

- في حال عدم التوصل لاتفاق ضمن مهلة معقولة، يجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الأطراف مراجعة العقد أو إنهاؤه في التاريخ والشروط التي يحددها هو (أي القاضي)[1].

وهذا ما نراه صواباً، فالمشرع الفرنسي قد ترك تدخل القاضي إلى المرحلة الأخيرة. فبعد استنفاذ كافة المراحل وعدم توصل المتعاقدين لاتفاق، يأتي دور القاضي.

والسؤال الذي يطرح هنا: ماذا لو طلب أحد المتعاقدين من القاضي مراجعة العقد، في حين أن المتعاقد الآخر قد طلب منه إنهاءه؟

في هذه الحالة، يترك الأمر للقاضي. فله أن يحكم بفسخ العقد أو بمراجعته[2]. أما لو طلب من القاضي فسخ العقد، فلا يجوز له أن يحكم بمراجعته[3].

٣. استثناء من تطبيق نظرية الظروف الطارئة

بتاريخ ٢٠ أبريل ٢٠١٨، صدر القانون رقم ٢٠١٨/٢٨٧ الذي صادق على المرسوم الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦، إلا أن المادة ٨ منه قد أضافت إلى قانون النقد والمال المادة L. 211-40-1 التي نصت على ما يأتي: «لا تطبق المادة ١١٩٥ من القانون المدني على الالتزامات الناتجة عن العمليات التي تخص الأوراق والعقود المالية المشار إليها من ١ إلى ٣ من المادة L. 211-1 من القانون نفسه». وبناءً عليه، تستثنى العمليات التي تخص بعض الأوراق والعقود المالية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة. في الواقع، نحن لا نرى أي تبرير لوجود هكذا استثناء لأن هدف المشرع هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، ورفع العبء غير المألوف عن المتعاقدين، الأمر الذي يتطلب العمل في هذه النظرية في جميع أنواع العقود تحقيقاً للعدالة.

الفرع الثاني
الوضع في ظل القانون المدني البحريني

تنص المادة ١٣٠ من القانون المدني البحريني على أنه «إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي

1. L'article 1195 (al. 2) de code civil réformé dispose qu'"en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

تنص المادة ١١٩٥ (فـ٢) من القانون المدني المعدل على ما يأتي: "في حال رفض أو عدم نجاح المفاوضات، يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ والشروط التي يحددوها، أو أن يطلبوا من القاضي بطلب مشترك تعديل العقد. وفي حال عدم التوصل لاتفاق ضمن مهلة معقولة، يجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الأطراف مراجعة العقد أو إنهائه في التاريخ والشروط التي يحددها هو (أي القاضي)".

2. Gaël Chantepie, op. cit., p. 65.

3. Ph. Stoffel-Munck, art. préc., spéc. p. 34.

بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وتأكيداً على ذلك، اعتبرت محكمة التمييز في مملكة البحرين أنه «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون مما مؤداه التزام المقاول باحترام الشروط الواردة في عقد المقاولة وتنفيذ العمل محل العقد بالمواصفات والأسعار المتفق عليها وتسليم العمل في الموعد المتفق عليه إلا إذا حالت ظروف استثنائية عامة لا دخل لإرادته فيها يقدرها القاضي وإلا وجب عليه الجزاء المقرر في العقد أو القانون».

لم يشرح المشرع البحريني كيفية تقدير «التوقع»، وهنا نميل إلى اتباع المعيار الموضوعي تماشياً مع التشريع الأوروبي والفرنسي، وتماشياً مع المعيار الذي أخذ به القضاء في دول مجاورة كالقضاء الإماراتي لتقدير «الإرهاق» حيث اعتبرت محكمة تمييز دبي أن "النص في المادة ٢٤٩ من ذات القانون على أنه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) يدل على أن تدخل القاضي- بناء على طلب المدين- لرد التزام المدين المرهق بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد المعقول رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شروط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها التي أبرم في شأنها العقد لا الظروف المتعلقة بشخص المدين"[١].

كما حكمت محكمة تمييز دبي بما يأتي "مفاد النص - في المادة (٢٤٩) من قانون المعاملات المدنية – يدل – على أنه إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ولا يقتصر أعمال نظرية الحوادث الاستثنائية على عقود المدة فقط بل تطبق- أيضًا - على أي عقد متى كان تنفيذه لم يتم عند حدوث الحادث الطارئ، ويشترط لإعمال هذه النظرية حدوث خسارة فادحة للمتعاقد تخرج عن الحد المألوف في التعامل ويكون من شأنها الإخلال بالتزامات العقد إخلالاً جسيمًا، وتقدير جسامتها هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى الذي تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة، وسلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول – وعلى ما يبين من صريح النص –

١. محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٠١٠ قضائية - عقاري - بتاريخ ٢٠١٠-٠٥-٣٠ مكتب فني ٢١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٠٥٤.

سلطة جوازية يستعملها أو لا يستعملها حسبما يبين له من ظروف الدعوى ووقائعها"[1].

نستخلص مما سبق أن هذه المادة قد أجازت للقاضي إعادة التوازن للعقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. ولكن من الواضح أن هناك فارقاً كبيراً بين هذه المادة والمادة ١١٩٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل، وهذا الفارق يكمن بالآتي:

١. استخدم المشرع الفرنسي مصطلح "ظروف طارئة» في حين استخدم المشرع البحريني مصطلح «ظروف استثنائية».

٢. في فرنسا ومملكة البحرين، إن الظروف الطارئة أو الاستثنائية هي تغير في الظروف لم يكن متوقعاً عند إبرام العقد (ورد ذلك صراحةً في التشريع الفرنسي، وفي حكم محكمة تمييز دبي، على الرغم من أن التشريع البحريني لم ترد فيه عبارة عند إبرام العقد)، يجعل تنفيذ العقد مرهقاً جداً لأحد الأطراف. ولكن اشترط المشرع الفرنسي شرطاً إضافياً ألا وهو ضرورة ألا يكون المدين موافقاً على مواجهة المخاطر عند إبرام العقد.

٣. لم يوضح المشرع الفرنسي ما إذا كان يشترط في التغير في الظروف أن يكون عاماً كما اشترط المشرع البحريني.

٤. سمح المشرع البحريني للقاضي بإعادة التوازن للعقد في الظروف الاستثنائية التي أشرنا لها سابقاً دون أي إجراءات أو مراحل سابقة، في حين أن المشرع الفرنسي قد وضع سلسلة من الإجراءات والمراحل التي قد تنتهي بتدخل القاضي للحكم بتعديل العقد أو بفسخه بناءً على طلب من أحد الطرفين.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع البحريني لم يسمح بفسخ العقد، بل نص على تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي له.

إن هذه المراحل المسبقة لتدخل القضاء برأينا لا داع للنص عليها، إذ إنه من الطبيعي قبل اللجوء للقضاء أن يحاول الطرفان إيجاد حلول ودية تتمثل بتعديل العقد أو بإنهائه. فإن لم يصلا لحل ودي، يلجأ أحدهما للقضاء.

بعد المقارنة، نحن نفضل النص الفرنسي، ونرى فيه تطوراً يؤدي إلى إحقاق الحق ليس فقط عبر إعادة التوازن الاقتصادي للعقد (وهو ليس بالأمر الممكن تحقيقه دائماً)، بل وأيضاً عبر رفع الإرهاق عن المتعاقد عبر إنهاء العقد. فالنص البحريني – كما أسلفنا – لا يجيز للقاضي فسخ العقد بل فقط تعديله عبر رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، علماً أن العدالة تقتضي أحياناً فسخ العقد، إذ أن تعديل العقد لا يكون دائماً مجدياً لاستحالة إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

١. محكمة التمييز – الأحكام المدنية – الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٩ قضائية – الدائرة المدنية – بتاريخ ٢٠١٠-٠٢-٠٧ مكتب فني ٢١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٣٠١.

إضافةً لسلطة القاضي في مراجعة العقد بسبب الظروف الطارئة، للقاضي دور أيضاً في مراجعة الشرط الجزائي.

المطلب الثالث
مراجعة القاضي للشرط الجزائي

تقسيم

من المعلوم أن للقاضي سلطة مراجعة الشرط الجزائي أحياناً. ولكن ما هو الشرط الجزائي؟ وهل يختلف مفهومه ومعاييره من قانون لآخر؟ وما الجديد الذي أتى به القانون الفرنسي المعدل؟ سنعالج في هذا المطلب الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي قبل تعديله (الفرع الأول)، ومن ثم الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي المعدل (الفرع الثاني)، قبل معالجة الوضع في ظل القانون المدني البحريني (الفرع الثالث).

الفرع الأول
الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي قبل تعديله

كانت المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل تنص على أنه «عندما ينص الاتفاق على أنه كل من يخل بتنفيذه يدفع مبلغاً على سبيل التعويض، لا يمكن إلزام الطرف المخل بدفع مبلغ أقل أو أكثر". وبناءً عليه، لم يكن القانون المدني الفرنسي قبل تعديله يسمح للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي[1].

على الرغم من وجود هذه المادة، كان القضاء الفرنسي يسمح بتعديل الشرط الجزائي إذا كان بصورة واضحة مبالغاً فيه أو قليلاً. تجدر الإشارة إلى أن المحاكم الفرنسية كانت تعتبر أن الشرط الجزائي المبالغ فيه هو ذلك الذي يفرض تعويضاً لا يتناسب مع المقدار الحقيقي للضرر وذلك بشكل

1. L'article 1152 de Code civil avant la réforme dispose que «Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre».

تنص المادة ١١٥٢ من القانون المدني قبل التعديل على أنه « عندما ينص الاتفاق على أنه كل من يخل بتنفيذه يدفع مبلغاً على سبيل التعويض، لا يمكن إلزام الطرف المخل بدفع مبلغ أقل أو أكثر".

واضح[1]، تاركةً حرية تقدير ذلك لقضاة الأساس[2] الذين يقدرون الحجم الحقيقي للضرر[3] والذين يجب عليهم توضيح كيف أن التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي مبالغ فيه أو زهيد[4]، وتقدير ذلك بتاريخ صدور الحكم[5]. فلا يأخذ القاضي بعين الاعتبار سلوك المدين[6]، ولا التعويض (أي الشرط الجزائي) الذي يدرج في عقود مماثلة[7]، ولا وضع المدين المادي. تجدر الإشارة إلى أن القاضي ليس مطالباً بتعليل حكمه تعليلاً خاصاً إذا ما رفض تعديل الشرط الجزائي[8].

الفرع الثاني
الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي المعدل

أجاز القانون المدني الفرنسي المعدل مراجعة القاضي للشرط الجزائي الذي يعتبر مبالغاً فيه أو زهيداً بصورة واضحة، وذلك بموجب المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل، وذلك

1. Cass. com., 20 octobre 1998, no 9614.164- ; Cass. com., 11 février 1997, no 9510.851-, Contrats, conc., consom. 1997, comm. no 75, note Leveneur (L.) ;
Cass. soc., 18 mai 1983, no 8042.111-, Bull. civ. V, no 268:
"Mais attendu que les juges d'appel qui ont souverainement apprecié l'importance du préjudice subi par M X..., en ont déduit le caractère manifestement excessif de l'indemnié prévue par la clause pénale et ont réduit le montant de celle-ci".
V. aussi: Cass. soc., 23 octobre 1980, no 7840.649-, Bull. civ. V, no 765:
"Mais attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt, d'une part que l'indemnité stipulée en faveur de Hemet constituait une peine destiné à sanctionner l'inexécution par l'employeur de l'engagement pris à son égard et à compenser son préjudice, d'autre part que, compte tenu de celui-ci, cette peine apparaissait excessive et sans rapport avec ce prejudice car elle ne tenait notamment pas compte du prélevement fiscal sur salaire et des sommes versées par l'assedic éventuellement après la rupture, qu'elle devait donc être réduite en application de l'article 1152 du code civil; qu'ainsi les juges du second degré ont légalement justifié leur décision".
2. Cass. 1re civ., 19 janvier 1988, no 8518.841-, JCP G 1989, II, no 21298, note Harichaux (M.) ; Cass. soc., 24 mai 1978, no 7740.126-, Bull. civ. V, no 385 ; et pour une application plus récente, CA Aix-en-Provence, 14 mars 2012, 2e ch., no RG : 1102351/.
3. Cass. 1re civ., 24 juillet 1978, no 7711.170-, Bull. civ. I, no 280.
4. Com. 11 févr. 1997, no 9510.851- , Bull. civ. IV, no 47 ; D. 1997. 71 ; RTD civ. 1997. 654, obs. Mestre ; Defrénois 1997. 740, obs. Delebecque.
5. Civ. 1re, 19 mars 1980, no 7813.151- , Bull. civ. I, no 95.
6. Cass. ch.mixte, 20 janvier 1978, no 7611.611-, RTD civ. 1978, p. 377, obs. Cornu (G.) ; Cass. soc., 23 janvier 1985, no 8242.992-, RTD civ. 1986, p. 103, obs. Mestre (J.) ; Cass. com., 11 février 1997, no 9510.851-, RTD civ. 1997, p. 654, obs. Mestre (J.).
Cass. com. 5 février 2002, N° de pourvoi: 9913463- : « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, tirés du comportement du débiteur de la pénalité, impropres à fonder le caractère manifestement excessif du montant de la clause, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».
«... إن سلوك المدين لا يعتبر مقياساً يمكن على أساسه اعتبار أن التعويض الوارد في الشرط الجزائي مبالغ فيه، ...».
7. CA Paris, 11 mars 1987, D. 1987, jur., p. 492, note Paisant (G.), RTD civ. 1987, p. 111, obs. Mestre (J.).
8. Civ. 1re, 23 févr. 1982, no 8110.376- , Bull. civ. I, no 85. – Com. 5 nov. 2013, no 1220.263-, Bull. civ. IV, no 164 ; D. 2013. 2639, obs. Lienhard ; RTD com. 2014. 186, obs. Martin-Serf.

خلافاً لما كان عليه الحال في ظل القانون المدني قبل التعديل. تجدر الإشارة إلى أن المادة ١١٥٢ قد جاءت مطابقة للفقرة الأولى من المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل، إلا أن هذه المادة الأخيرة تضمنت فقرات إضافية عدة أعطت الحق للقاضي في التدخل ومراجعة الشرط الجزائي.

تنص المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل على ما يأتي:

"عندما ينص العقد على أنه كل من يخل بتنفيذه يدفع مبلغاً على سبيل التعويض، لا يمكن إلزام الطرف المخل بدفع مبلغ أقل أو أكثر.

ومع ذلك، يجوز للقاضي، وحتى من تلقاء نفسه، أن يزيد أو يخفض الجزاء (ويقصد به الشرط الجزائي أي تعويض مقترن بتهديد المدين لحثه على التنفيذ) المذكور في العقد إذا كان بصورة واضحة مبالغاً فيه أو قليلاً.

إذا نفذ المدين التزامه بصورة جزئية، يجوز للقاضي – حتى من تلقاء نفسه – تخفيض الجزاء (ويقصد به الشرط الجزائي) بصورة متناسبة مع الفائدة التي يجنيها الدائن من هذا التنفيذ الجزئي، دون المساس بما ذكر في الفقرة السابقة.

كل اتفاق مخالف للفقرتين السابقتين يعتبر كأنه لم يكن.

باستثناء حالة الامتناع عن التنفيذ بصورة دائمة، لا يمكن فرض الجزاء (ويقصد به الشرط الجزائي) إلا بعد إنذار المدين"[1].

بالواقع، هذه المادة قننت توجه القضاء الفرنسي السابق[2].

1. L'article 12315- de code civil réformé dispose que « lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.
Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.
Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.
Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.
Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure».

2. Encore faut-il qu'il recueille «les explications des parties» : Cass. 1re civ., 3 juill. 2001, no 9919.365- ; Cass. com., 8 nov. 2017, no 1621.477-, Procédures 2018, comm. 1, obs. Strickler Y. ; Cass. 3e civ., 1er juillet 1980, no 7911.366-, Bull. civ. III, no 131, RTD civ. 1981, p. 153 et p. 98, obs. Chabas (F.) ; Cass. soc., 5 juin 1996, no 9242.298-, Defrénois 1997, p. 737, note Mazeaud (D.).

تجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣٠ يناير ٢٠٢٠[1] عرف الشرط الجزائي واعتبره الشرط الذي يهدف إلى أمرين في آن معاً:

١- تهديد المدين لحثه على التنفيذ؛

٢- تحديد التعويض الذي يتوجب على المدين تسديده للدائن في حال عدم تنفيذ الالتزام، وذلك بصورة مسبقة وجزافية.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في الحكم المذكور أن الشرط الذي يحدد تعويضاً ويخلو من تهديد المدين لحثه على التنفيذ لا يعتبر شرطاً جزائياً، بل تعويضاً اتفاقياً غير قابل للتعديل.

إذاً لا بد للمحكمة من تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة الهدف من هذا الشرط. ففي حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٨ فبراير ٢٠٢٣، في القضية الآتية: تعاقد مالك مع مستأجر وأدرجا بنداً في عقد الإيجار مفاده أنه في حال فسخ العقد لعدم سداد الأجرة، يلتزم المستأجر بسداد تعويض يوازي بدل إيجار عن المدة المتبقية من العقد. اعتبرت المحكمة أن البند المذكور يهدف أيضاً إلى حث المدين على تنفيذ عقد الإيجار لغاية انتهاء مدته، وبالتالي هو شرط جزائي قابل للتعويض. وبناءً عليه، ألغت محكمة النقض الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الذي قضى بصورة مخالفة لذلك[2].

نحن نؤيد هذا التعديل لأن من أهدافه تحقيق التوازن بين عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ وما ترتب عليه من ضرر من جهة، والتعويض من جهة أخرى، وهذا ما نراه صواباً. ولكن لا نتفق مع مضمون الفقرة

1. Cass. civ. 3, 30 janvier 2020, N° de pourvoi: 1824105- :.
"2°) Alors que seule constitue une clause pénale, susceptible de modération au sens de l'article 1152 ancien du Code civil repris aux alinéas 1 et 2 de l'article 12315- nouveau de ce Code, la clause qui, tout à la fois, vise à faire pression sur le débiteur pour qu'il exécute son engagement et fixe d'avance et forfaitairement le montant des dommages-intérêts qui seront dus par le débiteur s'il n'exécute pas cet engagement ; que la clause dépourvue de finalité comminatoire n'est donc pas une clause pénale ; que la clause d'immobilisation figurant à l'article 4 de la promesse de vente conclue entre Mme L... et Mme H... ne constitue que le pendant du droit, rappelé à l'article 3 au profit du seul acquéreur, de demander des dommages et intérêts en cas de non-réalisation de la vente imputable à l'autre, quelle qu'en soit la cause et a clairement pour seul objectif d'indemniser le vendeur en cas de non-réalisation définitive de la vente ; que faute d'avoir recherché l'objectif poursuivi par cette clause d'immobilisation, lequel résulte clairement et précisément des termes de cette clause et de la symétrie des stipulations indemnitaires au profit respectivement du vendeur et de l'acquéreur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 ancien du Code civil, repris à l'article 1103 nouveau de ce Code ".

2. Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 février 2023, 2121.391-, Inédit:
"9. En statuant ainsi, alors que la clause litigieuse stipulait, en cas de résiliation anticipée pour non-paiement du loyer, une indemnité dont le montant, équivalent au prix dû en cas d'exécution du contrat jusqu'à son terme, correspondait à l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive de celui-ci, et présentait dès lors un caractère comminatoire en ayant pour objet de contraindre le locataire à exécuter le contrat jusqu'à cette date, de sorte qu'elle constituait une clause pénale susceptible de modération en cas d'excès, la cour d'appel a violé le texte susvisé."

الأخيرة من المادة ١٢٣١-٥ فيما يخص الإعذار. نعتقد أنه يجب ألا يكون إعذار المدين التزاماً على عاتق الدائن في كثير من الحالات (وليس فقط في حالة الامتناع عن التنفيذ بصورة دائمة) مثل الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٢٢ من القانون المدني البحريني[١].

ومن هنا نؤكد على أهمية النص البحريني من هذه الناحية لأنه أكثر عدالةً، فما فائدة الإعذار مثلاً لو اتفق المتعاقدان على أن «يعتبر المدين مخلاً بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل»؟

الفرع الثالث
الوضع في ظل القانون المدني البحريني

تنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني البحريني على ما يلي:

«لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

ويجوز للمحكمة أن تخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين».

يتضح من هذه المادة أن للقاضي سلطة فعلية في تخفيض الشرط الجزائي ليجعله موازياً للضرر بناءً على طلب المدين. فقد حكمت محكمة التمييز بما يأتي: «من المقرر أنه إذا كان المدين قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر فيعتبر تقصيره في هذه الحالة تقصيرًا جزئيًا يجيز للمحكمة أن تخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن»[٢].

أما المادة ٢٢٧ فلقد حجبت عن القاضي سلطته في تعديل الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حيث جاء فيها ما يأتي: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً».

أما الفرق بين نص المادتين ٢٢٦ و ٢٢٧ من القانون المدني البحريني ونص المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل يكمن في الآتي:

---

١. المادة ٢٢٢ من القانون المدني البحريني تنص على ما يأتي:

«لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

أ) إذا اتفق على أن يعتبر المدين مخلا بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل .

ب) إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

ج) إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

د) إذا كان محل الالتزام تسليم شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

هـ) إذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه».

٢. مملكة البحرين، محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٦ قضائية بتاريخ ٢٠٠٦-١١-٠٦ مكتب فني ١٧ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٠٤٢)رفض) رقم القاعدة ٢٦٧.

١- الشرط الجزائي في القانون الفرنسي هو كل شرط يهدف إلى أمرين في آن معاً:

- تهديد المدين لحثه على التنفيذ؛
- تحديد التعويض الذي يتوجب على المدين تسديده للدائن في حال عدم تنفيذ الالتزام، وذلك بصورة مسبقة وجزافية.

بناءً عليه، إذا لم يكن من أهداف الشرط أيضاً «تهديد المدين لحثه على التنفيذ» حسب نية طرفي العقد، فلا يعتبر شرطاً جزائياً، بل تعويضاً اتفاقياً غير قابل للتعديل.

أما الشرط الجزائي في القانون البحريني، فهو كل شرط يهدف إلى تحديد التعويض الذي يتوجب على المدين تسديده للدائن في حال عدم تنفيذ الالتزام، وذلك بصورة مسبقة وجزافية، سواء أكان من أهداف الشرط أيضاً «تهديد المدين لحثه على التنفيذ» أم لا. في جميع الحالات يبقى شرطاً جزائياً قابلاً للتعديل ضمن الحدود التي أشرنا إليها.

٢- أجازت المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل للمحكمة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك، في حين أن القانون المدني البحريني (م. ٢٢٦) لا يجيز للمحكمة تعديل الشرط الجزائي إلا بناءً على طلب أحد الطرفين. نحن نميل إلى النص الفرنسي لأنه يساهم أكثر في إحقاق العدالة. فلو لم يكن للمتعاقد محامياً يدافع عن حقوقه، ولم يطلب تعديل الشرط الجزائي، لا يحق للمحكمة البحرينية تعديل الشرط الجزائي.

٣- لم تجز المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل تعديل التعويض إلا إذا كان مبالغاً فيه أو زهيداً بشكل واضح manifestement excessive ou dérisoire دون تحديد أي معيار لذلك. أما النص البحريني فقد سمح للقاضي التدخل في حال عدم وقوع ضرر أو كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ولم يسمح النص البحريني بتدخل القاضي في حال كان كانت قيمة التعويض الاتفاقي أقل من الضرر الواقع إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً. فبرأينا، كان من الأفضل إعطاء الحق للقاضي بالتدخل في جميع الحالات لجعل التعويض موازياً للضرر.

٤- اعتبرت المادة ١٢٣١-٥ الفقرة الأخيرة من القانون المدني الفرنسي المعدل أنه باستثناء حالة الامتناع عن التنفيذ بصورة دائمة، لا يمكن فرض الجزاء (التعويض) إلا بعد إعذار المدين، إلا أن المادة ٢٢٢ من القانون المدني البحريني أعفت من الإعذار في بعض الحالات.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة، نخرج بعدة نتائج، ونوصي بعدة توصيات:

١- استخدمت المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسي المعدل مصطلح «عقود» بدلاً من مصطلح «اتفاقيات»، وبموجب المادة ١١٠١ منه، بات مصطلح «العقد» مرادفاً لمصطلح «الاتفاق» وبالتالي لم يعد محصوراً فقط بإنشاء الالتزامات أو نقلها كما كان عليه الحال في السابق، بل بات من الممكن أن يؤدي العقد إلى انقضاء الالتزامات. وهذا مخالف للتشريع البحريني حيث إن العقد لا يمكنه أن

ينهي التزامات.

٢- في السابق، كان القانون المدني الفرنسي قبل تعديله يخلو من نص عام صريح حول إمكانية إنهاء أي عقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة لأي من أطرافه (أي من دون اللجوء للقضاء). وعلى الرغم من ذلك، كان الفقهاء والمحاكم يجيزون ذلك استناداً لمبدأ عام ألا وهو منع الالتزامات المؤبدة الذي يعتبر مبدأ دستورياً.

٣- لاحقاً، لقد كرس القانون المدني الفرنسي المعدل توجه القضاء والفقه بخصوص مسألة «إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة" في نص قانوني عام، فقد أجازت المادة ١٢١١ منه لكل طرف في عقد غير محدد المدة إنهاءه في أي وقت، بشرط احترام مهلة الإنذار المتفق عليها، أو مهلة معقولة في حال عدم الاتفاق على مهلة. هذه المادة لم تكن منسجمةً مع «مبادئ قانون العقود الأوروبي» PDEC في المادة ٦:١٠٩ منه التي نصت على إمكانية إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفرة بشرط "احترام مهلة إنذار معقولة"، دون الاعتداد بالمهلة المتفق عليها والتي يمكن ألا تكون معقولة بنظر المحكمة.

٤- لم يتضمن القانون المدني البحريني مادة عامة تجيز إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة، بل فقط نصوصاً خاصة قليلة كتلك الواردة في قانون العمل، وبالتالي لا يجوز إنهاء العقد غير محدد المدة من دون اللجوء للقضاء باستثناء الحالات التي ورد بشأنها نص خاص كعقد العمل مثلاً، وهذا ما يميز الوضع في مملكة البحرين عن الوضع في فرنسا. ففي فرنسا، من الجائز إنهاء أي عقد غير محدد المدة بدون حكم قضائي أي بالإرادة المنفردة ولو لم يخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته.

التوصية: نوصي المشرع البحريني بسن نص قانوني عام يجيز إنهاء أي عقد غير محدد المدة بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة حتى لو لم يخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، على غرار نص المادة ١٢١١ من القانون المدني الفرنسي المعدل، مع تعديله لجهة المهلة التي يجب احترامها قبل الإنهاء لتكون مهلة معقولة، بغض النظر عن المهلة المتفق عليها والتي قد لا تكون معقولة خاصةً إذا ما وردت في عقد إذعان. ويعود سبب هذه التوصية إلى أنه لا يجوز إلزام المتعاقد بأن يبقى مرتبطاً بعلاقة تعاقدية غير محددة المدة إلى ما لا نهاية.

٥- لم يحدد المشرع الفرنسي معنى "مهلة الإنذار المعقولة" التي يجب على المتعاقد -الراغب بإنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة- احترامها في حال عدم الاتفاق على مهلة، والواردة في المادة ١٢١١ من القانون المدني الفرنسي المعدل تاركاً الأمر للقضاء، ومن دون تحديد أي معايير، إلا أن مبادئ قانون العقود الأوروبي PDEC قد نصت على أن المهلة المعقولة تعتمد على «الفترة الزمنية التي نُفذ العقد خلالها، والجهود والمبالغ التي تكبدها المتعاقد الآخر لتنفيذ هذا العقد، والوقت الذي يحتاجه هذا المتعاقد لإبرام عقد مشابه مع متعاقد آخر». وهذا ما نراه صواباً، إذ إن المهلة يجب أن تهدف لحماية المتعاقد الآخر الذي يتمسك بالعقد.

التوصية: نوصي المشرع البحريني والفرنسي بسن مادة قانونية على غرار المادة الواردة في مبادئ قانون العقود الأوروبي تحدد المعايير التي على المحكمة اتباعها لتحديد المهلة المعقولة وهي «الفترة الزمنية التي نُفذ العقد خلالها، والجهود والمبالغ التي تكبدها المتعاقد الآخر لتنفيذ هذا العقد، والوقت الذي يحتاجه هذا المتعاقد لإبرام عقد مشابه مع متعاقد آخر"، نظراً إلى أن المعايير المتبعة تحمي المتعاقد ضحية الإنهاء وتساهم في تحقيق العدالة.

٦- يجوز إلزام المتعاقد الذي أنهى العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة دون مراعاة مهلة الإنذار بتنفيذ العقد إذا طلب الدائن ذلك، هذا ما أكده الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٧ سبتمبر ٢٠١٧. أما إذا فضل الدائن المطالبة بالتعويض فيمكنه ذلك بشرط إثبات وقوع ضرر (هذا ما أكده الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥-١٠-٢٠١٨). وهذا يعني أن عدم مراعاة مهلة الإنذار لا يكفي بحد ذاته لثبوت الضرر.

٧- أضاف القانون المدني الفرنسي المعدل تعريفاً للعقد الإطاري في المادة ١١١١ منه، إذ عرفت المادة المذكورة هذا المصطلح الجديد - والذي لم يعرفه القانون المدني الفرنسي قبل التعديل - بأنه اتفاق بين الأطراف على الأحكام العامة للعقود المستقبلية التي ستبرم بينهم. وبناءً عليه، إن «العقد الإطاري" cadre contrat يختلف عن «العقد الجماعي» contrat collectif.

٨- سمح القانون المدني الفرنسي المعدل للقاضي مراجعة العقد في عدة حالات أبرزها:

أ. نصت المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي المعدل على أنه: «إذا كان الثمن أو أي عنصر بالعقد يحدد بناءً على مؤشر ليس له وجود، أو لم يعد موجوداً أو بات لا يمكن الوصول إليه، يستعاض عن هذا المؤشر بمؤشر آخر وهو المؤشر الأقرب له» (طبعاً يحدده القاضي).

التوصية: نوصي المشرع البحريني بإضافة مادة مشابهة صريحة في القانون المدني الذي يخلو من نص مشابه إلا في مجالات محدودة كعقد البيع، فهذه المادة تحافظ على العلاقة التعاقدية بين الطرفين، مع الأخذ بالاعتبار أنه في حال لم يكن هناك مؤشر قريب، لا بد من البحث عن مؤشر مناسب ذي صلة.

ب. في حال توفر شروط «نظرية الظروف الطارئة» التي نص عليها القانون المدني الفرنسي المعدل (هذه النظرية لم يكن منصوصاً عليها من قبل في القانون الفرنسي)، يجوز للمتعاقد أن يطلب من المتعاقد الآخر – استناداً للمادة ١١٩٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل - إجراء مفاوضات جديدة، ولكن عليه أن يستمر في تنفيذ العقد خلال هذه المفاوضات. في حال رفض أو عدم نجاح المفاوضات، يكون للطرفين الخيار بين:

- فسخ العقد بالتاريخ والشروط التي يتفقان عليها؛ أو
- أن يطلبا من القاضي بطلب مشترك أي عريضة مشتركة تعديل العقد.

في حال عدم التوصل لاتفاق ضمن مهلة معقولة أو تقديم طلب مشترك من قبل الطرفين، يجوز للقاضي بناءً على طلب أحدهما مراجعة العقد أو إنهائه في التاريخ والشروط التي يحددها هو (أي القاضي).

أما القانون المدني البحريني، فقد نظم هذه النظرية منذ نشأته. ومن الفارق بين القانونين هو أن القانون المدني الفرنسي قد نص على إجراءات يجب اتباعها قبل تدخل القاضي، وهي إجراءات من شأنها أن تؤخر تدخل القاضي إلى ما بعد استنفاذ الطرق الودية بين الطرفين، في حين أن القانون المدني البحريني لم ينص على إجراءات تسبق تدخل القاضي. كما أن النص البحريني – كما أسلفنا – لا يجيز للقاضي فسخ العقد بل فقط تعديله عبر رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

التوصية: نوصي بتعديل المادة ١٣٠ من القانون المدني البحريني لتتيح للقاضي القضاء بفسخ العقد وليس فقط بتعديله، لأن العدالة تقتضي أحياناً فسخ العقد، إذ إن تعديل العقد لا يكون دائماً مجدياً، وأن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يكون ممكناً دائماً، فلا يحقق في هذه الحالة التوازن الاقتصادي المنشود إلا فسخ العقد.

ت. الشرط الجزائي في القانون الفرنسي (وبحسب تأكيد محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٨ فبراير ٢٠٢٣ المشار إليه سابقاً) هو كل شرط يهدف إلى أمرين في آن معاً:

– تهديد المدين لحثه على التنفيذ؛

– تحديد التعويض الذي يتوجب على المدين تسديده للدائن في حال عدم تنفيذ الالتزام، وذلك بصورة مسبقة وجزافية.

بناءً عليه، إذا لم يكن من أهداف الشرط أيضاً «تهديد المدين لحثه على التنفيذ»، بحسب نية طرفي العقد، فلا يعتبر شرطاً جزائياً، بل تعويضاً اتفاقياً غير قابل للتعديل. تجدر الإشارة إلى أن فقط الشرط الجزائي يكون قابلاً للتعديل.

أما الشرط الجزائي في القانون البحريني، فهو كل شرط يهدف إلى تحديد التعويض الذي يتوجب على المدين تسديده للدائن في حال عدم تنفيذ الالتزام، وذلك بصورة مسبقة وجزافية، سواءً أكان من أهداف الشرط أيضاً «تهديد المدين لحثه على التنفيذ» أم لا. في جميع الحالات يبقى شرطاً جزائياً قابلاً للتعديل ضمن الحدود التي أشرنا إليها سابقاً.

ث. أجازت المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل للمحكمة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك، في حين أن المادة ٢٢٦ من القانون المدني البحريني لا تجيز للمحكمة تعديل الشرط الجزائي إلا بناءً على طلب أحد الطرفين.

وبحسب النص الفرنسي، إذا نفذ المدين التزامه بصورة جزئية، يجوز للقاضي – حتى من تلقاء نفسه – تخفيض التعويض بصورة متناسبة مع الفائدة التي يجنيها الدائن من هذا التنفيذ الجزئي.

التوصية: نوصي بتعديل المادة ٢٢٦ من القانون المدني البحريني لتجيز للقاضي تعديل الشرط

الجزائي من تلقاء نفسه على غرار المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل، لما فيه من إحقاق للعدالة، علماً أنه يمكنه لهذا الغرض ندب خبير لتقدير قيمة الضرر وبالتالي التعويض الواجب القضاء به.

٩- من شروط نظرية الظروف الطارئة، حصول تغير في الظروف لم يكن متوقعاً عند تكوين العقد. على الرغم من أنه لم يتم تحديد معيار «التوقع» لا في القانون المدني الفرنسي المعدل ولا في القانون المدني البحريني، إلا أن القضاء في فرنسا وفي دول خليجية مجاورة كدولة الإمارات العربية المتحدة قد أخذ بالمعيار الموضوعي وليس الشخصي.

١٠- ألزمت المادة ١٢٣١-٥ من القانون المدني الفرنسي الدائن الذي يريد التمسك بالشرط الجزائي ضرورة إعذار المدين إلا في حالة الامتناع عن التنفيذ بصورة دائمة، في حين أن النص البحريني يعفي من إعذار المدين في العديد من الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٢٢ من القانون المدني البحريني.

التوصية: نوصي بالإبقاء على النص البحريني من هذه الناحية لأن الإعفاء من الإعذار في الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٢٢ يساهم في تحقيق العدالة أكثر، فما فائدة الإعذار مثلاً لو اتفق المتعاقدان على أن «يعتبر المدين مخلاً بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل»؟

قائمة المراجع

الكتب

أ- الفرنسية

Le Tourneau, Philippe, Bloch, Cyril, Guettier, Christophe, Giudicelli, André, Julien, Jérôme, Krajeski, Didier, Poumarède, Matthieu, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 13e éd., 2023.

Terré Fr., Simler Ph. et Lequette Y., Droit civil. Les obligations, Dalloz, 13e éd., 2022.

Vanessa Monteillet et Gustavo Cerqueira ; Alain Bénabent, L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : [actes du colloque tenu à l'université de Nîmes le 7 octobre 2022], Paris : Société de législation comparée, DL 2023.

ب- العربية

علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد «دراسة مقارنة»، الخليج العربي للنشر والتوزيع، مملكة البحرين، ط١، ٢٠١٣.

الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (العقد والتصرف الانفرادي)، الآفاق المشرقة ناشرون، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، ٢٠٢٠.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.

عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في القانون المدني البحريني، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.

عدنان سرحان ومحمود فياض ومحمد سادات، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والتصرف الانفرادي)، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٩.

البحوث المنشورة

C.-E. Bucher, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance: il manque la notice », Contrats, Conc., Cons. 2016, no 5, Dossier 6.

Deshayes O., Genicon Th. et Laithier Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, art. 1164.

Gaël Chantepie, Contrat : effets, Dalloz, Répertoire de droit civil, Janvier 2018, p. 109.

Grimaldi C., La fixation du prix, RDC 2017.

Labarthe F., La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations

de services. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil, JCP G 2016, no 23, 642.

G. Lardeux, Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du Code civil, D. 2016. 1659.

Mathias Latina, Contrat : généralités, Répertoire de droit civil, mai 2017, p. 107.

Mestre J., Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, Mestre J. (sous la dir.), PUAM, 1997.

Moury J., Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil, D. 2017.

P. Puig, Le contrat d'entreprise, in L. Andreu et M. Mignot [dir.], Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, 2017, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et essais, p. 149.

T. Revet, Le juge et la révision du contrat, RDC 2016. 373.

J.-C. Roda, Réflexions « pratiques » sur l'imprévision, in La réforme du droit des contrats en pratique, 2017, Dalloz, p. 69;

Ph. Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC 2016/HS, p. 30.

الأحكام القضائية

بالفرنسية

Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 février 2023, 2121.391-, Inédit.

Cass. civ. 3, 30 janvier 2020, N° de pourvoi: 1824105-.

Cass. com., 25 mars 1991, no 8818.473-, Contrats, conc., consom. 1991, comm. 162, note Leveneur L.

Cass. 1re civ., 5 févr. 1985, no 8315.895-, Bull. civ. I, no 54.

Cons. const., 9 nov. 1999, no 99419- DC, JO 16 nov., p. 16962, RTD civ. 2000, p. 109, obs. Mestre J. et Fages B.

Cass. 3e civ., 4 avr. 2007, no 0612.195-, Bull. civ. III, no 56, RLDC 200738/, no 2518, obs. Doireau S.

Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, no 0100.004-, Bull. civ. I, no 34, Contrats, conc. consom. 2004, comm. 53, RLDC 20044/, no 123, note Vignal N.

Cass. 1re civ., 29 mai 2001, no 9913.594-, Bull. civ. I, no 153, D. 2002, p. 30, concl. Sainte-Rose J.

Cass. 1re civ., 12 nov. 1998, no 9619.549-, Bull. civ. I, no 312, Contrats, conc., consom. 1999, comm. 22, note Leveneur L.

Cass. 1re civ., 19 nov. 1996, no 9420.446-, Bull. civ. I, no 407, D. 1997, jur., p. 145, note Bénabent A.

Cass. com., 27 sept. 2017, no 1613.112-, AJ Contrat 2017, p. 542, obs. Coupet C., RTD civ. 2017, p. 859, obs. Barbier H.
Com. 26 janv. 2010, no 0965.086-
Civ. 1re, 21 févr. 2006, no 0221.240- , CCC 2006. Comm. 99, obs. L. L. ; RLDC 200626/, obs. J. Mestre ; RLDC 2006/ 27, no 2037 ; JCP E 2007. 1348, no 5, obs. D. Mainguy
Civ. 1re 3 févr. 2004, no 0116.740-.
Civ. 1 5 févr. 1985, Bull. civ. I, no 54, p. 52, RTD civ. 1986. 505, obs. P. Rémy ; RTD civ. 1986. 105, obs. J. Mestre.
Com. 8 févr. 2017, no 1428.232-, RTD civ. 2017. 389, obs. H. Barbier; D. 2017. 678, note Etienney-de Sainte Marie; AJ contrat 2017. 222, obs. Cattalano-Cloarec; Dalloz IP IT 2017. 336, obs. Disdier-Mikus et Larrieu; RTD civ. 2017. 389, obs. H. Barbier; JCP 2017. I. 325, obs. G. Loiseau.
Com. 6 févr. 2007, no 0413.178- , Bull. civ. IV, no 21 ; D. 2007. 653, obs. Chevrier ; D. 2007. 1688, obs. Ballot-Léna, Claudel, Thullier et Train ; RTD civ. 2007. 343, obs. Mestre et Fages ; RTD com. 2008. 210, obs. Delebecque.
Com. 27 sept. 2017, no 1613.112- , RTD civ. 2017. 859, obs. H. Barbier ; Com. 10 nov. 2009, no 0818.337-, D. 2011. 540, obs. Ferrier.
Com. 3 mai 2012, no 1028.366-.
Com. 8 avr. 2014, no 1311.101-.
Com. 24 oct. 2018, no 1725.672-, Dalloz actualité, 15 nov. 2018, obs. C.-S. Pinat.
Com. 3 juin 1997, no 9512.402- , Bull. civ. IV, no 171 ; D. 1998. 113, obs. Mazeaud; RTD civ. 1997. 935, obs. Mestre; RTD com. 1998. 405, obs. Bouloc.
Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, no 9115.578- , Bull. ass. plén., no 7.
Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, no 9115.999- , Bull. ass. plén., no 6.
Cass., ass. plén., 1er déc. 1995, no 9313.688- , Bull. ass. plén., no 9 ; D. 1996. 13, concl. M. Jeol , note L. Aynès; D. 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi ; RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre ; JCP 1996. II. 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin.
Com. 17 déc. 2003, no 0116.505-.
Com. 4 nov. 2014, no 1114.026-, JCP 2014. 1310, note A.-S. Choné-Grimaldi ; D. 2015. 183, note J. Ghestin ; Dr. rur. 2015, no 67, p. 35, note N. Dissaux.
Cass. 3e civ., 3 déc. 1970, no 6913.809-, Bull. civ. III, no 663.
Cass. 1re civ., 15 juin 1973, no 7212.062-, Bull. civ. I, no 202.
Cass. 1re civ., 19 déc. 1973, no 7114.391-, Bull. civ. I, no 360.

Cass. 1re civ., 24 nov. 1993, no 9118.650-, Bull. civ. I, no 339, Contrats, conc., consom. 1994, comm. no 20, note Leveneur L., RTD civ. 1994, p. 631, obs. Gautier P.-Y.
Cass. Civ. 3e ch. civile, 15 février 1972, N° 7013.280-.
Com. 16 nov. 2004, no 0215.202- , RTD civ. 2006. 117, obs. J. Mestre et B. Fages.
Cass. com., 20 octobre 1998, no 9614.164-.
Cass. com., 11 février 1997, no 9510.851-, Contrats, conc., consom. 1997, comm. no 75, note Leveneur (L.).
Cass. soc., 18 mai 1983, no 8042.11-, Bull. civ. V, no 268.
Cass. soc., 23 octobre 1980, no 7840.649-, Bull. civ. V, no 765.
Cass. 1re civ., 19 janvier 1988, no 8518.841-, JCP G 1989, II, no 21298, note Harichaux (M.).
Cass. soc., 24 mai 1978, no 7740.126-, Bull. civ. V, no 385.
CA Aix-en-Provence, 14 mars 2012, 2e ch., no RG : 1102351/.
Cass. 1re civ., 24 juillet 1978, no 7711.170-, Bull. civ. I, no 280.
Com. 11 févr. 1997, no 9510.851- , Bull. civ. IV, no 47 ; D. 1997. 71 ; RTD civ. 1997. 654, obs. Mestre ; Defrénois 1997. 740, obs. Delebecque.
Civ. 1re, 19 mars 1980, no 7813.151- , Bull. civ. I, no 95.
Cass. ch.mixte, 20 janvier 1978, no 7611.611-, RTD civ. 1978, p. 377, obs. Cornu (G.).
Cass. soc., 23 janvier 1985, no 8242.992-, RTD civ. 1986, p. 103, obs. Mestre (J.).
Cass. com., 11 février 1997, no 9510.851-, RTD civ. 1997, p. 654, obs. Mestre (J.).
Cass. com. 5 février 2002, N° de pourvoi: 9913463-.
CA Paris, 11 mars 1987, D. 1987, jur., p. 492, note Paisant (G.), RTD civ. 1987, p. 111, obs. Mestre (J.).
Civ. 1re, 23 févr. 1982, no 8110.376- , Bull. civ. I, no 85. – Com. 5 nov. 2013, no 1220.263- , Bull. civ. IV, no 164 ; D. 2013. 2639, obs. Lienhard ; RTD com. 2014. 186, obs. Martin-Serf.
Cass. 1re civ., 3 juill. 2001, no 9919.365-.
Cass. com., 8 nov. 2017, no 1621.477-, Procédures 2018, comm. 1, obs. Strickler Y.
Cass. 3e civ., 1er juillet 1980, no 7911.366-, Bull. civ. III, no 131, RTD civ. 1981, p. 153 et p. 98, obs. Chabas (F.).
Cass. soc., 5 juin 1996, no 9242.298-, Defrénois 1997, p. 737, note Mazeaud (D.).

بالعربية

مملكة البحرين، محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٢٠١٤ قضائية، بتاريخ ٢٠١٦-٠٢-٠٩.

مملكة البحرين، المحكمة الدستورية - الطعن رقم ٢ لسنة ٨ قضائية بتاريخ ٢٠١٢-٠٥-٣٠ [رفض].

مملكة البحرين، محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٠٠٥ قضائية، بتاريخ ٢٠٠٦-٠١-٢٣، مكتب فني ١٧، رقم الجزء ١، رقم الصفحة ١٠٩، رقم القاعدة ٢٩.

محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٠١٠ قضائية - عقاري - بتاريخ ٢٠١٠-٠٥-٣٠ مكتب فني ٢١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٠٥٤.

محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٩ قضائية - الدائرة المدنية - بتاريخ ٢٠١٠-٠٢-٠٧ مكتب فني ٢١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٣٠١.

مملكة البحرين، محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٦ قضائية بتاريخ ٢٠٠٦-١١-٠٦ مكتب فني ١٧ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٠٤٢، رقم القاعدة ٢٦٧.

أهميةُ الأخذِ بنظامِ القضاءِ المزدوجِ في مملكةِ البحرين

المستشار الدكتور أيمن محمد محمد جمعة

نائب رئيس مجلس الدولة المصري

المستشار القانوني بهيئة التشريع والرأي القانوني

مقدمة:

لقد تدخلت الدولة بصورة مباشرة في كثير من مجالات الحياة بوصفها كياناً سياسياً ذا اختصاص سيادي، وبكونها تتمتع بالسلطة العامة في ممارسة سياستها وبرامجها السياسية والاقتصادية، وقد ترتب على ذلك التدخل تطور دور ومفهوم الدولة من الدولة الحارسة التي تتلخص وظيفتها الوحيدة في إنشاء الجيش، والشرطة، والمحاكم لحماية المواطنين من الأعداء الخارجيين واللصوص الخارجين عن القانون إلى الدولة المتدخلة، ثم بدأ يتطور تدريجياً إلى مفهوم الدولة الضابطة، ولقد تَبِعَ كل هذا بروز الحاجة إلى تطبيق مبدأ التخصص في العمل في مجال الوظيفة العامة لمزاياه؛ ثم ظهور حاجة الدول إلى الأخذ بنظام القضاء المزدوج بعد أن بدأ القضاء تاريخياً بنظام القضاء الموحد.

ولقد ارتبط تغير دور الدولة ومفهومها تبعاً للظروف والمستجدات وتأثير الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية، فمفهوم « الدولة الحارسة « عرف حدوده مع أزمة الكساد الكبير عام ١٩٢٩ وباتت ثمة ضرورة للتخلي عنه، وحل محله مفهوم «الدولة المتدخلة» في النشاط الاقتصادي من خلال الإنفاق العام[١]، التي تتدخل في المجال الاقتصادي فتُخضِعه للتخطيط المركزي وتساهم برأسمال وطني في التنمية الاقتصادية، وتقوم بنفسها بالتسيير المباشر للمرافق العامة مما زاد من صلاحيات سلطاتها الإدارية، كما أن الدولة تضمن حقوق الإنسان والمواطن في علاقته بالسلطة السياسية، وتوجد بها هيئات سياسية تكفُل تمثيل الشعب تمثيلاً حقيقياً، وتستبعد السلطة المطلقة بدءاً بوجود دستور ووصولاً إلى أبسط القوانين المنظمة للحياة العامة.

---

١. يراجع في هذا د. عبد اللطيف مصطفي، د. عبد الرحمن سانية: مقال بعنوان تغير دور الدولة تبعاً للظروف والمستجدات، مأخوذ من كتاب دراسات في التنمية الاقتصادية للمؤلفين، ص١٩١، ١٩٢، منشور على الإنترنت بالرابط الآتي:
https://mail.almerja.com/reading.php

ويقصد بأزمة الكساد الكبير أو الانهيار الكبير الكساد الاقتصادي العالمي الحاد الذي حدث خلال ثلاثينيات القرن العشرين وبداية عقد الأربعينيات انطلاقًا من الولايات المتحدة وقد استمر حتى أواخر الثلاثينيات هو الأطول والأعمق والأكثر انتشارًا في القرن العشري ويُعَدُّ أكبر وأشهر الأزمات الاقتصادية في هذا القرن، وقد بدأ مع انهيار سوق الأسهم الأمريكية في ٢٩ أكتوبر ١٩٢٩ ويُستخدم الكساد الكبير بشكل شائع مثالًا على مدى شدة تدهور الاقتصاد العالمي.

(المصدر: موقع wikipedia.org على شبكة الإنترنت).

ثم أضحى دور الدولة يتحول تدريجياً إلى ما يصطلح على تسميته بالدولة الضابطة التي يتمحور دورها في الحفاظ على التوازنات الاقتصادية من خلال هيئات إدارية بمثابة سلطات إدارية مستقلة لها صلاحيات واسعة في المجال الاقتصادي والمالي، وهي سلطات ذات طابع إداري تنظيمي رقابي، مما يبعد التدخل المباشر للدولة في هذا المجال ويحافظ على المنافسة الحرة، وهذه الصلاحيات عبارة عن آليات جديدة تشكل أبرز أسس الدولة الليبرالية، وفي ذات الوقت تخضع قرارات السلطات الإدارية المستقلة للرقابة القضائية [١]. ولئن كانت الكثير من الدول تتجه حديثاً نحو التحول لنموذج الدولة الضابطة، إلا أنها لم تتخل تماماً عن نموذج الدولة المتدخلة لظروفها الاقتصادية وحماية للطبقات الضعيفة.

ويبرز نظام القضاء المزدوج – بما يشمله من وجود جهة للقضاء الإداري ذات اختصاص ولائي – في نموذج الدولة المتدخلة التي تقوم بنفسها بالتسيير المباشر للمرافق العامة، وهو ما يطلق عليه في علم القانون الإداري الاستغلال المباشر أو الإدارة المباشرة (الريجي) من قبل الحكومة المركزية لمرافقها ومصالحها الحكومية، أو تقوم بإدارة بعض المرافق العامة من خلال أسلوب الهيئات العامة التي يتم الاعتراف لها بالشخصية المعنوية فيكون لها ذمة مالية مستقلة، وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائها أو التي يقررها القانون، وحق التقاضي، ونائب يُعَبِر عن إرادتها، وموطن مستقل، واستقلال هذه الهيئات بذاتيتها – باعتبارها من أشخاص القانون العام – عن الدولة لا يعني استقلالها المطلق في مواجهتها، بل يظل للدولة إشرافها – فيما يسمى (الوصاية الإدارية) – بيد أنه إشراف بدرجة أقل من سلطاتها وصلاحياتها في أسلوب الاستغلال المباشر، وبالرغم من استقلال أشخاص القانون العام عن الدولة، فإنها تشاركها في مظاهر سلطانها؛ ذلك أن هذه الأشخاص إنما وجدت لتمارس جزءاً من سلطان الدولة، يقع على عاتق الدول القيام به في حالة عدم وجود تلك الأشخاص ويترتب على ذلك اعتبار القرارات الصادرة منها قرارات إدارية تخضع لكل ما تخضع له القرارات الإدارية من أحكام، فيجوز طلب إلغائها أمام القضاء الإداري، ويمكن تنفيذها جبراً، كما يجوز لأشخاص القانون العام استخدام وسائل القانون العام في تحقيق وظائفها، كنزع الملكية، والعقود الإدارية...إلخ في الحدود التي يرسمها القانون العام [٢].

وتتم الاستعانة في أسلوب الاستغلال المباشر للمرفق العام، وأسلوب الهيئات العامة بموظفين عموميين لتنفيذ ما نيط بالمرفق من واجبات، والمسلم به أن هؤلاء الموظفين موظفون عموميون بكل ما يترتب

---

١. يراجع في هذا الأستاذان/ عكوش حسين، وعشاش سهيلة: بحث بعنوان الدولة الضابطة – تحول دور الدولة من متدخلة إلى ضابطة، منشور بالإنترنت على الرابط الآتي: http://www.univ-bejaia.dz/jspui/bitstream

٢. يراجع في النتائج التي تترتب على منح الشخصية المعنوية د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري – دراسة مقارنة – الكتاب الأول، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠١٤، ص٩١. ويضيف سيادته أن استقلال الأشخاص المعنوية العامة بذمتها المالية عن الدولة يؤدي إلى تحملها مسئولية أفعالها الضارة، سواءً أكان أساس المسئولية العقد أو الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب أو مجرد المخاطر، ويجب أن يوجه المضرور دعواه إلى ممثل الشخص المعنوي المسئول دون إشراك السلطة المركزية معه. كما تتحمل أشخاص القانون العام مسئولية الأعمال الضارة التي تصدر من موظفيها، وتلك نتيجة أخرى من نتائج استقلال موظفي هؤلاء الأشخاص عن موظفي الدولة (ص٩٨ بذات المرجع).

على هذا الاصطلاح في القانون العام من نتائج، فعلاقتهما بالدولة علاقة تنظيمية، يعينون ويرقون وينقلون ويفصلون بقرارات إدارية، لكن موظفي القانون العام (الهيئات العامة) يستقلون عن موظفي الدولة وتنظم علاقاتهم بتلك الأشخاص تشريعات مستقلة، غير أن استقلالهم هذا لا يمنع من خضوعهم لقانون الخدمة المدنية في غير ما ورد في قوانينهم الخاصة [١]. وما يصدر في حقهم من قرارات إدارية يتم الطعن عليها بدعوى الإلغاء التي يكون لها ميعاد محدد لرفعها، وهي دعوى عينية تنتمي إلى قضاء الإلغاء الذي يندرج تحت فكرة المشروعية والحفاظ على مبدأ المشروعية من الإخلال به والخروج عليه، وقد يُجري المرفق في حق العاملين به تسويات وظيفية لا يتقيد الطعن عليها بميعاد رفع دعوى الإلغاء، كما قد يبرم عقوداً - يمارس من خلالها نشاطاته – تتوفر فيها عناصر العقد الإداري فتنعقد ولاية الفصل في المنازعات الناشئة عنها لجهة القضاء الإداري وتندرج الدعاوى المرفوعة بشأنها – فيما عدا ما ارتبط بها من قرارات إدارية منفصلة - ضمن دعاوى القضاء الكامل، وهي دعاوى شخصية موضوعها حق شخصي لرافع الدعوى ناشئ عن مركز قانوني فردي، وليس لها ميعاد محدد لرفعها، لكنها تتقادم بتقادم الحق المدعى به[٢].

ولا تأخذ البحرين بشكل كامل بالنظام الاقتصادي الحر (النظام الرأسمالي) الذي يقوم على الملكية الفردية لعناصر الإنتاج ولا وجود فيه لفكرة تقديم الدعم لشريحة متلقي الخدمات أو المستهلكين، أو العلاج المجاني والرعاية الصحية للمواطنين، وكذا التعليم المجاني...إلخ، ويلزم لأداء هذه الخدمات وإشباع حاجات هؤلاء إنشاء مرافق عامة إما أن تديرها الحكومة مباشرة، ويسمى هذا نظام الإدارة المباشرة (الريجي) [٣]، أو عن طريق هيئات أو مؤسسات عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام، شأنها في ذلك شأن المرافق التي تدار بأسلوب الإدارة المباشرة [٤]، وتكون أموال المرافق التي تدار بأي من هذين الأسلوبين أموالاً عامة تتمتع بالحماية القانونية المقررة للمال العام، ويكون العاملون فيها موظفين عموميين يرتبطون بها بروابط لائحية وظيفية، وتصدر في حقهم قرارات إدارية وتُجري في شأنهم تسويات وظيفية، كما تبرم هذه المرافق عقوداً لمباشرة نشاطها وتقديم خدماتها.

ولقد تطلب ممارسة الجهات والمصالح الحكومية لسلطاتها على نحو ما سلف ذكره وجود رقابة قضائية على أعمالها؛ لتحقيق مفهوم الدولة القانونية التي لا يتصور وجودها ولا مشروعية مباشرتها

---

١. في هذا المعنى، د. سلمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٩٢. والجدير بالذكر أن الفقرة (ج) من المادة (٧١) من قانون الضمان الصحي الصادر بالقانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٨ تنص على أن: " تسري أحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ فيما لم يرد بشأنه نص خاص في لوائح شئون العاملين بالمؤسسات الصحية الحكومية المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة".

٢. يراجع في التمييز بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل د. رمزي هيلات: منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء التعويض- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بالبحرين، العدد الثالث، يناير ٢٠١٥، ص٣٥٥ وما بعدها، وأيضاً الأستاذ/ محمد عبد الله ماجد الكواري: المرجع السابق، ص١٩٤.

٣. مثل وزارات الصحة، والتربية والتعليم، والإسكان، والبلديات، والتنمية الاجتماعية...إلخ.

٤. مثل الهيئة العامة للتأمين الاجتماعي، وصندوق الضمان الصحي، وصندوق العمل.

لسلطاتها، بعيداً عن خضوعها للقانون وسموه عليها باعتباره قيداً على كل تصرفاتها وأعمالها تتقيد به في ممارستها لسلطاتها، وأياً كانت وظائفها أو غاياتها أو طبيعة سلطاتها، فتتقيد بقواعد قانونية تعلو عليها فلا تتحلل منها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في كافة مظاهر نشاطها وأياً كانت طبيعة سلطاتها، بحسبان أن ممارسة السلطة، وأياً كان القائمون عليها لا تعتبر امتيازاً شخصياً لمن يتولونها ولا هي من صنعهم، وإنما يباشرونها نيابة عن الجماعة ولصالحها، وضبطتها بقواعد آمرة لا يجوز النزول عنها، وأنه حتماً أن تقوم الدولة - في مفهومها المعاصر - وخاصة في مجال توجهها نحو الحرية - على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومعززاً بالخضوع للقانون باعتبارهما مبدآن متكاملان لا تقوم بدونهما المشروعية في أكثر جوانبها أهمية [1].

ولا يغيب عن أحد ما للقضاء من دورٍ كبير في ترسيخ مفهوم الدولة القانونية وجعل خضوعها للقانون واقعاً ملموساً؛ بما يُصدِره من أحكام واجبة النفاذ؛ سواء أصدرتها جهة قضائية واحدة (القضاء العادي) أو جهتان (القضاء المزدوج)، حيث يُمثِل الأخير مرحلة من مراحل تطور النظام القضائي، باعتبار أن التطور بصفة عامة سنَّة كونية تفرضها متطلبات الحياة.

مشكلة البحث:

عند عقد مقارنة بين نظام القضاء الموحد الذي تأخذ به البحرين، ونظام القضاء المزدوج من ناحية أيهما أفضل في تحسين الأداء القضائي، تكون النتيجة لصالح القضاء المزدوج نظراً لتحقيقه مزايا التخصص في العمل القضائي على ما سيرد ذكره، ودلالة هذا: أن دولاً كثيرة تأخذ بهذا النظام، مثل: فرنسا، ومصر، والسعودية، وسلطنة عمان، ودولاً أخرى، هي: الكويت وقطر قد أخذت خطوة – وإن كانت غير كافية – تجاه الأخذ بهذا النظام، وهذا ما تتناوله هذه الدراسة وتعمل على إثباته.

الدراسات والبحوث السابقة:

من خلال بحثنا عن الدراسات المماثلة أو القريبة من موضوع هذا البحث، تبين أن الأستاذ الدكتور/ طارق عبد الحميد توفيق سلام، تناول في بحثه بعنوان: (القضاء الإداري البحريني بين إعادة الهيكلة وإدارة التغيير) النظام القضائي الواحد في مملكة البحرين. وقد نادى بتفعيل النظام القضائي المزدوج من أجل تطوير النظام القضائي وتحسين الأداء، وإتاحة الفرصة لجهة متخصصة أثبتت كل

---

١. تراجع في هذا المعنى أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضايا أرقام: ٢٢ لسنة ٨ق. د، بجلسة ١٩٩٢/١/٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً، ص ٨١٥ وما بعدها، ٢٧٤ لسنة ٢٤ ق. د، جلسة ٢٠٠٧/٥/١٣، مجموعة المكتب الفني رقم ١٢، ج١، ص٤١٩، 233 لسنة 26 ق. د، بجلسة ٢٠٠٨/٤/٦، ٣٦ لسنة ١٨ ق.د، جلسة ١٩٩٨/١/٣.

ويوجد مفهوم أخر للدولة القانونية، من منظور مؤسساتها، فهي تلك التي تخضع لاحترام الحريات الأساسية وتُكرَهُ على عدم انتهاك القواعد الإجرائية أو الأساسية، فقوة الدولة ليست إلا فعالية نظامها القانوني حيث تكون كل من السلطة السياسية والإدارية أجساماً مكونة من أفراد خاضعين لعلاقات منظمة قانونياً تنظم حقوقهم وواجباتهم تجاه الأفراد الأخرين.

(د. وجيه قانصو: الدولة الحديثة الخصائص والوظائف، بحث منشور على شبكة الإنترنت بالرابط الآتي: https:// www.kas.de).

التجارب نجاحها في دول القضاء المزدوج، ولإتاحة الفرصة للقضاء الإداري في إثراء القانون الإداري بمفاهيم جديدة من خلال استنباط أحكامه من التخصص والإبداع وتحقيق العدالة وإثراء المكتبة العربية بـمؤلفات تـخدم التـخصص القضائي [١].

وأن الأستاذ الدكتور/ رمزي هيلات تناول في بحثه بعنوان: (دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية) تبني المشرع البحريني لنظام القضاء الواحد، وخلص إلى أن مملكة البحرين تتجه نحو الأخذ بأسلوب القضاء المزدوج في رقابتها على أعمال الإدارة؛ تأسيساً على إنشاء دائرة إدارية في كنف المحكمة الكبرى المدنية للنظر في كافة المنازعات الإدارية، واعتبر هذا نقلة نوعية في تطور القضاء الإداري البحريني واعترافاً من المشرع البحريني بخصوصية المنازعة الإدارية واختلافها عن المنازعة المدنية من حيث مراكز القوى والندية بين أطرافها، وذلك من خلال تطبيقها لقواعد القانون الإداري على العديد من المنازعات الإدارية إلغاءً وتعويضاً. وقد نادى بالعمل على إنشاء محكمة إدارية مستقلة استقلالاً تاماً عن القضاء العادي يقوم عليها قضاة متخصصون، على غرار محكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان، وإنشاء دائرة إدارية أخرى لدى محكمة الاستئناف العليا المدنية للنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن الدائرة الإدارية في المحكمة الكبرى المدنية، وأن يكون القضاة الذين ينظرون في المنازعات الإدارية من ذوي الاختصاص وعلى درجة عالية من الخبرة والكفاءة في قواعد القانون العام، وتضمين قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ إجراءات خاصة تتبع أمام الدائرة الإدارية على خلاف الإجراءات المـتبعة أمام المـحاكم المدنية [٢].

وأن الأستاذ/ محمد عبد الله ماجد الكواري، نادى في بحثه بعنوان: (القضاء الإداري وتطبيقاته العملية في مملكة البحرين) بضرورة العمل على تعزيز دور الدائرة الإدارية من خلال الاكتفاء بنظرها للطعون الإدارية دون باقي فروع القضاء المدني، وتوسعة اختصاصها، والعمل على إعداد وصقل القضاة الإداريين من خلال المؤهلات الأكاديمية العليا، وحال عدم توفر ذلك يتم إخضاع المرشحين لبرنامج إعداد القضاة الإداريين، والاتفاق مع جامعة البحرين على التدريب، والاهتمام بتدريس القانون الإداري في الجامعات بصورة أكثر عمقاً [٣].

---

١. د. طارق عبد الحميد توفيق سلام: القضاء الإداري البحريني بين إعادة الهيكلة وإدارة التغيير، بحث منشور في مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بالبحرين، العدد الرابع، يناير ٢٠١٥، ص٢٠٤.

٢. د. رمزي هيلات: دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية – دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، بحث منشور في مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بالبحرين، العدد السابع – يناير ٢٠١٧، ص٢٦٠.

٣. الأستاذ / محمد عبد الله الكواري: مقال موضوعه القضاء الإداري وتطبيقاته العملية في مملكة البحرين، منشور في مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بالبحرين، المجلد الأول، العدد الثالث، يوليو ٢٠١٤، ص٢٠٦.

منهجية الدراسة:

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن الذي يتمثل في استعراض الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج وتلك التي أنشأت دائرة إدارية بالمحكمة الابتدائية خصتها وحدها دون غيرها بالفصل في المنازعات الإدارية، وتحليل الأحكام التي صدرت من جهة القضاء الإداري في كل دولة منها، وبيان ما تمثله هذه النوعية من الأحكام من تطور كبير في القضاء الإداري يواكب الاتجاهات القضائية الحديثة وقد ساعد على الوصول لذلك الأخذ بهذا النظام، والسعي المحمود نحو تطبيقه من خلال الدائرة الإدارية المشار إليها.

خطة البحث:

نتناول هذا البحث في عدة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للنظام القضائي البحريني.

المبحث الثاني: مزايا مبدأ التخصص في العمل والأخذ به في القضاء.

المطلب الأول: مزايا مبدأ التخصص في العمل.

المطلب الثاني: مزايا الأخذ بمبدأ التخصص في العمل في مجال القضاء.

المبحث الثالث: مناط اختصاص القضاء الإداري في نظام القضاء المزدوج.

المبحث الرابع: دور القضاء في إنشاء القواعد العامة للقانون الإداري وبخاصة القضاء الإداري.

المبحث الخامس: نشأة القضاء المزدوج في دول الخليج العربية ونتائجه العملية.

المطلب الأول: نشأة القضاء المزدوج في دول الخليج العربية.

المطلب الثاني: النتائج العملية للأخذ بنظام القضاء المزدوج.

الفرع الأول: أثر القضاء المزدوج في التمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

الفرع الثاني: أثر القضاء المزدوج في مواكبة الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة.

المبحث الأول
الطبيعة القانونية للنظام القضائي البحريني

يتمثل القضاء الموحد في وجود جهة قضائية واحدة في الدولة هي القضاء العادي يتولى الفصل في كافة أنواع المنازعات، سواءً كانت من منازعات القانون الخاص أو من المنازعات الإدارية.

ويتمثل القضاء المزدوج في وجود نوعين من القضاء في الدولة، الأول: القضاء العادي ويَعهد إليه المشرع بولاية الفصل في الخصومات الشاجرة بين الأفراد فيما يتصل بروابط القانون الخاص. والآخر: القضاء الإداري ويَعهد إليه المشرع بولاية الفصل في علاقات الدولة بالأفراد فيما يطلق عليه المنازعات الإدارية، وتشمل دعاوى الإلغاء، والتسويات الوظيفية التي لا تتقيد بميعاد دعوى الإلغاء، ومنازعات العقود الإدارية التي تندرج ضمن القضاء الكامل.

ووفقاً للمادة (٧) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ تختص المحكمة الكبرى المدنية - بدائرة إدارية - بالفصل في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد وبين الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة، عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك. وقد صدر قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٣) لسنة ٢٠٠٣ بتحديد اختصاصها بالآتي [١]:

١- الدعاوى المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها.

٢- الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية.

٣- دعاوى الجوازات الناشئة عن قوانين الجنسية والجوازات والهجرة.

ويقرر البعض أن المشرع البحريني قد تبنى نظام القضاء الواحد واعتبر المنازعات التي تكون الحكومة طرفاً فيها منازعات مدنية، وبرر هذا بأن النظام القانوني البحريني في ظل العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧١ بشأن تنظيم القضاء – وقد ألغي بقانون السلطة القضائية المشار إليه – لم يكن يعرف المنازعات الإدارية وكانت جميعها يتم النظر فيها من قبل القضاء وتطبق عليها قواعد القانون الخاص، بيد أن المشرع البحريني لم يضع قيداً على ولاية القضاء في المنازعات الإدارية إلا ما يتعلق بأعمال السيادة، وقد تأكد هذا بنص المادة (٦) من قانون السلطة القضائية على اختصاص المحاكم المدنية بالفصل في جميع المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون في المواد المدنية والتجارية والإدارية، وخلص إلى القول: إن القاضي البحريني عندما ينظر في المنازعة الإدارية واعترافاً منه بخصوصيتها وتميزها عن المنازعات المدنية يُطبق عليها قواعد القانون العام، ويستحضر في فكره بعض المبادئ والنظريات التي يأخذ بها القاضي الإداري في الدول ذات النظام القضائي المزدوج[٢]، وقد جعل هذا البعض يصف طبيعة النظام القضائي البحريني بأنه يقوم على وحدة القضاء وازدواجية القانون[٣].

وتشكل السوابق القضائية أهمية كبرى في النظام القانوني الأنجلوسكسوني، ويصف البعض هذا النظام في مجال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بأنه نظام للقضاء الواحد، بينما يصف النظام القانوني اللاتيني – ويتم الاعتماد فيه على القانون المقنن – في الرقابة القضائية على أعمال الإدارية بأنه نظام للقضاء المزدوج [٤]، ويمكننا القول إن النظام القانوني في البحرين نظام لاتيني،

١. أشار إلى هذا الأستاذ / محمد عبد الله الكواري: المرجع السابق، ص١٨٩.

٢. د. رمزي هيلات: المرجع السابق، ص٢٤٠ وما بعدها.

٣. د. محمد عبد الله حمود الدليمي: القضاء الإداري في مملكة البحرين، منشورات جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٩٠، أشار إليه د. رمزي هيلات: المرجع السابق، ص ٢٤١.

٤. د. رمزي هيلات: المرجع السابق، ص٢٤٠.

يوضح الدكتور/ طارق عبد الحميد توفيق سلام في بحثه المشار سلفاً (ص١٨٤)، أن سبب الأخذ بنظام القضاء الواحد في الدول الأنجلوسكسونية كإنجلترا أنه إزاء طابع الإكبار والاستقلال الذي للسلطة القضائية لا يوجد مبرر أن تكون ثمة هيئتين قضائيتين؛ الأمر الذي يترتب عليه خروج بعض الأفراد من ولاية القضاء الطبيعي مما يعتبر استثناء من مبدأ سيادة القانون وتحقيق الضمانات الحقيقية للأفراد في الحقوق والواجبات، فضلاً عن الاعتقاد السائد أن الملك لا يخطئ ولا يمكن أن يقاضيه أحد أمام أي محكمة، وأن

حيث يتم بصفة رسمية ودستورية تجميع القواعد القانونية التي تدخل في فرع معين من فروع القانون في وثيقة رسمية، إلا أنه لا يتم الأخذ بهذا النظام في مجال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لوجود جهة قضائية واحدة هي القضاء العادي.

ونرى أن النظام القضائي البحريني قضاء موحد؛ ذلك أن اختصاص الدائرة الإدارية بالفصل في المنازعات المشار إليها يدخل ضمن الاختصاص النوعي – وليس الولائي - لهذه الدائرة؛ وذلك تأسيساً على ما تقرره المادة (١٠) بالفصل الأول (ترتيب المحاكم واختصاصاتها) من الباب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية، من اختصاص عام للمحكمة الكبرى بالنظر بصفة ابتدائية في جميع المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وفي الدعاوى التجارية والمدنية التي لا تدخل في اختصاص المحاكم الصغرى، واختصاصها كذلك بالفصل في كل دعوى يجعل أي قانون آخر النظر فيها لهذه المحكمة. حيث لم يتم ذكر سوى الدعوى المدنية هنا دون الدعوى الإدارية، كما أنه وفقاً للمادة (١٢) من ذات القانون تختص محكمة الاستئناف العليا بالنظر فيما يستأنف إليها من الأحكام الصادرة من المحكمة الكبرى بصفة ابتدائية، إذ لم يقرر المشرع النص على اختصاص دائرة إدارية بمحكمة الاستئناف العليا بنظر هذا الاستئناف؛ ولئن كان هذا مقرراً واقعاً، بيد أنه بموجب قرار يصدر من المجلس الأعلى للقضاء بتشكيل دوائر المحاكم وتحديد اختصاصاتها مع بداية كل عام قضائي.

وبالتالي، فإن وجود الدائرة الإدارية بالمحكمة الكبرى دون النص على أن يكون اختصاصها ولائياً احتكارياً لا تشاركها فيه أي من الدوائر الأخرى بالمحكمة؛ يحول دون القول إن النظام القضائي البحريني نظام مزدوج يوجد به إلى جانب القضاء العادي، قضاء إداري ذو اختصاص ولائي بالفصل في كافة المنازعات الإدارية، ودلالة هذا أن رفع الدعوى بالمنازعة الإدارية أمام إحدى دوائر المحكمة الكبرى – خلاف الدائرة الإدارية - يجيز لها أن تفصل فيها دون أن تحكم بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها وإحالتها إلى الدائرة الإدارية، وكذلك الحال بالنسبة إلى رفع دعوى مدنية أمام الدائرة الإدارية، فإنه يجيز لها الفصل فيها دون أن تحكم بعدم اختصاصها الولائي بنظرها.

والجدير بالذكر أن صدور حكم بالمخالفة لقواعد الاختصاص الولائي - في ظل نظام القضاء المزدوج - يترتب عليه عدم ثبوت حجية الأمر المقضي به لهذا الحكم باعتبار الحجية لا تثبت إلا للحكم الصادر من جهة القضاء صاحبة الولاية في إصداره، حيث يشترط لثبوت الحجية للحكم، صدوره من محكمة لها ولاية القضاء في موضوعه بأن يكون داخلاً في وظيفة الجهة القضائية التي تتبعها المحكمة، فلا حجية لحكم محكمة إدارية في دعوى مدنية، نظراً لأن توزيع ولاية القضاء بين المحاكم المختلفة من النظام العام، فلا يملك الخصوم الاتفاق ولا التراضي على خلافه، ومن الواجب على المحاكم الالتفات إليه من تلقاء نفسها، وكل قضاء في خصومة تُصدِره محكمة ليس لها ولاية عليها لا

العلاقة بين الموظف والإدارة علاقة تعاقدية ولا تسأل الدولة عن أخطاء موظفيها.

تكون له حرمة ولا حجـية في نظر القانون [١].

ولهذا؛ فالمستقر عليه أن ثمة شروطاً للتمسك بحجية الأمر المقضي والحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، بعضها يتعلق بأركان الدعوى ذاتها، وهي تستوجب الاتحاد في الخصوم وفى المحل وفى السبب، فإذا تخلف شيء من ذلك فلا يجوز الحكم بعدم جواز نظر الدعوى، والبعض الآخر يتعلق بالحكم الصادر في الدعوى، وهي تتنوع إلى شروط ثلاث أولها: أن يكون الحكم الذي ثبتت له الحجية حكماً قضائياً صادراً من جهة قضائية بموجب سلطاتها في منازعة معروضة عليها. ثانيها: أن يكون صادراً من جهة ذات اختصاص أي أن تكون المحكمة التي أصدرته ذات ولاية للقضاء في موضوعه. وثالثها: أن يكون الحكم قطعياً؛ أي: حاسماً في موضوع النزاع أو في جزء منه ومُنهياً للخصومة فيه [٢].

وعلى هذا النهج، قضت محكمة التمييز الكويتية بأن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يثار الدفع بعدم الاختصاص الولائي عند نظر دائرة أخرى خلاف هذه الدائرة لتلك المنازعات، واختصاصها بالعقود الإدارية ليس قاصراً على العقود المسماة وإنما يمتد إلى كافة العقود الإدارية، ذلك أن اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية يرجع إلى ما تتضمنه من روابط هي من مجالات القانون العام [٣].

المبحث الثاني
مزايا مبدأ التخصص في العمل والأخذ به في مجال القضاء

يُقَال في اللغة العربيّة: تخصّص في الشيء؛ أي: اقتصر عـمله عليه وخصَّه دون غيره بالبحث والاهتمام والفعل.

ويعني التخصص في العمل بصفة عامة: اختصاص فرد دون غيره بالـقيام بعمـلٍ مُعين يوفر له الوقت والـجهد. وفحوى التخصص الوظيفي كنوع من التخصص في العمل قيام بعض الموظفين بعمل معين بينما يقوم الموظفون الآخرون بأعمال أخرى.

وكان من نتاج تطور المجتمعات في كافة المجالات العلمية والاجتماعية والاقتصادية؛ أن ظهرت الحاجة للأخذ بمبدأ التخصص في العمل على أساس تقسيمه لمزاياه الكثيرة، بحيث يختص كل عامل بمباشرة جزء أو نوع معين من العمل. وهو مبدأ قديم من مبادئ التنظيم الإداري له تطبيقاته في نطاق الإدارة العامة، وقد زادت الحاجة إليه مع اتساع نشاط الإدارة العامة وتعقده واكتسابه

١. في هذا المعنى، د. محمود جمال الدين زكي: النظرية العامة للالتزامات، ص١١٥٣حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٤٦ لسنة ١٥ ق، بجلسة ١٩٤٦/٢/٢٨، مجوعة أحكامها منذ أول إنشائها سنة ١٩٣١ حتى٣١ ديسمبر١٩٥٥، ص٥٥.

٢. تراجع أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام: ٣٠٢٤ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٦/٦/١٦، ٢٠٠٣ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢٠٠١/٧/٩، ٤٤١١١ لسنة ٦١ ق، بجلسة ٢٠١٧/١٠/٢٢.

٣. تراجع أحكام محكمة التمييز الكويتية، الطعون أرقام: ٣٨٣ لسنة ١٩٩٨، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢١، ٤١ لسنة ١٩٩٢، جلسة ١٩٩٣/١/٣١، ١٢٢ لسنة ١٩٨٨، جلسة ١٩٨٩/١/٢٣، المرجع التشريعي، ج٢، مجلد٢، ص٧٧٧، ٧٨٦.

طابعاً فنياً وعلمياً متزايداً، ولذا؛ صار يُطبق على نطاق واسع في كثير من الأعمال والإدارات.

وقد ظهر مبدأ التخصص في العمل لصعوبة أن يجمع الفرد بين عدة مهام في وقت واحد، مما يؤثر على مستوى طاقته في العمل أو البحث، خاصة وأن ثمة مهناً تتطلب قدرات ذهنية، مما يقتضي البحث عن ميزات أعلى في العمل وفي مجالات العلوم المختلفة، ويتم ذلك عبر التركيز على أمر معين، وتطوير المهارات المتعلّقة بمجاله، وتحمُّل كل فرد المسؤوليّة الكاملة عن المهمة المُتخصِص فيها، وتحقيق النِتاج المطلوب خلال مدة تنسجم مع تسارع الزمن الذي نعيشه اليوم.

ونتناول في هذا المبحث مزايا مبدأ التخصص في العمل ومزايا الأخذ به في مجال القضاء، على النحو الآتي:

المطلب الأول: مزايا مبدأ التخصص في العمل.

المطلب الثاني: مزايا الأخذ بمبدأ التخصص في العمل في مجال القضاء.

المطلب الأول
مزايا مبدأ التخصص في العمل

يحقق التخصص في العمل بصفة عامة فوائد كثيرة تتضافر في رفع الكفاية الإدارية، وتقليل الوقت المهدر في الانتقال من مهمة إلى أخرى[1]، وذلك على النحو الآتي:

١. يُحقق الدقة والإتقان في إنجاز العمل ويوفر الوقت والجهد ويزيد الكفاءة.

٢. يساعد في اكتساب الخبرة والدراية في مجال التخصص وتطوير المهارات الذاتية.٣٢- يؤدي إلى التركيز والبحث المكثّف في حقل العلم المتصل بالعمل.

٣. يُساعد في استغلال قدرة المتخصص الفكرية والإنتاجية إلى أقصى حد.

٤. يساعد في توزيع الأعمال حسب الخصائص الشخصية للمكلفين بها، ومن ثم تحديد المسؤوليات وإحكام الرقابة.

---

١. يراجع في فكرة التخصص وتقسيم العمل كل من الآتي:

الأستاذة / عائشة جلال الأصفر: ورقة بعنوان أهمية التخصص الدقيق في تطوير العمل الجماعي، منشورة على شبكة الإنترنت بالرابط الآتي:

https://ziid.net

والأستاذة/ شموخ الفهد: موقع منهل الثقافة التربوية على شبكة الإنترنت على الرابط الآتي:
https://www.manhal.net/art/s/14168

والأستاذة/ فاطمة مشعلة: مفهوم التخصص على شبكة الإنترنت بالرابط الآتي:

https://mawdoo3.com

وبحث موضوعه تقسيم العمل والتخصص منشور على شبكة الإنترنت، مجموعة هنداوي على الرابط الآتي:
https://www.hindawi.org/books/608084798/

ويقال في نقد مبدأ التخصص في العمل: إنه يؤدى إلى الملل وضيق الأفق بسبب انغماس المتخصص في عمل واحد وتكراره له على وتيرة واحدة طيلة حياته العملية؛ والرد على هذا: أن التخصص يؤدي إلى توفير وقت وجهد المتخصص، مما يُمكِّنه من توسيع مداركه وتنمية معارفه العامة، بل إن التخصص يفترض سبق الإلمام بهذه المعارف مما يحقق للمتخصص الإحاطة الشاملة والنظرة الواسعة لكل ما يُعرض عليه في مجال تخصصه [١].

المطلب الثاني
مزايا الأخذ بمبدأ التخصص في العمل في مجال القضاء

للأخذ بمبدأ التخصص في العمل في مجال القضاء مزايا عديدة، تتمثل في الآتي:

١. يساعد على الإبداع في استنباط الأحكام التي لم يرد بها نص واضح مما يحقق التوازن والملاءمة بين المصالح المتعارضة في ضوء المشروعية، وتحسين العمل القضائي حيث أخذت به التشريعات المقارنة غرباً وشرقاً بعد أن كانت تأخذ بالنظام القضائي الموحد [٢].

٢. يساعد على سرعة الفصل في المنازعات الإدارية لدراية القاضي الإداري بكافة جوانبها وتخصصه في هذا المجال، مما أتاح له سرعة الاستنباط [٣].

٣. يساعد على مواكبة ومتابعة الاتجاهات الفقهية الحديثة في علم القانون الإداري، مما يُسهم في تطوير قواعده. ولقد رسخ النظام القضائي المزدوج بالفعل لهذا القانون نظريات قانونية، مثل: نظرية الظروف الطارئة، ونظرية المرافق العامة، ونظرية العقود الإدارية، ونظرية عمل الأمير [٤].

٤. يجعل القاضي الإداري متخصصاً في الفصل في المنازعات الإدارية، فيطبق عليها قواعد القانون الإداري التي تهدف إلى التوفيق بين حاجات الإدارة، واحترام حقوق الأفراد وحرياتهم، خاصة وأن نصوص القانون المدني لا تحقق هذا الهدف ولا تُسعِف القاضي الإداري دوماً، وهذا ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي؛ إذ خرج على قواعد القانون المدني رعاية للصالح العام وقضى بمزايا للمتعاقد مع الإدارة لم يرد عنها نص في العقد، تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، وذلك في حكمه الشهير شركة غاز بوردو [٥].

---

١. الأستاذ/ علاء الزئبق: هل لتقسيم العمل عيوب فضلاً عن المزايا، على شبكة الإنترنت بالرابط الآتي:
https://hrdiscussion.com/hr19267.html

٢. د. طارق عبد الحميد توفيق سلام: المرجع السابق، ص٢٠٣.

٣. في هذا المعنى، د. طارق عبد الحميد توفيق سلام: المرجع السابق، ص١٩١.

٤. في هذا المعنى، د. طارق عبد الحميد توفيق سلام: المرجع السابق، ص١٩١.

٥. د. مصطفى كامل: مجلس الدولة - المبادئ العامة للقضاء الإداري وشرح قانون مجلس الدولة المصري، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص٤٩ وما بعدها.

تخلص وقائع حكم غاز بوردو في أنه بمقتضى عقد امتياز التزمت شركة غاز بوردو بأن تورد الغاز للمدينة مقابل سعر معين لكل وحدة، وقد تحدد السعر على أساس قيمة الفحم الحجري وقت التعاقد - وهو المادة التي يُستخرج منها الغاز - ولكن بسبب نشوب الحرب العالمية الأولى ١٩١٤ جُنِد مُعظم عمال المناجم وتعذر استيراد الفحم، الأمر الذي أدى إلى ارتفاع هائل في أسعاره، فأصبح

سعر الوحدة من الغاز حسب شروط العقد أقل من مصاريف إنتاجها، وأضحت الشركة تبيع الغاز بخسارة واضحة، ورفضت البلدية زيادة السعر محتجة بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يُعدل إلا برضائهما المشترك، فاضطرت الشركة إلى رفع دعوى أمام مجلس الدولة طلبت فيها تعديل شروط العقد لزيادة سعر الغاز، وبتعويض يقابل الأضرار التي لحقتها بسبب رفض البلدية تعديل السعر.

وبالاطلاع على حكم مجلس الدولة في هذه القضية تبين أمرين جوهريين، الأول: أن عدم تطبيق المجلس لأحكام القانون المدني قد أتاح له أن يضع من قواعد القانون الإداري ما يتلاءم مع اعتبارات الصالح العام وحقوق الفرد صاحب المصلحة. والآخر: أن مقدرة قضاء مجلس الدولة في الفن القانوني جعلته يضع قواعد محكمة كي يواجه بها الوقائع المختلفة، إذ فرّق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، ويقرر القانون المدني أن للمتعاقد الذي أثرت عليه القوة القاهرة أن يطلب من القضاء الحكم بفسخ العقد، وعلى القاضي أن يحكم بهذا، ولا محل للحكم له بالتعويض، إذ لا تعويض – كقاعدة عامة – بغير خطأ والقوة القاهرة تنفي الخطأ. وقد فقه مجلس الدولة إلى هذه التفرقة بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وإلى أن القانون المدني أجاز فسخ العقد في حالة القوة القاهرة، ولم يجزه بسبب الظرف الطارئ إذا لم يبلغ أثره حد استحالة تنفيذ الالتزام، ومن المعلوم أن الحرب وما يترتب عليها من ارتفاع الأسعار لا تكون قوة قاهرة، فهل من مقتضى هذا أن يقف مجلس الدولة مكتوف اليدين تجاه قسوة القانون المدني هذه، وهل من الصالح العام في شيء أن يترك مجلس الدولة شركة الغاز التي تقدم خدمات عامة نهباً للظروف الطارئة حتى تفلس وتتوقف أعمالها فلا تجد الحاجات العامة مؤدياً لها! هذا ما لا يقره مجلس الدولة لأنه وُجِدَ للتوفيق بين الصالح العام ومصلحة الفرد، ولذلك أصدر حكمه الشهير في هذه القضية مقرراً المبادئ الآتية:

١. أن عقد الامتياز ملزم للشركة حتى نهاية مدته وفقاً للشروط المتفق عليها فيه.

٢. أن ارتفاع أثمان الفحم وقت الحرب، وتعذر استيراده لم يكن استثنائياً فحسب، بل ترتب عليه ارتفاع تكاليف صنع الغاز ارتفاعاً لم يكن محتملاً وقت التعاقد؛ ومن شأنه أن يجعل من « المتعذر» على الشركة تنفيذ التزاماتها، وإن كان هذا التنفيذ غير مستحيل.

٣. وإذا كانت الحرب، وما أدت إليه من ارتفاع الأسعار لا تعتبر قوة قاهرة بالنسبة للالتزامات الواردة بعقد الامتياز والتي تعهدت بها الشركة، لذلك يجب تنفيذ العقد فلا يجوز أن تمتنع الشركة عن أداء الخدمة العامة التي تعهدت بها، إذ أن هذا الامتناع لا يبيحه القانون إلا في حالة الاستحالة المطلقة.

٤. يجب على الإدارة – أي السلطة التي منحت الامتياز – أن تعاون الشركة التي تعرضت لوطأة الظروف الطارئة هذه، إما بزيادة التعريفة المتفق عليها، أي سعر الوحدة من الغاز الذي تبيعه، أو بتعديل شروط العقد بالشكل الذي يسمح بالتغلب على الظروف الطارئة، وإذا تعذر الاتفاق فعلى القاضي أن يحكم للشركة بتعويض عادل على أن يراعي في تقديره ألا تتحمل الشركة إلا جزءاً فقط من الخسارة، بمعنى أنها تتحمل جميع الخسارة التي كان يمكن لها أن تتوقعها وقت إبرام العقد، وتتحمل كذلك نصيباً من الخسارة التي لم تكن متوقعة وقت الاتفاق، بينما تتحمل الإدارة الجزء الباقي.

وفيما لو التزم القاضي الإداري حكم القانون المدني في هذه القضية لما تمكن من الحكم بتعويض الشركة، إذ ليس هناك من خطأ قد وقع من الإدارة تجاه الشركة حتى يحكم لها بتعويض تستوفيه من الإدارة، وكذلك لم يكن في إمكان القاضي فسخ العقد، إذ لا توجد القوة القاهرة التي تجيز هذا الفسخ، وإنما جاز الحكم بالتعويض؛ لأن القاضي الإداري ليس ملزماً بتطبيق نصوص القانون المدني، وإنما هو يضع القواعد التي يحكم بمقتضاها عند عدم وجود نص ملزم له، وهو يصيغ هذه القواعد مستلهماً ضرورة حماية الصالح العام والتوفيق بين هذا الصالح ومصلحة الأفراد كلما أمكن هذا، وبالحكم في هذه القضية بتعويض الشركة خرج القاضي الإداري على قواعد القانون المدني، ولا حرج في هذا، فقد حافظ على الصالح العام لأن هذا الصالح يقتضي ضرورة سير المصلحة العامة بانتظام واستمرار حتى لا تتعطل مصالح الجمهور، وهي هنا الاستفادة من الغاز في الصناعة والإضاءة والتدفئة...إلخ، وعدم الحكم للشركة بتعويض مناسب من شأنه أن يوقف الشركة عن العمل، الأمر الذي يضر الصالح العام كما هو واضح، وليس هذا فقط، بل إن هذا القضاء رغم خروجه على قواعد القانون المدني التقليدية ورغم الحكم على الإدارة بالتعويض، هو في صالح هذه الأخيرة في نهاية الأمر، لأن تعويضاً تدفعه الإدارة – وهو تضحية مؤقتة غالباً – من شأنه أن يساعد الشركة على العناية بمنشآتها، فإذا انتهى عقد الامتياز تسلمت الإدارة هذه المنشآت في حالة جيدة، بينما لو حرمت من تعويض عادل، وتصورنا أنها استمرت رغم ذلك في العمل، فسيكون عملها متعثراً، فضلاً عن إهمالها صيانة المشروع فتتسلمه الإدارة عند انتهاء مدة الامتياز مهلهلاً. وبالتالي فإن اعتبارات – ليست هي العدالة فقط – هي التي دفعت القضاء الإداري إلى الخروج على أحكام القانون المدني في هذه القضية، إذ لم يحكم للشركة قِبل الإدارة بالتعويض رحمة بها بسبب الظروف الطارئة ولا رغبة منه في تخفيف حكم للقانون الخاص قاس في هذا الصدد فقط، ولكن – قبل كل شيء – هي الرغبة في حماية مصلحة الجمهور والتي أملت قضاءه هذا.

٥. يساعد على زيادة العلم والخبرة بأحكام وقواعد القانون الإداري لما له من خصوصية تتمثل في كونه أكثر فروع القانون تطبيقاً عند الفصل في القضايا الإدارية، بسبب اختلاف المراكز التي تنشأ نتيجة لأعمال الإدارة عن المراكز التي تنشأ عن العلاقات بين الأفراد [١]، ولا تنحصر الفائدة من نظام القضاء المزدوج على القضاة فقط، بل يستفيد أيضاً منه المحامون، مما ينعكس بالفائدة في النهاية على منظومة العدالة من قضاة ومحامين ومتقاضين.

٦. يُسَهِّل الإحاطة بالاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة، ومن ثم الأخذ بها وتوحيدها فيما بين الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج.

ونظراً لهذه المزايا؛ فقد أخذت دول بنظام القضاء المزدوج بعد نشأته في فرنسا، منها: مصر، والسعودية، وسلطنة عمان، وثمة دول أخرى وإن لم تأخذ بهذا النظام بيد أنها خصَّت دوائر بعينها وحدها دون غيرها بالفصل في المنازعات الإدارية ليكون القضاة بهذه المحاكم القضاة الطبيعيين لمنازعات للقانون العام وأصحاب الولاية العامة بمباشرة الرقابة القضائية على نشاط الإدارة، إلا ما استثني منها بنص صريح كأعمال السيادة.

المبحث الثالث
مناط اختصاص القضاء الإداري في نظام القضاء المزدوج

يختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة. ولا يكفي للقول إن المنازعة إدارية أن تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها، بل يجب أن تكون بوصفها سلطة عامة تمارس اختصاصاً عاماً بسند من نص في الدستور أو نص في قانون أو لائحة، أو تمتنع عن ممارسته بالمخالفة لنص يلزمها بذلك، وكذلك في كل حالة تستخدم فيها الدولة من وسائل السلطة العامة ما تملك به إنفاذ قولها على غيرها، بوصفها القوَّامة على الشأن العام في جميع مجالاته سواء أكان تصرفها في شكل قرار إداري بوجهيه الإيجابي أو السلبي أم لا، ولذلك تُعَرِّف المنازعة إدارية بأنها تلك التي تنشأ نتيجة نشاط وأعمال السلطة الإدارية بوصفها سلطة إدارية أي بنشاطها في مجال ممارسة وظيفتها الإدارية إذا ما باشرت بشأن هذا النشاط أسلوب السلطة العامة [٢] الذي هو مناط المنازعة الإدارية.

---

١. د. مصطفى كامل: المرجع السابق، ص٥٠ وما بعدها. وقد أوضح سيادته أن هذا الاختلاف يرجع لعاملين، الأول: أن الإدارة تملك ما لا يملكه الأفراد مادام لها حق الأمر عليهم، بما لها من الحق في وضع اللوائح وإصدار الأوامر إلى الكافة استناداً إلى سلطتها البوليسية. والآخر: أن المراكز التي تُنشِئها الإدارة تختلف عن المراكز التي ينشئها الأفراد بسبب ما يُفترض في الإدارة من أنها تتصرف لتحقيق الصالح العام، ويظل هذا الافتراض قائماً حتى يثبت عكسه، أما الفرد فهو يتصرف عادة من أجل تحقيق مصلحة خاصة به.

٢. يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١١٥٦ لسنة ٦٦ ق، بجلسة ٢٠٢١/١٢/٢٥، وحكمها – دائرة توحيد المبادئ – في الطعن رقم ٢١٣٣ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢.

وتستخدم الجهات الإدارية وسيلتين في سبيل أدائها لخدماتها ومباشرتها لنشاطها المناط بها، وذلك على النحو الآتي:

الوسيلة الأولى: القرارات الإدارية، ويُعَرَّف القرار الإداري بأنه تعبير الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إنشاء مركز قانوني معين أو إلغائه أو تعديله متى كان ذلك جائزاً وممكناً قانوناً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة [١].

وصدور القرار من جهة إدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإداري، إذ ليس كل قرار يصدر من هيئة إدارية عامة يعد قراراً إدارياً يختص القضاء الإداري بطلب إلغائه، وإنما لا بد لتحقق وصف القرار الإداري أن يكون كذلك بحكم موضوعه، فإذا دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أو تعلق بإدارة شخص معنوي خاص، فإنه يخرج من عداد القرارات الإدارية أيا كان مصدره [٢].

وقد يتعلق القرار بأوضاع وحقوق تقع في منطقة القانون الخاص وينظمها هذا القانون، ومن ثم لا يسري في شأنه فكرة تحصن القرار الإداري غير المشروع وعدم جواز سحبه بعد فوات مدة معقولة من تاريخ صدوره؛ حسب المستقر عليه في قضاء محكمة التمييز من أن القرار الإداري الذي يشوبه عيب؛ الأصل فيه أنه يتعين على جهة الإدارة سحبه والعدول عنه التزاما منها بحكم القانون وتصحيحاً للوضع المخالف الذي تولد عن هذا القرار، غير أنه استثناءً من هذا الأصل واستجابة أيضاً لدواعي المصلحة العامة واستقراراً للمراكز القانونية للأشخاص، فإن سحب الإدارة لهذا القرار المعيب ينبغي أن يكون خلال مدة معقولة، إذ لا يصح أن يكون هذا الحق مؤبداً، فإذا انقضت تلك المدة – والتي لم يجر بها نص في القانون أو جرى عليها القضاء، وإنما تُقدر بقدرها وبمراعاة ظروف كل حالة على حدة – دون إلغاء القرار، فقد سقط حق الإدارة في سحب القرار، والساقط لا يعود[٣]. وما دام ليس كل قرار تصدره جهة الإدارة يُسبغ عليه وصف القرار الإداري، فقد يكون مجرد إجراء تنفيذي كالقرار الصادر بتنفيذ حكم قضائي، حيث لا يرتفع إلى مرتبة القرارات الإدارية التي تفصح إرادة جهة الإدارة عنها بقصد إنشاء مراكز قانونية لمن صدرت في شأنهم تنعدم فيه سلطتها ولا يرتب مركزاً قانونياً معيناً [٤]، وكذا قرار إنهاء خدمة الموظف لبلوغه السن القانونية، فلا خيار للإدارة في إنهاء خدمة الموظف الذي بلغ السن القانونية، فهو قرار تطبيقي لا تتوافر فيه عناصر القرار الإداري الذي لا يجوز التحلل من آثاره إلا بدعوى الإلغاء [٥]، وهذا فضلاً عن إجراءات التسوية الوظيفية التي تتخذها جهة الإدارة ويستمد الموظف حقه فيها من القانون مباشرة دون ترخيص من جهة الإدارة وتندرج ضمن دعاوى التسويات التي لا يتقيد رافعها بالإجراءات والمواعيد الخاصة بدعوى إلغاء

١. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣٩٦ لسنة ٥٠ ق.ع، بجلسة ٢٠٠٨/٣/٤.

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٦٥٠ لسنة ٤٩ ق.ع، بجلسة ٢٠١٧/٤/١٨.

٣. حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٢٠١٨، بجلسة ٢٠١٩/٣/١٩.

٤. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٠٤٢ لسنة ٤٨ ق. ع، بجلسة ١٢/٢٤/ ٢٠١١.

٥. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٨٠ لسنة ٧ق. ع، بجلسة ١٩٦٤/٤/٥.

القرار الإداري [١]، ولا يثار بشأنه التحصن ضد السحب والإلغاء.

الوسيلة الأخرى: العقود، والعقد عبارة عن توافق إرادتين متقابلتين، بمعنى أنه عمل يتكون من جانبين، وهو يتميز في ذلك عن القرار الإداري الذي هو عمل من جانب واحد، إذ يصدر بإرادة الإدارة وحدها [٢]، ولا يختلف العقد الإداري في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، ذلك أن كلًّا منهما يقوم على أساس توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، يستوي أن يكون هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه، ويلزم أن يتوفر في العقد الإداري كالعقد المدني الأركان الأساسية، وهي الرضا والمحل والسبب؛ ولذا؛ قرر مجلس الدولة أن العقد المدني والعقد الإداري يخرجان من مشكاة واحدة أصلها أن العقد شريعة المتعاقدين [٣]، بيد أن اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام أدى إلى تميزه عن العقد المدني بخضوعه لنظام قانوني مختلف سواء من حيث إبرامه أو تنفيذه، فالإدارة ملزمة في إبرامها لعقودها أن تلتزم إجراءات وأشكالاً حددها قانون المناقصات لا تستطيع أن تحيد عنها أو تغيرها، كما أن أحكام هذه العقود وكيفية تنفيذها تختلف عن تنفيذ العقود المدنية [٤].

وما تبرمه الإدارة من عقود مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست جميعها سواء ولا تعد بذاتها عقوداً إدارية وقد تكون عقوداً مدنية، ومرد الأمر في تكييفها القانوني إلى مقوماتها، فمنها ما يُعد عقودا إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وليس لها نظير في القانون الخاص، وقد تنزل الإدارة منزلة الأفراد في تعاقدهم، فتبرم عقوداً مدنية[٥] تستعين فيها بوسائل القانون الخاص، وإذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوفرها مناط العقد الإداري صار العقد من عقود القانون الخاص[٦]، فمناط العقد الإداري إذاً أن يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص [٧].

---

١. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩١٢ لسنة ٣٧ ق.ع، بجلسة ١٩٩٦/١/٢٠.

٢. د. جابر جاد نصار: الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٩.

٣. فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع، الملف رقم ٢٥٣٠/٢/٣٢، بجلسة ١٩٩٧/٢/٥، أشار إليها د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص١٠.

٤. د. جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص٦.

٥. وفقاً المادة (٢٩) من القانون المدني البحريني، العقد – بصفة عامة – اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين.

٦. تراجع أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام: ٣٠٨٨٨ و٣٤١٤٥ لسنة ٥٤ ق.ع، جلسة ٢٠١٦/٨/٢، و٣١٢٥ لسنة ٣٤ ق، بجلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص١٣٦، و٣٠٩٥٢ و٣١٣١٤ لسنة ٥٦ قضائية عليا، بجلسة ٢٠١٠/٩/١٤، ١٥٤ لسنة ٣٤ ق.ع، بجلسة ١٩٩٧/١/٢، ويراجع أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ ق تنازع، بجلسة ١٩٩٤/١٢/١٧.

٧. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، بجلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية في العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص٩١، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية – تنازع، بجلسة ١٩٧٤/٦/٢٩، والقضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية – تنازع، بجلسة ١٩٨٠/١/١٩.

وتخضع العقود المدنية والعقود الإدارية لقواعد قانونية مختلفة، فتخضع الأولى لأحكام القانون المدني، بينما تخضع الثانية لقواعد القانون العام[١]. بيد أنه ولئن كان للعقد الإداري خصوصيته التي تجعل جهة الإدارة تتميز على المتعاقد معها بما تتمتع به من سلطات استثنائية في مواجهته؛ نظراً لعدم تساوي مصالح الطرفين، فالإدارة تهدف إلى تحقيق الصالح العام المتمثل في تلبية احتياجات المرفق العام لضمان سيره بانتظام واطراد بينما المتعاقد معها يهدف إلى مصلحته الخاصة وتحقيق الربح، إلا أن العقد الإداري غير منبت الصلة بأحكام القانون المدني باعتبار أنها الأصل في النشأة؛ ولهذا استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه إذا كانت أحكام القانون المدني قد وضعت أصلاً لتحكم روابط القانون الخاص، ولا تسرى على روابط القانون العام، إلا أن القضاء الإداري قد تواتر على تطبيق ما يتلاءم منها على الروابط الأخيرة وبما يتفق وأحكامها[٢]، وبالتالي فإن وجود نظرية للعقد الإداري لا تعني استبعاد تطبيق أحكام القانون المدني عليه، وإنما يطبق منها عليه ما يتلاءم مع روابط القانون العام.

وفي ضوء ما تقدم، لا يسبغ وصف العقود الإدارية على كافة العقود التي تبرمها جهات الإدارة ولكن لابد من توفر أركان معينة في العقد للقول بذلك؛ ومن هنا توجد أهمية كبيرة للتمييز بين العقد الإداري والعقد المدني، لتأثير ذلك على الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي تثار بشأن العقد بحسب نوعه، والقواعد القانونية التي تحكمه.

المبحث الرابع
دور القضاء وبخاصة الإداري في إنشاء القواعد العامة للقانون الإداري

من المعروف أن القانون الإداري قانون غير مكتوب أو غير مقنن، فهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالنشاط الإداري والهيئات الإدارية من حيث تكوينها وتنظيمها وبيان اختصاصاتها ووسائل وأساليب ممارستها للنشاط الإداري، وعلاقة الأفراد بالإدارة، والرقابة القضائية على أعمالها. ويُعَرِّف العلاَّمة الدكتور سليمان الطماوي القانون الإداري بأنه، وفقاً للتقسيم الذي جرى عليه معظم الفقهاء، فرع من فروع القانون العام؛ ذلك أن الروابط التي يحكمها هي روابط تتميز دائماً بأن الدولة باعتبارها سلطة عامة، أحد أطرافها، ولما كانت الدولة تستهدف في جميع تصرفاتها تحقيق المصلحة العامة، فإنها قد منحت سلطات لا يتمتع بمثلها الأفراد في علاقاتهم فيما بينهم [٣].

١. يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم القضية رقم ٧ لسنة ٢٢ قضائية – تنازع، بجلسة ٢٠٠١/٥/٥، والقضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية – تنازع، بجلسة ١٩٩٧/٦/٧.

٢. حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٨٦٩ لسنة ٥١ ق، بجلسة ٢٠٠٨/٦/٢٢، والطعن رقم ٣١٩٤٠ لسنة ٦٠ق، بجلسة ٢٠٢٠/١١/٢٨، وفي ذات المبدأ حكم دائرة توحيد المبادئ في الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٢٩ ق، بجلسة ١٩٨٥/١٢/١٥، وحكمها في الطعن رقم ٣٤٠٤٨ لسنة ٥٢ ق ع الصادر بجلسة ٢٠١١/٤/٢.

٣. د. سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص١٧ وما بعدها. ويضيف سيادته في ذات المرجع أن القانون الإداري قانوناً حديث النشأة

وتقنين أي فرع من فروع القانون مؤداه إصدار تشريع يشمل المبادئ العامة لكل أجزاء القانون، أي: إصدار تشريع يتضمن مجموع المبادئ العامة التي تتخذ أساساً لتنظيم الروابط والعلاقات القانونية وفقاً لهذه المبادئ، ويعني هذا أن التشريع الذي يصدر وينظم نوعاً معيناً من الروابط لا يعتبر تقنيناً إلا إذا تضمن المبادئ العامة التي يقوم عليها نفاذ التشريع كله كمجموع، وهي توجد في التقنين المدني المصري، والتقنين المدني البحريني (م١ -م٢٨)، وقانون التجارة المصري، وقانون التجارة البحريني (م١ – م١٠)، والقانون الإداري بهذا المعنى غير مقنن، وإذا كانت توجد في كثير من الدول مجموعات قوانين ولوائح إدارية في تنظيم نواحي النشاط الإداري عامة كالتشريعات التي تنظم شؤون الموظفين، والتي تنظم حالات وإجراءات نزع الملكية (الاستملاك) للمنفعة العامة، غير أنها تنظم جزءاً محدداً من الروابط والعلاقات التي تخضع للقانون الإداري؛ فلا يجوز اعتبارها تقنينات له إلا إذا تضمنت المبادئ العامة التي تحكم الروابط والعلاقات الإدارية بالنسبة لناحية معينة من نواحي النشاط الإداري؛ ووفقاً لهذا فإن صدور تقنين للقانون الإداري أمر شديد الصعوبة إن لم يكن مستحيلاً؛ لأن الروابط التي ينظمها هذا القانون أكثر الروابط تأثراً بالظروف السياسية والاقتصادية، وهذه الظروف والعوامل غير ثابتة ولا مستقرة وتطورها المستمر يقتضي تطور كل القواعد التي تحكمها، ومن هنا كانت قواعد القانون الإداري وأحكامه غير مستقرة ولا ثابتة وعدم استقرارها وحاجتها للتعديل والتغيير في كل وقت تبعاً لتغير الظروف يجعل من المتعذر تقنينها [١].

ومع التسليم بأن القانون الإداري بهذا المعنى السابق غير مقنن في البحرين، بيد أنه توجد مجموعة من القوانين واللوائح الإدارية التي تنظم بعضاً من نواح النشاط الإداري في الدولة، مثل قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢، والقانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة، وقانون البلديات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠١.

ولقد ترتب على هذه الصفة للقانون الإداري أن لحقت بالقضاء المختص بالفصل في المنازعات الإدارية صفة أنه قضاء إنشائي لابتداعه الحلول للمنازعات التي يفصل فيها، ومن هنا تأتي أهمية المبادئ القانونية التي يرسيها كسوابق قضائية تجعله من هذه الناحية أقرب إلى النظام الأنجلوسكسوني، حيث تشكل فيه السوابق القضائية أهمية كبرى في عمل القاضي الإداري تتمثل في رجوعه إلى ما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي، والمحاكم العليا الصادرة في منازعات إدارية في الدول الأخرى، مثل مصر في خصوص موضوع المنازعة التي يفصل فيها.

إذ لا يرجع تاريخه إلى أكثر من القرن الماضي، بل إنه لم يكتمل نموه بعد في معظم الدول، ولعل فرنسا هي الدولة الوحيدة التي اكتمل فيها هذا القانون أو قارب التمام.

١. في هذا المعنى، المستشار الدكتور/ محمد ماهر أبو العنين: الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وإفتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا مع الإشارة للأساس الإسلامي لحقوق الإنسان – نظرة أولية – الكتاب الأول، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ١٠٦.

ولقد أحسن البعض التعبير عما سبق بقوله: إن القانون الإداري هو قانون قضائي من خلق القاضي لا الشارع، وأن الطابع القضائي يلازم قاعدة القانون الإداري منذ ولادتها حتى نهايتها، فالقضاء هو الذي يخلقها، وهو الذي يفسرها، وهو الذي يستبدل بها غيرها [١].

وصاحب الحظ الأوفر في إنشاء القواعد العامة للقانون الإداري هو القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وذلك بحكم تخصصه بالفصل في المنازعات الإدارية، ويقوم القضاء العادي -أيضاً- بدور في هذا الشأن في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الواحد، وذلك عند فصله في المنازعات الإدارية، ونلمس هذا في أحكام محكمة التمييز الكويتية، على ما سيأتي ذكره.

وإذا كان القاضي بصفة عامة يقوم عند تطبيق القاعدة القانونية بالاستعانة بالنصوص التشريعية، فيقوم بتفسيرها لتطبيقها على النزاع المعروض عليه، بيد أن النصوص التشريعية لا تكفل له في جميع الأحوال حلولاً واضحة لجوانب النزاع المطروح عليه، مما أدى بالمشرع ذاته إلى إعطاء القاضي البدائل حال نقص التشريع، ومن ذلك ما قرره المشرع بالمادة (١) من القانون المدني من أنه عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه على النزاع، فعلى القاضي أن يحكم بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [٢].

ولقد ذهب بعض الفقه - بحق - إلى أنه إذا كان هذا هو الأمر في أحوال وجود النص القانوني، فما بالنا والحال أنه ليس هناك قانون إداري أصلاً من وضع المشرع، لا ريب أن القاضي الإداري سيصبح له اليد الطولى في وضع قواعد هذا القانون لقيامه بخلق المبادئ العامة للقانون، وكذلك قيامه بوضع القواعد القضائية التي تتضمن حلولاً قضائية لمراكز قانونية متشابهة؛ ومن هنا كان القانون الإداري هو قانون قضائي في الأساس، ومرجع كون القضاء مصدراً للقانون الإداري أنه يستنبط المبادئ والأحكام القانونية ويستخلصها من النصوص أو يُنشِئها بداية بواسطة محاكم القضاء الإداري، فالقضاء أهم مصادر هذا القانون، إذ يشغل بين هذه المصادر المركز الممتاز الذي يشغله التشريع بالنسبة للقانون المدني، ويرجع ذلك إلى اختلاف طبيعة كل من القانونين، فالقانون المدني قانون مكتوب، كل مبادئه وأحكامه مدونة في مجموعة قانونية صادرة عن المشرع، أما القانون الإداري فهو كما سبق القول قانون قضائي في جوهره تقررت مبادئه ومعظم أحكامه عن طريق القضاء لا التشريع [٣]، ولهذا فإن للقاضي الإداري دوراً كبيراً في إنشاء المبادئ العامة للقانون الإداري.

---

١. د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي: القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٦٥، ص١.

٢. تنص المادة (١) من القانون المدني على أن: «أ- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها. ب - فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي، حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

٣. في هذا المعنى، المستشار الدكتور/ محمد ماهر أبو العنين: المرجع السابق، ص١٠٢وما بعدها.

كما ذهب البعض إلى أنه مهما يكن من أمر القواعد القانونية التي يُنشِئها القضاء في فروع القانون الأخرى غير القانون الإداري، فإن هذه القواعد تعتبر ثانوية بالنسبة للنصوص القانونية ومكملة لها. ومهمة القضاء -على أية حال- محددة تقتصر على تفسير النصوص القائمة وتطبيقها على المنازعة المعروضة عليه، وعند الاقتضاء يتولى بسط الحلول التي تقررها هذه النصوص على الظروف الجديدة وسد النقص الذي تتناوله هذه النصوص، أما في القانون الإداري فإن أحكام القضاء هي المصدر الأساسي للقانون، بل إن النظرية العامة للقانون الإداري تتألف من القواعد والمبادئ التي يضعها القضاء في أحكامه [١].

ولهذا؛ يختلف القضاء الإداري عن القضاء العادي اختلافاً جوهرياً، فبينما تنحصر مهمة القاضي العادي في تطبيق القانون، وتلمس نية المشرع، فإن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو غالباً قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن [٢].

والمستقر عليه: أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجِدَ نص خاص يقضي بذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً، وكما هي، وإنما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة، وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها وله أن يطرحها إن كانت غير ملائمة معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم. ومن هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه غير مقنن حتى يكون متطوراً غير جامد. ويتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني، في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً، بل هو في الأغلب الأعم قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب، ويبتدع الحلول المناسبة للقواعد الإجرائية، وهذا من الخصائص المميزة للمنازعات الإدارية، وبهذا يرسي القواعد لنظام قانوني بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها [٣].

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن القانون الإداري يفترق عن القوانين الأخرى في أنه غير مقنن، وأنه مازال في مقتبل نشأته يكتنفه فراغ واسع من النصوص وفيه أوضاع حائرة تبحث لها عن سند تارة

١. في هذا المعنى، د. توفيق شحاته: مبادئ القانون الإداري ١٩٥٧-١٩٧٤، ص ٨٨، أشار إليه المستشار الدكتور/ محمد ماهر أبو العنين: المرجع السابق، ص١٠٣.

٢. المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة المصري (القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥)، أشار إليها د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي: المرجع السابق، ص١.

٣. تراجع أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام: ٩٨ لسنة ٢ق، جلسة ١٩٥٩/١٢/٨، ١٢٨٩ لسنة ٨ق، جلسة ١٩٦٥/١/٢، ٧٠٩ لسنة ٢٩ ق.ع، بجلسة ١٩٨٤/١٢/٢، ١٥٧ لسنة ٢ق. ع، بجلسة ١٩٥٦/٦/٢.

في مجال قانون المرافعات وأخرى في مجال قانون الإجراءات الجنائية في مادة التأديب مثلاً، وتارة أخرى في مجال تقنين آخر، فما تزال طرق هذا القانون وعرة عسيرة المسالك، ومن هنا صح القول بأن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي وإنما هو في الأعم الأغلب تكويني إنشائي خلاَّق، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الجهات الإدارية في تسييرها المرافق العامة من جهة وبين الأفراد من جهة أخرى، ويبتكر المخارج لما يعترض سبيله من مأزق أو مزالق تحقيقاً لمهمة المواءمة بين الصالح العام والمصلحة الخاصة[1].

ويفرض ما تقدم أهمية الأخذ بنظام القضاء المزدوج، والذي يُعد تطويراً للقضاء الإداري وتحسيناً لأدائه نظراً لما يوفره من خبرات متراكمة للقاضي الإداري تجعله محيطاً بالسوابق القضائية والمبادئ التي ترسيها المحاكم العليا للقضاء الإداري، فيرجع إليها ويستعين بها فيما يفصل فيه من منازعات، ومما يُعين على ذلك أن يكون القاضي متخصصاً في ذلك بحيث لا يعمل قاضياً إدارياً لفترة ثم قاضياً مدنياً لفترة أخرى.

المبحث الخامس
نشأة القضاء المزدوج في دول الخليج العربية ونتائجه العملية

من المعروف أن تطبيق مبدأ التخصص في العمل في مجال القضاء بالأخذ بنظام القضاء المزدوج نشأ في بدايةً الأمر في فرنسا من خلال إحداث مجلس الدولة الفرنسي الذي أنشأه نابليون بونابرت عام ١٧٩٩ بالنص عليه في المادة (٥٢) من دستور السنة الثامنة للثورة الفرنسية. ثم انتشر هذا النظام في كثير من الدول، فنشأ مجلس الدولة في بلجيكا بموجب قانون ٢٣ ديسمبر ١٩٤٦، وفي مصر بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦، وفي سوريا بالمرسوم التشريعي رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، وفي الجزائر بموجب المادة (١٥٢) من دستور الجزائر المعدل عام ١٩٩٦.

ولقد أخذت بعض دول الخليج العربية بنظام القضاء المزدوج، كما اتخذ البعض الآخر خطوة تعد تمهيداً للأخذ به، وكان لهذا أثرٌ طيبٌ في مواكبة الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة، وسوف نتناول هذين الأمرين على النحو الآتي:

المطلب الأول: نشأة القضاء المزدوج في دول الخليج العربية.

المطلب الثاني: النتائج العملية للأخذ بنظام القضاء المزدوج.

---

١. حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٤٥٦ لسنة ٨ق، جلسة ١٩٦٥/١/٢٣.

المطلب الأول
نشأة القضاء المزدوج في دول الخليج العربيةِ

تأخذ السعودية بنظام القضاء المزدوج في صورة (ديوان المظالم) وهو هيئة قضاء إداري بمحاكمها المتمثلة في المحكمة الإدارية العليا، ومحاكم الاستئناف الإدارية، والمحاكم الإدارية، وكذلك الحال في سلطنة عمان حيث تم إنشاء محكمة للقضاء الإداري - دائرة ابتدائية، ودائرة أخرى استئنافية، ومؤدى هذا أخذ الدولتين بمبدأ ازدواج القضاء، بوجود جهتين للقضاء، إحداهما للقضاء العادي والأخرى للقضاء الإداري، ولكل منهما اختصاصه الولائي.

بينما في الكويت أنشأ المشرع دائرة إدارية بالمحكمة الكلية جعل اختصاصها بالمنازعات الإدارية التي حددها احتكارياً لها وحدها، وكذلك الحال في قطر تم إنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الابتدائية ذات اختصاص ولائي وحدها دون غيرها بالفصل في المنازعات الإدارية المحددة بالقانون. ولا ريب أن هذه الدوائر الإدارية لا تدل على الأخذ بنظام القضاء المزدوج؛ لأنها جزء من الجهة القضائية الوحيدة في الدولة وهي القضاء العادي، وبالتالي من المتصور أن يعمل القاضي في هذه الدائرة لعام قضائي أو أكثر ثم ينقل للعمل في دائرة مدنية ويحل محله قاض من هذه الدائرة، وفي ذلك تفويتٌ للهدف من التخصص في القضاء الإداري.

لكننا لا نقلل من هذه الخطوة ونعتبرها تمهيد للأخذ بنظام القضاء المزدوج كما الحال في مصر، والسعودية، وسلطنة عمان؛ لأن اختصاص هذه الدائرة ولائي يتعلق بالنظام العام فهي تختص وحدها دون غيرها بالفصل فيما يدخل في اختصاصها، ولا يكتسب الحكم الصادر من دائرة مدنية في منازعة إدارية قوة الأمر المقضي به ولا تكون له حجية، وسوف نتناول كل هذا على النحو الآتي:

أولاً: نظام القضاء المزدوج في المملكة العربية السعودية:

صدر نظام ديوان المظالم الجديد بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧١) في ١٤٢٨/٩/١٩ هـ (٣٠ أغسطس ٢٠٠٧)، ووفقاً لأحكامه فإن ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة، مقره مدينة الرياض، وتتكون محاكم الديوان من المحكمة الإدارية العليا، ومحاكم الاستئناف الإدارية، والمحاكم الإدارية [١].

ويختص الديوان بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد والدعاوى المقدمة من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية، وفي المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو إحدى الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها، وفي الدعاوى التي تحال إليه من أي دائرة حكومية، وغيرها من الدعاوى التي من اختصاص هذا الديوان بموجب نصوص نظامية.

---

١. الجدير بالذكر أن القضاء العادي منظم في السعودية بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٨) في ١٤٢٨ هـ (أغسطس ٢٠٠٧) ووفقاً له ترتب المحاكم على النحو الآتي: المحكمة العليا. ٢- محاكم الاستئناف. ٣- محاكم الدرجة الأولى وهي خمسة أنواع: أ- المحاكم العامة. ب- المحاكم الجزائية. ج- محاكم الأحوال الشخصية. د- المحاكم التجارية. هـ- المحاكم العمالية.

ثانياً: نظام القضاء المزدوج في سلطنة عمان:

لم يكتف المشرع في سلطنة عمان بإسناد الاختصاص الولائي بنظر المنازعات الإدارية إلى إحدى دوائر المحكمة الكلية، بل أنشأ محكمة للقضاء الإداري - دائرة ابتدائية، ودائرة أخرى استئنافية، وسلط الرقابة القضائية على القرار الإداري السلبي الذي يُعرَّف بأنه رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح. إذ تنص المادة (١) من قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩ المعدل بالمرسوم السلطاني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ على أن:» تشكل محكمة القضاء الإداري من رئيس ونائب للرئيس وعدد كاف من المستشارين والمستشارين المساعدين الأول والمستشارين المساعدين والقضاة. ويلحق بالمحكمة عدد كاف من القضاة المساعدين».

وتنص المادة (٣) من ذات القانون على أن: «تشكل الدائرة الابتدائية برئاسة مستشار وعضوية اثنين من أعضاء المحكمة».

وتنص المادة (٤) على أن: «تشكل الدائرة الاستئنافية برئاسة رئيس المحكمة أو نائبه وعضوية أربعة من المستشارين...».

وتنص المادة (٦) على أن: «تختص محكمة القضاء الإداري - دون غيرها - بالفصل في الخصومات الإدارية، ومنها الآتي:

١. الدعاوى التي يقدمها الموظفون العموميون بمراجعة القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بسائر شئونهم الوظيفية.

٢. الدعاوى التي يقدمها ذوو الشأن بمراجعة القرارات الإدارية النهائية.

٣. الدعاوى التي يقدمها ذوو الشأن بمراجعة القرارات النهائية الصادرة من لجان إدارية ذات اختصاص قضائي.

٤. الدعاوى الخاصة بالرواتب والمعاشات والمكافآت وما في حكمها المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم.

٥. دعاوى التعويض المتعلقة بالخصومات الإدارية، سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية.

٦. الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك دون إخلال بحكم المادة (٦مكرراً) من هذا القانون[١].

٧. المسائل الأخرى التي تنص القوانين على اختصاص المحكمة بها.

ويعتبر في حكم القرارات الإدارية المنصوص عليها في البندين رقمي (١، ٢) من هذه المادة، رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح».

---

١. تنص المادة (٦ مكررا) من قانون محكمة القضاء الإداري المشار إليه على أن: « تسري أحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على الخصومات المتعلقة بالعقود الإدارية. ويكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون المذكور إلى القضاء فيما يتعلق بالعقود الإدارية للدائرة الابتدائية أو للدائرة الاستئنافية أو لرئيس المحكمة بحسب الأحوال».

ثالثاً: الاختصاص الولائي الاحتكاري للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية في الكويت:

على الرغم من عدم تفعيل المشرع الكويتي ما ينص عليه دستور الكويت[1] من جواز إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري، إلا أن المشرع أنشأ دائرة إدارية بالمحكمة الكلية جعل اختصاصها بالمنازعات الإدارية لها وحدها دون غيرها، فهي ذات اختصاص احتكاري بنظر هذه المنازعات، إذ تنص المادة (١) من المرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية على أن: «تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تُشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض:

أولاً: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.

ثانياً: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الصادرة بالتعيين في الوظائف المدنية.

ثالثاً: الطلبات التي يُقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية.

رابعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم ويستثنى من ذلك إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء».

وتنص المادة (٢) من ذات القانون على أن: «تختص الدائرة الإدارية وحدها دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر».

وتنص المادة (٥) على أن: «تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود: ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً في المادة الأولى، كما تكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية»[2].

---

١. تنص المادة (١٦٩) من دستور الكويت على أن:» ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون».

وتنص المادة (١٧٠) من الدستور على أن:» يرتب القانون الهيئة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة، وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح، كما يرتب تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء».

وتنص المادة (١٧١) على أنه: « يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين».

٢. كما تنص المادة (١٢) من المرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ المشار إليه على أن:" تكون الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية قابلة للاستئناف إذا كان النزاع غير مقدر القيمة أو كانت قيمته تتجاوز ألف دينار، وفيما عدا ذلك يكون الحكم نهائياً".

وتنص المادة (١٣) من ذات المرسوم بقانون على أن:» ترتب بمحكمة الاستئناف العليا غرفة خاصة أو أكثر للنظر فيما يستأنف من الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية».

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية، في هذا الصدد، بأن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يثار الدفع بعدم الاختصاص الولائي عند نظر دائرة أخرى خلاف هذه الدائرة لتلك المنازعات، واختصاصها بالعقود الإدارية ليس قاصراً على العقود المسماة وإنما يمتد إلى كافة العقود الإدارية، ذلك أن اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية يرجع إلى ما تتضمنه من روابط هي من مجالات القانون العام [١].

رابعاً: الاختصاص الولائي الاحتكاري للدائرة الإدارية بالمحكمة الابتدائية في قطر:

كما الحال في الكويت أنشأ المشرع في قطر دائرة إدارية أو أكثر تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات الإدارية التي حددها، إذ تنص المادة (٢) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٧ بشأن الفصل في المنازعات الإدارية على أن:» تنشأ بالمحكمة الابتدائية دائرة إدارية أو أكثر تشكل كل منها من ثلاثة قضاة، تختص دون غيرها، بنظر المنازعات الإدارية المحددة بهذا القانون».

وتنص المادة (٣) من ذات القانون على أنه: «مع مراعاة حكم المادة (١٣) من قانون السلطة القضائية المشار إليه، تختص الدائرة الإدارية، دون غيرها، بنظر المنازعات الإدارية التالية:

١. المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين أو لورثتهم، أياً كانت درجاتهم الوظيفية.

٢. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بترقية الموظفين من الدرجة الأولى فما دونها وما يعادلها أو إنهاء خدمتهم، والقرارات التأديبية الصادرة بشأنهم.

٣. الطلبات التي يقدمها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، عدا الأوامر والمراسيم والقرارات الأميرية، والقرارات الصادرة بموجب القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية المجتمع، والقرارات الصادرة بموجب القوانين المتعلقة باللجوء السياسي والإقامة الدائمة، ودخول وخروج الوافدين وإقامتهم وإبعادهم، والجمعيات والمؤسسات الخاصة، والمراكز الدينية، والمطبوعات والنشر وتراخيص إصدار الصحف والمجلات، وتراخيص الأسلحة والذخائر والمتفجرات، ونزع الملكية للمنفعة العامة، والقرارات المتعلقة بتحديد العنوان الدائم للناخب والقرارات المتعلقة بالألقاب والانتساب للقبائل والعائلات.

٤. طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البندين (٢)، (٣) من هذه المادة، سواء رفعت بصفة أصلية أم تبعية.

٥. منازعات العقود الإدارية» [٢].

---

١. حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعون أرقام: ٣٨٣ لسنة ١٩٩٨، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢١، ٤١ لسنة ١٩٩٢، جلسة ١٩٩٣/١/٣١، ١٢٢ لسنة ١٩٨٨، جلسة ١٩٨٩/١/٢٣، المرجع التشريعي، ج٢، المجلد ٢، ص٧٧٧، ٧٨٦.

٢. كما تنص المادة (٨) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٧ المشار إليه على أن:" تنشأ بمحكمة الاستئناف دائرة تسمى " الدائرة الإدارية الاستئنافية" تشكل من ثلاثة من قضاة محكمة الاستئناف، تختص بالنظر فيما يلي: ١- الطعون التي يقدمها ذوو الشأن على الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية. ٢- الطعون الخاصة بالقرارات المتعلقة بانتخابات مجلس الشورى وانتخابات المجلس البلدي المركزي. ٣- طلبات الإلغاء والتعويض عن قرارات مجالس التأديب وقرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي».

المطلب الثاني
النتائج العملية للأخذ بنظام القضاء المزدوج

للتدليل على أهمية الأخذ بنظام القضاء المزدوج لمزاياه المشار إليها سلفاً يمكن، نعرض لمقارنة بسيطة بين عقد المقاولة من جهة، والذي يُعرَّف بأنه عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه [١]، (كما لو تعاقد شخص مع مقاول على بناء منزلٍ له) وبين عقد الأشغال العامة من جهة أخرى، وهو عقد مقاولة بين جهة الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة بالعقد [٢]، (مثل عقد بناء مستشفى حكومي، أو مدرسة حكومية).

فالأول عقد مدني من عقود القانون الخاص المسماة التي تطبق بشأنها أحكام القانون المدني، بينما الآخر عقدٌ إداريٌ من العقود الإداريةِ المسماة، وتُطبق بشأنه في الأصل الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية، وهي تختلف عن أحكام القانون المدني على النحو السالف الإشارة إليه في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية «شركة غاز بوردو».

ولا تقتصر أهمية التمييز بين هذين العقدين على أنه - حال الأخذ بنظام القضاء المزدوج - يجب على ضوء نوعية العقد (مدنياً كان أم إدارياً) تحديد الجهة القضائية المختصة (القضاء العادي أم القضاء الإداري) بنظر المنازعة التي تثور بشأن أي منهما، بل يتعدى أثر التمييز بينهما إلى أمر ذي أهمية قصوى، وهو تحديد القواعد القانونية التي تحكم المنازعة التي تثار بشأن عقد الأشغال العامة؛ وسبب هذا خصوصية القواعد التي تحكم العقود الإدارية عامة عن تلك التي تحكم عقد المقاولة بل وسائر العقود المدنية، ومنها - على سبيل المثال - أنه لا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة بعقد إداري أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه إذا تراخت هي عن الوفاء بالتزامها، بل عليه التنفيذ ثم المطالبة بالتعويض حتى لا يتوقف سير المرفق العام الذي يتصل موضوع العقد به وتضار المصلحة العامة التي يتم تغليبها على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، بينما يجوز هذا في عقد مقاولة المباني وذلك لتساوي مصلحة طرفي العقد وعدم تغليب أحدهما على الأخرى[٣]، كما تتمتع جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها

١. تراجع المادة (٥٨٤) من القانون المدني.

٢. حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣، مج مبادئها في (١٥) عاماً (١٩٤٦-١٩٦١)، ص٢٠١٠.

٣. الدفع بعدم تنفيذ العقد كما يدل عليه اسمه هو دفع وليس دعوى، ووسيلة دفاعية لا هجومية يقررها القانون للمتعاقد الذي يكون في نفس الوقت دائناً ومديناً للمتعاقد الآخر، ويخوله بمقتضاها الحق في أن يدفع مطالبة غريمه بالدين الذي له، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه. (في هذا المعنى، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ط٣، ١٩٩٩، ص٢٠٦).

والفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الدفع هي أنه «إذا أردت أن تأخذ ما لك فعليك أن تفي بما عليك» فقوامه الارتباط والتقابل بين الالتزامات». (في هذا المعنى، د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول - العقد، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨١، ص١٠٠٥).

بعقد إداري بسلطات استثنائية واسعة (مثل فسخ العقد بإرادتها المنفردة للمصلحة العامة، وتوقيع غرامات تأخير على المتعاقد معها، وسحب العملية منها وتنفيذها على حسابه لتقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومصادرة ضمان التنفيذ) ولا وجود لمثل هذه السلطات في العقود المدنية.

ويكشف ما سلف ذكره، عن أهمية العلم بالعناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري، وهي أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً (المعيار العضوي)، وأن يتصل العقد بتنظيم أو تسيير مرفق عام، وأن يتبع في شأنه أسلوب القانون العام بأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة لمصلحة جهة الإدارة، مثل سلطتها في توقيع غرامة التأخير، وفسخ العقد دون حاجة للجوء إلى القضاء (المعيار الموضوعي).

فبتوافر هذه العناصر يكون العقد إدارياً بطبيعته ووفقاً لخصائصه الذاتية وليس بتحديد القانون أو وفقاً لإرادة الطرفين فكل عقد تتوافر فيه هذه العناصر يكون عقداً إدارياً يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات بشأنه، بينما لو تخلف عنصر منها كان العقد مدنياً ويختص القضاء العادي بنظر المنازعة بشأنه.

وسوف نعرض أمثلة عملية في التمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية للقضاء الإداري في دول الخليج العربية التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج وتلك التي بها دائرة إدارية ذات اختصاص ولائي احتكاري، وأثره في مواكبة الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة؛ وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أثر القضاء المزدوج في التمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

الفرع الثاني: أثر القضاء المزدوج في مواكبة الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة.

الفرع الأول
أثر القضاء المزدوج في التمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية

ساهم وجود قضاء إداري في مصر [1]، والسعودية [2]، وسلطنة عمان [3]، والدائرة الإدارية في

١. الأحكام التالية لدى كل من:

– المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم١٣لسنة١ق تنازع، جلسة١٩٨٢/١/٢ مجلة إدارة قضايا الحكومة، س٢٦، ع٢، أبريل- يوليو ١٩٨٢، ص٩٦، وحكمها في القضية رقم ١٦لسنة ٢٧ ق تنازع، وجيز أحكام المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها حتى سبتمبر ١٩٩٨، نقابة المحامين، ١٩٩٩، ص٢٣٣.

– إدارية عليا، الطعون أرقام: ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق ع، جلسة ٢٠٠٠/٤/١٨، ١٩١١ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٦/٦، ١٧٠٧، ١٧٤١، ١٧٥٢ لسنة ٤١ ق.ع، جلسة ١٧٩٠/٨/٢٢، ٢٠٠٠ لسنة ٤٥ ق.ع، جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤، وحكم دائرة توحيد المبادئ في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ق بجلسة ١٩٩٧/١/٢، وحكم الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٥٤٤ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٢٠٠٦/١/١٧، ٢٤٧٧ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٢٠٠٤/١/١٧.

٢. ديوان المظالم، القرارات أرقام: ١٨١/ت/١ لعام ١٤٠٩ هـ، القضية رقم ٧٨١/١/ق لعام ١٤٠٨ هـ، ٢٢٣/١/ق لعام ١٤٠٠ هـ، ٤/د/٢ لعام ١٤٠٠، القضية رقم ٢١٢/١ لعام ١٣٩٩ هـ، أشار إليها د. علي شفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ٢٠٠٢، ص٢٢٣ وما بعدها، والحكم رقم ١٠٣/ت/١ لعام ١٤٠٦ هـ، أشار إليه د. نذير الطيب: نظرية العقود الإدارية – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ٢٠٠٦، ص٧٣.

٣. أحكام محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان في الدعوى الابتدائية رقم ٣٧ لسنة ٣ق، جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٨، مج المبادئ

الكويت [١]، وسوريا [٢] في الأخذ بالعناصر الثلاثة المشار إليها المميزة للعقد الإداري، والجمع بين المعيارين العضوي والموضوعي في تمييز العقد الإداري. وعلى الرغم من أن البحرين لا تأخذ بنظام القضاء المزدوج إلا أن المحكمة الكبرى المدنية سارت على ذات النهج [٣].

ولغياب التخصص عن القاضي، قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بما يخالف المعيار المميز للعقد الإداري، وذلك في منازعة توجز وقائعها في أن جهاز مدينة العاشر من رمضان (أحد أجهزة الدولة التابعة لوزارة الإسكان والمرافق) أسند إلى مقاول أعمال الحفر، والردم، والتسوية بمناطق الغابات بالمدينة في غضون عام ١٩٧٩ دون تحديد للفئات التي سوف تتم محاسبته على أساسها، وتم محاسبته بسعر (٩٥٠) مليماً لمتر الحفر،(٤٥٠) مليماً لمتر الردم، (١٥٧) مليماً لمتر التسوية، بينما تم مُحاسبة مقاولين آخرين عن ذات الأعمال بأسعار تزيد على هذه الأسعار، وبمقارنة جملة الأعمال التي قام المقاول بها والفارق بين ما تقاضاه بالفعل على الفئات التي حوسب عليها والفئات التي حوسب المقاولون الآخرون عليها، طالب جهة الإدارة بسداد مبلغ (٣٦٨٢٩١ر٤٤٤) جنيهاً، وإذ لم تستجب له اختصم كلاً من رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لتنمية المدن الجديدة، ورئيس جهاز تنمية مدينة العاشر من رمضان، ووزير التعمير والمجتمعات الجديدة بصفاتهم في دعوى قضائية لدى محكمة جنوب القاهرة الابتدائية طالباً المبلغ المشار إليه وتعويضه بنصف مليون جنيه، وقد رفضت المحكمة الدفع المبدى من المدعى عليه الأول بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وقضت برفضها، وتأيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف، فطعن المقاول لدى محكمة النقض وقضت برفض الطعن [٤].

والجدير بالذكر أن محكمة النقض لم تبحث في هذه المنازعة الاختصاص الولائي لمجلس الدولة – رغم الدفع المشار إليه المبدى أمام محكمة أول درجة – باعتبار أن الفصل في هذا الاختصاص لازم ولو لم يثره الخصوم لتعلقه بالنظام العام.

القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الثالث والرابع ٢٠٠٣– ٢٠٠٤، ص٨١٨، والدعوى الابتدائية رقم ١١٠ لسنة ٤ق، جلسة ٢٠٠٥/٤/٥، مج المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ٢٠٠٥– ٢٠٠٦، ص٦٨٢، والدعوى الابتدائية رقم ٨١ لسنة ٦ق، جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٥، المصدر السابق، ص٩٨٧، والاستئنافين رقمي ١١٢و١١٧ لسنة ٦ق س، جلسة ٢٠٠٧/٢/٢٥، مج المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي السابع ٢٠٠٦ – ٢٠٠٧، ص١٩٤، والاستئنافين رقمي ٣٦ و ٤٣ لسنة ٧ ق س، جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٠، المصدر السابق، ص٣٠٨.

١ ٤١ لسنة ١٩٩٢، جلسة ١٩٩٣/١/٣١، مج قواعدها القانونية في المدة من ١/١/ ١٩٩٢– ١٩٩٦/١٢/٣١، قسم٣، مجلد١، يوليو١٩٩٩، ص٤٠٨، ٤٤٤، ٤٥٠ لسنة ١٩٩٨، جلسة ١٩٩٩/٣/١٤، ١٢٢ لسنة ١٩٨٨، جلسة ١٩٨٩/١/٢٣، ومحكمة استئناف الكويت، الاستئناف رقم ١٣٢ لسنة ١٩٨، جلسة ١٩٨٢/٣/١٦، المرجع التشريعي، ج٢، مجلد٢، ص٧٦٠، ٢٣٣، وفتوى إدارة الفتوى والتشريع بالكويت رقم ٩٤١ بتاريخ ١٩٩٩/٤/٢٨، المرجع رقم ٩٩/٤٠/٢، ذات المصدر، ص٢٨٣، ورقم ٧٨/١٥/ق٣، أشار إليها د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري الكويتي، ١٩٦٩، دار النهضة العربية، ص٤٥٩.

٢. حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا في الطعن رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٦.

٣. حكم المحكمة الكبرى المدنية بالبحرين في الدعوى رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٩٥.

٤. نقض مدني، الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٩، جلسة ١٩٩٤/٦/١٥، مجلة القضاة، س٢٧، ع١، يناير– يونية ١٩٩٤، ص٣٠٠ وما بعدها.

ونرى أن السبب في فصل كل من محكمتي أول وثان درجة ومحكمة النقض في هذه المنازعة رغم عدم الاختصاص الولائي لجهة لقضاء العادي بالفصل فيها، يرجع إلى تكييفهم للعقد المبرم بين المقاول وجهاز مدينة العاشر من رمضان على أنه عقد مقاولة من عقود القانون الخاص، بينما هو عقد أشغال عامة من العقود الإدارية التي ينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاتها وما يتفرع عنها من منازعات لمحاكم مجلس الدولة وحدها دون غيرها، فأحد طرفي هذا العقد شخص معنوي عام، وقد تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، واتصل بنشاط مرفق عام بغية تحقيق نفع عام من الانتفاع بدومين عام (مناطق الغابات بمدينة العاشر من رمضان) وليس دومينا خاصاً.

بينما في منازعة مماثلة تماماً للمنازعة السالف ذكرها، تَخلُص في أن رئيس جهاز مدينة العاشر من رمضان أسند إلى مقاول، أعمال الحفر والردم والتسوية لقطاع الزراعة بالمدينة خلال عام ١٩٧٨ بالاتفاق المباشر دون تحديد للفئات التي سوف تتم المحاسبة على أساسها، وتمت محاسبة المقاول بذات فئات الأسعار السالف ذكرها وهي (٩٥٠) مليماً لمتر الحفر، و (٤٥٠) مليماً لمتر الردم، و(١٥٧) مليماً لمتر التسوية، ونظراً لأن الجهاز حاسب إحدى شركات المقاولات عن أعمال مماثلة عام ١٩٧٩ على أساس (٨٠٠٠) مليم لكل متر مكعب من الحفر والردم والتسوية، فقد ارتأى المقاول أن مساواته بغيره تقتضي استحقاقه لمبالغ مالية. طالب بها وبتعويض عن الحرمان منها بموجب دعوى رفعها أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية التي قضت بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها وبإحالتها إلى محكمة القضاء الإداري التي قضت برفضها، فطعن المقاول لدى المحكمة الإدارية العليا، وفي معرض دفاع جهة الإدارة – في هذا الطعن – استندت إلى محاسبة المقاول... الذي رفضت محكمة النقض طعنه السالف الإشارة إليه بذات الأسعار التي حوسب بها الطاعن، وانتهت المحكمة الإدارية العليا إلى محاسبته بسعر (١٫٢٠٠) جنيه لمتر الحفر، و(٥٠٠) مليماً لمتر الردم، وجنيه لمتر التسوية، وقضت بأحقية ورثته في مبلغ (٧٩٨٧٣٫٧٩) جنيهاً وفوائده القانونية بواقع ٥٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية حتى تمام السداد [١].

وفي منازعة أخرى توجز في أن هيئة عامة أسندت إلى مقاول عملية إنشاء خمسة كباري ومصبات وترميم عشرين كوبرياً ومصباً، ولقيام جهة الإدارة بسحب العمل منه، طعن على قرارها أمام محكمة الجيزة الابتدائية بالدعوى رقم ٣٨٣٠ لسنة ١٩٩٤ حيث قضت برفضها، فأقام دعوى بذات الطلب لدى محكمة القضاء الإداري وإذ قضت بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، طعن في هذا الحكم لدى المحكمة الإدارية العليا التي قضت بأن المنازعة متعلقة بعقد توافرت فيه مقومات العقد الإداري من وجود أحد طرفيه جهة إدارية وتعلقه بمرفق عام وتضمنه شروطاً غير مألوفة في مجال العقود المدنية، وبالتالي فإن الاختصاص بنظر المنازعة المتعلقة به يجعلها تخرج عن دائرة اختصاص

١. إدارية العليا، الطعن رقم ٢٦٧٦ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٩٩٨/٩/٢٢، وراجع أيضاً من أحكام الإدارية العليا في منازعات مشابهة للمنازعة موضوع الطعن السالف الذكر، حكمها في الطعن رقم ٥٢٧٨ لسنة ٤٢ ق ع، جلسة ٢٠٠٠/٤/٤.

القضاء العادي لتدخل في دائرة اختصاص القضاء الإداري ويكون الحكم الصادر في الدعوى سالفة الذكر صادراً من جهة قضائية غير مختصة ولائياً بنظرها، وبالتالي لا يحوز حجية أمام القضاء الإداري، ولا يمنع والحالة كذلك محكمة القضاء الإداري من معاودة بحث موضوع الدعوى المشار إليها وإنزال صحيح حكم القانون على واقعه النزاع، والالتفات عن الدفع المبدى أمامها بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لعدم قيامه على سند من صحيح القانون، وإذ أخذ الحكم المطعون فيه بغير ذلك واعتد بهذا الدفع وقضى به، فإنه يكون مخالفاً صحيح القانون من المتعين القضاء بإلغائه وإعادة الدعوى إلى ذات المحكمة للفصل فيها بهيئة مغايرة بحكم حاسم للنزاع [١].

ويُستفاد مما تقدم ذكره، أن وجود القضاء الإداري يساهم في الإلمام بما يدخل في اختصاصه من منازعات العقود الإدارية، فيسهل التمييز بين العقد الإداري وغيره من العقود المدنية، فضلاً عن الإلمام بنظريات القانون الإداري الأخرى، مثل القرار الإداري، والمرفق العام، والضبط الإداري... إلخ.

الفرع الثاني
أثر القضاء المزدوج في مواكبة الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة

من ثمرات الأخذ بنظام القضاء المزدوج مواكبة القضاء الإداري للاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة على المستويين الدولي والعربي، والإقليمي، ومن ثم الأخذ بها والعمل على توحيدها، فضلاً عن جني ثمار التخصص المتمثلة في زيادة كفاءة القضاة العاملين في هذا المجال وابتكارهم فيه، وللدلالة على هذا نسوق الأمثلة التالية المستقاة من الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج أو التي أنشأت دائرة تختص ولائياً بالفصل في المنازعات الإدارية:

١. القاعدة العامة هي عدم خضوع العقود الإدارية لدعوى الإلغاء، وللتلطيف من حدة هذه القاعدة استحدث مجلس الدولة الفرنسي نظرية جديدة عرفت بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، ومقتضى ذلك أنه إذا كانت عملية التعاقد مركبة، أي: تشتمل على إجراءات وقرارات متعددة، وأمكن فصل أحد هذه القرارات دون أن يؤثر ذلك على مشروعية العقد، فإن هذا القرار يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء أو الإبطال، والطعن بالإلغاء في هذه القرارات يمكن تصوره في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه [٢]، وقد واكبت محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، بقولها: إنه يتعين في ضوء عملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية، النوع الأول: وهي القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد، وهي تسمى القرارات المنفصلة كالقرار الصادر

١. إدارية عليا، الطعن رقم ٣٨٠٥ لسنة ٤٤ ق ع، جلسة ٢٠٠٠/١/٢٥.

٢. د. رمزي هيلات: منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص٣٧٢.

باستبعاد أحد المتناقصين أو المتزايدين أو بالإرساء على شخص معين، فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالطعن على القرارات الإدارية النهائية. والنوع الآخر: وهو يتعلق بالقرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها، والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بفسخ العقد، إذ إن العقد الإداري قد نشأ بين طرفيه وتجاوزت علاقتهما المراحل التمهيدية لإبرام العقد، فهنا يكون مناط اختصاص محكمة القضاء الإداري ليس على أساس اختصاصها بالقرارات الإدارية النهائية، وإنما على أساس أنها المحكمة ذات الولاية العامة فيما يتعلق بنظر الخصومات المتعلقة بالعقود الإدارية [١].

ويتفق هذا الاتجاه مع المستقر عليه في مجلس الدولة المصري من أن ما تُصدِره الإدارة من قرارات تنفيذاً لنصوص العقد كالقرارات الخاصة بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية، أو بفسخ العقد، أو بإنهائه كل هذا يدخل في منطقة العقد وينشأ عنه، وبالتالي فإن المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها على أساس ولاية القضاء الكامل، دون ولاية قضاء الإلغاء ولا يتقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء، ومن ثم يكون الطعن بعدم الصحة في القرار المطعون فيه في غير محله؛ لأنه لا يكتسب صفة القرار [٢].

وتتمثل أهمية التمييز بين القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، والقرارات التي تُصدِرها الجهة المتعاقدة تنفيذاً للعقد، في ارتباط النوع الأول عند الطعن عليه بدعوى إلغاء القرار الإداري التي يُحدد المشرع ميعاداً لرفعها وبفواته يسقط الحق في إقامتها، ويصبح القرار الإداري مُحصناً ضد الطعن بالإلغاء، بينما يرتبط النوع الآخر من القرارات بدعوى القضاء الكامل التي لم يُحدد لها المشرع ميعاداً لرفعها، حيث تتقادم بتقادم الحق المدعى به، والقاعدة في هذا الشأن أنه ما لم يوجد نص خاص، فإنها تتقادم بمرور خمس عشرة سنة [٣].

---

١. حكم محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان في الدعوى الابتدائية رقم ٣٧ لسنة ٣ق، جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٨، مج المبادئ القانونية التي قررتها في العامين القضائيين الثالث والرابع ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص٨١٨ وما بعدها. وحكم محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان في الاستئناف رقم ٦ لسنة ٤ ق. س، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤، مج المبادئ القانونية التي قررتها في العامين القضائيين الخامس والسادس ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦، ص١٥٩.

٢. إدارية عليا، الطعنان رقما ٢٣٤٨ لسنة ٣٦ ق.ع، جلسة ١٩٩٥/٣/٧، ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ ق.ع، جلسة ١٩٩٤/١١/٢٩، مج العقود في (٤٠) عاماً، ص١٣٢ وما بعدها، وحكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣، مج مبادئ القضاء الإداري في (١٥) عاماً، ج٢، ص٢٠٣٩، وإدارية عليا الطعون: ٣٠٨٤ لسنة ٣٦ ق.ع، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٣، س٤٠ ق، ص٥٧١، ٥٦٦٨ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ١٩٩٩/٦/٢٥، ٢٠٤٨ لسنة ٣٧ ق.ع، جلسة ١٩٩٩/٢/٢، ٦١٥٩ لسنة ٤٤ ق.ع، جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠، فتوى الجمعية العمومية، رقم ٣٩٩ في ١٩٦٠/٥/١٦ جلسة ١٩٦٠/٥/٤، مج مبادئها، س١٤—١٥، ص ١٨٨، وقضاء إداري، القضية رقم ٨٦٧ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٩، مج مبادئها، س١٢-١٣ ق، ص٢٦.

٣. في هذا المعنى، د. صبري محمد السنوسي: أحكام التقادم في مجال القانون العام - دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٥، ص١٩٧ وما بعدها، د. عبد الغني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري، الدار الجامعية للنشر، ١٩٩٢، ص١١٢.

٢. كان من ثمار الأخذ بنظام ازدواج القضاء في سلطنة عمان أن أخذت محكمة القضاء الإداري بالمسؤولية على أساس المخاطر في نطاق العقد الإداري الذي تحكمه في الأصل قواعد المسؤولية العقدية - وهو ما يمثل تطوراً كبيراً في مجال القضاء الإداري في سبيل تحقيق العدالة - فقد قررت المحكمة أن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن الجهة الإدارية لا تُجبر على استمرار علاقاتها التعاقدية معها، ويحق لها أن تُنهي العقد الإداري الذي أبرمته مع المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ودون أي خطأ من جانبه لدواعي المصلحة العامة، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له مقتض، والقاعدة في تحديد مقدار الضرر عن الإنهاء المبتسر للعقد هي تعويض المضرور بمراعاة ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وذلك على أساس المسئولية العقدية بلا خطأ، بيد أن هذا الحق مشروط بتوافر أمرين، الأول: أن تجد ظروف تستدعي هذا الإنهاء تحقيقاً للمصلحة العامة. والآخر: أن تتوافر في قرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية، ولما كان السبب الحقيقي لإنهاء العقد، أن الأرض محل التعاقد - وبطلب من وزارة الخارجية ضمها إليها لإقامة منشآت وقائية عليها في المستقبل - قد خرجت من نطاق الاستخدام السياحي بقرار معالي وزير ديوان البلاط السلطاني، وبالتالي لم تعد تصلح أن تكون محلاً لهذا العقد بعد ما استجد في شأنها من تغيير تخصيصها تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن ثم يكون السبب الحقيقي للإنهاء لا دخل للوزارة المتعاقدة فيه ويكون هذا الإنهاء قد تم بغير خطأ من جانبها، إلا أنها مع ذلك - أي رغم تحول قرار الإنهاء إلى قرار مشروع - تتحمل تكاليف تحقيق المصلحة العامة التي استوجبت إنهاء العقد وذلك بتعويض المتعاقد معها تعويضاً عادلاً عما أصابه من أضرار، ينأى عن الغبن والإثراء بلا سبب في آن واحد، وقضت المحكمة بإلزام وزارة الإسكان والكهرباء والمياه بتعويض الشركة المدعية (المستأنفة) - التي تضررت من الإنهاء المبتسر للعقد - تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب بمبلغ إجمالي مقداره (٣٦٧،٢٩٩،٣٩٠) ثلاثمائة وسبعة وستون ألفاً ومائتان وتسعة وتسعون ريالاً وثلاثمائة وتسعون بيسة [١].

٣. أكدت محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان على أخذها بالمسؤولية على أساس المخاطر (المسؤولية دون خطأ)، وأسستها على القاعدة التي تقضي بأنه «لا ضرر ولا ضرار» المستمدة من فقهنا الإسلامي، حيث قررت أنه ليس هنالك ما يحول دون إعمال المحكمة لاجتهادها في سبيل تحقيق العدالة، سيراً على النهج الذي رسمت معالمه الدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في الدعوى رقم (٦) لسنة ٤ ق. س، حيث أقرت مبدأ التعويض عن قرار إنهاء عقد إداري دون خطأ من جانب الإدارة التي أصدرته بمقولة أن الإدارة « تتحمل تكاليف تحقيق المصلحة العامة

١. حكم محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان في الدعوى الابتدائية رقم ١٤٥ لسنة ٦ق، جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٥، مج المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي السابع ٢٠٠٦- ٢٠٠٧، ص٦١٥. وحكمها في الاستئناف رقم ٦ لسنة ٤ق س، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤، مج مبادئها القانونية في العامين القضائيين الخامس والسادس ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص١٥٩، وأيضاً حكمها في الاستئناف رقم ٢ لسنة ٣ ق. س، جلسة ٢٠٠٣/٦/٢١، مج مبادئها في العامين القضائيين الثالث والرابع ٢٠٠٣- ٢٠٠٤، ص١٢٣.

التي استوجبت إنهاء العقد وذلك بتعويض المتعاقد معها تعويضاً عادلاً، عما أصابه من أضرار، ينأى عن الغبن والإثراء بلا سبب في آن واحد» ويتعين لذلك توسيع قاعدة التعويض في دعاوى التعويض الأصلية المرفوعة على أساس البند (٦) من المادة (٦) من قانون المحكمة، من خلال عدم الاشتراط الآلي بأن يكون القرار موضوع طلب التعويض معيباً بأحد العيوب الأربعة المنصوص عليها في البنود (٢)، (٣)،(٤)، (٥) (عيب عدم الاختصاص، أو العيب في الشكل، أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو عيب إساءة استعمال السلطة) وإنما بإجازة التعويض عن قرارات الإدارة ولو صدرت صحيحة كلما ثبت أنها ألحقت بشخص المدعية ضرراً خاصاً وغير عادي، ذلك أن اقتصاد الدولة إنما أساسه العدالة وقوامه التعاون البناء بين النشاط العام والنشاط الخاص، عملاً بحكم المادة (١١) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١)، ومن ثم فإن سلطة الإدارة في تقدير المصلحة العامة ورسم السبل التي تتبعها ينبغي أن يتم في إطار العدالة سالفة الذكر، ولذلك فإنها إذا رغبت الرجوع في موقفها عن تنفيذ مشروع استثماري لأحد الأشخاص وثبت لديها حصول ضرر غير عادي بصاحب المشروع فإنها تكون ملزمة بتعويض ذلك الضرر، عملاً بالقاعدة الأصولية المستمدة من فقهنا الإسلامي بأنه «لا ضرر ولا ضرار» واستناداً إلى مبدأ التعويض على أساس قاعدة المساواة أمام الأعباء العامة التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي واستقرت على اعتمادها عديد من النظم القضائية المقارنة كسبيل لإقرار مسئولية الإدارة عن أعمالها ولو بدون خطأ، وتبني المحكمة مبدأ التعويض في هذه الدعوى على توافر الضرر وعلاقة السببية بينه وبين العمل الضار الصادر من جهة الإدارة، نتيجة قرارها المنوه عنه سابقاً، وذلك وفقاً لما سلف تأكيده من أنه لا ضرر ولا ضرار، وتطبيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فإن المحكمة تجد أن الجهة المدعى عليها معنية في تحمل المسئولية وما يترتب عنها من تعويض لمصلحة الشركة المدعية [١].

٤. قررت محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان أن المسلم به في الفقه والقضاء الإداريين أن سلطة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، وهي في ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأً، ولكنها تستعمل حقاً. ومن ثم فإن سلطة التعديل

١. حكم محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان، الدعوى الابتدائية رقم ٤ لسنة ٤ق، جلسة ٢٠٠٥/١/٤، مج مبادئها القانونية التي قررتها في العامين القضائيين الخامس والسادس ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص٥٥٦ وما بعدها.

لا تستمد من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق، واتصال العقد به ووجوب الحرص على حسن سيره وانتظامه [١].

ويتواكب هذا القضاء ويتفق مع المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي[٢] ومجلس الدولة المصري[٣] من أن فكرة المرفق العام ومقتضيات استمراره هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية والتي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، وأن التعاقد يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة، وذلك انطلاقاً من تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة دائماً حق تغيير شروط العقد وتعديله بما يتفق مع الصالح العام.

٥. حينما تتعاقد جهة الإدارة مع مقاول جديد ليحل محل المقاول المقصِر الذي سَحَبت منه الأعمال التي قصَّرَ في تنفيذها لتنفذها على حسابه؛ قد يتحقق وفر مالي أو بمعنى آخر نقص في تكلفة تنفيذها حينما تكون أسعار البنود التي نفذها المقاول الجديد أقل من أسعارها التي سبق وأن حددها المقاول المقصِّر، ولئن كان هذا قليل الحدوث عملاً، بيد أنه غير مستحيل الوقوع، خاصة حينما يتم التعاقد على استكمال تنفيذ الأعمال المسحوبة عن طريق المناقصة العامة، ويثار التساؤل عمن يستفيد من هذا الوفر المالي، جهة الإدارة أم المقاول المُقصِّر؟

وتذهب غالبية الفقه إلى استفادة الإدارة وحدها دون المقاول المسحوب منه العمل من ذلك الوفر المالي أو النقص في النفقات، على أساس عدم استفادة المقاول المخطئ من تقصيره، وذلك عند خلو العقد من نص صريح على عودة هذا الوفر المالي إلى المقاول، يمنحه الحق في المطالبة به [٤].

---

١. حكم محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان، الدعوى الابتدائية رقم ١١١ لسنة ٥ ق، جلسة ٢٠٠٦/١/٢٩، مج المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦، ص٨١٧.

2. C.E, 27 juill 1932, Leonard, R.e.c, p.799.

- CE, 18 avril 1945, orefice, R.e.c, p.78.

- C.E 19 october 1934, société Alfred Herlicq et fils, R.e.c., p.938.

٣. حكم محكمة قضاء إداري، القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، سبق الإشارة إليه، وإدارية عليا، الطعون أرقام: ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٩٩٢/١١١/١٥، مج العقود في (٤٠) عاماً، ص٤٠٤، ٨٨٢ لسنة ١٠ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢، مج مبادئها في (١٥) عاماً، ج٢، ص١٨٦٨، ١٥٢٠ لسنة ٢ ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠، مج مبادئها في ١٠ سنوات، ص١٣٩٥، ١١٠٩ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، وفتوى الجمعية العمومية رقم ٣٤٢ في ٢٠٠٠/٦/٢١، ملف رقم ٤٨/٢/٧٨، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢، ورقم ٤٤٢ بتاريخ ٢٠٠٠/٨/١٧، ملف رقم ٣٦٣/١/٥٤، جلسة ٢٠٠٠/٦/٢١.

٤. د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، ص١٥٧، د. عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٥، ص٢٣٣.

في حين يرى البعض عودة الوفر المالي أو النقص في النفقات إلى المقاول إذا لم ينص العقد صراحة على خلاف ذلك، نظراً لأن الأصل تنفيذ الأعمال على نفقة المقاول [١].

ولقد قرر ديوان المظالم بالسعودية أحقية المقاول في الوفر المالي الذي يتحقق من عقده بعد تنفيذ الأعمال على حسابه، وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم، الذي أصبح قاعدة فقهية عظيمة: «إنما الخراج بالضمان...». واستناداً إلى قاعدة «الغرم بالغنم» المأخوذة من قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه». فالمقاول المسحوبة منه الأعمال له الخراج والغنم كما أن عليه الضمان والغرم، فالربح له والخسارة عليه، ولأن عقده مازال باقياً وساري المفعول، وسوف يتحمل هو مخاطر وتبعات التنفيذ على حسابه ويتحمل الزيادة لـو زادت قيـمة التنفيذ على حسابه [٢].

٦. من مظاهر توحيد الاتجاهات القضائية، ما قررته محكمة الاستئناف العليا الكويتية – الدائرة الإدارية من أن سلطة الإدارة في فسخ العقود الإدارية محكومة بأن يكون هناك إخلال جسيم من المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ يُعطِّل تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه وبحيث لا تكون هذه السلطة سيفاً مسلطاً على المتعاقد معها تستخدمه متى شاءت وكيفما تشاء، وأن ضمان انتظام المرفق العام وتسييره باطراد يتطلب بعض المرونة من جهة الإدارة مع المتعاقد معها لتكفل تنفيذ العقود وتؤمن سير المرفق العام، فضلاً عن أن تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل، أصل عام من أصول تنفيذ العقود كافة، لذا يجدر بالإدارة حال إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته العقدية أن تتبع بداءة أسلوب الضغط عليه عن طريق تهديده بغرامات التأخير والجزاءات الأخرى المنصوص عليها في العقد ثم توقيعها عليه لتنبيهه إلى أخطائه، مع حقه في تلافيها والقيام بتنفيذ التزامه على أكمل وجه، وبديهي أن تنتظر نتيجة هذا الأسلوب وتعطي المتعاقد معها الفرصة لتصحيح أخطائه قبل أن تلجأ إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة[٣].

وهذا الاتجاه القضائي هو ذات ما قررته محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان من أن فسخ العقد لإخلال المتعاقد مع جهة الإدارة بالتزاماته العقدية، ما هو إلا جزاء توقعه بإرادتها المنفردة على المتعاقد، ولذلك فإن حسن النية في التعامل الذي يجب أن يسود في تنفيذ العقود الإدارية يقتضي قبل

١. د. فؤاد العطار: عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه بالفرنسية، ص٢٧١ وما بعدها.

٢. حكم ديوان المظالم رقم ١٨/د/٣/١ لعام ١٤١٢ هـ، ورقم ٣٦/ت/١ لعام ١٤١٥ هـ، أشار إليه د. نذير الطيب: المرجع السابق، ص١١٥.

٣. حكم محكمة الاستئناف الكويتية، الطعنين ٥٩، ٩٧ / ١٩٩٦، جلسة ١٩٩٧/١/٢٧، المرجع التشريعي، ج٢، مجلد٢، ص٢٧٩. واستطردت المحكمة مقررة أنه طالما لم يكن الإخلال بالالتزام جسيماً يعطل تنفيذ العقد، وكان الثابت أن المخالفات المنسوبة للمتعاقد مع الجهة الإدارية لم تكن من الجسامة التي تبرر فسخ العقد سواء إذا قيست بعددها أم بحجمها بالنسبة لحجم الأعمال كلها، وأن الجهة الإدارية إذا كانت قد أوقعت على المتعاقد معها غرامات مقابل تلك المخالفات إلا أنها لم تنتظر الوقت الكافي حتى يظهر الدور الفعال لتلك العقوبة في حث المتعاقد معها على تصحيح أخطائه وأخذه الفرصة المعقولة لتلافي الإخلال في تنفيذ التزاماته، الأمر الذي يقتضي معه تعويض المتعاقد معها تعويضاً مناسباً لجبر الضرر الذي أصابه من جراء فسخ الوزارة لعقدها معه.

قيام جهة الإدارة بفسخ العقد، التحقق من إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، وأن يكون هذا الإخلال جسيماً، فإذا ما تبين أن الإخلال في تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه لا يرجع إلى المتعاقد، كان فسخ العقد من جانب جهة الإدارة باطلاً [١].

٧. من مظاهر توحيد الاتجاهات القضائية نتيجة لوجود القضاء الإداري، أنه في خصوص نظرية الظروف الطارئة المعمول بها في العقود الإدارية، يتطلب الفقه[٢] أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه عسيراً - وليس مستحيلاً - على نحو يجاوز السعة ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن المألوف في المعاملات التجارية، وهو ما يُعبر عنه بفكرة قلب اقتصاديات العقد أو شرط الإرهاق الفادح الذي يُعرف بأنه اختلال في التوازن الاقتصادي المحدد بين الأداء المستحق ومقابل ذلك الأداء، بحيث يترتب عليه أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي - مع إمكانه - مرهقاً للمتعاقد ويهدده بخسارة فادحة، فلا بد إذن أن تكون الخسارة الناجمة عن الظرف الطارئ استثنائية، بحيث إذا لم تتجاوز الخسائر العادية المألوفة في التعامل ما اعتبر سببها ظرفاً طارئاً؛ لأن التعامل مكسب وخسارة.

وهذا الاتجاه الفقهي السالف الذكر هو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي [٣]، ومجلس الدولة المصري [٤]، وديوان المظالم بالسعودية [٥]، ومحكمة التمييز الكويتية [٦].

---

١. حكم محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان في الاستئناف رقم ٦٦ لسنة ٤ق. س، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤، مج المبادئ القانونية التي قررتها في العامين القضائيين الخامس والسادس ٢٠٠٥ ٢٠٠٦، ص١٨٠، وحكمها في الدعوى الابتدائية رقم ١٩ لسنة ٧ق، جلسة ٢٠٠٧/٤/١٦، مج المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي السابع ٢٠٠٦- ٢٠٠٧، ص٦١٠ وما بعدها. وقد قضت المحكمة بعدم صحة فسخ العقد، وبتعويض الشركة المدعية بمبلغ ستة آلاف وخمسمائة ريال تعويضاً عن الأضرار التي لحقت بها جراء فسخ العقد الموقع بينها وبين الوزارة المدعى عليها في ٢٠٠١/١/١.

٢. في هذا المعنى، د. السنهوري: الوسيط، ج١، ١٩٨١، ص٨٧٦، د. توفيق شحاتة: مبادئ القانون الإداري، ج١، دار النشر للجامعات المصرية، ط١، ١٩٥٤– ١٩٥٥، ص٨٣٤، د. عبد الحي حجازي: تعليق على حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٦ ق.ع، جلسة ١٩٦٢/٦/٩، مجلة مجلس الدولة، س١٢، ١٩٦٤، ص٢٢٥، د. محمد السناري: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ص٧٢، د. محمود حلمي: العقد الإداري، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٧٧، ص١٢٨.

3. C.E.10 october 1984, Ent cottin jonneaux, R.D.P.1985, p.223.

C.E.20 décémber 1985, administration génerale de L'assistance publique à paris, R.D.P., 1986, p.1729.

٤. إدارية عليا، الطعون ١٥٦٢ لسنة ١٠ ق.ع، ٦٧ لسنة ١١ ق.ع، جلسة١٩٦٨/٥/١١، مج العقود في (١٥) عاماً، ص١٨٩، ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٨٧/٥/١٦، مج مبادئها، س٣٢ ق، ج٢، ص١٢٣٥، ٤٦ لسنة ١٤ق.ع، جلسة ١٩٧٢/٦/٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج١٨، ص٨٩٤، ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق.ع، جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦، وفتوى الجمعية العمومية ملف رقم ٢٥/٢/٧٨ في ١٩٩٢/١/١٧، المصدر السابق، ج٣٥، ص٣٩٥، وفتوى إدارة الفتوى والتشريع بالكويت رقم ٨٦/٥٠٣/٢، في ١٩٨٧/٢/١٧، مج مبادئها رقم١٠، ص١٤٩.

٥. ديوان المظالم، القرار رقم ٣ / ت لعام ١٤٠١ هـ، أشار إليه د. علي شفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ٢٠٠٢، ص٢٥٥، والقرار رقم ١/١٩ لعام ١٤٠٤ هـ، أشار إليه د. نذير الطيب: نظرية العقود الإدارية – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ٢٠٠٦، ص١٨٣.

٦. محكمة التمييز الكويتية، الطعون أرقام: ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠، جلسة ١٩٩٢/٢/١٧، ١٥٥ لسنة ١٩٩٢، جلسة ١٩٩٣/٢/٧، مج قواعدها القانونية في المدة من ١٩٩٢/١/١ إلى ١٩٩٦/١٢/٣١، قسم٣، مجلد٣، ص٧٨٥، ٢٠٤ لسنة ٩٠، جلسة ١٩٩٢/٢/١٧، ٢٣ لسنة ١٩٩٤، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠، المصدر السابق، ص١٦٢.

النتائج التوصيات:

خلصت هذه الدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية:

١. أن مزايا نظام القضاء المزدوج تجعله يفوق نظام القضاء الموحد، الأمر الذي جعل دولاً كثيرة تأخذ به، مثل: مصر، والمملكة العربية السعودية، وسلطنة عمان، ودولاً أخرى، مثل الكويت، وقطر مهدت للأخذ به.

٢. أن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكبرى بالمنازعات الإدارية في البحرين لا يعتبر أخذاً بنظام القضاء المزدوج ولا يحقق مزاياه، لأن اختصاصها بهذه المنازعات غير ولائي، بمعنى أنه لا يحول أن تفصل دائرة مدنية بالمحكمة في منازعة إدارية أو أن تفصل هذه الدائرة في منازعة مدنية، فلا يجوز الدفع أمام أي من دوائر المحكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى.

أن السادة القضاة الذين يعملون في الدائرة الإدارية يسري في شأنهم ما يسري على السادة القضاة زملائهم من التنقل بين كافة الدوائر النوعية مع بداية كل عام قضائي، فيجمعون بين العمل في الدوائر المدنية أو الجنائية والدائرة الإدارية، بينما الأفضل للاستفادة من مزايا التخصص أن من يعملون في الدوائر الإدارية يظلون بها ولا يُنقلون منها إلى غيرها حتى تزداد خبراتهم في القضاء الإداري، وتزداد فرص الاستفادة من مزايا التخصص، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود جهة مستقلة للقضاء الإداري [١].

٣. ننادي بالأخذ بالقضاء المزدوج كجهة مستقلة للقضاء الإداري في البحرين للاستفادة من مزايا التخصص في هذا القضاء التي تناولها البحث تفصيلاً.

٥. أن أخذ البحرين بنظام القضاء المزدوج – بعد أن أخذت به السعودية، وسلطنة عمان – من شأنه تحقيق ما يهدف إليه النظام الأساسي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية من وضع أنظمة متماثلة في الشئون التشريعية والاقتصادية والمالية والإدارية بحسب ما تنص عليه المادة الرابعة من نظامه الأساسي[٢]، وما يهدف إليه المجلس من تحقيق التكامل بين الدول الأعضاء في هذا المجال، باعتباره حلقة هامة من حلقات العمل باتجاه الاندماج، خاصة وأن جهوداً كبيرة يبذلها مجلس التعاون لتحقيق المزيد من التقارب بين الدول الأعضاء في المجالات القانونية [٣].

---

١. يقوم السادة المستشارون أعضاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكبرى، وكذا بمحكمة الاستئناف العالي – الدائرة الإدارية، بدور كبير لا يمكن إنكاره في رقابة المشروعية الإدارية على أعمال الإدارة وتصرفاتها، لكن الأخذ بنظام القضاء المزدوج يحقق المزايا السالف الإشارة إليها.

٢. تنص المادة الرابعة من النظام الأساسي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية على أن: «تتمثل أهداف مجلس التعاون الأساسية فيما يلي: تحقيق التنسيق والتكامل والترابط بين الدول الأعضاء في جميع الميادين وصولاً إلى وحدتها....

وضع أنظمة متماثلة في مختلف الميادين بما في ذلك الشئون الآتية:

... الشئون التشريعية والإدارية ...».

٣. اعتمد المجلس أنظمة (قوانين) إلزامية موحدة في مجالات الجمارك، والحجر الزراعي، والحجر البيطري، ومكافحة الإغراق والتدابير التعويضية، والتنظيم الصناعي الموحد. (قرارات المجلس الأعلى لمجلس التعاون في دوراته أرقام: ٢٢، ٢٤، ٢٥).

وأنجزت الأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية عدداً من الأنظمة (القوانين) الاسترشادية الموحدة لدول المجلس في عدة فروع للقانون وهي القانون المدني، وقانون الإثبات، والقانون الجزائي، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون الإجراءات المدنية، وقانون

٦. أن وجود جهة قضاء إداري مستقلة تراقب تصرفات الإدارة وتُخضِعها لأحكام المشروعية بما تُصدِره من أحكام لهو تعبير عن سيادة حكم القانون على الكافة في الدولة بما فيه مصالحها ومؤسساتها، وأنها تخضع لحكم القانون باعتبارها دولة قانونية تتقيد في ممارستها لسلطاتها بقواعد قانونية تعلو عليها.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: مراجع باللغة العربية:

الأستاذ/ علاء الزئبق: هل لتقسيم العمل عيوب فضلاً عن المزايا، على شبكة الإنترنت بالرابط الآتي: https://hrdiscussion.com/hr19267.html

الأستاذ/ محمد عبد الله ماجد الكواري: مقال موضوعه القضاء الإداري وتطبيقاته العملية في مملكة البحرين، منشور في مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بالبحرين، المجلد الأول، العدد الثالث، يوليو ٢٠١٤.

الأستاذان/ عكوش حسين، وعشاش سهيلة: بحث بعنوان الدولة الضابطة – تحول دور الدولة من متدخلة إلى ضابطة. منشور بالإنترنت على الرابط الآتي:
http://www.univ-bejaia.dz/jspui/bitstream

٤- الأستاذة / عائشة جلال الأصفر: ورقة بعنوان أهمية التخصص الدقيق في تطوير العمل الجماعي، منشورة على شبكة الإنترنت بالرابط الآتي: https://ziid.net

٥- الأستاذة/ شموخ الفهد: موقع منهل الثقافة التربوية على شبكة الإنترنت على الرابط الآتي: https://www.manhal.net/art/s/14168

٦- د. توفيق شحاته: مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى ١٩٥٤، ١٩٥٥.

٧- د. جابر جاد نصار: الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية.

د. جورجي شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

د. رمزي هيلات: دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية – دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، بحث منشور في مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بالبحرين، العدد السابع – يناير ٢٠١٧.

د. رمزي هيلات: منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء التعويض- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بالبحرين، العدد الثالث، يناير ٢٠١٥.

د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري – دراسة مقارنة – الكتاب الأول، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠١٤.

الأحداث، وقانون المحاماة، وقانون الأحوال الشخصية، وقانون التسجيل العقاري العيني.

د. صبري محمد السنوسي: أحكام التقادم في مجال القانون العام - دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٥.

د. عبد الحي حجازي: تعليق على حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٦ ق.ع، جلسة ١٩٦٢/٦/٩، مجلة مجلس الدولة، س١٢، ١٩٦٤.

د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي: القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٦٥.

د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول – العقد، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨١.

د. عبد الغني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري، الدار الجامعية للنشر، ١٩٩٢.

د. عبد اللطيف مصطفي، د. عبد الرحمن سانية: مقال بعنوان تغير دور الدولة تبعاً للظروف والمستجدات، مأخوذ من كتاب دراسات في التنمية الاقتصادية للمؤلفين.

د. عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٥.

د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية.

د. علي شفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ٢٠٠٢.

د. محمد السناري: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية.

د. محمود حلمي: العقد الإداري، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٧٧.

د. مصطفى كامل: مجلس الدولة - المبادئ العامة للقضاء الإداري وشرح قانون مجلس الدولة المصري، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، ١٩٥٤.

د. نذير الطيب: نظرية العقود الإدارية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ٢٠٠٦.

د. وجيه قانصو: الدولة الحديثة الخصائص والوظائف، بحث منشور على شبكة الإنترنت بالرابط الآتي: https://www.kas.de

محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤.

المستشار / عاطف خليل: النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، مستخرج من مجلة مجلس الدولة، س ٢٦.

المستشار الدكتور/ محمد ماهر أبو العنين: الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وإفتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا مع الإشارة للأساس الإسلامي لحقوق الإنسان – نظرة أولية – الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.

ثانياً: مرجع باللغة الفرنسية:

EL – ATTAR (FOUAD): Le marche de travaux publics, Thèse, paris, 1953, et éd Le CAIRE, 1955

ثالثاً: المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت:

http://www.univ-bejaia.dz/jspui/bitstream
https://www.kas.de
https://ziid.net
https://www.manhal.net/art/s/14168
https://mawdoo3.com
https://www.hindawi.org/books/608084798/
https://hrdiscussion.com/hr19267.html
https://mail.almerja.com/reading.php

الحقُّ في المساواةِ وعدمِ التمييزِ العنصري أمامَ القانونِ البحريني (دراسة مقارنة تحليليةَ في ضَوء التشريع البحريني والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري)

أ. محمد حمد فارس العيد

باحث دكتوراة في فلسفة القانون العام

كلية الحقوق- جامعة البحرين

الملخص

يُعد التمييز العنصري بشتى أشكاله من أخطر الصور التي تهدد حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وفي مقدمة تلك الحقوق الحق في المساواة أمام القانون، والذي يعتبر حقًا عامًا يتفرع منه مجموعة من الحقوق الإنسانية وأبرزها الحق في العمل، والحق في الانتفاع بالمرافق العامة، والحق في المساواة أمام القضاء. وقد اهتم المجتمع الدولي بمواجهة التمييز العنصري من خلال إفراد الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥م، التي انضمت إليها مملكة البحرين بموجب المرسوم رقم (٨) لسنة ١٩٩٠، الأمر الذي ترتب عليه حيازة الاتفاقية على قوة قانونية مساوية لمرتبة القانون الوطني، بالإضافة إلى أن الاتفاقية قد رتبت التزامات على عاتق مملكة البحرين، وأبرزها كفالة الحق في المساواة أمام القانون. وعلى ذلك، فقد اهتم البحث بدراسة ماهية الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، وتسليط الضوء على الأساس القانوني لحماية هذا الحق وتطبيقاته في التشريع البحريني وتحليله في ضوء الآراء الفقهية والأحكام القضائية، وكذلك بالمقارنة مع الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري. وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، أبرزها: أن المشرع البحريني قد نجح في صيانة هذا الحق في الجوانب المتعلقة بالحق في العمل والانتفاع بالمرافق العامة، بالإضافة إلى أن المحكمة الدستورية البحرينية قد ساهمت في إرساء مبادئ توفيقية بين التشريعات الداخلية والمواثيق والإعلانات الدولية، وعليه؛ فقد أوصت الدراسة في ختامها المشرع البحريني بسَنِّ قانونٍ يعالج تلك المسألة.

مقدمة:

بوجه عام يُعد مبدأ المساواة وعدم التمييز من المواضيع المرتبطة ارتباطًا مباشرًا بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فتمتع الفرد ابتداءً بحقوق الإنسان مشروطٌ بالمساواة وعدم التمييز، إذ إن الحق في المساواة وعدم التمييز هو حق عام تتفرع عنه حقوق الإنسان، وهو نقطة الانطلاق لكافة الحقوق والحريات.

ولقد احتلت قضايا التمييز العنصري مواقع متقدمة من حيث الاهتمام بها والتصدي لها، سواءً على صعيد المواثيق الدولية أو التشريعات الوطنية باعتبارها من أشد من المسائل خطورةً على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية. ولعل أبرز اتفاقية دولية ركزت اهتمامها على هذه المسألة هي الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة ١٩٦٥م، التي انضمت إليها مملكة البحرين في عام ١٩٩٠م بموجب المرسوم بقانون رقم (٨) وبذلك فقد حازت تلك الاتفاقية على قيمة قانونية مساوية للقانون وأصبحت جزءًا من التشريع الداخلي في مملكة البحرين. ولا غرو في أن الحق في المساواة أمام القانون من الحقوق الإنسانية المشتركة التي كفلتها المواثيق الدولية، ومن ضمنها الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، وكذلك نصت عليها غالبية الدساتير الوطنية، بما فيها دستور مملكة البحرين، وبلا شك فإن مجرد النص على هذا الحق لا يكون كافيًا ما لم يقترن بوسائل فعالة تضمن صيانته، ولذا؛ فإن هذا البحث سيركز على طبيعة الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون في ضوء الدستور البحريني واتفاقية القضاء على التمييز العنصري.

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في سؤال رئيسي، وهو: هل وفر المشرع الدستوري البحريني الحماية اللازمة التي تكفل صيانة الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون بصورة تتفق وتنسجم مع الالتزامات الدولية المترتبة على عاتق مملكة البحرين بسبب انضمامها للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري؟

أهمية البحث

يُعد مبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري من المبادئ التي حظيت باهتمام المجتمع الدولي، وقد أُفردت له اتفاقية دولية خاصة تعنى بحمايته، وهي الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي ألزمت بموجبها على الدول الأطراف اتخاذ جميع الوسائل المناسبة بحظر وإنهاء التمييز العنصري، وحيث إن مملكة البحرين قد انضمت لهذه الاتفاقية، وقد ترتب على عاتقها التزامات دولية، ومن ثم فإن أهمية الدراسة تبرز في أنها تسلط الضوء على مدى كفاية الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون على وجه التحديد.

أهداف البحث

١. تحديد الإطار الدستوري لمبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون في الدستور البحريني ومدى توافقه مع الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

٢. دراسة أوجه مواطن القصور في المعالجات التشريعية المتعلقة بالحماية الدستورية لمبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون.

٣. تبيان دور المحكمة الدستورية البحرينية في ترجمة النصوص الدستورية إلى تطبيقات عملية في حماية الصور المختلفة لمبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري، بما يتماشى مع أحكام الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

٤. إثراء المكتبة القانونية البحرينية ببحوث عملية متعمقة في مجال مبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري.

نطاق وحدود البحث

يتناول البحث ضمانات حق المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، وضمانات حق المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القضاء، إذ يقتصر نطاق الدراسة على التمييز العنصري القائم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني في القانون البحريني والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

منهجية البحث

سوف يتبع البحث المنهج التحليلي الذي ينتقل فيه من الحكم الكلي العام للقواعد المتعلقة بمبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون والقضاء البحريني إلى الحكم الخاص وتطبيقاته العملية، بالإضافة إلى المقارن من خلال مقارنة الأحكام الواردة في الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري وتطبيقاتها في الدستور البحريني.

تقسيم البحث

تنقسم خطة البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون البحريني.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون البحريني وتطبيقاته.

المبحث الأول
ماهية الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون البحريني

سنتناول في هذا المبحث بيان ماهية الاتفاقية الدولية للقضاء التمييز العنصري وقيمتها القانونية في المطلب الأول، وسنخصص المطلب الثاني لدراسة مفهوم الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري وصوره، وفقًا للتقسيم الآتي:-

المطلب الأول: نبذة عن اتفاقية التمييز العنصري وقيمتها القانونية في التشريع البحريني.
المطلب الثاني: مفهوم الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون وصوره.

المطلب الأول
نبذة عن اتفاقية التمييز العنصري وقيمتها القانونية في التشريع البحريني

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنخصص الفرع الأول لإعطاء نبذة تعريفية عن الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري، وسنتناول في الفرع الثاني بيان القيمة القانونية لهذه الاتفاقية في التشريع البحريني.

الفرع الأول
نبذة تعريفية عن الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري

من الثابت تاريخيًا أن التمييز العنصري أخذ مظاهر مختلفة عبر الفترات الزمنية المتعاقبة، بدايةً من الرق بشكل عام، ثم الرقيق الأبيض والأسود ثم الرقيق الأسود، كما اتخذ شكل اضطهاد للإقليات في الفترات التاريخية القريبة أو إبادتها، وانتهى إلى نشوء الانظمة العنصرية التي تقوم على التمييز والفصل العنصري معًا، متمثلة في العنصريات الأوربية البيضاء في الجنوب الإفريقي، وفلسطين المحتلة والعديد من الأحداث التاريخية، حيث تأثرت العديد من الدول بالتجارب السلبية للعنصرية والتمييز العنصري، مثل الهولوكوست والتمييز العنصري في جنوب أفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية، ولعل أبرز حدث تاريخي كان موضعًا للاهتمام الدولي في الفترات السابقة على صدور الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري هو ما يُعرف بمذبحة شاربفيل بجنوب إفريقيا عام ١٩٦٠م، والذي قتلت فيه الشرطة ٦٩ شخصًا كانوا مشاركين في مظاهرة سلمية ضد «قوانين المرور» المفروضة من قبل نظام الفصل العنصري، والذي على ضوءه قررت الجمعية العامة أن أسبوع التضامن مع الشعوب التي تكافح ضد العنصرية والتمييز العنصري، يبدأ في ٢١ آذار/ مارس، ويحتفل به سنويا في جميع الدول [١].

وفي عام ١٩٦٥م تبنت الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة الاتفاقية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري، ودخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٦٩م، وبعد موافقة سبعة وعشرين دولة عليها، من ضمنها: الولايات المتحدة الأمريكية، المملكة المتحدة، فرنسا.

١) مشار إليه لدى الموقع الرسمي للأمم المتحدة المعنون بـ: https://www.un.org/ar/observances/end-racism-day.

وبناء على ذلك، فقد شكلت هذه الاتفاقية أول صكٍ دولي يعنى بمواجهة التمييز العنصري، وقد صادقت عليها حتى الآن ١٨٢ دولة[١]، وتتكون الاتفاقية من ٢٥ مادة تسبقها ديباجة، ومقسمة فيها المواد على ثلاثة أقسام، لعل أهم ما تتميز به الاتفاقية، هو إنشاؤها جهاز دولة متخصص - لجنة القضاء علي التمييز العنصري- للقيام بمهمة الرقابة على الدول والإشراف على وضع الاتفاقية موضع التنفيذ، إذ تناولت المواد ٨ إلى ١٦ بيان الجزء التطبيقي الذي يرمي إلى تحقيق اغراض الاتفاقية. والجدير بالإشارة إليه هو أن مملكة البحرين قد انضمت لهذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم (٨) لسنة ١٩٩٠م.

الفرع الثاني
القيمة القانونية للاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري في التشريع البحريني

بوجه عام حدد الدستور البحريني القيمة القانونية للمعاهدات والاتفاقيات الدولية في نص المادة (٣٧) منه، والتي نصت على أنه (... وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية..).

وبذلك يكون للمعاهدات والاتفاقيات الدولية بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية قوة قانونية مساوية من حيث الإلزام والمرتبة للقانون الوطني النافذ، ويمكن الاحتجاج بتطبيقها أمام القضاء الوطني[٢].

وحيث إن مملكة البحرين قد انضمت للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري بموجب المرسوم رقم (٨) لسنة ١٩٩٠م، فإن الأحكام الواردة في هذه الاتفاقية تأخذ قوة القانون، وتجدر الإشارة إلى أن مملكة البحرين قد تحفظت على المادة (٢٢) من الاتفاقية التي تنص على أنه «في حالة أي نزاع ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف بشأن تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها وتتعذر تسويته بالمفاوضة أو الإجراءات المنصوص عليها صراحة في هذه الاتفاقية، يحال هذا النزاع بناء علي طلب أي من أطرافه، إلي محكمة العدل الدولية للفصل فيه، ما لم يتفق المتنازعون علي طريقة أخري لتسويته».

---

١) يراجع في ذلك: تقرير لجنة القضاء على التمييز العنصري الدورة ١٠١ (٤-٧ آب/أغسطس ٢٠٢٠) الدورة ١٠٢ (١٦-٢٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٢٠) الدورة ١٠٣ (١٩-٣٠ نيسان/أبريل ٢٠٢١)، الوثيقة رقم: A/٧٦/١٨.

٢) د. أحمد عبدالله فرحان، الاتفاقيات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، ورقة عمل مقدمة من المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في ورشة العمل المعنونة: من التصديق إلى التنفيذ – معاهدات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ودول مجلس التعاون الخليجي المنظم من قبل مركز الأمم المتحدة للتدريب والتوثيق لجنوب غرب آسيا والمنطقة العربية بالاشتراك مع جامعة كلية لندن، جامعة أكسفورد، جامعة جورج تاون قطر، الثلاثاء ٢٨ مايو٢٠١٣م، ص٨.

حيث كان التحفظ في المادة الأولى: (إن دولة البحرين تعلن بأن إخضاع أي نزاع ضمن مفهوم هذه المادة إلى اختصاص محكمة العدل الدولية يحتاج إلى الموافقة الصريحة لكل اطراف النزاع في كل حالة).

وكذلك ورد في المرسوم تحفظًا آخر في المادة الثالثة، ونصه: (أن انضمام دولة البحرين إلى هاتين الاتفاقيتين لا يعني بأي حال من الأحوال الاعتراف بإسرائيل أو يكون سببًا لإقامة أي نوع من العلاقات معها).

ويرى الباحث أن التحفظ الوارد في المادة الأولى كان في محله، وجاء تأكيدًا على ما استقرت عليه المواثيق الدولية التي تشترط موافقة الدولة على انعقاد الاختصاص بالنسبة لمحكمة العدل الدولية.

المطلب الثاني
مفهوم الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون وصوره

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف حق المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، ونخصص الفرع الثاني لصوره.

الفرع الأول
تعريف الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون

بادئ الأمر نود أن نشير إلى أن الصلة وثيقة بين فكرتي المساواة وعدم التمييز، فهما وجهان لعملة واحدة، ويمكن النظر إليهما كعبارات إثبات ونفي للمبدأ عينه، فمع المساواة يغيب التمييز ومع عدم التمييز تتحقق المساواة[١].

ويُعد الحق في المساواة وعدم التمييز من أهم حقوق الإنسان، فتمتع الفرد ابتداء بحقوقه وحرياته مشروط بالمساواة وعدم التمييز، والحق في المساواة وعدم التمييز هو بمثابة حق عام تتفرع عنه حقوق الإنسان الأخرى، أو هو نقطة الانطلاق لكافة الحقوق والحريات الأخرى [٢].

ويُعرَّف الحق في المساواة أمام القانون بأنه: « خضوع كافة المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية واحدة، على نحو يتناسب بطريقة منطقية وفقًا للهدف الذي توخاه القانون، ويتحقق المبدأ بتقرير معاملة مختلفة للمراكز القانونية المختلفة، أو بسبب يستند إلى المصلحة العامة إذا كان ذلك كله متفقًا مع الهدف الذي توخاه القانون». وعلى ذلك فإن المساواة أمام القانون تشترط أيضًا أن تتم المساواة في القانون ذاته من حيث أحكامه ومضامينه الموضوعية[٣].

---

١) بهاء الدين إبراهيم، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص٤٢٢.

٢) محمد يوسف علوان، مبدأ المساواة وعدم التمييز دراسة في القانونين الدولي والأردني، شركة فراس عازار وشركاه ميزان القانون، الأردن، ٢٠١٢م ص٢.

٣) د. مروان المدرس، د. ناصر العساف، دور المحكمة الدستورية البحرينية في حماية مبدأ المساواة في نطاق القانون الخاص، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر الدولي الدولي الرابع للقضايا القانونية عُقد من قبل كلية القانون بجامعة تشيك « العراق» يوم الثلاثاء

ويُعرف التمييز العنصري وفقًا لما نصت عليه المادة [١] من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري بأنه: « أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، علي قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة[١]».

ومن خلال التعريف السابق، يتضح أن التمييز العنصري هو إحدى صور الإخلال بحق المساواة أمام القانون، إذ تفترض هذه الصورة «التمييز العنصري» إضفاء مميزات على مجموعة من الأفراد تنتمي إلى عرق أو لون أو نسب أو أصل قومي أو اثني، وأن تلك الصفات او المميزات لا تتمتع بها مجموعة أخرى من الأفراد[٢].وبدمج تعريف الحق في المساواة أمام القانون وربطه بالتمييز العنصري على وجه الخصوص من الممكن أن يورد الباحث تعريفًا للحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون بأنه: «الحق في أن يكون الناس جميعًا متساوين في المعاملة أمام القانون إذا كانت مراكزهم القانونية متماثلة وفقًا للهدف أو الغاية الموضوعية التي رسمها القانون، دون تمييز بينهم على أساس العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الاثني».

الفرع الثاني
صور الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون

تتعدد صور المساواة أمام القانون، فهناك المساواة الفعلية والقانونية، والمساواة المطلقة، والمساواة النسبية، والمساواة الرافعة، والمساواة الخافضة[٣]. وإذا ما أردنا تبيان هذه الصور وإنزالها في مجال التمييز العنصري على وجه الخصوص، يتضح أن المساواة الفعلية هي التي تعمل على تخفيف الفوارق بين الأفراد من الجوانب الاقتصادية والاجتماعي، ويتفرع منها الحق في العمل والتعليم والرعاية الصحية، إذ يجب المساواة في هذه المجالات دون تمييز عنصري. وأما المساواة القانونية فهي وجوب أن يتمتع الجميع بالحماية القانونية بصرف النظر على أي فوراق عنصرية على قدم المساواة، ويتطلب ذلك من المشرع مراعاة هذه المساواة عند وضع نصوص القانون وتطبيقه، ولهذا فإن الحق في المساواة أمام القضاء هو أبرز هذه الصور، وفي ذلك المعنى قرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن: (مبدأ المساواة أمام القضاء ليس إلا حالة خاصة لتطبيق مبدأ المساواة أمام القانون[٤] والمساواة

٣٠/٤/٢٠١٩، ص٧٨٥.

١) المادة (١/١) من الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري.

٢) ضاري رشيد السامرائي، الفصل والتمييز العنصري في ضوء القانون الدولي العام، دار الرشيد للنشر، العراق، ١٩٨٣، ص٥٠

٣) د. مروان المدرس، د. ناصر العساف، دور المحكمة الدستورية البحرينية في مبدأ المساواة في نطاق القانون الخاص، المرجع السابق، ص٧٨٧.

٤) مشار إليه لدى د. علي إسماعيل مجاهد، مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كأحد الضمانات الوقائية لحماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة القانونية التابعة لهيئة الإفتاء والتشريع البحرينية، العدد الخامس، يناير٢٠١٦م، ص٢١١

المطلقة هي في حقيقتها نسبية إلا أن المقصود بها أن يتم تطبيقها على كل أصحاب المراكز القانونية المتماثلة بحيث تراعي ظروف المواطنين، والإطلاق هو ضرورة أن تكون المساواة عامة تنطبق على جميع من يوجه إليهم الخطاب القانوني، أما المساواة النسبية فهي لا تنكر الاختلافات بين الأفراد في المواهب والقدرات، بل إنها تقبل التمايز من حيث المواهب، وفي كل الأحوال سواء أكانت المساواة أمام القانون بصورتها المطلقة أم النسبية، فالأصل هو حظر أي تمييز مطلق أو نسبي يقوم على أساس العنصرية.

والمساواة الرافعة: هي رفع مستوى فئة إلى مستوى مماثل لفئة أخرى، مثاله: رفع الفقراء إلى مستوى الأغنياء، والخافضة: هي عكس الرافعة، وتعني إنزال فئة إلى مستوى فئة أخرى[1].

وخلاصة ما سبق:

تناولنا في هذا المبحث بيان ماهية اتفاقية التمييز العنصري، إذ إنها تُعد أول صك دولي يعنى بمواجهة التمييز العنصري على وجه الخصوص، وحيث إن مملكة البحرين قد انضمت لهذه الاتفاقية في عام ١٩٩٠م فإن لها قيمة قانونية مساوية للتشريع العادي طبقًا لأحكام المادة٣٧ من الدستور البحريني، وبيّنا كذلك مفهوم الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون وصوره. وذلك من خلال دمج تعريف الحق في المساواة أمام القانون المجرد وربطه بالتمييز العنصري القائم على أسس التمييز العنصري التي نظمتها أحكام المادة (١) من الاتفاقية، وكذلك تعرضنا لصور الحق في المساواة أمام القانون، سواء المساواة الفعلية والقانونية، أو المساواة المطلقة والمساواة النسبية، وكذلك المساواة الرافعة والمساواة الخافضة.

المبحث الثاني
الأساس القانوني للحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون وتطبيقاته

سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول الأساس القانوني للحق في المساواة وعدم التمييز العنصري، في ضوء الدستور البحريني والاتفاقية الدولي للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ونخصص المطلب الثاني لتطبيقاته في التشريع البحريني.

١) أ. صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، جامعة الزاوية، ليبيا، يونيو٢٠١٥م ص٢٣٣.

المطلب الأول
الأسس القانونية لحماية الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون

سنتناول بيان الأساس القانوني لحماية الحق في المساواة أمام القانون من خلال فرعين، حيث سنخصص الفرع الأول لبيان الإطار التشريعي بشأن هذا الحق في ضوء التشريع البحريني والاتفاقية، ونخصص الفرع الثاني لبيان أسس حظر التمييز العنصري في التشريع البحريني.

الفرع الأول
الإطار التشريعي للحق المساواة أمام القانون في الدستور البحريني واتفاقية التمييز العنصري

يستمد الأساس القانوني لحماية الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري قوته القانونية في التشريع البحريني مما نصت عليه المادة (١٨) من الدستور البحريني بقولها: (الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة).

وفي ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري نصت المادة (٥) منها على اعتباره أحد الالتزامات المترتبة على الدول الأطراف في الاتفاقية، بقولها: (..إيفاء للالتزامات الأساسية المقررة في المادة ٢ من هذه الاتفاقية، تتعهد الدول الأطراف بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله، وبضمان حق كل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الاثني، في المساواة أمام القانون...).

وفي مجال المقارنة بين ما جاء في الدستور البحريني والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، يلاحظ بأن نص المادة (١٨) من الدستور البحريني أشار إلى مجموعة من الصور الشائعة للتمييز، سواء بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، وعلى ذلك فقد يتبادر للأذهان التساؤل ما إذا كان المشرع قد استبعد من نطاق تطبيق تلك المادة صورة التمييز العنصري الواردة في المادة (١) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري القائمة على الأسس الخمسة: «العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني»، وذلك بسبب أنه لم يرد عليها النص في المادة سالفة الذكر؟ وللإجابة على هذا التساؤل سنخصص الفرع الثاني المخصص لأسس حظر التمييز العنصري.

الفرع الثاني
أسس حظر التمييز العنصري في التشريع البحريني

نفيد في بادئ الأمر بأنه استقرت تفسيرات المحاكم الدستورية على أن صور التمييز الواردة في الدستور قد وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر[١]. وتأسيسًا على ذلك وقياسًا عليه من الممكن القول: إن صور التمييز العنصري وبما تشكله من خطورة على حقوق وحريات الأفراد فهي داخلة في نطاق الحماية الدستورية المقررة بموجب ١٨ من الدستور البحريني.

وتجدر الإشارة بهذا الشأن إلى أن اللجنة الدولية المعنية بتطبيق الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري قد أشارت في الملاحظات الختامية بمناسبة التقرير الجامع للتقارير الدورية من الثامن إلى الرابع عشر لمملكة البحرين، بشأن عدم وجود تعريف منسق وشامل للتمييز العنصري وعدم وجود حكم محدد يحظر التمييز العنصري المباشر وغير المباشر على جميع الأسس المنصوص عليها في المادة (١) من الاتفاقية. وقد أوصت اللجنة مملكة البحرين بأن تُدْرج في قانونها الوطني تعريفًا للتمييز العنصري يتفق تمامًا مع تلك المادة[٢].

وعلى هذا الأساس يوصي الباحث المشرع البحريني بسرعة إصدار تشريع خاص يعنى بمواجهة كافة أشكال التمييز العنصري أسوةً ببعض الدول العربية التي أخذت بهذا النهج[٣]. ومبررات ذلك وإن كان قد جاء نص المادة ١٨ من الدستور بحظر التمييز بكافة أشكاله إلا أن الصور الواردة فيه على سبيل المثال وليس الحصر، وهذا الأمر بحد ذاته يتطلب تدخلًا من المشرع وتحديدًا في جانب التجريم والعقاب غير الجائز بشأنه القياس تطبيقًا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. وبالأخص أن قانون العقوبات البحريني لم يرد فيه سوى نص وحيد يشير إلى تلك المسألة بالمادة «١٧٢» التي نصت على أنه: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالغرامة التي لا تجاوز مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من حرض بطريق من طرق العلانية على بغض طائفة من الناس أو على الازدراء بها، إذا كان من شأن هذا التحريض اضطراب السلم العام».

---

١) قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية: « أن صور التمييز التي أوردتها المادة (٤٠) من الدستور التي تقوم على أساس من الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة لم ترد على سبيل الحصر، فهناك صور أخرى من التمييز لها خطرها، مما يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة قضائية تطبيقًا ل الحق في المساواة أمام القانون ولضمان احترامه في جميع مجالات تطبيقها» . حكم المحكمة الدستورية- قضية رقم (٢١) لسنة ٧ ق جلسة ٢٩ ابريل١٩٨٩- منشور في موقع المحكمة الدستورية العليا http:// hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-21-Y7.html

٢) لجنة القضاء على التمييز العنصري الوثيقة رقم: CERD/C/BHR/CO/8-14, 29 December 2022، منشورة على الموقع الرسمي للأمم المتحدة.

٣) ومن هذه الدول: دولة الإمارات العربية المتحدة المرسوم بقانون اتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة التمييز والكراهية، جمهورية الجزائر القانون رقم ٢٠-٠٥ المؤرخ في ٢٨ أبريل ٢٠٢٠، المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتهما. جمهورية تونس القانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

وكذلك تثار التساؤلات بشأن ما ورد في نص المادة (١٨) من الدستور البحريني بقولها: (..ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة..)، إذ من الواضح أن المادة سالفة الذكر قد خصت المساواة أمام القانون بعبارة «المواطنون» وعليه فهل معنى ذلك أن حظر التمييز بشتى صوره بما فيها التمييز العنصري قد جاء حصرًا للمواطنين المتماثلة مراكزهم القانونية في كافة مجالات الحقوق والواجبات العامة فقط، وبالتالي فإنه يجوز التمييز بين المواطنين والأجانب؟ وإلا يُعد ذلك تمييزًا عنصريًا قائمًا على أساس الأصل القومي، وبالأخص أن عبارة الأصل القومي تشير في مضمونها تشير إلى الدولة أو الأمة التي ينتمي إليها الشخص أو مكان منشئه، وذلك وفقًا لما فسرتها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الأمم المتحدة[١]؟ ونجيب على تلك التساؤلات بأنه وإن كان من حيث الالتزامات الدولية المترتبة على عاتق مملكة البحرين لكونها انضمت للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري بموجب المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٠م[٢]، فقد قررت الاتفاقية في هذه المسألة وطبقًا لنص المادة (٢/١) بأنه: « لا تسري هذه الاتفاقية علي أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل بين المواطنين وغير المواطنين من جانب أية دولة طرف فيها». وعلى ذلك فإنه من الممكن القول – من حيث الأصل– بأن تفضيل المواطنين أمام القانون جائز وأقرته المواثيق الدولية ذات الصلة، ولا يُعد ذلك تمييزًا عنصريًا بسبب الأصل القومي من شأنه الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون، ولكن هذا الأصل لا يعدو أن يكون إلا ظاهريًا ومحكومًا هو الآخر بقاعدة النسبية وليس مطلقًا، وإلا دخل في دائرة التمييز العنصري المخل بمبدأ المساواة أمام القانون، وبالتالي فإن المساواة أمام القانون بين المواطنين والأجانب تخضع للقاعدة التي قررتها العبارة الواردة قبل «يتساوى المواطنون»، وهي أن» الناس سواسية في الكرامة الإنسانية». ويرى الباحث أن لفظ الناس الوارد في المادة سالفة الذكر هو لفظ عام يشمل المواطنين وغير المواطنين، ومن ثم فإنه من مقتضيات الكرامة الإنسانية كذلك أن يكون التمييز أمام القانون بين المواطنين والأجانب مبنيًا على أسس موضوعية، شريطة ألا يمس أو يهدر الكرامة الإنسانية. وتطبيقًا لذلك فمن الممكن تلمس دور المحكمة الدستورية البحرينية في حماية مبدأ المساواة أمام القانون وعدم التمييز العنصري للأجانب، إذ إنها قضت في حكم لها بأن المادة (٢٠) من مشروع قانون المرور غير مطابقة للدستور، والتي كانت تنص على أن: (..لا يجوز للأجانب المقيمين في مملكة البحرين.. الحصول على رخصة قيادة أو قيادة مركبة إلا إذا كانت طبيعة عملهم تقتضي ذلك..). ومن الواضح في هذا النص الذي أهدرته المحكمة الدستورية أنه كان ينطوي على إخلال جسم بمبدأ المساواة أمام القانون، ويتضمن تمييزًا عنصريًا يتمثل في الأصل القومي بالنسبة للأجانب المقيمين في مملكة البحرين لابتنائه على الجنسية.

١) يراجع في ذلك التعليق العام رقم (٢٠) للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الثانية والأربعون الوثيقة: E/C.12/GC/20» https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cescr.

٢) المرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٨٩٢ تاريخ٢٨ فبراير١٩٩٠م.

وقد قررت المحكمة الدستورية في إهدارها لهذا النص بأنه: «... أضحى مقضيًا أنه كلما كان العمل الصادر متضمنًا مساسًا بالحقوق التي كفلتها هذه المعايير – إشارة للمعايير الدولية-... التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا العمل. من خلال الرقابة التي تفرضها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية- لازمًا. أساس ذلك كله ومناط القول فيه ما اقتضاه صدر المادة (١٨) من الدستور من أن الناس سواسية في الكرامة الإنسانية»...[١].

وهذا الحكم واضح في دلالته على أن مبدأ المساواة أمام القانون وعلى ما يتمتع به من نسبية، إذ إنه يكون واجب التطبيق عندما تتساوى المراكز القانونية المتماثلة بين المواطنين وأن أسس التمييز بينهم يجب أن تكون موضوعية أو ترتبط بالصالح العام، فإنه كذلك يكون واجب التطبيق بالنسبة للأجانب عندما يتعلق بالحقوق والحريات المرتبطة بالكرامة الإنسانية، وإلا عُد تفضيل المواطنين انتهاكًا لهذا المبدأ.

المطلب الثاني
تطبيقات الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون في التشريع البحريني

سنتناول في هذا المطلب دراسة أهم مظاهر التطبيقات العملية للحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، وهي: الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري في العمل وسنخصص له الفرع الأول، والفرع الثاني الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري في الانتفاع بالمرافق العامة، والفرع الثالث الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القضاء.

الفرع الأول
الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري في العمل

من المقرر أن مسألة المساواة في العمل، قد تأخذ إحدى الصورتين إما في الوظيفة العامة أو في القطاع الخاص، وعلى ذلك فإن المقصود بالمساواة في تولي الوظائف العامة: « أن يتساوى جميع المواطنين في تولي الوظائف العامة، عبر معاملتهم نفس المعاملة من حيث المؤهلات والشروط المتطلبة لشغل كل وظيفة، ومن حيث الحقوق والمزايا، وكذا الالتزامات الوظيفية[٢]».

وقد نص الدستور البحريني على العديد من التطبيقات لحق المساواة في تولي الوظائف العامة، ومنها المادة (٤) التي نصت: (...وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعامات للمجتمع تكفلها الدولة)، والمادة (١٣): (أ-...ولكل مواطن الحق في العمل...، ب- تكفل الدولة توفير فرص العمل للمواطنين، وعدالة شروطه.. د- ينظم القانون، على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، العلاقة

١) حكم المحكمة الدستورية البحرينية، الدعوى رقم: إ.ح.م/١/٢٠١٤ لسنة ١٢ ق، جلسة ٢ يوليو٢٠١٤ منشور في الجريدة الرسمية عدد ٣١٦٤- تاريخ١٠ يوليو٢٠١٤م.

٢) د. هشام عبدالحميد الصالح، مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة، دراسة تطبيقية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثالثة، العدد٢٢، ديسمبر٢٠١٥م، ص١٩٠.

بين العمال وأصحاب الأعمال). والمادة (١٦) نصت على أن: (المواطنون سواء في تولي الوظائف العامة، وفقًا للشروط التي يقررها القانون). وفي الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، نصت المادة (٥/هـ) على ما يلي: «إيفاء للالتزامات الأساسية المقررة في المادة ٢ من هذه الاتفاقية، تتعهد الدول الأطراف بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله، وبضمان حق كل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الاثني، في المساواة أمام القانون، لا سيما بصدد التمتع بالحقوق التالية: هـ- الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولا سيما الحقوق التالية:

١- الحق في العمل، وفي حرية اختيار نوع العمل، وفي شروط عمل عادلة مرضية، وفي الحماية من البطالة، وفي تقاضي أجر متساو عن العمل المتساوي، وفي نيل مكافأة عادلة مرضية. «

ويتضح من خلال النصوص السابقة التلاؤم والانسجام التام بين ما جاء في نصوص مواد الدستور البحريني وما جاء بالمادة ٥ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ومن الممكن تلمس ترجمة تلك النصوص إلى تطبيقات عملية من خلال ما جاء في بعض التشريعات، ومنها ما ورد في المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠م بإصدار قانون الخدمة المدنية، إذ حددت المادة (١١) منه شروطًا موضوعية فيمن يتولى الوظائف العامة، وكذلك أشارت المادة (١٤) منه إلى أن ترقية الموظف يكون على أساس الجدارة[١]، وقد ذكرنا فيما سبق أن الاتفاقية أجازت ان يتم تفضيل المواطنين من خلال المساواة الرافعة لغرض تمييز المواطنين على الأجانب، ولكن ليس معنى ذلك الإخلال بالمساواة أمام القانون في تولي الوظائف العامة والنزول بها لدرجة التمييز العنصري الفاحش، وبالأخص أن قانون الخدمة المدنية قد أجاز في المادة (١١) منه أن يتولى الأجانب شغل بعض الوظائف بطريق التعاقد[٢]. وأما في مجال العمل في القطاع الخاص، فقد تم حظر التمييز العنصر في قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢م، إذ نصت المادة (٣٩) منه: «يحظر التمييز في الأجور لمجرد اختلاف الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة». كما نصت المادة (١٠٤/أ) من ذات القانون بأنه: « يعتبر إنهاء صاحب العمل لعقد العمل فصلًا تعسفيًا للعامل إذا كان الإنهاء بسبب أي من الآتي: ١) الجنس أو اللون أو دين أو العقيدة ...الخ".

وعلى ما تقدم، فمن الممكن القول بأن المشرع البحريني قد نجح في تحقيق ضمانة المساواة أمام القانون وعدم التمييز العنصري في الجوانب المتعلقة بالحق في تولي الوظائف العامة والخاصة على حد سواء.

---

١) نصت المادة (١١) قانون الخدمة المدنية البحريني على أنه: « شترط فيمن يعين في إحدى الوظائف التي تسري عليها أحكام هذا القانون الشروط الآتية: « ١- أن يكون متمتعًا بالجنسية البحرينية. ... ٧- أن يكون مستوفيًا لشروط الوظيفة المطلوب شغلها والتي يحددها الديوان..إلخ». نصت المادة (١٤) من ذات القانون على أنه: « تكون ترقية الموظف على أساس الجدارة بقرار من السلطة المختصة بعد موافقة الديوان...» .

٢) المادة (١١) من قانون ديوان الخدمة المدنية: (..... يجوز شغل الوظيفة بغير البحرينيين بطريق التعاقد ..إلخ).

الفرع الثاني
الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري في الانتفاع بالمرافق العامة

تُعد المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة أحدى مخرجات العدالة الاجتماعية، التي أكد عليها دستور مملكة البحرين في أكثر من موضع، مثل كفالة التعليم التي نصت عليها المادة (٧) التي نصت على أنه: (أ. ترعى الدولة العلوم والآداب والفنون، وتشجع البحث العلمي، كما تكفل الخدمات التعليمية والثقافية للمواطنين..)، وكذلك في الرعاية الصحية حيث نصت المادة(٨) من الدستور بأنه: (أ. لكل مواطن الحق في الرعاية الصحية، وتعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف أنواع المستشفيات والمؤسسات الصحية).

وبلا شك فإن التعليم والرعاية الصحية يُعدان من أهم الحقوق الإنسانية المشتركة التي أكدت عليها المواثيق الدولية، وقد ورد النص عليهما في الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في المادة الخامسة بوصفهما أحد الالتزامات المترتبة على عاتق الدولة الطرف في الاتفاقية قولها: (..حق التمتع بخدمات الصحة العامة والرعاية الطبية والضمان الاجتماعي والخدمات الاجتماعية، الحق في التعليم والتدريب..).

وكذلك نصت المادة (٧) من الاتفاقية بأنه: (تتعهد الدول الأطراف بأن تتخذ تدابير فورية وفعالة، ولا سيما في ميادين التعليم والتربية والثقافة والإعلام بغية مكافحة النعرات المؤدية إلي التمييز العنصري وتعزيز التفاهم والتسامح والصداقة بين الأمم والجماعات العرقية أو الاثنية الأخرى، وكذلك لنشر مقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وإعلان الأمم المتحدة للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري، وهذه الاتفاقية).

ومن الناحية التشريعية فإن مملكة البحرين تحفل بالقوانين التي رسخت الحق في التعليم، ومنها القانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٥ بشأن التعليم الذي نص في المادة الثانية منه على أن: « التعليم حق تكفله المملكة لجميع المواطنين وتنبثق فلسفة التعليم من ثوابت وقيم الدين الإسلامي الحنيف والتفاعل الإنساني والحضاري والانتماء العربي لمملكة البحرين ...الخ».

وأما بشأن الجانب الصحي، فإن مسألة تقديم الخدمات الصحية تُعد من الحقوق المكفولة دستوريًا، حيث نصت المادة (٨) من الدستور بأنه: «أ – لكل مواطن الحق في الرعاية الصحية، وتعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف أنواع المستشفيات والمؤسسات الصحية». وأيضًا هناك العديد من التشريعات، ومن ضمنها: قانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٨م بإصدار قانون الصحة العامة، والمرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٩ بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، وفي الجانب العملي في مملكة البحرين، فقد تم التأكيد على الحق في المساواة وعدم التمييز في الانتفاع بالمرافق العامة سواء في التعليم أو الرعاية الصحية أو غيرها، وقد كانت جائحة كورونا في العام ٢٠٢٠م أصدق تجربة وبرهانًا على تلك المسألة، إذ إنه على مستوى التعليم تم توفير

ألـواح ذكيـة وأجهـزة الكمبيوتـر المحمـول متبرع بها من قبل الحملة الوطنية بإشراف وزارة التربية والتعليم على عدد من الطلبة من الأسر من ذوي الدخل المحدود[١]. وعلى الجانب الصحي تم توفير لقاحات فايروس كورونا وبصورة مجانية للمواطنين والمقيمين على حد سواء[٢]. وبذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن مملكة البحرين قد أوفت بالتزاماتها الدولية من الناحية التشريعية والتطبيقية في ضمان حماية الحقوق الإنسانية المشتركة المنبثقة من الحق في المساواة أمام القانون بخصوص الانتفاع بالمرافق العامة.

الفرع الثالث
الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القضاء

قدمنا فيما سبق أن مبدأ المساواة أمام القضاء ليس إلا حالة خاصة لتطبيق مبدأ المساواة أمام القانون، وعلى ذلك فإن هناك العديد من التعريفات لمبدأ المساواة أمام القضاء، إذ يعرفه البعض بأنه: «ألا يكون هناك أي تمييز بين الأشخاص في إجراءات التقاضي، أو في المحاكم، ويتساوى الجميع أمام جهات القضاء المتعددة»[٣]. وعرف آخرون مبدأ المساواة أمام القضاء بأنه يعني: « ألا يميز بعض الأفراد عن غيرهم في إجراءات التقاضي أو المثول أمام المحكمة عند النظر في الخصومات المتعلقة بهم، بحيث ينادي بالتساوي الجميع أمام القضاء والخضوع لقانون واحد وقضاء واحد[٤]

وعلى ذلك، فإن جميع التعريفات متقاربة، فهي تتفق من حيث المضمون بأن يكون جميع الأفراد على قدم المساواة بحق التقاضي، وعلى ذلك يورد الباحث تعريفًا خاصًا بالحق في المساواة أمام القضاء وعدم التمييز العنصري بأنه: « خضوع جميع الأفراد لمعاملة واحدة متساوية أمام القضاء والجهات القضائية بإجراءات تتسم بالموضوعية ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني».

ويُعد حق المساواة أمام القضاء من الحقوق الإنسانية المشتركة، وهذا الحق ليس حكرًا على المواطنين وحدهم وقد نصت عليه العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية، وكذلك الدساتير المعاصرة. وقد نصت المادة (٢٠) من دستور مملكة البحرين على أنه: (.. و- حق التقاضي مكفول وفقًا للقانون). ونصت المادة (١٠٤): (أ - شرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، أساس الحكم وضمان للحقوق والحريات. ب - لا سلطان لأية جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة،

١) نقلًا عن خبر منشور في وكالة الأنباء الرسمية البحرينية: https://www.bna.bh/news?cms=q8FmFJgiscL2fwI.zON1%2BDrXyXKzgGE6gbCbFX6QxuHA%3D

٢ https://www.nihr.org.bh/Organisation/Committees/ComplaintsMeetings/26Dec2020.aspx

٣) د. علي إسماعيل مجاهد، مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كأحد الضمانات الوقائية لحماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص٢٠٩.

٤) طالب باحمد اسمهان، التكامل بين الحق في المساواة وحق التقاضي، رسالة ماجستير، جامعة ابن خلدون، الجزائر، ٢٠١٩م، ص٢١.

ويكفل القانون استقلال القضاء، ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم).

كما نصت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في المادة(٥) منها: (أ- الحق في معاملة علي قدم المساواة أمام المحاكم وجميع الهيئات الأخرى التي تتولى إقامة العدل).

وكذلك نصت المادة (٦) من الاتفاقية على أنه: (تكفل الدول الأطراف لكل إنسان داخل في ولايتها حق الرجوع إلى المحاكم الوطنية وغيرها من مؤسسات الدولة المختصة لحمايته ورفع الحيف عنه علي نحو فعال بصدد أي عمل من أعمال التمييز العنصري يكون انتهاكًا لما له من حقوق الإنسان والحريات الأساسية ويتنافى مع هذه الاتفاقية، وكذلك حق الرجوع إلي المحاكم المذكورة التماسًا لتعويض عادل مناسب أو ترضية عادلة مناسبة عن أي ضرر لحقه كنتيجة لهذا التمييز).

وأكدت المحكمة الدستورية البحرينية على حماية مبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القضاء بين المواطنين والأجانب، القائم على أساس الأصل القومي في حكم لها، إذ قررت بأن: (حق الدفاع من الضمانات التي أكد عليها الدستور المعدل، وهي ضمانة يتمتع بهاً الأفراد كافة – مواطنين وأجانب- فلا يتمايزون فيما بينهم..)[١].

وكذلك قضت بأنه: (لا يتمايز الناس فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها، ولا في ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها، ولا في اقتضائها، ولا في طرق الطعن التي تنظمها)[٢]».

وعلى ذلك، يتضح بأن المحكمة الدستورية قد أرست العديد من المبادئ من خلال أحكامها التي تكفل حماية مبدأ المساواة أمام القضاء من أي صور أو شكل من أشكال التمييز بوجه العموم، وأما من ناحية التخصيص بشأن المساواة أمام القضاء وعدم التمييز العنصري، فإنه وبسبب خلو التشريعات من إيراد تعاريف منضبطة للتمييز العنصري فإنه – وبحسب اطلاع الباحث- لم تتح الفرصة للمحكمة الدستورية البحرينية لإرساء أي مبدأ يتعلق بالتمييز العنصري على وجه الخصوص، وبهذا الشأن فقد أشارت اللجنة الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في الملاحظات الختامية الصادرة في عام٢٠٢٢م، بأنه لم يتم الاحتجاج بنصوص الاتفاقية في المحاكم الوطنية بمملكة البحرين، وذلك بسبب عدم وجود قضايا تمييز عنصري[٣].

---

١) حكم المحكمة الدستورية البحرينية، الدعوى رقم: د /٤/٢٠٠٧ لسنة ٥ ق، منشور في الجريدة الرسمية عدد ٣٩٢٨- تاريخ٣١ ديسمبر٢٠٠٩م.

٢) المبدأ رقم ١/١١، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني، ص٣١٨.

٣) لجنة القضاء على التمييز العنصري الوثيقة رقم: 14-CERD/C/BHR/CO/8، 29 December 2022، منشورة على الموقع الرسمي للأمم المتحدة.

الخاتمـــــة

تناولنا في هذا البحث الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون وتطبيقاته في ضوء التشريع البحريني والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، إذ حددنا ماهية الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، وتناولنا دراسة الأساس القانوني لمبدأ المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون وتطبيقاته، وقد توصلنا للنتائج والتوصيات الآتية:-

بسبب خلو التشريعات البحرينية من إيراد أي تعريف منضبط للتمييز العنصري وصوره، فقد ترتب على ذلك تبني التفسير الواسع لنص المادة (١٨) من دستور مملكة البحرين؛ لتكون المظلة التي ينطوي تحتها مفهوم التمييز العنصري في ضوء التشريع البحريني.

يعاني التشريع الجنائي البحريني من فجوة تشريعية تخل بحق المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، وذلك لعدم تضمن قانون العقوبات أية نصوص صريحة تعنى بالتجريم والعقاب على الأفعال التي يتكون منها التمييز العنصري.

قامت المحكمة الدستورية البحرينية بدور فعال في حماية الحق في المساواة وعدم التمييز العنصري أمام القانون، إذ إنها فسرت (الكرامة الإنسانية) الواردة في المادة (١٨) من الدستور تفسيرًا واسعًا ليشمل الحق في المساواة أمام القانون المواطنين وغير المواطنين، بما يتسق مع الاعلانات والمواثيق الدولية ذات الصلة بما فيها الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

نجح المشرع البحريني في حماية الحق في المساواة أمام القانون في الجوانب المتعلقة بالعمل والتعليم والصحة سواءً من الناحية التشريعية أو من الناحية التطبيقية على أرض الواقع.

أكدت المحكمة الدستورية البحرينية على حماية الحق في المساواة أمام القضاء لجميع الناس دون تمايز بينهم، وبذلك فقد دخلت كافة صور التمييز العنصري بشكل تلقائي ضمن الحماية الدستورية من الناحية النظرية، ولكن في الواقع العملي لم تتح الفرصة للمحكمة الدستورية لفرض رقابتها على القوانين التي تنطوي على إخلال أو شبهة عدم دستورية في مسألة التمييز العنصري على وجه التخصيص.

نوصي المشرع البحريني بالاستعجال بسن قانون خاص يعنى بالتمييز العنصري وتجريمه والعقاب عليه، على أن يتضمن تعريفًا للتمييز العنصري يتسق مع ما جاء بالمادة (١/١) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

قائمة المراجع

أولا: الكتب القانونية:

بهاء الدين إبراهيم، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.

د. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.

عبد السلام علي المزوغي، الموسوعة العالمية للمعرفة، الجزء الثالث، صكوك ومواثيق حقوق الإنسان والشعوب، ١٩٩٨م.

محمد يوسف علوان، مبدأ المساواة وعدم التمييز دراسة في القانونين الدولي والأردني، شركة فراس عازار وشركاه ميزان القانون، الأردن، ٢٠١٢م.

ضاري رشيد السامرائي، الفصل والتمييز العنصري في ضوء القانون الدولي العام، دار الرشيد للنشر، العراق، ١٩٨٣.

ثانيًا: الأبحاث والأطروحات:

د. أحمد عبدالله فرحان، الاتفاقيات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، ورقة عمل مقدمة من المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في ورشة العمل المعنونة: من التصديق إلى التنفيذ – معاهدات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ودول مجلس التعاون الخليجي المنظم من قبل مركز الأمم المتحدة للتدريب والتوثيق لجنوب غرب آسيا والمنطقة العربية بالاشتراك مع جامعة كلية لندن، جامعة أكسفورد، جامعة جورج تاون قطر، الثلاثاء ٢٨ مايو٢٠١٣م

د. علي إسماعيل مجاهد، مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كأحد الضمانات الوقائية لحماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة القانونية التابعة لهيئة الإفتاء والتشريع البحرينية، العدد الخامس، يناير٢٠١٦م.

د. مروان المدرس، د. ناصر العساف، دور المحكمة الدستورية البحرينية في حماية مبدأ المساواة في نطاق القانون الخاص، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر الدولي الدولي الرابع للقضايا القانونية عُقد من قبل كلية القانون بجامعة تشيك « العراق» يوم الثلاثاء ٣٠/٤/٢٠١٩.

طالب باحمد اسمهان، التكامل بين مبدأ المساواة وحق التقاضي، رسالة ماجستير، جامعة ابن خلدون، الجزائر، ٢٠١٩م.

د. هشام عبدالحميد الصالح، مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة، دراسة تطبيقية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثالثة، العدد٢٢، ديسمبر٢٠١٥م.

ثالثًا: الأحكام القضائية:

حكم المحكمة الدستورية- قضية رقم (٢١) لسنة ٧ ق جلسة ٢٩ أبريل١٩٨٩- منشور في موقع المحكمة الدستورية العليا http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-21-Y7.html

حكم المحكمة الدستورية البحرينية، الدعوى رقم: إ.ح.م/١/٢٠١٤ لسنة ١٢ ق، جلسة ٢ يوليو٢٠١٤ منشور في الجريدة الرسمية عدد ٣١٦٤- تاريخ١٠ يوليو٢٠١٤م.

حكم المحكمة الدستورية البحرينية، الدعوى رقم: د /٤/٢٠٠٧ لسنة ٥ ق، منشور في الجريدة الرسمية عدد ٣٩٢٨- تاريخ٣١ ديسمبر٢٠٠٩م.

المبدأ رقم ١/١١، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني.

رابعًا: وثائق الأمم المتحدة:

تقرير لجنة القضاء على التمييز العنصري الدورة ١٠١ (٤-٧ آب/أغسطس ٢٠٢٠) الدورة ١٠٢ (١٦-٢٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٢٠) الدورة ١٠٣ (١٩-٣٠ نيسان/أبريل ٢٠٢١)، الوثيقة رقم: 18/A/76.

الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري.

تقرير لجنة القضاء على التمييز العنصري الوثيقة رقم: 14-CERD/C/BHR/CO/8، ٢٩ December 2022.

التعليق العام رقم (٢٠) للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الثانية والأربعون الوثيقة: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cescr «E/C.12/GC/20.

خامسًا: التشريعات:

دستور مملكة البحرين.

المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية

قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢م

القانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٥ بشأن التعليم.

قانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٨م بإصدار قانون الصحة العامة.

والمرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٩ بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان.

المرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بانضمام دولة البحرين لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري واتفاقية الفصل العنصري، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٨٩٢ تاريخ٢٨ فبراير١٩٩٠م.

دولة الإمارات العربية المتحدة المرسوم بقانون اتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة التمييز والكراهية.

جمهورية الجزائر القانون رقم ٢٠-٠٥ المؤرخ في ٢٨ أبريل ٢٠٢٠، المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتهما.

جمهورية تونس القانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

سادسًا: المواقع الإلكترونية:

وكالة الأنباء الرسمية البحرينية: https://www.bna.bh/news?cms=q8FmFJgiscL2fwIz2BDrXyXKzgGE6gbCbFX6QxuHA%3D%ON1.

الموقع الرسمي للمؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين: https://www.nihr.org.bh/Organisation/Committees/ComplaintsMeetings/26Dec2020.aspx.

الموقع الرسمي للأمم المتحدة المعنون:
https://www.un.org/ar/observances/end-racism-day.

دور القضاء في المساعدة على تشكيل هيئة التحكيم في التشريع البحريني (دراسة مقارنة)

الأستاذة خلود يحيى إبراهيم
باحثة دكتوراه في القانون العام

المقدمة

لقد بات من المسلمات أن الحصول على الحماية القضائية من قِبَل دور العدالة التي تنظمها الدولة، وتسهر على خدمتها يحتاج إلى وقت مديد، ومعاناة ومثابرة تتجاوزان القدر المستطاع من التحمل، نظراً لما تتسم به الخصومة أمام محاكم الدولة من بطء في السير.

لذا، نظم القانون التحكيم الذي يعتبر أحد الوسائل البديلة لحل المنازعات، والذي يتم بمقتضاه إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص للفصل فيها.

فقد عرف التحكيم عبر التاريخ كوسيلة لفض المنازعات الفردية والجماعية، فإن كان الأصل أن الوظيفة القضائية هي من اختصاص المحاكم الوطنية في الدولة، إلا أن نظام التحكيم يأتي كوسيلة استثنائية يلجأ إليها أطراف النزاع لحل ما ينشأ بينهم من منازعات، وذلك لما يحققه من مزايا عدة سواء من حيث السرية، والسرعة، ومرونة الإجراءات، وغيرها.

ويتصف التحكيم بأنه أسلوب فريد في تسوية المنازعات، حيث يختار أطراف الخصومة قضاتهم فور إبرام التعاقد وقبل نشوء أي نزاع بصدده، بإدراج شرط في العقد الأصلي بتسوية منازعاته عن طريق التحكيم، أو بالنص عليه في وثيقة مستقلة ملحقة بهذا العقد.

وفي كلتا الحالتين يستقل شرط التحكيم عن شروط العقد الأخرى، بحيث لا ينسحب ما يعتري العقد من بطلان أو ما يرد عليه من فسخ أو إنهاء على هذا الشرط ما دام صحيحاً في ذاته.

ونظام التحكيم كفل للمحتكمين ضمانات خاصة، وترك الحرية لطرفي النزاع في اختيار وتعيين المحكم الذي تتوافر لديه المقتضيات التي تبعث في نفسه الطمأنينة والثقة في أن المحكم المختار سوف يبذل قصارى جهده في تأدية مهمته، مسلحاً بالنزاهة، والأمانة، والتجرد أثناء الدعوى.

وقد يتعذر على أطراف النزاع تشكيل هيئة التحكيم كاختلاف أحد الأطراف على المحكم، وقد تعترض خصومة التحكيم مجموعة من العوارض تؤثر في سيرها وتمنع متابعة إجراءاتها في الفصل بالنزاع، وتتمثل هذه العوارض بالوقف أو انقطاع السير فيها أو تركها، فهنا يبرز دور القضاء في التدخل لتشكيل هيئة التحكيم في الحالات التي حددها القانون.

ونظراً لمكانة مملكة البحرين بين دول مجلس التعاون الخليجي، واتجاها نحو بناء اقتصادها على أسس سليمة ومتطورة وحديثة لتسهيل إجراءاتها وحل المنازعات التي قد تنشأ بالطرق الودية أو عن

طريق التحكيم، ولكي تواكب التطورات العالمية في مجال التحكيم تفرض مواكبة القوانين الدولية، لذا برزت الحاجة إلى إيجاد قانون للتحكيم حديث ومتطور ليعالج مسائل التحكيم واتباع أسس التحكيم المعروفة على الصعيدين الداخلي والخارجي، وعليه توجه المشرع البحريني نحو توحيد قواعد التحكيم، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، سواءً أكان التحكيم يجري داخل مملكة البحرين أم في خارجها، لذا سن قانون التحكيم رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ الذي ألغى القانونين السابقين للتحكيم، وقد اعتمد القانون الجديد على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ ٢١ يوليو عام ١٩٨٥ بصيغته المعدلة في عام ٢٠٠٦.

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية الدراسة إلى بيان دور القضاء الداعم والمساند للعملية التحكيمية في تشكيل هيئة التحكيم، وحدود هذا الدور على اعتبار أنه يحافظ على استقلاليتها وعلى السرية ويمنع الازدواجية، بما يحقق المرونة لعمل هيئات التحكيم، ومدى ضرورة تدخل القضاء في حالات معينة لمعالجة العوارض التي تطرأ عند اختيار هيئة التحكيم، ليحقق نظام التحكيم فعاليته باعتباره أهم البدائل المتاحة لحل النزاع بغير طريق القضاء.

أهداف الدراسة:

- تهدف الدراسة إلى التعرف على نظام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بين أطراف النزاع، وما يتميز من سرعة، ومرونة، وسرية جلسات التحكيم، وحرية الأطراف باختيار وتشكيل هيئة التحكيم إذا كان التحكيم الخاص.
- بيان دور سلطة القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم في حال اختلاف الأطراف على تشكيل المحكم، ومواجهة عوارض خصومة التحكيم كحالة وقف خصومة التحكيم سواء كان الوقف الاتفاقي أو الوقف القانوني، أو الحالة الأخرى من العوارض هي انقطاع خصومة التحكيم سواء كانت بوفاة أحد الخصوم، أو بترك خصوم التحكيم.

مشكلة الدراسة:

يعد التحكيم وسيلة لفض النزاع، والأصل أن أطراف العقد يختارون المحكمين بإرادتهم إلا أن قد يختلف الأطراف في اختيار المحكم، فيتم اللجوء إلى القضاء لاختيار وتشكيل هيئة التحكيم، وعليه يطرح التساؤل الرئيسي حول دور القضاء في مواجهة والتغلب على إشكالية اختيار هيئة التحكيم.
وعليه، تطرح التساؤلات الفرعية الآتية:

- كيف يتم تشكيل هيئة التحكيم؟
- ما هي العوارض والاشكاليات التي تواجه أطراف العقد لتشكيل المحكمين كعارض الوقف أو الانقطاع أو ترك خصومة التحكيم وكيف يتم مواجهتها؟
- ما هي الآثار القانونية المترتبة على كل عارض كالوقف وانقطاع وترك خصومة التحكيم؟
- مدى حجية تدخل القضاء في تشكيل وتعيين هيئة التحكيم؟

منهج الدراسة:

تعتمد الباحثة بهذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك لتوضيح مفهوم التحكيم مع بيان أنواعه وأحكامه، وأيضاً المنهج المقارن من خلال مقارنة وتحليل نصوص التشريعات في التشريع البحريني وتشريعات الدول المقارنة كالمصري والإماراتي، للتعرف على نظام التحكيم والعوارض التي تعترض تشكيل المحكمين، وكيفية القضاء على تلك العوارض من خلال تدخل سلطة القضاء.

خطة الدراسة:

في ضوء ما تقدم، سيتم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم

المطلب الأول: مفهوم التحكيم ومبرراته

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وأنواعه

المبحث الثاني: تشكيل هيئة التحكيم والإشكاليات التي تواجهها

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم

المطلب الثاني: العوارض الخاصة بهيئة التحكيم

المبحث الثالث: سلطة القضاء في معالجة إشكاليات تشكيل هيئة التحكيم

المطلب الأول: حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين

المطلب الثاني: دور القضاء المساند في مواجهة عوارض هيئة التحكيم

المبحث الأول
ماهية التحكيم

نظام التحكيم هو أداة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات، بدلاً من القضاء العام في الدولة الحديثة، صاحب الولاية العامة، والاختصاص بالفصل في جميع منازعاتهم -وأياً كان موضوعها- إلا ما استثنى بنص قانوني خاص، لأن مهمة التحكيم يتم إسنادها إلى أفراد عاديين أو أشخاص غير قضائية، يطلق عليهم «هيئة التحكيم»، ويجري اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم انطلاقاً من الثقة التي يتمتعون بها في قدرتهم على حسم النزاع

موضوع الاتفاق على التحكيم، أو انطلاقاً من التخصص الفني، والذي قد لا يتوافر لدى غيرهم، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم، والفصل فيها[1].

ونظام التحكيم يتيح للأفراد والجماعات تنظيم مهمة الفصل في منازعاتهم التي نشأت بالفعل أو التي يمكن أن تنشأ في المستقبل «مشارطة التحكيم»، أو «شرط التحكيم» لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، نظراً لبساطة نظام التحكيم وقلة نفقاته[2].

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فهناك من يرى أنها ذات طبيعة عقدية، وبعضهم الآخر يذهب إلى أنها ذات طبيعة قضائية وهناك من يرى بأنها طبيعة مختلطة، فيما يرى الآخرون أن التحكيم يتسم بأن له طبيعة خاصة مستقلة.

وبناءً على ما تقدم، سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم ومبرراته.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وأنواعه.

المطلب الأول
مفهوم التحكيم ومبرراته

نظراً لأهمية موضوع التحكيم كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات بطريقة ودية ورضائية، إلا أن هناك الكثير من النظم التي تتداخل مع هذا النظام مما يحتم ضرورة الوقوف عليه من حيث مفهومه التشريعي، والفقهي، والقضائي، ومبررات هذا النظام والظروف التي تدعو أطراف النزاع لسلوكه بدلاً من القضاء العادي في الدولة.

وعليه، سنتناول من خلال هذه الدراسة مفهوم التحكيم من خلال تعريفه في الفرع الأول، ومبرراته في الفرع الثاني.

الفرع الأول
مفهوم التحكيم

أولاً: التحكيم في اللغة

من الحُكم، أي: القضاء، ومعناه التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم (أو أحكمه فاستحكم) وصار (محكماً) في ماله، (تحكيماً) إذ جعل إليه الحكم فيه (فاحتكم) عليه في ذلك[3]. ويقال حكمنا فلاناً بيننا، أي: أجزنا حكمه بيننا[4]. قال تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ

١. د. محمود السيد عمر التحيوى، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣٤.

٢. د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٣٤.

٣. القاموس المحيط ج٤ ص٩٨، مختار الصحاح ص١٤٨، وأيضاً انظر المصباح المنير ج١ ص٢٠٠ -المعجم الوسيط ج١ ص٢٩٠.

٤. لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، الجزء الثاني، بدون سنة النشر، ص٦٥٤.

بَيْنَهُمْ)[1] أي: يجعلوك حكماً فيما حل بينهم من شجار أو خلاف.

ثانياً: التحكيم في التشريع

لم يضع قانون التحكيم البحريني (قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي) تعريفاً للتحكيم[2]، إلا أن قانون التحكيم المصري أكد في المادة (٤) على أنه: «ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة، أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك[3]».

كما عرف قانون التحكيم الإماراتي في المادة الأولى التحكيم على أنه:» وسيلة ينظمها القانون يتم من خلالها الفصل بحكم ملزم في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف»[4].

والملاحظ على المشرع البحريني أنه لم يورد في قانون التحكيم تعريفاً للتحكيم، وقد أحسن صنعاً؛ ذلك لأن مسألة التعريفات عادةً ما تتركها التشريعات للفقه، وإنما اكتفى الإحالة إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بعكس المشرعين: المصري والإماراتي، اللذين عرفا التحكيم.

ثالثاً: التحكيم في الفقه

يعرف البعض من الفقه التحكيم بأنه: «تسوية شخص أو أكثر نزاعاً عُهد به إليه للفصل فيه باتفاق مشترك»[5]. كما عرف التحكيم بأنه: « الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»[6] وقد عرفه جانب فقهي آخر بأنه: «احتكام المتخاصمين إلى شخص أو أكثر لفصل نزاعاتهم القائمة أو التي ستقوم»[7].

---

١. آية ٦٥ سورة النساء

٢. صدر قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ٢٠١٥م بتاريخ ٥ يوليو ٢٠١٥م ونشر في الجريدة الرسمية العدد (٣٢١٧) الموافق الخميس٩ يوليو ٢٠١٥، حيث تضمن اعتماد قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة لعام ١٩٨٥ والمعدل في عام ٢٠٠٦، وذلك كقانون للتحكيم في مملكة البحرين، سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي التجاري، وبخصوص تعريف التحكيم فلم ينص قانون الأونسيترال على تعريف دقيق للتحكيم، وإنما أشار في المادة (٢/أ): « التحكيم يعني أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا».

٣ صدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المنشور في الجريد الرسمية العدد (١٦) الصادر بتاريخ ١٢/٤/١٩٩٤.

٤. القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ بشأن التحكيم، أما المشرع الكويتي لم يورد تعريفا للتحكيم أو لاتفاق التحكيم سواء في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو في القانون الخاص بشأن التحكيم القضائي، إنما قرر في المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، على انه: « يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين».

٥. د. شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١١، ص٥٨.

٦ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة ٥، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص١٥.

٧. د. بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥، ص١٢.

يلاحظ على هذه التعريفات الفقهية أنها تعتبر التحكيم نظاماً قانونياً يهدف إلى تسوية النزاع بين الأطراف بواسطة شخص أو أكثر يطلق عليه اسم محكم أو محكمين، على أن يكون ذلك بمقتضى قرار أو حكم ملزم لأطراف النزاع، وتستمد هيئة التحكيم سلطاتها من إرادة الأطراف واتفاقهم شريطة أن تكون هذه الإرادة أو تلك الاتفاقات قد أقرها القانون واعترف بها[1].

رابعاً: التحكيم في القضاء

تعرضت محكمة التمييز البحرينية لتعريف التحكيم في العديد من أحكامها فذكرت « التحكيم طريق استثنائي للتقاضي وإن كان ينبني مباشرة على اتفاق الخصوم، فإنه يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز اللجوء إليه وأسبغ على المحكمين ولايتهم للفصل في النزاع...»[2].

وعرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه: «عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالتها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية»[3].

كما عرفته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه «طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية...»[4].

وعليه، ترى الباحثة أن التحكيم عبارة عن اتفاق، أو نظام، أو إجراء، أو وسيلة من وسائل تسوية المنازعات، ويجيز الأفراد إخضاع ما ينشأ بينهم من نزاع نشأ فعلاً أو لم ينشأ بعد إلى جهة التحكيم، ودون الحاجة إلى اللجوء إلى السلطة الرسمية وهي السلطة القضائية.

الفرع الثاني
مبررات التحكيم

تتجه إرادة الأفراد إلى التحكيم لتسوية المنازعات الحالية أو المستقبلية بصدد موضوع معين بحكم ملزم لأطراف المنازعة، مفضلة بذلك نظام التحكيم على اللجوء إلى القضاء، وذلك لما يتسم به

---

١. د. شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص٥٩.

٢. حكم محكمة التمييز البحرينية، الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٢٠٠٥/٥/٩، وفي ذات المعنى الطعن رقم ٣٢١ لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٢٠٠٥/٧/٤، والطعن رقم ١١١ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٥/١٠/١٧.

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها بأن «التحكيم هو احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفض النزاع بينهم على أن يكون هذا الاتفاق خطياً وفقاً لأحكام القانون» تمييز حقوق رقم ١٧٧٤/ ٩٤ لسنة ١٩٩٥.

٣. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق، جلسة ٢٠٠٣/٥/١١م.

٤. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٤٩، لسنة ١٩ ق، جلسة بتاريخ ١٩٥٢/١/٣.

ولم يختلف الفضاء الكويتي في تحديده لمفهوم التحكيم عن المعنى المتقدم، حيث عرفته دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف في الطعن رقم ٩٧/٤٤٤ تجاري جلسة ١٩٩٨/٥/١٧م، بأنه: «عقد يتفق طرفاه بموجبه على عرض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد متعددين ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة»، الحكم منشور في كتاب الدكتور خالد فلاح عوار العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٧.

التحكيم من مميزات، ويمكن إجمال أهم ما يبرر اللجوء إلى التحكيم في الآتي:

أولاً: السرية

رغم أن مبدأ العلانية يعد من ضمانات تحقيق العدالة، ومن أسس التقاضي المتعارف عليها إلا أنها قد تأتي بنتائج عكسية على أطراف النزاع إذا كان من شأنه إذاعة أسرار صناعية، أو تكنولوجية، أو اتفاقات خاصة، أو أسماء من يتعاملون معهم[1]، الأمر الذي يلحق بهم ضرراً قد تفوق جسامته خسرانهم للدعوى، لذا يحرصون على إبقائها سراً مكتوماً.

فأطراف النزاع يجدون في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاع، حيث إن إرادتهم هي التي تحدد إجراءاته، ولهم -إذا أرادوا ذلك- جعل كافة إجراءات التحكيم سرية[2] حفاظاً على أسرار المهنة، وطبيعة الصفقة المبرمة بين أطراف النزاع، بعكس اللجوء إلى القضاء وما ينتج عنه من مخاطر، وأضرار نتيجة للإعلان عن موضوع النزاع وطبيعته.

ثانياً: بساطة الإجراءات وسرعة اتخاذ القرار

إجراءات التحكيم بسيطة حيث يحدد أطراف النزاع تلك الإجراءات وميعاد صدور القرار فيه. الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار قرار التحكيم إضافة لما في التحكيم من اختصار لدرجات التقاضي[3]. والتحكيم يؤدي السرعة في حسم النزاع، حيث يتقيد المحكمين بمدة معينة يلتزمون بإصدار حكمهم خلالها. مثال على ذلك نظام التحكيم غرفة التجارة بباريس، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة الثامنة عشر منه على: «ضرورة صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ استلام المستندات أو الوثائق المحددة في المادة الثالثة عشرة من هذا النظام». كما تقضي المادة السابعة من لائحة مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري بأنه «يتعين على هيئة التحكيم أن تصدر قرارها خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ استلام المهمة ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول».

ثالثاً: اختيار هيئة التحكيم

يمكن لأطراف النزاع اختيار هيئة التحكيم من أصحاب الخبرة في مجال النشاط الذي يرتبط به النزاع، وهو أمر يحقق الاطمئنان لدى الأطراف، فبعض العقود قد تكون ذات طبيعة فنية تحتاج إلى متخصصين لفهم طبيعة النزاع[4]، ويصعب على القاضي الفصل فيها دون إحالتها إلى خبير في الموضوع محل المنازعة، الأمر الذي قد يستغرق وقتاً وجهداً.

---

١. د. إبراهيم جوهر إبراهيم، التنظيم القانوني لغرفة البحرين لتسوية المنازعات، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٩، ص٣٠.

٢. د. شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص٩٧.

٣. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص٢١.

٤. د. إبراهيم جوهر إبراهيم، مرجع سابق، ص٣٢.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية للتحكيم وأنواعه

من المتفق عليه بين التشريع، والفقه، والقضاء أن التحكيم وسيلة بديلة لحل الخلافات التي تقع بين الأشخاص، بحكم يلتزمون بتنفيذه، إلا أنه قد احتدم الخلاف حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.

ويقسم التحكيم من حيث دور إرادة الخصوم في إنشائه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، وبالنظر إلى النطاق الجغرافي ينقسم التحكيم إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي، كما ينقسم من حيث الأساس الذي يستند إليه المحكمون إلى تحكيم بالقضاء وتحكيم مع التفويض بالصلح، وأيضاً ينقسم من حيث مدى حرية المحكم وسلطاته إلى تحكيم خاص وتحكيم مؤسسي.

وبناءً على ما تقدم، سيتم تسليط الضوء على طبيعة التحكيم في المجال الفقهي في الفرع الأول، ثم سيتم تناول أنواع التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع الأول
الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النظرية التعاقدية

يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم بصفة عامة ذو طبيعة عقدية، لأنه يقوم أساساً على اتفاق التحكيم الذي يتم إبرامه بين الأطراف بناءً على إرادتهم الحرة لحسم المنازعات الناشئة بينهم، وذلك بحكم ملزم لهم، وهذا الحكم هو انعكاس لهذا الاتفاق، ومن ثم فإنه يجب أن يتخذ ذات الصفة التعاقدية التي يتخذها هذا الاتفاق[1]. كما أن هذه النظرية قد أخذت بالانتشار بعد صدور حكم النقض الفرنسي الشهير في بداية القرن التاسع عشر[2].

يضاف إلى ما تقدم، أن التحكيم في حد ذاته يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة بأطرافه، فيبتعد بذلك عن هدف المصلحة العامة المجردة. كما أن المحكمين يستمدون اختصاصاتهم وسلطاتهم من إرادة الأطراف، وبالتالي فإن اختيار هذه الأطراف للمحكمين يكون في الغالب اختيار واسعاً سواء من حيث عددهم أو حتى من حيث جنسياتهم، بالإضافة إلى أن ما يقرره المحكمون يمكن الطعن به من قبل الأطراف المتنازعة، بل يمكن في حالات معينة إعادة التحكيم للوصول إلى حلول توافق عليها

---

١. د. مهند أحمد صانوري، د. غيث مصطفى الخصاونة، التحكيم في المواد المدنية والتجارية في القانون البحريني، الطبعة الأولى، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠١٨، ص ٦٢-٦٣.

٢. د. إبراهيم جوهر إبراهيم، مرجع سابق، ص٤٠، حيث صدر حكم محكمة النقض الفرنسي عام ١٨١٢م وأكدت صراحة على أن أساس وجود التحكيم يرجع للاتفاق المبرم ما بين الأطراف، وقد تعاقبت محاكم النقض الفرنسية على ذلك بعدها.

تلك الأطراف[1].

إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية، أنها تبالغ في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، ففي واقع الأمر هؤلاء لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، بل عن إرادة القانون في الحالة المعينة.

ثانياً: النظرية القضائية

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم يتسم بالطابع القضائي، لأنه يهدف إلى حل منازعات محددة، وهذا هو الهدف الأساسي للقضاء. كما أن قرار التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي به، وهو ما تتمتع به الأحكام القضائية[2].

وأنصار هذه النظرية يرون أن تحديد طبيعة نظام معين إنما يعتمد على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته، وليس على معايير شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة[3].

وقد انتقدت هذه النظرية لأنها لا تستقيم مع طبيعة التحكيم، على اعتبار أن المحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار حتى ولو كان يؤدي عمله في إطار هيئة دائمة للتحكيم، وأيضاً لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر.

وأيضاً فإن وظيفة القاضي في الدولة تختلف عن وظيفة هيئة التحكيم، لأن القاضي موظف عام مهمته الفصل في النزاع المعروض أمامه، أما المحكم شخص عادي لا يشترط فيه توافر مؤهلات معينة في الأغلب ومهمته اختيارية[4].

ثالثاً: النظرية المختلطة

ظهرت هذه النظرية للتوفيق بين النظريتين السابقيتين العقدية والقضائية، فتبنى أنصار هذه النظرية حلاً وسطاً بين النظرتين السابقتين، وحيث يرى أن التحكيم له طبيعة مختلطة وتتعاقب عليه صفتان هما: الأولى الصفة التعاقدية والتي تبدأ باتفاق التحكيم الذي يبرم بناءً على إرادة الأطراف، والثانية هي الصفة القضائية فتقوم هيئة التحكيم بإجراءات التحكيم وحكم المحكم[5]، ويلاحظ أن هذه النظرية قد أخذت جانباً وسطاً ما بين الطبيعة التعاقدية والقضائية معاً في ذات الوقت.

وقد وجه لهذه النظرية العديد من الانتقادات، وهي على النحو الآتي:

١. إن النظرية وضعت حداً زمنياً فاصلاً بين كل من الطابع التعاقدي والطابع القضائي للتحكيم، إلا أن التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم ليس مثبت الصلة باتفاق التحكيم، وإنما هو نتيجة منطقية

---

١. د. بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص ٢٩.

٢. د. خالد فلاح عواد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٧.

٣. المرجع نفسه، ص ٤٧

٤. د. يسرى محمد سعيد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٢٨.

٥. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٠.

ومتصلة بهذا الاتفاق[1].

٢. إن هذه النظرية لم توجد حلاً للمشكلة الخاصة بتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وأنها حاولت الهروب منها دون مواجهة حقيقية[2].

رابعاً: النظرية المستقلة

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات، ونظام مستقل قائم بذاته، ولا يمكن اعتباره ذا صفة تعاقدية بحتة ولا قضائية بحتة، بل ولا حتى مختلطة، ولكنه ذو طبيعة خاصة ومستقلة.

ووُجهت إلى هذه النظرية عدة انتقادات، أهمها أن التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن عدالة القضاء، حيث إنه لا يمكن الوصول إلى طبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يرتبه، وإنما من خلال رده إلى الأصل الذي ينتمي إليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة كانت الطبيعة العقدية، أما إذا كان الأصل القضاء كانت الطبيعة القضائية، أما إذا كان غير ذلك فإننا نكون أمام طبيعة مستقلة يجب تأصيلها، الأمر الذي لم تفعله تلك النظرية[3].

بعد استعراض النظريات التي قيلت في تحديد طبيعة التحكيم، فترى الباحثة بأن التحكيم نظام ذو طبيعة مستقلة، وأن نظرية استقلال التحكيم هي الأقرب لواقع التحكيم وطبيعته باعتبار أن له مميزاته وأحكامه، وأن الواقع العملي الدولي والوطني قد أثبت أن التحكيم يتمتع بطبيعة خاصة جعلته نظاماً مستقلاً قائماً بذاته. وعلى هذا أصبح التحكيم لغة المستقبل، وأصبح نظاماً عالمياً لا يحكمه ماورد في قوانين الدول فحسب، بل في غيرها من قوانين دولية ومعاهدات وقرارات وأنظمة ولوائح هيئات التحكيم الدائمة المستمرة المنتشرة في دول العالم.

الفرع الثاني
أنواع التحكيم

يمكن تقسيم التحكيم إلى عدة أنواع بحسب الزاوية التي ينظر إليها أو المعيار الذي يعتمد عليه كأساس للتفرقة، حيث يوجد تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، وتحكيم مؤسسي وتحكيم حر، وتحكيم عادي وتحكيم مع التفويض بالصلح، وتحكيم وطني وتحكيم دولي.

وبناء على ما تقدم، ستناول بشيء من الايجاز عن أنواع التحكيم، وذلك على النحو الآتي:

---

١. د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون ناشر، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٤٥.

٢. د. مهند أحمد صانوري، د. غيث مصطفى الخصاونة، مرجع سابق، ص٦٦.

٣. د. خالد فلاح عواد العنزي، مرجع سابق، ص ٦٠-٦١.

أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

معيار التمييز بين هذين النوعين من التحكيم هو مدى حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم أو مدى إلزامية اللجوء إليه[1].

الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً، بحيث يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع، في اتفاق يختارون فيه المحكم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم.

واختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع، أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر للقضاء، أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية نزاعهم[2].

أما التحكيم الإجباري فهو ذلك التحكيم الذي ينظمه المشرع بمقتضى نص قانوني، ويفرض على الخصوم اللجوء إليه في حالة نشوء خلاف بينهم، ومن ثم لا تكون لإرادتهم وجود في اللجوء إليه أو عدم اللجوء إليه، وليس لإرادتهم اختيار المحكمين أو القانون الواجب التطبيق أو إجراءاته[3].

ولقد تدخل المشرع المصري ونظم هذا النوع من التحكيم في منازعات القطاع العام[4]، كما نظم المشرع البحريني التحكيم الإجباري لغرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستشارية[5].

وترى الباحثة أنها لا تميل إلى قبول هذا النوع من أنواع التحكيم، على اعتبار أنه يخالف طبيعة التحكيم نفسه ولا يتفق مع الأساس الذي بني عليه، ولا مع غاياته وآثاره المبتغاة، بالإضافة إلى أنه قد يؤدي إلى مشكلات ونتائج غير مرضية، وبخاصة في الواقع العملي الذي نعيش فيه ونعلم معطياته جميعاً. ولهذا نتمنى على المشرع في الدول الأخرى بصفة عامة وعلى المشرع البحريني بصفة خاصة، عدم الأخذ به والابتعاد عن تقريره في كل الحالات.

ثانياً: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر

التحكيم الحر هو ما يتولى أطراف النزاع إقامته بمناسبة نزاع معين، ليتم الفصل فيه، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، كما يتولون اختيار الإجراءات والقواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم النزاع[6].

---

١. د. شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص ٧٤.

٢. قد صدر في الأردن قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ والمتعلق بشأن التحكيم الوطني الداخلي، وقد نصت المادة الثالثة منه على أنه: «تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية»، فمن خلال هذه المادة نستطيع أن نتبين منها أن التحكيم الذي تسري عليه أحكام هذا القانون هو التحكيم الاختياري، وهو التحكيم الذي يتم اللجوء إليه بإرادة أطراف النزاع.

ومن الملاحظ أن المشرع البحريني لا يوجد نصاً مشابه للنص الأردني، ولا حتى في القانون المرافق للتحكيم الجديد، فلم يتضمن نصاً بهذا الخصوص، ويعتبر هذا مأخذاً على هذا القانون، نتمنى أن يتم تداركه في أي تعديل لاحق على قانون التحكيم.

٣. شريف يوسف الخاطر، مرجع سابق، ص٧٦.

٤. القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته المصري، الجريدة الرسمية، العدد ٣١ تابع أ، بتاريخ ١٩٨٣/٨/٤م.

٥. المرسوم بقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية، الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٩، ونشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٢.

٦. د. علي سليمان الطماوي، د. يحيى الجمل، التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية،

أما التحكيم المؤسسي فهو يتم بواسطة هيئة أو منظمة أو مركز من منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة، دولية أو وطنية، ويتم وفقاً لقواعد وإجراءات محددة سلفاً تحددها تلك الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات أو النظام الداخلي للمركز[1].

ويلاحظ أن مملكة البحرين قد أنشأت غرفة البحرين لتسوية المنازعات بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٩، كما يوجد في المملكة مقر مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية[2]. أما على النطاق الإقليمي والدولي فإن هناك الكثير من الهيئات والمراكز الدولية التي تعني بالتحكيم، من أهمها: مركز دبي المالي العالمي، مركز دبي للتحكيم الدولي، هيئة التحكيم بالمحكمة الكلية بالكويت، مركز عمان للتحكيم التجاري، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، محكمة لندن للتحكيم الدولي، وغرفة التجارة الدولية بباريس، وجميعة التحكيم الأمريكية.

والتحكيم المؤسسي يمتاز بتوفير مكان إجراء التحكيم، والخدمات الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم من أعمال سكرتارية وترجمة وحفظ ملفات وغيرها، وأيضاً توفر المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه. ومن عيوب هذا النوع من التحكيم أنه غالباً ما تكون تكلفته أعلى من التحكيم الخاص، حيث يحتاج أحياناً إلى نفقات تفوق نفقات القضاء في الدولة[3].

أجاز المشرع البحريني لأطراف خصومة التحكيم حرية اختيار جهة التحكيم والإجراءات الواجب اتباعها أمامها سواءً كانت هيئة التحكيم تتمثل في شخص عادي، أو مؤسسة، أو مركز تحكيمي، فقد نصت على هذا النوع من التحكيم المادة الثانية الفقرة (أ) من القانون المرافق لقانون التحكيم، حيث جاء فيها إن: «التحكيم يعني أي تحكيم سواءً تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا»[4].

كما أخذ المشرع المصري في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بنوعي التحكيم، حيث أجاز للأفراد الاتفاق على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مراكز للتحكيم داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإن لم يتفقوا على ذلك كان التحكيم حراً. حيث نصت المادة الرابعة من هذا القانون على انصراف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز

القاهرة، ٢٠١٧، ص١٦٥.

١. د. علي سليمان الطماوي، د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٦٦، د. مهند أحمد صانوري، د. غيث مصطفى الخصاونة، مرجع سابق، ص٤٤.

٢. تم إنشاء مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بقرار من قادة مجلس التعاون وذلك في شهر ديسمبر ١٩٩٣، ويقع مقره في مملكة البحرين، ويختص في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون أو بينهم وبين الغير سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، والمنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ أحكام الاتفاقية الاقتصادية والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، وقد صدرت لائحة إجراءات التحكيم من قبل لجنة التعاون التجاري وذلك بتاريخ ١٩٩٤/١١/١٦، وتم إجراء التعديل على اللائحة بتاريخ ٥ أكتوبر ١٩٩٩، ويعتبر حاليا هذا المركز من أهم المراكز التحكيمية في منطقة الخليج العربي.

٣. د. شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص٨٧.

٤. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لعام ١٩٨٥ وتعديلاته عام ٢٠٠٦، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٣٢١٧، ٢٠١٥/٧/٩.

دائم للتحكيم أم لم يكن كذلك.

ويحسن للمشرعين: البحريني والمصري على النص على هذين النوعين من التحكيم طالما أن هناك اتفاقاً على إحالة النزاع للتحكيم وورود نص في القانون يجيز هذا النوع.

ثالثاً: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

الأصل هو التحكيم بالقانون، ويقصد به التزام المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع[1]، ويقصد هنا بالقانون، المعنى الواسع، الذي يشمل جميع القواعد القانونية، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف[2].

والتحكيم بالصلح يُعد استثناءً من الأصل العام وهو التحكيم بالقانون، وبموجب التحكيم بالصلح يخول طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون ما[3].

فغالبية التشريعات أجازت التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، ونصت عليه في قوانينها المتعلقة بالتحكيم، ففي قانون التحكيم البحريني أقر التحكيم بالصلح في المادة (١/٢٨) من القانون المرافق بقولها: «لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحةً».

كما نصت المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري[4]، على أنه: «يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا الخصومة صراحة على الصلح أن تفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون».

ونصت -أيضاً- المادة (٣٨) من قانون التحكيم الإماراتي[5]، على أنه: «لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، وذلك ما لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة أو تفويضها بالصلح».

فمن خلال تلك النصوص نجد أن الأصل في التحكيم أنه تحكيم عادي، وأنه لا يعتبر تحكيماً بالصلح إلا عند اتجاه إرادة أطراف النزاع صراحة إلى تفويض المحكم بالصلح، ولا يمكن استخلاص هذه الإرادة بشكل ضمني، وبغير هذا الاتفاق يكون التحكيم عادياً.

---

١. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٧.

٢. د. علي سليمان الطماوي، د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص ١٧٢.

٣. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ٣١.

٤. قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته سنة ٢٠٠٩.

٥. قانون اتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨، بشأن قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة.

رابعاً: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

التحكيم الوطني هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع يمس دولة واحدة، سواء كان هذا النزاع مدنياً أو تجارياً، أما التحكيم الدولي فهو الذي يمس أكثر من دولة[1].

وقبل صدور قانون التحكيم البحريني كان الفصل السابع من قانون المرافعات البحريني ينظم التحكيم الداخلي، إلى أن صدر القانون التحكيم الذي لم يميز بين التحكيم الوطني والتحكيم التجاري الدولي التي أصبحت النزاعات الداخلية والدولية يحكمها قانون واحد هو قانون التحكيم البحريني. وقد سار بذات الاتجاه قانون التحكيم الإماراتي[2].

أما قانون التحكيم المصري، فإنه لم يستخدم مصطلح التحكيم الوطني إنما اكتفى بوصفه غير التحكيم التجاري الدولي[3]، بمعنى أن التحكيم إذا لم يكن تجارياً دولياً وفقاً للمشرع المصري، فإنه يكون تحكيماً وطنياً، ولهذا فإنه يمكن تعريف التحكيم الوطني وفقاً للقانون المصري بأنه التحكيم الذي لا يعتبر تحكيماً تجارياً دولياً.

ويلاحظ على تلك التشريعات -كالمشرع البحريني والمصري والإماراتي- أنها وضعت تشريعاً واحداً لكل من التحكيم الدولي والداخلي، بعكس الدول الأخرى التي خصت التحكيم الدولي بنصوص خاصة، كقانون التحكيم الفرنسي، والذي لا يطبق على التحكيم الدولي كافة القواعد المقررة في التحكيم الداخلي حسب ما نصت المادة (١٥٠٦).

المبحث الثاني
تشكيل هيئة التحكيم والإشكاليات التي تواجهها

تخضع إجراءات تشكيل هيئة التحكيم للقواعد التي يختارها أطراف التحكيم، سواء وردت هذه القواعد صراحة في شرط أو مشارطة التحكيم أو قانون دولة يتفق بينهم على تطبيقه على إجراءات التحكيم أو في لائحة مركز أو مؤسسة للتحكيم.

ولكن قد تثور بعض الصعوبات والمشكلات الفنية بصدد تشكيل هذه الهيئة بين أطراف العقد، وهو ما يدعو التساؤل عن موقف المشرع البحريني والدول المقارنة وقواعد منظمات ومراكز التحكيم في هذا الشأن، ومدى معالجتهم لهذا المشكلات.

وبناءً على ما تقدم، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم

المطلب الثاني: العوارض الخاصة بهيئة التحكيم

---

١. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٤١.

٢. المادة (٢) و(٣) من قانون اتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨، بشأن قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة.

٣. المادتان (٩) و(٢/٥٤) من قانون التحكيم المصري.

المطلب الأول
تشكيل هيئة المحكمين

لا شك أن الهدف من نظر النزاع من قبل المحكم هو الوصول إلى الحكم الفاصل في النزاع، وهذا الأمر لا يتأتى إلا من خلال تشكيل هيئة لتسوية النزاع حيث تعد عنصراً أساساً في الخصومة. وذلك من خلال منظومة من الضوابط حرص عليها المشرع لضمان سير العدالة في الخصومة التحكيمية.

وعليه سنتناول هذه الدراسة من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القواعد العامة في تشكيل هيئة التحكيم

الفرع ثاني: شروط صلاحية المُحكم

الفرع الأول
القواعد العامة في تشكيل هيئة التحكيم

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الخاص

في هذه الحالة تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر بشرط أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً[1]. ويتضح أن المشرعين: المصري والاماراتي قد اتفقا على ذات النص عند تشكيل هيئة التحكيم، إلا إن المشرع البحريني لم يشترط أن يكون العدد وتراً.

وهيئة التحكيم الخاص قد تتألف من محكم واحد أو أكثر، فإذا تم الاتفاق ما بين الأطراف على أن التحكيم بينهم سيتم من خلال محكم واحد، وقد يكون هذا الاتفاق في اتفاق التحكيم نفسه بحيث يتم إبرامه متضمناً اسم المحكم الذي وقع عليه الاختيار من قبل الخصوم.

وقد تكون هيئة التحكيم مؤلفة من أكثر من محكم، أي: من ثلاثة محكمين أو أكثر، ففي مثل هذه الحالة يتم تشكيل الهيئة من محكمين ومحكم مرجح، يقوم كل طرف من الأطراف بتعيين محكم من جانبه، وبعد ذلك يقوم هذان المحكمان بتعيين المحكم الثالث الذي يطلق عليه تسمية المحكم المرجح أو الرئيس. كما يجوز لهم الاتفاق على اللجوء إلى أحد مراكز التحكيم أو أحد المنظمات الدائمة[2]، وفي هذه الحالة تحكم قواعد هذا المركز أو هذه المنظمة مسألة كيفية اختيار هيئة التحكيم.

---

١ ٢٣٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الملغاة. وبالنظر إلى قانون المرافق نصت المادة ١٠ على ان: « ١- للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين. ٢- فإن لم يفعلا ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة».

كما نصت المادة ١٥ من قانون التحكيم المصري على أن: «١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً».

ونصت ايضاً المادة ٩ من قانون التحكيم الاتحادي الإماراتي على ان: « ١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقوا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، ما لم تر الجهة المعنية خلاف ذلك.

٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً".

٢. المادة ٣ من قانون التحكيم المصري، والمادة ٣ من قانون التحكيم الاتحادي الإماراتي، اللذين يجيزان صراحة هذا النوع من التحكيم.

والملاحظ أن التشريع البحريني، نص في القانون المرافق في المادة العاشرة منه على أن للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين، وهذا يعني أن المشرع البحريني فضَل أن يكون التحكيم من هيئة مكونة من ثلاثة محكمين إلا إذا اتجهت إرادة أطراف النزاع أن تكون الهيئة مكونة من واحد أو أكثر من ثلاثة كأن يتفقوا أن تكون مكونة من خمسة أو سبعة أو أكثر، وهذا يعني أن المشرع البحريني يرجح أن تكون الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين.

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المنظم أو المؤسسي

قد يرغب المحتكمون عند تشكيلهم لهيئة التحكيم في الالتجاء لإحدى مراكز التحكيم أو مؤسساته الدائمة لما تحظى به من مكانة وخبرة وقبول في مجال التحكيم، وما تشتمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد معلومة يسهل الرجوع إليها لضبط عملية التحكيم[1].

والجدير بالذكر أنه في حالة لجوء المحتكمين إلى إحدى المؤسسات التحكيمية لا يكون من الضروري الاتفاق على كيفية اختيار المحكمين، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج هذا الأمر وفقاً لأهمية النزاع وطبيعته، ففي بعض الحالات قد يلجأ المحتكمون إلى مؤسسة تحكيمية أو رئيس مركز تحكيمي لاختيار أو تشكيل هيئة التحكيم، وفي بعض الأحيان يكون دور المركز أو رئيسه مقصوراً على مهمة التشكيل فقط دون غيرها، وفي حالات أخرى قد يُضمن المحتكمون في اتفاقهم رغبتهم في حل منازعاتهم في إطار إحدى المنظمات التي تتولى تنظيم التحكيم في جميع مراحله.

وقد نصت المادة الثانية من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني على أن: «التحكيم» يعني أي تحكيم سواءً تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا».

وعلى سبيل المثال سنتناول تشكيل هيئة التحكيم وفقاً للائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجل التعاون الخليجي:

وفقاً لنص المادة الثامنة من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، التي صدرت عام ١٩٩٤م، يتم تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو ثلاثة محكمين بحسب اتفاق الطرفين. فإذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين تشكل الهيئة من ثلاثة محكمين.

فإذا شكلت هيئة التحكيم من محكم منفرد، فيجب على الطرفين الاتفاق على تعيينه، سواء تم الاختيار من قائمة المحكمين المعتمدة لدى المركز أو من خارجها. فإذا لم يتم الاختيار خلال عشرين يوماً، تولى الأمين العام للمركز تعيين المحكم خلال أسبوع من انتهاء هذه المدة من بين قائمة المحكمين المعتمدة لدى المركز. ويخطر الأمين العام جميع الأطراف بهذا التعيين خلال أسبوع من تاريخه[2].

---

١. د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢م، بدون جهة وسنة نشر، بند ٥٤، ص٧٣.

٢. مادة ١/١٢ من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية

أما إذا كان تشكيل الهيئة من ثلاثة محكمين فيعين كل طرف محكما واحداً. فإذا لم يعين طالب التحكيم محكمه في طلبه، تولى الأمين العام تعيينه خلال أسبوع من تاريخ وصول طلب التحكيم[١]. أما المطلوب التحكيم ضده فيتعين عليه اختيار محكمه خلال العشرين يوماً التالية لتاريخ إخطاره بطلب التحكيم من قبل الأمين العام، فإن لم يفعل تولى الأمين العام للمركز تعيين المحكم خلال أسبوع من تاريخ انتهاء هذه المدة[٢]. أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، فيتم اختياره عن طريق محكمي الطرفين بدعوة يوجهها إليهما الأمين العام. فإذا لم يتم الاتفاق بينهما على اختيار المحكم الثالث خلال عشرين يوماً من تاريخ الدعوة، تولى الأمين العام تعيين هذا المحكم[٣].

وفي حالة منازعة أي من الطرفين في صحة تعيين أحد المحكمين، يتولى الأمين العام للمركز الفصل في هذه المنازعة خلال ثلاثة أيام بقرار نهائي، وذلك كله بشرط أن تبدأ هذه المنازعة قبل انعقاد الجلسة المحددة لنظر النزاع[٤].

الفرع الثاني
شروط صلاحية المُحكم

الشروط الواجب توافرها في المحكم تتشابه مع شروط القاضي، وهذه الشروط لا يؤثر عدم توافرها أو اختلال بعضها على اتفاق التحكيم، إنما قد يؤدي ذلك إلى بطلان حكم التحكيم، فهيئة التحكيم ليست طرفاً في اتفاق التحكيم وسلامة تكوينها ليست شرطاً لصحة هذا الاتفاق.

الشروط الواجب توافرها في المحكم نبينها على النحو الآتي:

- يجب أن تتوافر الأهلية المدنية الكاملة في المحكم، وهي أهلية الأداء، وتتحدد هذه الأهلية وفقاً لقانون دولته، أي لقانون الدولة التي ينتمي بجنسيته إليها، فإذا كان المحكم بحرينياً تتحدد أهليته وفقاً لما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الولاية على المال رقم ٧ لسنة ١٩٨٦ [٥]، والتي تتضمن أن كل من بلغ سن الرشد، ومتمتعاً بكامل قواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، ولا يجوز للمحكم أن يكون قاصراً، أي: يجب أن يتمتع بأهلية أداء وأهلية وجوب كاملة، وذلك حسب أحكام القانون المطبق على أهليته، وهو قانون بلاد المحكم[٦]، وإضافة المشرع المصري بأن لا يحق للمحكم أن يكون محجوراً عليه بسبب الجنون أو السفه، أو ممن تم الحجر عليه بسبب ارتكابه

١. مادة ٢/١٢ من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية
٢. مادة ٣/١٢ من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية
٣. مادة ٤/١٢ من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية
٤. مادة ١٣ من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية.
٥. سن الرشد في القانون البحريني يكون بإتمام (٢١) سنة.
ونصت المادة ١/٤٤ مدني على أن: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية».
٦. نورهان جبر شحادة، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥، ص٨٧.

جناية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة إلا إذا رد اليه اعتباره[1]. وترى الباحثة لو حبذا حرمان من ارتكب جناية أو جنحة مخلة بالشرف من تولى التحكيم ولو كان قد رد اعتباره أسوة بالقضاة، على اعتبار أن القضاة لا يجوز لهم تولي مهمة القضاء، حتى لو تم الحكم برد اعتبارهم.

والملاحظ على نصوص التشريع المصري والإماراتي، أن في الفقرة الأولى قد اتفقا على أنه لا يجوز تعيين محكم قاصر أو محجور عليه أو محروم من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة أو بسبب إشهار إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره، وبالرجوع إلى قانون التحكيم البحريني لم يرد نص مشابه للتشريعين المصري والإماراتي بهذا الخصوص، وعليه كان الأجدر على المشرع البحريني بالنص صراحة على هذا الشرط الواجب توفره في المحكم.

كما اتفق كل من القانون البحريني٢ والمصري[3] والإماراتي[4] على أنه لا يشترط أن يكون المحكم من جنسية معينة أو أن يكون من جنس معين إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف على غير ذلك، وفي حين أن في القانونين المصري والإماراتي أضيفت عبارة أو «نص القانون على غير ذلك»، والمشرع البحريني فقد جعلها بناء على اتفاق الأطراف فقط.

- توافر الحيدة والاستقلال في المحكم، يلزم لكي يقوم المحكم بمهمته القضائية، ويحوز ثقة الأطراف أن يكون -شأنه شأن القاضي- محايداً ومستقلاً. وتعتبر حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي. وذلك حتى يطمئن المتقاضي إلى قاضيه وإلى أن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى. فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أياً كان القائم بها قاضياً أو محكماً[5].

١. نصت المادة ١/١٦ من قانون التحكيم المصري على أن: « لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوزاً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره».

كما نصت المادة ١/١٠ من قانون التحكيم الاتحادي الإماراتي على أن: « يشترط في المحكم بالإضافة إلى الشروط التي يتفق عليها الأطراف أن يكوم شخصاً طبيعياً غير قاصر أو محجور عليه أو محروم من حقوقه المدنية بسبب إشهار إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره».

٢. نصت المادة ١/١١ من قانون المرافق لقانون التحكيم البحريني على أن: « لا يمنع أي شخص من العمل كمحكم بسبب جنسيته، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك».

٣. نصت المادة ٢/١٦ من قانون التحكيم المصري على أن: « لا يشترط ان يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك».

٤. نصت المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم الاتحادي الإماراتي على أن: « لا يشترط أن يكون المحكم من جنس محدد أو من جنسية معنية إلا إذا اتفق الأطراف أو نص القانون على خلاف ذلك».

٥. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٢٤٤.

فقد حرصت التشريعات المختلفة للتحكيم، ومن بينها قانون التحكيم البحريني[1]، والمصري[2]، والإماراتي[3]، ولوائح مراكز ومؤسسات وهيئات التحكيم على هذين الشرطين وهما شرط الحيدة والاستقلال في المحكم، سعياً للوصول إلى الحقيقة المجردة والعدالة في حكم التحكيم.

واشتراط الحيدة والاستقلال أن يكون المحكم شخصاً من غير أطراف النزاع، فإن كان طرفاً فيه لا يصلح محكماً. ذلك أنه ليس لشخص أن يكون طرفاً ومحكماً في نفس الوقت، فالشخص لا يجوز أن يكون قاضياً لنفسه.

التفرقة بين حيدة واستقلال المحكم:

يقصد بالحيدة عدم الميل والانحياز لصالح أي الطرفين، وهذه مسألة ترتبط بالعاطفة نتيجة لمصلحة شخصية، أو علاقة صداقة، أو مودة، أو صلة قرابة، أو عداوة مع أحد الخصوم، قد تؤدي هذه العاطفة إلى عدم تمكن المحكم من إصدار قراره دون تحيز لأحدهم[4].

وقد أشار المشرع المصري لهذا الشرط في المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم التي جاء فيها بأنه يجب على المحكم أن يفصح مقدماً عن أية ظروف من شأنها «إثارة الشكوك حول استقلاله وحيدته». والملاحظ على المشرع المصري استوجب توافر الحيادية لدى المحكم، وجعل أن أي ظرف من شأنه أن يثير الشك حول تحيزه لأحد الأطراف موجباً لرده.

ومن الظروف التي يمكن أن تثير شكوكاً حول حيدة المحكم انتماء المحكم لجنسية أحد الخصوم مع اختلاف جنسية الخصم الآخر، لذا نلاحظ المادة (٥/١١) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني نصت على أنه:» يتعين عليها أن تأخذ في الاعتبار كذلك استصواب تعيين محكم من جنسية غير جنسية الطرفين»، أي: إذا اختلفت جنسية أطراف النزاع يفضل أن يتم اختيار محكم من جنسية مغايرة في حال كان المحكم فرداً، أما إذا كان التحكيم من هيئة متعددة الأعضاء فإنهً يفضل أن يكون جنسية المحكم المرجح من جنسية مغايرة.

وما ذهب إليه المشرع البحريني لم يأخذ به المشرع المصري، وذلك بالرجوع لنصوص قانون التحكيم نجد أنه ليس هناك ما يمنع من اختيار محكم من جنسية أحد أطراف النزاع نفسها.

---

١. نصت المادة ١/١٢ من قانون المرافق لقانون التحكيم البحريني على أنه: « على الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله. وعلى المحكم، منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علما بها».

٢. نصت المادة ٣/١٦ من قانون التحكيم المصري على أن: « يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول إستقلاله أو حيدته».

٣. نصت المادة ٤/١٠ من قانون التحكيم الإماراتي على أنه: « على من يبلغ بترشيحه لتولي مهمة التحكيم أن يصرح كتابة بكل ما من شأنه أن يثير شكوكاً حول حيدته أو استقلاله، وعليه منذ تعيينه وخلال إجراءات التحكيم أن يبادر دون أي تأخير بإخطار الأطراف وسائر المحكمين في حال نشوء أي ظرف قد يثير الشك حول حيدته أو استقلاله، ما لم يكن قد سبق له إحاطتهم علماً بذلك الأطراف».

٤. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٢٤٥، د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، مرجع سابق، ١٠٨.

والملاحظ على المشرع البحريني أنه قد أصاب وكان أكثر توفيقاً عندما فضل اختلاف جنسية المحكم لجنسية أطراف النزاع لما قد يثير ذلك من شك حول حيادية المحكم.

أما الاستقلال فيقصد به هو عدم تبعية المحكم لأي من طرفي النزاع وعدم تلقيه أوامر من قبل أطراف النزاع. فاستقلال المحكم يرتبط بمركز واقعي أو قانوني بحيث يمكن تقدير توافره من عدمه بشكل موضوعي، بخلاف الحياد الذي يتعلق بمركز نفسي وعاطفي يمكن أن يقدر من الناحية الشخصية الفعلية، أي الاستقلال يتصل بوقائع مادية ملموسة[1].

وبالرجوع لنص المادة ١/١٢ من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني، نلاحظ أن هذا الهدف الذي يبتغيه المشرع من وراء الإفصاح هو إتاحة الفرصة لأطراف للوقوف على أسباب قد تثير مظهراً من مظاهر عدم استقلاله.

وعليه، فيلاحظ أن شرط الحيادية والاستقلال لا يتعلقان بالنظام العام، وإنما بمصلحة الخصوم، وإذا تبين لأحد الخصوم عدم الحيدة أو استقلال المحكم أو أحد المحكمين، فإن الطرف المعني بإمكانه التمسك بهذا العيب وإلا سقط حقه في التمسك به.

المطلب الثاني
العوارض الخاصة بهيئة التحكيم

توجد حالات قانونية محددة قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم ، فقد يفشل المحكمون المعنيون في اختيار رئيس هيئة التحكيم أو في الاتفاق على كيفية اختياره، فإذا فشل طرفا النزاع في اختيار المحكم في حالة كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد أو فشل اختياره بالطريقة المتفق عليه، أو امتنع أحد أطراف التحكيم عن تعيين محكم للفصل في النزاع موضوع الاتفاق خلال المدة المتفق عليها من قبل الأطراف بعد تسلمه طلباً بذلك من الآخر، أو إذا خالف أحد أطراف التحكيم إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع، أو تخلف الغير عن القيام بما عهد له القيام به من قبل أطراف النزاع.

لذلك، أحاط القانون مهمة التحكيم في مواجهة أطراف التحكيم ببعض الضمانات التي تكفل للتحكيم تحقيق غايته، وآثاره بكل دقة ونزاهة. وعليه من حق المحتكم صاحب المصلحة أن يطلب رد المحكم الذي تشوب حيدته واستقلاله شائبة، كما يستطيع المحتكمون إنهاء مهمة المحكم، وعزله، وإنهاء مهمته في أي مرحلة من مراحل خصومة التحكيم إذا اتفقا على ذلك.

وبناءً على ما تقدم، سنتناول هذه الدراسة من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: عدول المحكم عن قبول مهمته وتنحيه وعزله

الفرع الثاني: رد المحكم

---

١. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٢٤٥، ود. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، مرجع سابق، ١٠٨.

الفرع الأول
عدول المحكم عن قبول مهمته وتنحيه وعزله

أولاً: عدول المحكم عن قبول التحكيم وتنحيه

للمحكم رغم قبوله التحكيم أن يعدل عن هذا القبول قبل بدء خصومة التحكيم، كما له -بعد بدء خصومة التحكيم- أن يتنحى عن التحكيم[1]. على أن يكون بعذر مقبول وسبب جدي يبرر العدول أو التنحي. ويوجد هذا السبب الجدي إذا قام بعد قبول المحكم التحكيم، أو بعد بدء إجراءاته، مانع يمنعه من مزاولة مهمته، كما لو شعر بالحرج وعدم استقلاله أو عدم حيدته أو احتمال الانحياز إلى أحد الأطراف[2]، أو أصابه مرض يقعده عن ذلك ويحول دون أداء تلك المهمة في الميعاد المحدد للتحكيم.

ويرجع التنحي إلى محض إرادة المحكم، وما يراه من سبب يدعوه إلى الاعتذار عن نظر القضية، فلا يجوز إجباره عليه. ولهذا فإنه إذا طلب أحد أطراف التحكيم من المحكم التنحي عن نظر الدعوى، فلم يستجب المحكم لهذا الطلب، ولم يقم الطرف برد المحكم، فإن الحكم الصادر من المحكم يُعد صحيحاً. وينتج العدول أو التنحي أثره بمجرد إعلان إرادة المحكم دون حاجة إلى قبول الأطراف، أو باقي المحكمين.

ثانياً: عزل المحكم

يقصد بعزل المحكم هو «إقالته وإقصاؤه من مهمته باتفاق أطراف الدعوى إذا توافرت مبررات العزل»[3].

وتجيز معظم التشريعات[4] عزل المحكم من مهمته، ويأخذ صورتين إما باتفاق أطراف التحكيم أو بقرار من القضاء.

---

١ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٢٥٣.

٢ د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.

٣ د. إبراهيم جوهر إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

٤. نصت المادة (١٤) من قانون التحكيم البحريني (الأونيسترال) على أن: " ١- إذ أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء وظائفه أو تخلف عن القيام بمهمته دون إبطاء غير لازم، تنتهي ولايته إذا هو تنحى عن وظيفته أو إذا اتفق الطرفان على إنهاء مهمته. أما إذا ظل هناك خلاف حول أي من هذه الأسباب فيجوز لأي الطرفين أن يطلب إلى المحكمة المسماة في المادة "٦" أن يفصل في موضوع إنهاء ولاية المحكم، وقرارها في ذلك يكون نهائياً...".

كما نصت المادة (٢٠) من قانون التحكيم المصري على أن: «إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين».

وكما نصت المادة (١٦) من قانون التحكيم الإماراتي على أن: «١- إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أم لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم أو أهمل قصداً العمل بمقتضى اتفاق التحكيم رغم إعلانه بكافة وسائل الإعلان والتواصل المعمول بها في الدولة، ولم يتنح أو لم يتفق الأطراف على عزله، جاز للجهة المعنية بناء على طلب أي من الأطراف وبعد سماع أقوال ودفاع المحكم إنهاء مهمته، ويكون قرارها في هذا الشأن غير قابل للطعن عليه».

١. العزل الاتفاقي:

ويتم بناء على اتفاق الخصوم أنفسهم على عزل المحكم، وقد يكون صريحاً باتفاق الأطراف جميعهم كتابة على ذلك، وقد يكون ضمنياً كما في حالة إبرام صلح ينهي النزاع محل التحكيم، أو اتفاق الأطراف على إنهاء إجراءات التحكيم، أو صدور أمر قضائي بهذا الإنهاء. وعادة يتفق الطرفان على عزل المحكم إذا لم يقم المحكم بالمهمة المنوطة به، أو لم يقم بها على نحو فعال مما يضر بمصالح الطرفين، ولا يلتزم الطرفان ببيان سبب عزلهما للمحكم، فهو أمر راجع لمحض أرادتهما[١].

٢. العزل القضائي:

يكون بقرار من المحكمة إذا تعذر عليه أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها سواء بعذر أو بغير عذر على نحو أدى إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم، ومع ذلك إذا لم يتنح المحكم عن مهمته، ولم يتفق الأطراف على عزله، كان لكل طرف أن يطلب من المحكمة إنهاء مهمته[٢]. وعادة يطلب عزل المحكم إذا امتنع عن مباشرة التحكيم، أو ثبت استخفافه بمهمته أو إهماله أو تغيب كثيراً عن حضور جلسات أو خالف قواعد السلوك التي يجب على المحكمين اتباعها. ويورد الفقه شروطاً في العزل القضائي[٣]:

١. أن تتوافر أسباب تبرر عزل المحكم، كتعذر قيامه بمهمته أو انقطاعها عنها أو لأسباب صحية وغيرها.

٢. عدم اتفاق الأطراف على عزل المحكم رغم توفر أسباب العزل.

٣. رفض عضو الهيئة التنحي مختاراً.

٤. أن يكون هناك طلب من أحد الأطراف.

فإذا توافرت الشروط السابقة، كان للمحكمة، وفقاً لتقديرها للظروف والملابسات والأسباب التي يستند إليها الطالب، أن تأمر بعزل المحكم إذا انتهت إلى وجود ما يبرر ذلك.

ويلاحظ أن المشرع البحريني لم ينظم إجراءات عزل المحكم وحالات تنحيه، ولم يورد مبررات محددة لعزل المحكم، تاركاً الأمر لتقدير المحتكمين بما يتراءى لهم من أسباب قد تتمثل في عدم كفاءته، أو قلة خبرته، أو ضعف أمانته، وغيرها من الأسباب على أنه لا يشترط أن يفصح المحتكمون عن سبب عزلهم للمحكم.

ويلاحظ- أيضاً- أن قانون التحكيم البحريني لم يتطلب شكلاً معيناً لإجراء عزل المحكم، فمن الجائز أن يتم العزل شفاهةً، وأن يتم كتابةً بعقد عرفي أو بمجرد خطاب من المحتكمين إلى المحكم

١. د. ماهر محمد حامد، النظام القانون للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، ٢٠١١، ص١٩٢.

٢. كما هو مشار إليه في المواد الآتية: المادة ١٤ من قانون التحكيم البحريني، والمادة ٢٠ من قانون التحكيم المصري، والمادة ١٦ من قانون التحكيم الإماراتي.

٣ للمزيد من التفاصيل انظر د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، مرجع سابق، ص١٣٩.

المطلوب عزله، وإذا صدر حكم من المحكم على الرغم من عزله، فإنه يكون باطلاً[1].

الفرع الثاني
رد المحكم

يقصد برد المحكم أن يعبر أحد المحتكمين في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم الامتثال أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون طبقاً للشروط والإجراءات التي يحددها[2].

تنص المادة (١٢) من قانون المرافق لقانون التحكيم البحريني (الأونسيترال) على أن:

« ١- على الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله. وعلى المحكم، منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها.

٢- لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده، أو استقلاله، أو إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم»[3].

والملاحظ على تلك النصوص أن المشرع البحريني والمصري والإماراتي، قد حددوا الإجراءات الواجب اتباعها لهذه الوسيلة والضوابط فيها لأسباب الرد، وضوابط تقديم هذا الطلب، وإجراءاته، والأثر المترتب على تقديم الطلب، وأثر الحكم برد المحكم.

---

١. قانون التحكيم الإماراتي حدد شروطاً وأسباباً للعزل يجب تحققها، ومنها ما نصت المادة ١٦ من القانون التي لم تجز عزل المحكم إلا إذا أثبت أنه أهمل قصداً العمل اتفاق التحكيم رغم لفت نظره خطياً.

٢. د. وجدي راغب، ود. سيد محمود، قانون المرافعات الكويتي، دار الكتاب، الكويت، ١٩٩٤، ص١٣٢.

٣ . نصت المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم المصري على أن: « يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته».

نصت المادة (٤/١٠) من قانون التحكيم الإماراتي على أنه: « على من يبلغ بترشيحه لتولي مهمة التحكيم أن يصرح كتابة بكل ما من شأنه أن يثير شكوكاً حول حيدته أو استقلاله، وعليه منذ تعيينه وخلال إجراءات التحكيم أن يبادر دون أي تأخير بإخطار الأطراف وسائر المحكمين في حال نشوء أي ظرف قد يثير الشك حول حيدته أو استقلاله، ما لم يكن قد سبق له إحاطتهم علماً بذلك الأطراف».

أسباب رد المحكم

أشار التشريع البحريني وتشريعات الدول المقارنة إلى أسباب الرد بصفة عامة، فلم يحدد حالاته ولم يحل إلى سبب رد القضاة أو عدم صلاحيتهم كما فعل قانون المرافعات[1]، وبالتالي فإن عدم حيدة أو عدم استقلال المحكم تتسعان لجميع هذه الأسباب.

ضوابط تقديم طلب الرد

حرص المشرع البحريني في القانون المرافق (الأونسيترال) على وضع عدة ضوابط لرد المحكم حتى لا يتخذ أحد المحتكمين هذه الوسيلة لتعطيل إجراءات التحكيم، وتعنت من جانب أحدهم، أو الرغبة في المماطلة والضغط على الطرف الآخر في الخصومة. وميزت المادة (١٢) من قانون التحكيم البحريني بين حالتين:

الأولى: حالة ما إذا كان طالب الرد هو الذي عين المحكم المطلوب رده، أو اشترك في تعيينه، وفي هذه الحالة لا يجوز للطرف الذي عين المحكم المطلوب رده، أو اشترك في تعيينه أن يطلب رده إلا لأسباب تبينها أو استجدت بعد أن تم هذا التعيين[2].

وتلاحظ الباحثة أن هذا الشرط يبدو منطقياً لأنه إذا كان سبب الرد معروفاً لطالب الرد قبل اختياره للمحكم فكان من واجبه الامتناع عن اختياره.

الثانية: حالة ما إذا كان المحكم المطلوب رده من قبل أحد الأطراف قد عين عن طريق الطرف الآخر أو عن طريق المحكمة[3] أو شخص ثالث عُهد إليه بتعيينه، وفي هذه الحالة يجوز له طلب رده، سواءً أكان قد علم بظروف قد تؤثر على حياده، أم تثير شكوكاً حول استقلاله قبل تعيينه أم استجدت هذه الظروف بعد تعيينه.

ويلاحظ أن التشريع البحريني والتشريع الاماراتي والتشريع المصري قد اتفقوا على وضع ذات الضوابط السابقة عند تقديم طلب رد المحكم، والهدف من ذلك هو ألا يتخذ الخصوم من الرد وسيلة سهلة لتعمد تعطيل إجراءات التحكيم.

---

١. نصت المادة (١٨٣) مرافعات بحريني على انه: " يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى، ممنوعاً من سماعها، ولو لم يرده أحد الخصوم في الحالات الآتية:

إذا كان طرفاً في الدعوى المنظورة أمام المحكمة.

إذا كان له في الدعوى مصلحة شخصية.

إذا كان قد أفتى، أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء».

٢. وهو نفس الضابط الذي قررته كل من نص: المادة (٢/١٤) من قانون التحكيم الإماراتي بقولها: « لا يقبل من أي من الأطراف طلب رد المحكم الذي عينه أو الذي اشترك في تعيينه إلا لسبب تبين له بعد أن تم هذا التعيين».

كما نصت المادة (٢/١٨) من قانون التحكيم المصري على تلك الحالة أيضاً بقولها: «ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم الذي عينه أو اشتراك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين». وكذلك مل من المواد: المادة (٢/١٨) من قانون التحكيم العماني، والمادة (١٧/ب) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (١/١٣) من قانون التحكيم الفلسطيني.

٣. تنص المادة (٢/ج) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني على تعريف المحكمة المختصة بأنها: «تعني هيئةً أو جهازاً من النظام القضائي لدولة ما».

إجراءات الرد

حدد القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني (الأونستيرال)[1] وقوانين الدول المقارنة كمصر[2] والإمارات[3]، الإجراءات الواجبة الاتباع في حالة رد المحكم. وعليه يتعين تقديم طلب الرد إلى هيئة التحكيم كتابةً، فلا يجوز إذاً تقديمه شفاهةً في الجلسة حتى ولو كان ذلك في حضور الخصم الآخر، ويجب أن يبين في الطلب أسباب الرد وأدلته، أي الظروف والوقائع المبررة لعدم توافر شرطي الحياد والاستقلال في المحكم. كما يصبح طالب الرد ملزماً ببيان وقت علمه بتوافر سبب الرد إذا تعلق الأمر برد المحكم الذي عينه، لأنه لا يجوز تقديم طلب الرد في هذه الحالة إلا لسبب تبينه الطالب بعد تعيين المحكم[4] (مادة ٢/١٢ تحكيم بحريني).

ويجب أن يقدم الطلب خلال ميعاد خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد. وأن عدم تقديم الطلب في الميعاد يؤدي كذلك إلى سقوط الحق في التمسك ببطلان الحكم لمخالفة شرطي حياد المحكم واستقلاله[5].

---

١. نصت المادة (١٣) من قانون التحكيم البحريني على أن:

" ١- للطرفين حرية الاتفاق على إجراءات رد المحكم مع مراعاة أحكام الفقرة ٣ من هذه المادة.

٢- إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، وجب على الطرف الذي يعتزم رد محكم أن يرسل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بتكوين هيئة التحكيم، أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف المشار إليها في المادة ١٢ (٢)، بيانا مكتوباً بالأسباب التي يستند إليها طلب رد هيئة التحكيم، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد، فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد.

٣-إذا لم يقبل طلب الرد المقدم وفقاً للإجراءات المتفق عليها بين الطرفين أو وفقا للإجراءات الواردة في الفقرة (٢)، جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة ٦، خلال ثلاثين يوما من تسلمه إشعارا بقرار رفض طلب الرد، أن تبت في طلب الرد، وقرارها في ذلك يكون غير قابل لأي طعن، وريثما يتم الفصل في هذا الطلب، يجوز لهيئة التحكيم، وضمنها المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم».

٢. نصت المادة (١/١٩) من قانون التحكيم المصري على أن: « يقدم طلب الرد كتابةً إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم ينتح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن».

٣ □١٥ من قانون التحكيم الإماراتي على أن: « للأطراف الاتفاق على إجراءات رد المحكم، وإلا اتبعت الإجراءات الآتية:١- على الطرف الذي يعتزم رد المحكم أن يعلن المحكم المطلوب رده بطلب الرد كتابة، مبيناً فيع أسباب طلب الرد، ويرسل نسخة منه إلى باقي أعضاء هيئة التحكيم الذين تم تعيينهم، وإلى باقي الأطراف وذلك خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ على طالب الرد بتعيين ذلك المحكم أو بالظروف الموجبة للرد.

٢- إذا لم ينتح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد خلال (١٥) خمسة يوماً من تاريخ إعلان المحكم بطلب الرد وفق أحكام المادة (٢٤) من هذا القانون، جاز لطالب الرد رفع طلبه إلى الجهة المعنية خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من نهاية الأيام الخمسة عشر المذكورة، وتبت الجهة المعنية في طلب الرد خلال (١٠) عشر أيام، ولا يقبل الطعن على ذلك القرار بأي طريق من طرق الطعن...".

٤. للمزيد من التفاصيل انظر د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، مرجع سابق، ص١٢٦.

٥. للمزيد من التفاصيل انظر د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

الأثر المترتب على صدور الحكم برد المحكم

وضح التشريع البحريني والتشريعات الدول المقارنة على الأثر المترتب على صدور حكم من المحكمة برد المحكم بالنسبة لإجراءات التحكيم التي تمت في ظل ولايته وكذلك حكم المحكمين، إذ اعتبرها كأن لم تكن[1]، إما فيما يتعلق باتفاق التحكيم ذاته، فيبقى قائماً ومنتجاً لآثاره من حيث إلزام أطرافه بحل النزاع عن طريق التحكيم. أما إذا حكمت المحكمة برفض دعوى الرد بعد أن تأكدت من حيدة المحكم واستقلاله، تستمر هيئة التحكيم في نظر النزاع كما تم تشكيلها قبل تقديم طلب الرد.

ومن ثم يتعين على الأطراف اختيار محكم بديل طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي تم رده، وذلك تطبيقاً للمادة ١٥ من قانون التحكيم البحريني التي تنص على أنه: «عندما تنتهي ولاية أحد المحكمين وفقاً للمادة ١٣ أو المادة ١٤، أو بسبب تنحيه عن وظيفته لأي سبب آخر، أو بسبب إلغاء ولايته باتفاق الطرفين، أو في أي حالة أخرى من حالات إنهاء الولاية، يعين محكم بديل وفقاً للقواعد التي كانت واجبة التطبيق على تعيين المحكم الجاري تبديله»[2].

ويذهب جانب من الفقه إلى إبطال اتفاق التحكيم مع الحكم الصادر بالرد في حالة واحدة، وهي الحالة التي يتضمن فيها اتفاق التحكيم على محكم معين بذاته -باسمه-، وحيث يرى أن الأصل في أحكام رد المحكم ليست من النظام العام، ويجوز للخصم الذي قبل طلب الرد المقدم منه أن يتنازل عن هذا الطلب حتى ولو تم ذلك بعد صدور حكم التحكيم واشتراك المحكم الذي طلب رده فيه. وفي هذه الحالة يمتنع على طالب الرد أن يتمسك ببطلان الحكم، لكن أسباب عدم صلاحية المحكم تعتبر من النظام العام، ومن ثم فإذا كان طلب الرد مبيناً على سبب من أسباب الصلاحية، فالتنازل لا يزيل بطلان الحكم، بحيث يجوز التمسك به رغم التنازل.

المبحث الثالث
سلطة القضاء في معالجة إشكاليات شكيل هيئة التحكيم

الأصل أن المحتكمين يختارون بأنفسهم هيئة التحكيم بعيداً عن القضاء إلا أنه قد يتعذر عليهم ذلك، وربما لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة على تخطي هذه العقبة بسبب عدم اللجوء إليها، الأمر الذي تبدو فيه الحاجة ملحة إلى التدخل القضائي لتشكيل هيئة التحكيم.

فاللجوء إلى المساعدة القضائية في تعيين المحكمين لا يعد استثناءً على حرية المحتكمين تعيين محكميهم، وإنما هناك حالات أعطى المشرع فيها للمحكمة المختصة بالفصل في النزاع صلاحية تعيين المحكمين. فمثلاً إذا اتفق الأطراف على التحكيم، ولم يتمكنوا من الاتفاق على تعيين المحكم أو على طريقة ووسيلة تعيينه أو إذا كانت الوسيلة التي تم تحديدها أخفقت في عملية الاختيار أو عندما يطرأ ظرف يمنع المحكم المنتخب القيام بمهمته كأن يصبح عاجزاً عن ذلك لمرض أو وفاة أو اعتزال

١. انظر المادة (١٣) من قانون المرافق لقانون التحكيم البحريني (الأونسيترال).

٢. انظر المادة (١٧) من قانون التحكيم الاماراتي، والمادة (٢١) من قانون التحكيم المصري.

قبل بدء المهمة، فإذا تعذر اختيار المحكم في مثل هذه الأحوال، فإنه يتم اللجوء إلى المحكمة لاختيار وتشكيل هيئة التحكيم.

وبناءً على ما تقدم، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين

المطلب الثاني: دور القضاء المساند في مواجهة عوارض هيئة التحكيم

المطلب الأول
حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين

الأصل أن تشكيل هيئة التحكيم يخضع لإرادة طرفي التحكيم، فالأطراف هم الذين يشكلون الهيئة، وينظمون ما تخضع له من أحكام وقواعد، فإذا لم يتم الاتفاق، فإنه يتم ذلك بواسطة تدخل قضاء الدولة المختص بناءً على طلب أحد الأطراف، وهذا التدخل إما يكون لتعيين المحكم إذا كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد، أو استكمالاً لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحد الطرفين إذا كانت الهيئة مشكلة من ثلاثة وأكثر، أو استبداله، أو رده، أو إنهاء مهمته، وذلك إذا توافرت الشروط التي تجيز ذلك.

وفي ضوء المفاهيم السابقة، سيقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين، وهما:

الفرع الأول: تعيين المحكم بواسطة المحكمة

الفرع الثاني: التنظيم التشريعي للحالات التي تستدعي اختيار المحكم بواسطة المحكمة

الفرع الأول
تعيين المحكم بواسطة المحكمة

الأصل أن يتم تشكيل هيئة التحكيم بناءً على إرادة أطراف التحكيم، فهم الذين يشكلون الهيئة، وينظمون ما تخضع له من قواعد وأحكام، وعلى ذلك تتولى هيئة التحكيم مهمتها في نظر النزاع المعروض عليها، والفصل فيه تجسيداً للطابع الاتفاقي للتحكيم[1].

أما إذا لم تشكل الهيئة باتفاق أطراف التحكيم أو اختلفا حول الاختيار، يتولى قضاء الدولة مهمة التعيين بناءً على طلب أحد الأطراف[2]، والمحكم هو الذي يعهد إليه بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له نظر النزاع، والاشتراك في المداولة بصوت معدود، وفي إصدار الحكم، وفي التوقيع عليه...

---

١. د. محمد أحمد شحاته، التحكيم في الفقه والقانون المقارن، مكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠، ص١١١، ود. فتحي والي، مرجع سابق، ص٢١٠، ود. أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠، ص٢٠٣.

٢. المادتان (١٠) و(١١) من قانون التحكيم البحريني، المادتين (٩) و(١١) من قانون التحكيم الاماراتي، المادتين (١٥) و(١٧) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١/١١) من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادتين (١٤) و(١٦) من قانون التحكيم الأردني.

الخ[1].

وعليه، أجاز المشرع البحريني وتشريعات الدول المقارنة[2] للقضاء تعيين المحكمين في الحالات التي لا يتفق فيها الخصوم على اختيارهم، ويتضح ذلك جلياً من نص المادة (١١) من قانون المرافق لقانون التحكيم البحريني (الأونسيترال)[3].

والملاحظ على تلك النصوص أن المشرع قد أعطى الحرية الواسعة للمحتكمين في اختيار المحكمين، وأن التدخل القضائي بواسطة المحكمة المشار إليها في المادة السادسة من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ لتعيين المحكمين يأتي في حالة عدم اتفاق المحتكمين أو عدم توصلهم إلى اتفاق بشأن اختيار المحكمين، فمن واجب المحكمة حينئذٍ التدخل، والمحكمة المختصة هي المحكمة المدنية الكبرى[4]، وتكون تلك المحكمة مختصة بتعيين المحكم إذا كان التحكيم يجري في مملكة البحرين أو كان التحكيم تجارياً دولياً جرى خارج المملكة، ولكن تم الاتفاق بين الأطراف على خضوعه للقانون البحريني[5].

الفرع الثاني
التنظيم التشريعي للحالات التي تستدعي اختيار المحكم بواسطة المحكمة

نظم المشرع البحريني الحالات التي قد تستدعي تعيين المحكم بواسطة المحكمة، وذلك من خلال نص المادة (١١) من قانون التحكيم[6]، وهذه الحالات هي:

١. عدم اتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم، يتبع الإجراء التالي:

أ- في حالة التحكيم بثلاثة محكمين، يعين كل من الطرفين محكماً ويقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث، وإذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوماً من تسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً من تعيينهما وجب أن تقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة ٦،

ب- إذا كان التحكيم بمحكم فردي ولم يستطع الطرفان الاتفاق على المحكم وجب أن تقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة٦.

---

١. حكم محكمة النقض المصرية، جلسة ١٩٨٨/٢/١٤، في الطعن رقم (١٦٤) لسنة ٥٤ ق، مجموعة السنة التاسعة والثلاثون، قاعدة رقم (٥٢)، نقلا عن د. أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص٢٠٣.

٢. المادة (١١) من قانون التحكيم الإماراتي، والمادة (١٧) من قانون التحكيم المصري.

٣ انظر كذلك: الطعن ٢٧٧ لسنة ٢٠٠٥، جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٩م، القاعدة ٢٤٣، ص٩٤٥-٩٤٧، ج١.

٤. المادة (٣) من قانون التحكيم البحريني تنص على أن: «تختص المحكمة الكبرى المدنية بأداء الوظائف المشار إليها في المادة (٦) من القانون المرافق.

٥. المادة (٦) من قانون التحكيم البحريني تنص على أن: « يجوز للمحامين غير البحرينيين تمثيل طرفي النزاع إذا كان التحكيم تجارياً دولياً يجري في مملكة البحرين».

٦. انظر المادة (١٧) من قانون التحكيم المصري، والمادتين (١١) و(١٣) من قانون التحكيم الإماراتي.

٢. اتفاق الطرفان على إجراءات التعيين:

أ- إذا لم يتصرف أحد الطرفين وفقاً لما تقتضيه هذه الإجراءات.

ب- إذا لم يتمكن الطرفان، أو المحكمان، من التوصل إلى اتفاق مطلوب منهما وفقاً لهذه الإجراءات.

ج- إذا لم يقم طرف ثالث، وإن كان مؤسسة، بأداء أي مهمة موكولة إليه في هذه الإجراءات،

فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة٦ أن تتخذ الإجراء اللازم، ما لم ينص الاتفاق الخاص بإجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين.

أي قرار في مسألة موكولة بموجب الفقرة ٣ أو٤ من هذه المادة إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة ٦ يكون قراراً نهائياً غير قابل للطعن. ويتعين على المحكمة أو السلطة الأخرى، لدى قيامها بتعيين محكم، أن تولي الاعتبار الواجب إلى المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم وفقاً لاتفاق الطرفين وإلى الاعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحايد، وفي حالة تعيين محكم فرد أو محكم ثالث، يتعين عليها أن تأخذ في الاعتبار كذلك استصواب تعيين محكم من جنسية غير جنسية الطرفين.

ويتضح مما سبق، أن المبدأ الأساسي في تشكيل هيئة التحكيم يرجع لاتفاق الأطراف أنفسهم، فهم الذين يختارون هيئة التحكيم، وينظمون ما تخضع له من أحكام، فجاء نص المادة واضح الدلالة على ترك الحرية للطرفين في تحديد وتعيين أعضاء هيئة التحكيم تحديداً مباشراً بالاسم أو بالصفة، أو تحديداً غير مباشرٍ عن طريق بيان الكيفية التي يتم بها اختيارهم، ولهم أيضاً سلطة تحديد عددهم[1]، والميعاد الذي يجب أن يتم فيه، وما يلزم فيهم من تعيين المحكمين التي تم ذكرها سالفاً، فإذا لم يتفق أطراف التحكيم على اختيار هيئة التحكيم، أو خالف أحدهما إجراءات التعيين التي اتفقا عليها، تولي القضاء التعيين بناءً على طلب أحد الأطراف.

المطلب الثاني
دور القضاء المساند في مواجهة عوارض هيئة التحكيم

قد يجري تشكيل هيئة التحكيم تشكيل سليم باتفاق الطرفين أو عن طريق القضاء، ولكن قد تطرأ بعد التشكيل عوارض تحدث خللاً في تشكيل هيئة التحكيم، فنجد أن القضاء قد يتدخل على الرغم من سبق تسمية المحكمين، وذلك في حالة تعيين المحكم البديل، إذ إن هيئة التحكيم قد بدأت أعمالها، ولكن طارئاً حدث في زمن لاحق كوفاة أحد المحكمين أو فقدانه أهليته أو اعتذاره عن قبول المهمة، فيتقدم أحد أطراف التحكيم ممن له مصلحة بطلب تدخل القضاء في إحلال محكم بدلاً ممن تعذر استمراره في عضوية هيئة التحكيم.

١. المادة (١٠) من قانون المرافق قانون التحكيم البحريني.

وبناءً على ما تقدم، سنتناول هذا المطلب بشيء من التفصيل من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: إجراءات طلب تعيين المحكم

الفرع الثاني: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم عند رد المحكم

الفرع الأول
إجراءات طلب تعيين المحكم

أولاً: المحكمة المختصة بطلب تعيين محكم

إن الجهة القضائية المختصة بتعيين المحكمين -في الأحوال التي حددها القانون[1]- هي المحكمة الكبرى المدنية المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا كان التحكيم يجري في مملكة البحرين، أو كان التحكيم تجارياً دولياً يجرى في خارج المملكة، واتفق الأطراف على خضوعه للقانون البحريني. بينما في التشريع المصري، يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً فتكون المحكمة المختصة بالتعيين هي محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك[2].

ولهذا لا ينعقد الاختصاص بتعيين محكم للمحكمة الذي أشار له المشرعان البحريني والمصري، في غير هذين الفرضين، ولو كان المدعى عليه بحريني -أو مصري- مقيم في مملكة البحرين -أو في مصر-.

ومن ناحية أخرى، فإنه لا ينعقد الاختصاص للمحكمة وفقاً للمشرعين البحريني والمصري إذا كان الأطراف قد اتفقوا على خضوعه لمركز تحكيم معين إذ تسري قواعد هذا المركز بالنسبة لتعيين المحكمين.

إن تدخل القضاء لتعيين المحكمين بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم يمكن أن يتم قبل أو أثناء إجراءات التحكيم أو بعد انتهاء مهمة المحكم.

ذهب البعض[3] إلى أن دور قضاء الدولة في تشكيل هيئة التحكيم ليس دوراً إجرائياً بحتاً، وأن التطبيق العملي أثبت أنه يكون من الصعب على القضاء أداء هذا الدور الإجرائي دون أن يتخذ موقفاً من بعض المسائل الموضوعية التي تدخل في ولاية هيئة التحكيم ذاته، كأن يطلب أحد الطرفين تدخل القضاء لاختيار هيئة التحكيم، أو استكمالها، فيدفع الطرف الآخر هذا الطرف بعدم وجود الاتفاق على التحكيم أو بطلانه، في مثل هذه الحالة سوف يمارس القضاء سلطته التقديرية في إجابة

١. تنص المادة (٣) من قانون التحكيم البحريني على أن: « تختص المحكمة الكبرى المدنية بأداء الوظائف المشار إليها في المادة (٦) من القانون المرافق».

٢. انظر المادة (٩) من قانون التحكيم المصري.

٣. د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨، ص١٨٩.

الطالب طلبه.

كذلك قضت محكمة التمييز البحرينية في هذا الشأن، أنه:

«الحكم بتعيين المحكمين من قبل المحكمة المختصة بنظر النزاع هو إجراء تتولاه المحكمة تحل به محل الخصوم في اختيار المحكمين بغية التعجيل بمهمة التحكيم الذي لا خلاف عليه في اللجوء إليه»[1].

ثانياً: إجراءات طلب تعيين المحكم

يقدم طلب تعيين المحكم من الطرف ذي المصلحة. فلا صفة لمن ليس طرفاً في اتفاق التحكيم في طلب تعيين المحكم. وليس لأي من المحكمين اللذين يكون قد تم اختيارهما تقديم هذا الطلب، إذ لا مصلحة لأي منهما فيه. ويجب أن يوجه الطلب إلى الطرف الآخر في اتفاق التحكيم[2].

نظم المشرع البحريني وتشريعات الدول المقارنة إجراءات طلب تعيين المحكم من المحكمة[3]. وذلك على أن يقدم الطلب بالإجراءات المعتادة برفع الدعوى، وتنظره المحكمة بالإجراءات المعتادة لنظر الدعاوى وتفصل فيه بحكم قضائي. ويجب أن تتضمن صحيفة الدعوى البيانات التي يتطلبها قانون المرافعات، وأن يرفق بها اتفاق التحكيم وما يدل على أن النزاع الذي يطلب تعيين المحكم لنظره قد نشأ بالفعل[4].

ويلاحظ أن المشرع البحريني وتشريعات الدول المقارنة قد حصروا تقديم طلب التعيين للأطراف دون هيئة التحكيم عند اختيار المحكم، ومع ذلك يجوز لها تقديم هذا الطلب استثناءً في حال وجود اتفاق خاص يعطيها صلاحية ذلك. ولعل السبب الرئيسي في حصر صلاحية تقديم طلب تعيين المحكم للأطراف، هو عدم توافر الصفة أو المصلحة لدى المحكمين لتقديمه، والقضاء لا يتقرر له التدخل في التحكيم بصورة تلقائية أو من تلقاء نفسه لأي سبب كان، لعدم تعلقه بالنظام العام، ولأن ذلك يعتبر تعدياً على اتفاق التحكيم ومعارضة لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إذ لابد من تقديم طلب أمامها من أحد الأطراف بصورة لائحة دعوى، والفصل في الطلب يتم وفقاً لإجراءات النظر في

---

١. حكم محكمة التمييز البحرينية، الطعن ٢٥٩ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٢٠٠٩/٥/٤م، القاعدة ١١٣، ص٤٧٢.

٢. استئناف القاهرة -٩١ تجاري- ٢٠٠٥/٣/٣٠ في الدعوى ٣٤ لسنة ١٢٠ ق.

٣. يستفاد من المادة (١١/ ٤) من قانون المرافق لقانون التحكيم البحريني بالنص على أن: " يجوز **لأي من الطرفين** أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة ٦ أن تتخذ الإجراءات اللازم، ما لم ينص الاتفاق الخاص بإجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين". وأضف أن المادة (٦) من ذات القانون حددت المحكمة المختصة التي تتولى المساعدة في مجال التحكيم.

ونص المادة (١١/ ٥) من قانون التحكيم الاتحادي الاماراتي على أن: " في الأحوال التي لا تعين فيها الجهة المفوضة المحكم وفقاً للإجراءات التي يحددها اتفاق الأطراف، أو وفق أحكام هذا القانون في حال عدم وجود اتفاق، فيجوز أن يطلب من المحكمة أن تتخذ = = الإجراء اللازم لإتمام تشكيل وتعيين أعضاء هيئة التحكيم ويكون قرار المحكمة في هذا الشأن غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن".،

كما تنص المادة (٣/١٧) من قانون التحكيم المصري على أن: " وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها بإختيار المحكم على وجه السرعة، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين ١٨و١٩ من هذا القانون. ولا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن».

٤. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٢١٥.

الدعاوى المنظرة أمامها، والتي تدخل في دائرة النظام العام والمترتب على مخالفتها تقرير البطلان، وبعد تقديم الطلب يكون تدخل المحكمة إجبارياً[1].

ويضاف إلى ذلك أن القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني حث المحكمة عند اختيار المحكم أن يكون من جنسية أخرى غير جنسية أطراف النزاع[2]، وذلك لتجنب الطعن بقرار التحكيم أو طلب رد المحكمين مع الإشارة أن معيار الجنسية ليس حاسماً في اختيار المحكم، بل يعتبر دليلاً على نزاهة عملية التحكيم ومدى حياد المحكم.

إن منح القضاء السلطة في تعيين المحكمين بناءً على طلب الأطراف أو أحدهما تمكنه من إضفاء رقابته على تشكيل هيئة التحكيم، وذلك عن طريق التحقق من صحة الاتفاق، ومدى قابليته للتطبيق والتنفيذ، ويرجع هذا الدور الرقابي للقضاء بالتعيين إلى أن للأفراد الحق في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي[3].

وليس لمن لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم أن يتدخل في خصومة اختيار المحكم، فإن تدخل فيها وجب الحكم بعدم قبول تدخله لانعدام صفته.

ويكون قرار المحكمة المختصة الصادر بالتعيين غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية أو الاستثنائية، والحكمة من ذلك، عدم تعطيل السير في إجراءات التحكيم وتجنب المماطلة والتهرب من تطبيق اتفاق التحكيم[4].

الفرع الثاني
تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم عند رد المحكم

حرصت التشريعات في قانون التحكيم على الحفاظ على أكبر قدر من الضمانات التي تحافظ على العملية التحكيمية، وعلى حسن سير إجراءاتها، فقامت بتنظيم مواقع الخلل التي تصيب الحيدة والنزاهة وتحديده في تشكيل هيئة التحكيم، مع إمكانية تدخل القاضي لإزالة هذا الخلل من خلال رد المحكمين أو عزلهم ولا يقتصر على مرحلة تشكيل هيئة التحكيم، بل يمتد هذا التدخل أثناء إجراءات التحكيم، ولكن الغالب أن يقع تقديم طلب الرد أو العزل عند تشكيل هيئة التحكيم، وقبل البدء بإجراءات التحكيم[5].

---

١. محمد أطرش، تعيين المحكمين بين إدارة الفرقاء وتدخل القضاء دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، المجلد/ العدد ٣٦، شهر سبتمبر ٢٠٢٢، ص١٨.

٢ .المادة (٥/١١) من قانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

٣. د. أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص٢١٠-٢١١.

٤. للمزيد من التفاصيل انظر بحث محمد أطرش، تعيين المحكمين بين إدارة الفرقاء وتدخل القضاء دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٢٠، و د. أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص٢١٢.

أجازت محكمة النقض المصرية استثناءً الطعن بقرار تعيين المحكم الصادر عن المحكمة، إذا تم بطريقة مخالفة لاتفاق الحكيم أو لقواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام أو القانون، ففي هذه الحالات لا يكون القرار معصوماً عن الطعن به.

وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية رقم (٢٠٠٦/١٩٣٤) الصادر بجلسة ٢٠٠٧/٣/٦ على أن القرار -قرار محكم الاستئناف- المتضمن تعيين محكم بالفصل في الخلاف الناشئ بين طرفي التحكيم هو قرار غير قابل للطعن بأي من طرق الطعن...»

٥. عبد الله خالد علي السوفاني، الرقابة القضائية على هيئة التحكيم، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت-عمادة

وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٢) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني (الأونسيترال) على أن: «لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله أو إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان. ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم». وفي الأحوال التي يجري فيها تعيين هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، بواسطة القضاء الوطني ويكتشف أحد الأطراف وجود أمور مريبة تدعو للشك في حيدة عضو هيئة التحكيم أو استقلاله، فإنه يستطيع التقدم بطلب الرد.

وقد تناولت تشريعات الدول المقارنة كالتشريع المصري والإماراتي أسباب وإجراءات رد المحكم. والجدير بالذكر، أن على المحكم أن يفصح لطرفي التحكيم عند اختياره عن أي سبب يمس حيدته واستقلاله. وفي كل الأحوال يجوز رد المحكم إذا لم يكن المحكم حائزاً على المؤهلات التي اتفق أطراف التحكيم على وجوب توافرها فيه، إلا أنه يتعين على صاحب المصلحة المبادرة إلى تقديم طلب الرد، في جميع الحالات التي تتوفر فيها أسباب طلب الرد، فإذا صدر الحكم دون أن يطلب ذلك، كان ذلك الحكم صحيحاً[١].

لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم[٢] على خلاف طلب رد القاضي، والذي يترتب عليه وقف إجراءات الدعوى، لكن لا يوجد ما يمنع الطرفين من الاتفاق على وقف إجراءات الدعوى التحكيمية بعد تقديم الطلب، ولا يكون ذلك كأثر للرد.

إذا حكمت المحكمة المختصة برد المحكم فإنه يترتب على ذلك اعتبار المحكم الذي حكم برده غير صالح للتحكيم في النزاع، وأن الإجراءات التي كانت قد بدأت تعتبر كأن لم تكن بما في ذلك حكم التحكيم النهائي إذا كان قد صدر، يعني ذلك أن رد المحكم وتعيين بديل له يؤدي إلى إعادة تشكيل هيئة تحكيم جديدة بالطريقة ذاتها التي كان معيناً بها المحكم الأول، ما لم يكن معيناً باسمه في اتفاق التحكيم، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، طالما أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى قيام المحكم الذي حكم برده محدد باسمه بنظر النزاع[٣].

إما إذا حكمت المحكمة المختصة برفض دعوى الرد بعد أن تأكدت من حيدة المحكم واستقلاله، وبالتالي تستمر هيئة التحكيم في نظر النزاع كما تم تشكيلها قبل تقديم طلب الرد.

البحث العلمي، المجلد ٢٠، العدد ٣، شهر إبريل ٢٠١٤، ص٩.

١. نجلاء فليح، دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد ١٣، العدد ١، شهر إبريل ٢٠٢٠، ص١٧.

٢. ذلك ما نصت عليه المادتين: المادة (٣/١٩) من قانون التحكيم المصري، المادة ١٨/ج قانون التحكيم الأردني.

٣. د. أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص٢٢٢.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع دور القضاء في المساعدة على تشكيل هيئة التحكيم، وما يمكن نظام التحكيم للأطراف بعرض نزاعهم إلى هيئة التحكيم كوسيلة بديلة من الوسائل لفض المنازعات بطريقة ودية، بدلاً من القضاء العادي، وتخضع إجراءات تشكيل هيئة التحكيم للقواعد التي يختارها أطراف النزاع، إلا أنه قد تثار بعض إشكالات بصدد تشكيل المحكمين، ويتعذر على أطراف النزاع اختيار المحكمين، فأعطى المشرع للمحكمة القيام بهذه المهمة وتشكيل هيئة التحكيم، في الحالات التي لا يتفق فيها الخصوم على اختيارهم أو لا تقوم الجهة المنوط بها اتباع إجراءات التعيين بدورها اللازم، وذلك تجنباً لإهدار اتفاق التحكيم.

ومن خلال ما تم بحثه في هذه الدراسة، فقد توصلت الباحثة إلى عدة نتائج وتوصيات، وذلك على النحو الآتي:

النتائج:

إن مملكة البحرين عملت على مواكبة كافة التشريعات الحديثة في مجال التحكيم، وهو الأمر المتضح مؤخراً من خلال إصدار قانون جديد للتحكيم في مملكة البحرين، وهو القانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٥، والذي تم من خلاله اعتماد كامل نصوص قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة ووفقاً للتعديلات المدخلة في عام ٢٠٠٦ كقانون لتنظيم ممارسة التحكيم الداخلي والتجاري الدولي في مملكة البحرين.

منح التشريع البحريني والدول المقارنة الحرية لأطراف التحكيم في تشكيل هيئة التحكيم للفصل في النزاع، وأعطى للأطراف الحرية في اختيار شخص المحكم مع وجوب احترام الشروط اللازمة قانوناً في هيئة التحكيم.

أهم ما يبرر لجوء الأطراف إلى التحكيم هي السرية، وبساطة الإجراءات وسرعة القرار، واختيار أطراف النزاع لهيئة التحكيم.

أختلف الفقهاء حول طبيعة التحكيم إلا أن الباحثة ترى أن التحكيم ذو طبيعة مستقلة، على اعتبار أن التحكيم يتمتع بطبيعة خاصة جعلته نظاماً مستقلاً قائماً بذاته.

تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، والتشريع البحريني نص في القانون المرافق في المادة العاشرة منه على أنه « للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين فإن لم يفعلا ذلك كان العدد ثلاثة محكمين»، وهذا يعني أن المشرع البحريني فضَل أن تكون الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين.

تتمتع هيئة التحكيم باستقلالية عن السلطة القضائية، وذلك بغية الحفاظ على الدور المحوري الذي تلعبه إرادة الأطراف، والتي تتجه إلى تجنب السلطة القضائية أصلاً إلا أن هذه الاستقلالية محكومة بالإطار القانوني الذي أجازه المشرع في قانون التحكيم.

يجب أن تتوافر شروط في المحكم، وهذه الشروط لا يؤثر عدم توافرها أو اختلال بعضها على اتفاق التحكيم، إنما قد يؤدي ذلك إلى بطلان حكم التحكيم، ومنها توافر الأهلية المدنية الكاملة، وتوافر الحيدة والاستقلال في المحكم.

اهتمت التشريعات ذات العلاقة بالإشكالات والعوارض التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، لكنها لم تحدد بشكل دقيق مجال تدخل القاضي المختص في عملية تشكيل هيئة التحكيم، بل تدخل القاضي يكون حسب الحالة التي تعترض تشكيل الهيئة.

الملاحظ أن التشريع البحريني وتشريعات الدول المقارنة قد اتفقوا على وضع ذات الضوابط عند تقديم طلب رد المحكم، والهدف من ذلك هو ألا يتعمد الخصوم تعطيل إجراءات التحكيم.

تدخل القضاء لتعيين المحكمين بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم يمكن أن يتم قبل أو أثناء إجراءات التحكيم أو بعد انتهاء مهمة المحكم.

التوصيات:

توصي الباحثة المشرع البحريني بتعديل قانون التحكيم ليكون قانون تحكيم وطني ينظم جميع أحكام التحكيم بما يتناسب مع واقع التشريع في المملكة أسوة بالتشريع المصري والإماراتي بدلاً من الإحالة إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الذي قد يثير في المستقبل الكثير من الإشكالات القانونية، خاصةً أن غالبية التشريعات العربية والأجنبية لم تأخذ بالقانون النموذجي حرفياً، وإنما تم استمداد بعض النصوص منه بما يتناسب وواقع التشريع في تلك الدول، وعليه تدعو الباحثة التشريع البحريني بإعادة النظر في هذه السياسة التشريعية الجديدة.

توصي الباحثة المشرع البحريني بتعديل المحكمة المختصة -المحكمة الكبرى المدنية- بنظر الإجراءات الواردة في قانون التحكيم البحريني وبالأخص من حيث الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي لتكون المحكمة الكبرى المدنية بصفتها الاستئنافية، أسوة بعدد من التشريعات كالتشريع المصري والذي أخضع دعوى البطلان لمحاكم الدرجة الثانية.

أن يكون تنظيم المشرع لتدخل القضاء في أضيق الحدود وحصرها بحالة الضرورة، دعماً لاستقلالية التحكيم وحفاظاً على سريته.

قائمة المراجع

أولاً: القواميس

القاموس المحيط الجزء الرابع.
مختار الصحاح
المصباح المنير الجزء الأول.
المعجم الوسيط الجزء الأول.
لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، الجزء الثاني.

ثانياً: الكتب القانونية العامة والمتخصصة:

-د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. إبراهيم جوهر إبراهيم، التنظيم القانوني لغرفة البحرين لتسوية المنازعات، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.
- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة ٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨.
- د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، بدون جهة، بند ٥٤، ٢٠٠٢م.
- د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- د. أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠.
- د. بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥.
- د. خالد فلاح عواد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١١.
- د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦.
- د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- د. علي سليمان الطماوي، د. يحيى الجمل، التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.

- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. ماهر محمد حامد، النظام القانون للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١١.
- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- د. محمد أحمد شحاته، التحكيم في الفقه والقانون المقارن، مكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠.
- د. محمود السيد عمر التحيوى، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون ناشر، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨.
- د. مهند أحمد صانوري، د. غيث مصطفى الخصاونة، التحكيم في المواد المدنية والتجارية في القانون البحريني، الطبعة الأولى، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠١٦.
- د. وجدي راغب، ود. سيد محمود، قانون المرافعات الكويتي، دار الكتاب، الكويت، ١٩٩٤.
- د. يسرى محمد سعيد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

ثالثاً: الرسائل العلمية والأبحاث العلمية:

-نورهان جبر شحادة، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرط الأوسط، ٢٠١٥.
-عبد الله خالد علي السوفاني، الرقابة القضائية على هيئة التحكيم، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت-عمادة البحث العلمي، المجلد ٢٠، العدد ٣، شهر أبريل ٢٠١٤.
-محمد أطرش، تعيين المحكمين بين إدارة الفرقاء وتدخل القضاء دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، المجلد/ العدد٤٦، شهر سبتمبر ٢٠٢٢.
-نجلاء فليح، دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد ١٣، العدد ١، شهر أبريل ٢٠٢٠.

رابعاً: التشريعات والقوانين

قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ٢٠١٥.
قانون المرافقات المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الصادر عن الأمم المتحدة لعام ١٩٨٥ والمعدل في عام ٢٠٠٦.
قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته سنة ٢٠٠٩.
القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ بشأن التحكيم.

خامساً: مجموعة الفتاوى والأحكام والمبادئ القضائية

أحكام محكمة التمييز البحريني، موقع المجلس الأعلى للقضاء www.sjc.bh
أحكام محكمة التمييز الأردنية.
مجموعة أحكام محكمة الدستورية العليا في مصر.
مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية.

دور السلطة التشريعية في تعزيز فعالية أجهزة الرقابة المالية العليا دراسة مقارنة

د/ مدحت رمضان محمد عيد
دكتوراة في القانون العام
عضو الجهاز المركزي للمحاسبات

مقدمة:

مما لا شك فيه أن السلطة التشريعية تقوم بواحدٍ من الأدوار الرئيسية في النظام السياسي لأي دولة، حيث تعمل السلطة التشريعية على صياغة وإقرار القوانين والتشريعات التي تنظم الحياة العامة في الدولة، وتتألف السلطة التشريعية عادةً من هيئة تشريعية، مثل: مجلس النواب (مصر، البحرين) أو الجمعية الوطنية (جنوب إفريقيا)، وتتمثل مسئوليتها الرئيسة في صياغة القوانين التي تهدف إلى تنظيم العديد من المجالات، بما في ذلك الاقتصاد والتعليم والصحة والعدل والبيئة والرقابة المالية وغيرها. أما بالنسبة لأجهزة الرقابة المالية العليا، فهي تعمل على ضمان الشفافية والنزاهة في النظام المالي للدولة، وتتمثل مهمة أجهزة الرقابة المالية في مراقبة التصرفات المالية للسلطات العامة؛ للتأكد من تطبيق قوانين وأنظمة الرقابة المالية لضمان مشروعية التصرفات المالية والمحافظة على المال العام. وتُعد هذه الأجهزة جهات مستقلة تعمل عادةً تحت إشراف البرلمان، وتتمتع بصلاحيات قانونية في كشف المخالفات المالية والمخالفين[١].

وتقوم العلاقة بين السلطة التشريعية وأجهزة الرقابة المالية العليا عادةً على التعاون والتكامل المشترك لضمان الشفافية والنزاهة في النظام المالي للدولة، فهناك تعاون مهم بينهما في العديد من الجوانب[٢]، ومنها: ما تقوم به السلطة التشريعية من صياغة القوانين والتشريعات التي تنظم وتحكم عمل أجهزة الرقابة المالية العليا. وفي هذا السياق، تستند أجهزة الرقابة المالية إلى هذه التشريعات لتنفيذ مهامها وصلاحياتها. بجانب أن أجهزة الرقابة المالية تتولى مهمة رصد ومراقبة التصرفات المالية في الدولة، وفي هذا السياق، تعمل السلطة التشريعية على توفير الدعم القانوني والتشريعات اللازمة لتمكين هذه الأجهزة من أداء دورها بفعالية. كما تقوم السلطة التشريعية بتقييم أداء أجهزة الرقابة المالية ومراجعة تقاريرها وتوجيهها إذا لزم الأمر، ويمكن أن تتمثل هذه العملية في جلسات

(١) لمزيد من التوضيح، انظر: د. هشام زغلول إبراهيم، نحو علاقة داعمة بين السلطة التشريعية والأجهزة العليا للرقابة: تجربة الجهاز المركزي للمحاسبات، بحث منشور بمجلة الرقابة المالية، الأربوساي، ع ٥٢، ٢٠٠٨، ص ٢٠: ٢١.

(٢) حامد جسوم حمزة، استقلالية ديوان الرقابة المالية الاتحادي، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، مج ٨، ع ١، ٢٠١٦، ص ٦٢.

استماع وتحقيقات برلمانية لمناقشة تقارير الأجهزة الرقابية وتوجيهها لتحقيق أهدافها بشكل أفضل. وبشكل عام، فإن العمل المشترك والتنسيق بين السلطة التشريعية وأجهزة الرقابة المالية العليا يُسهم في تعزيز الشفافية والحكم الرشيد والمساءلة في القطاع المالي والاقتصادي، وبالتالي يعزز الثقة العامة في النظام المالي للدولة.

مشكلة البحث:

يُعد قيام أجهزة الرقابة المالية العليا بدور حيوي في مجال الرقابة على المال العام أمرًا ضروريًا. غير أنه مرهونٌ بمدى فاعلية هذه الأجهزة، وهذا لا يتأتى إلا بقيام السلطة التشريعية بإقرار وتحديث التشريعات اللازمة لعمل هذه الأجهزة، بحيث يُعزز من أداء مهامها وواجباتها في الحفاظ على المال العام، حيث لا يمكن أن تظل قوانين هذه الأجهزة جامدةً بالرغْم من كل المتغيرات الدستورية والإدارية والاقتصادية السريعة التي تحيط بها من كل جانب، وإلا فقدت هذه الأجهزة فحواها وتأثيرها، بجانب أن موضوع البحث لم يلق اهتمامًا كافيًا من الناحية البحثية.

أهمية البحث:

تتضح أهمية البحث من خلال ما تمثله الأهمية الرئيسة للرقابة على المال العام للدولة، وأهمية الدور المحوري الذي تلعبه أجهزة الرقابة المالية العليا في المحافظة على المال العام، ما يعكس بدوره أهمية قيام السلطة التشريعية بالعمل على تحديث المنظومة التشريعية لهذه الأجهزة من أجل تعزيز فعالية عملها، وفق مقاربة واقعية تراعي واجب الحفاظ على المال العام، وتراعي الإطار التعاوني التكاملي بين تلك السلطة وأجهزة الرقابة المالية العليا.

منهج البحث:

إن المنهجية الاكثر انسجامًا مع طبيعة الموضوع هي التي تتطلب الاستعانة بالمنهج التحليلي المقارن، لتحليل ودراسة العلاقة بين السلطة التشريعية وأجهزة الرقابة المالية العليا، والدور الذي تلعبه السلطة التشريعية في تعزيز فعالية تلك الأجهزة، وذلك من خلال مقارنة أداء السلطة التشريعية في بعض الدول المختارة وتحليل الأثر الذي يترتب على هذا الدور، مع الإشارة للنصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بتلك الأجهزة في هذه الدول.

هيكلية البحث:

المبحث الأول: العلاقة بين السلطة التشريعية وأجهزة الرقابة المالية العليا.

المطلب الأول: نشأة الرقابة المالية.

المطلب الثاني: مدى تبعية أجهزة الرقابة المالية العليا للسلطة التشريعية.

المبحث الثاني: تعزيز دور أجهزة الرقابة المالية العليا من الناحية التشريعية.

المطلب الأول: إصدار تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا.

المطلب الثاني: تعديل تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا.

المبحث الأول
العلاقة بين السلطة التشريعية وأجهزة الرقابة المالية العليا

تمهيد وتقسيم:

تتأثر الرقابة المالية بشكلٍ كبيرٍ بالعوامل الاجتماعية والسياسية المتواجدة في المجتمع. وتختلف درجة تأثير الرقابة المالية على المجتمع والنظام السياسي استنادًا إلى مدى الإيمان بأهميتها ووجودها في المجتمع. وتعتمد الرقابة المالية على عدة عوامل تتعلق بالبنية الدستورية والتشريعية التي تعمل في إطارها، والتطور التاريخي والتقاليد الموروثة للرقابة البرلمانية في المجتمع، وطبيعة النظام الحزبي ونظام الحكم الذي تتم فيه عملية الرقابة. كل هذه العوامل تلعب دورًا هامًا في تشكيل طبيعة ونطاق صلاحيات الرقابة المالية وكفاءتها في تحقيق النزاهة والشفافية في النظام المالي.

وعلى هدى ما تقدم، نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أولهما نشأة الرقابة المالية، في حين نخصص ثانيهما لدراسة مدى تبعية أجهزة الرقابة المالية العليا للسلطة التشريعية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: نشأة الرقابة المالية.

المطلب الثاني: مدى تبعية أجهزة الرقابة المالية العليا للسلطة التشريعية.

المطلب الأول
نشأة الرقابة المالية

تاريخيًا، ارتبطت نشأة الرقابة المالية بظهور الموازنة العامة السنوية للدولة، التي تقرها السلطة التشريعية وتنفذها الحكومة، وتُعتبر الموازنة العامة أداةً للرقابة الديمقراطية، حيث تساهم في مراقبة أداء الحكومة ومراقبة السلطة التشريعية لها، حيث تعتمد الرقابة المالية على الاعتمادات السابقة التي تمت الموافقة عليها للنفقات العامة والإيرادات العامة للدولة (١).

كما ارتبطت الرقابة المالية -أيضًا- بأهمية تقديم الحكومة للحساب الختامي للموازنة العامة للدولة بعد انتهاء السنة المالية وإقفال حساباتها، ويتم تدقيق هذا الحساب من قِبَل السلطة التشريعية للتحقق من سلامة وصحة الإنفاق والجباية التي أتمتها الحكومة، ومدى امتثالها للسياسات المالية

(١) د. عوف محمود الكفراوي، الرقابة المالية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٩ وما بعدها.

المعتمدة. بيد أن الأنظمة في الدول اختلفت فيما يتعلق بمعالجة الحساب الختامي، حيث يتم في بعض الدول مناقشته فقط بدون اعتماده، مثلما يحدث في إنجلترا. بينما في بعض الدول، يتم مناقشته واعتماده بنفس أسلوب اعتماد الموازنة العامة، كما يحدث في فرنسا، ومصر، والبحرين[١]. وبسبب تعقيدات فحص ومراجعة هذه الحسابات والتحقق منها، وافتقار المجالس النيابية عادةً إلى الخبرات المتخصصة والتفرغ الكافي لإجراء فحص ميداني متعمق، فقد قامت بتكليف لجان الحسابات العامة في نفس المجالس بتنفيذ هذه المهمة، حيث يتم تكليف أعضاء اللجان بتقديم تقاريرهم حول نتائج هذا الفحص وتقييمه للمجالس الشعبية المختصة التي تم تكليفها بذلك. وبدأ هذا النهج بإنشاء لجان الحسابات العامة في المجالس النيابية في إنجلترا ثم انتقل تدريجيًا إلى العديد من الدول، وذلك استنادًا إلى نظم الإدارة المالية والتطورات الدستورية والقانونية وتحديد اختصاصات السلطات العامة في كل دولة.

وبالرغم مما أحيط بإنشاء هذه اللجان البرلمانية الحسابية منها والمالية من ضمانات وما منح لها من سلطات، إلا أنها لم تكن قادرةً على الحصول على المعلومات الكافية التي تساعدها في إنجاز مهامها، ويرجع ذلك من وجهة نظرنا إلى ما يتطلبه فحص ومراجعة الحسابات من تخصص فني دقيق واطلاع مالي واسع بأصول تنظيم الحسابات ومراجعتها وخفايا الإدارة المالية ودقائقها ومشروعية التصرفات المالية وملاءمتها وما يستوجب ذلك من فحص ميداني لن يتمكن أعضاؤها من القيام به لعدم تخصصهم من ناحية، فضلًا عن الطابع السياسي الذي يغلب علي العمل النيابي، وبسبب انشغالها بالعمل التشريعي الذي يحتاج لجهد ووقت كاف للقيام به من ناحية أخري [٢]. ومن هنا بدأت الحاجة لهيئات فنية مستقلة متخصصة يُناط بها القيام بمثل هذه الرقابة الخارجية نيابة عن المجلس التشريعي لتضع نهاية فحصها أمامه بنتائج محددة ووقائع واضحة مذيلة بملاحظاتها ومقترحاتها، وكانت هذه الهيئة الرقابية جهاز المحاسبات أو ديوان المحاسبة أو المراجع العام أو ديوان الرقابة المالية والإدارية وفقًا لتسمية كل دولة[٣].

فعلى مر السنين أنشأت العديد من الدول في جميع أنحاء العالم مؤسسات رقابة مالية متخصصة لتعزيز الاستخدام السليم والفعال للأموال العامة والإدارة المالية السليمة [٤]، وتُعرف مؤسسات الرقابة المالية اليوم باسم الأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة. وفي عام ١٩٥٣، تم إنشاء المنظمة

(١) د. طارق حمدي الساطي، رقابة ديوان المحاسبات علي مشروعية تنفيذ النفقات العامة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٧، ص ١٨.

(٢) بشار محيسن حسن، دور السلطة التشريعية في مكافحة الفساد الوظيفي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ٢٠١٢، ص ١٤٠.

(٣) هيثم محمد حرمي، الرقابة المالية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع ٢، ٢٠١٧، ص ٤٢٨.

(٤) لمزيد من التوضيح حول نشأة وتطور أجهزة الرقابة المالية العليا في بعض الدول، انظر: د. باسم نعيم عوض، الرقابة المالية للجهاز المركزي للمحاسبات: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، ٢٠١٠، ص ١٦: ٣١.

الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة (INTOSAI) [١]، وهي منظمة دولية غير حكومية وغير سياسية تضم أكثر من ١٩٥ عضوًا.

وبناء عليه، سنقدم لمحةً عامةً عن أصول الأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة، وخصائص ثلاثة نماذج بارزة لهذه الأجهزة [٢]، وهم:

النموذج البرلماني- الإداري- (Westminster model). المستخدم في دول مثل المملكة المتحدة ومعظم دول الكومنولث بما في ذلك العديد من دول جنوب الصحراء الأفريقية، مثل: جنوب إفريقيا، وعدد قليل من الدول الأوروبية، مثل: إيرلندا والدنمارك، ودول أمريكا اللاتينية مثل: بيرو وتشيلي، وبعض الدول العربية، مثل: مصر والكويت والبحرين، ويرتبط هذا النموذج بنظام المساءلة البرلمانية. حيث تقوم الأجهزة في هذا النموذج بمراجعة النفقات والإيرادات التي أقرتها الهيئة التشريعية ونفذتها، كما أنها تقوم بالرقابة على المال العام والالتزام، والتحقق من الإبلاغ بدقة عن الإيرادات والنفقات، والالتزام بكافة الأنظمة والقوانين الضرورية. وتكون هذه الأجهزة مسئولة أمام الهيئة التشريعية.

النموذج القضائي (Francophone model)، المستخدم في بعض دول أوروبا، مثل: فرنسا وإيطاليا والبرتغال وإسبانيا وتركيا، والدول الناطقة بالفرنسية في إفريقيا، مثل: تونس والعديد من دول أمريكا اللاتينية بما في ذلك البرازيل وكولومبيا، ويُعد هذا النموذج جزءًا من السلطة القضائية، ويكون تعامله مع البرلمان محدودًا في العادة.

نموذج المجلس أو المجمع (Board or Collegiate model)، الذي تستخدمه دول، مثل بعض الدول الأوروبية بما في ذلك ألمانيا وهولندا، وبعض الدول الآسيوية بما في ذلك إندونيسيا واليابان وجمهورية كوريا، ويكون في هذا النموذج رئيس الجهاز ليس فردًا واحدًا، بل على شكل مجلس إدارة أو مجمع يتألف من مجموعة من الأعضاء يتخذون القرارات بشكل مشترك، ويقدم للبرلمان تقارير تحليلية عن الإنفاق العام [٣].

---

(١) لمزيد من التوضيح حول المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة (INTOSAI)، متاح على الرابط التالي: https://www.intosai.org/ar Last visit at: 15/9/2023/

(2) Characteristics of different external audit systems, Department for International Development (DFID), 2004, available at:
https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/+/http:/www.dfid.gov.uk/aboutDFID/organisation/pfma/pfma-externalaudit-briefing.pdf Last visit at: 162023/9/

(٣) مؤشر استقلالية المؤسسات العليا لمراجعة الحسابات: التقرير التجميعي الشامل لعام ٢٠٢١، البنك الدولي، ص ١٠: ١١، متاح على الرابط التالي:
https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/1098636001//EFI%20InsightSAI%20Independence%20Index%202021_Arabic_lowresolution.pdf?sequence=10&isAllowed=y Last visit at: 162023/9/

وبناء على ما تقدم، فلا بد أن نشير إلى أن الأمر الأكثر أهمية في هذه التقسيمات، هو مدى تمتع أجهزة الرقابة المالية العليا بالاستقلالية الإدارية والمالية والفنية عن السلطات التنفيذية والتشريعية[١]، حيث إنها أحد المتطلبات الأساسية لكي تباشر هذه الأجهزة عملها بفعالية. وإذا تم المساس باستقلاليتها، فسيؤثر ذلك سلبًا على تحقيق أهداف الرقابة المالية.

المطلب الثاني
مدى تبعية أجهزة الرقابة المالية العليا للسلطة التشريعية

أكد إعلان ليما في القسم (٩) بشأن المبادئ الأساسية للرقابة المالية وعلاقتها بالسلطة التشريعية على أنه يجب أن ينظمها الدستور وفقًا لظروف ومتطلبات كل دولة، وأن الهيئة العليا للرقابة المالية يجب أن تتمتع بدرجة عالية من الاستقلال الذاتي حتى في حال قيامها بالعمل نيابة عن السلطة التشريعية وممارستها الرقابة المالية، بناء على توجيه من هذه السلطة (٢).

وتأسيسًا على ما تقدم، فإن جهاز الرقابة المالية يجب أن يمارس دوره الرقابي بعيدًا عن التأثيرات والضغوط الناشئة عن التبعية الإدارية أو السياسية. ولا يمكن تحقيق ذلك إلا إذا كان هذا الجهاز هيئةً مستقلةً تتمتع بصلاحيات تُمكنها من مواجهة الجهات الخاضعة لرقابتها، لتؤدي دورها الرقابي في الحفاظ على المال العام. ومن ثم سنتناول مدى تبعية هذه الأجهزة للسلطة التشريعية في النموذج الأشهر حول العالم، وهو النموذج البرلماني (الإداري). حيث ظهرت ثلاثة اتجاهات رئيسة في هذا النموذج، وهي كالتالي:

الاتجاه الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى المطالبة بتبعية الجهاز الأعلى للرقابة المالية لرئاسة الجمهورية في الدول التي يتبع دستورها ثنائية السلطة التنفيذية. وقد أكدوا أن هذه التبعية لن تؤثر على استقلالية الجهاز. واعتبروا أن هذه التبعية تتوافق مع مطالب جميع الجهات المعنية بعدم تبعية جهاز الرقابة لسلطة يتم مراقبتها، وبالتالي يعمل على تعزيز استقلاليته [٣]. بينما دعا أصحاب

(١) تضمن القسم الخامس من إعلان ليما عام ١٩٧٧ أنه: «يجب أن ينص الدستور على إنشاء الأجهزة العليا للرقابة وعلى الدرجة الضرورية من استقلاليتها، على أن يتم تقديم التفاصيل المتعلقة بذلك في النصوص القانونية». ويستند هذا المتطلب إلى افتراض أن أجهزة الرقابة العليا ستكون أكثر فعالية وفي مأمن من التدخل الحكومي إذا تم ذكر ذلك تحديدًا في الدستور، بدلا من مجرد منحها صلاحيات في نصوص قانونية. وتشكل دساتير كوريا (١٩٤٨) وجنوب أفريقيا (١٩٩٦) وتركيا (□□□□) أمثلة للدساتير التي تمنح تنظيمًا واضحًا يحدد مسئوليات أجهزة الرقابة المالية العليا فيها، وآليات حماية استقلاليتها، بما في ذلك إجراءات تعيين أعضائها ومدد ولايتهم. حيث يساهم وضع هذه الضمانات في الدستور، بدلًا من تركها مفتوحة على التشريع بقوانين، في وضوح تنظيم هذه الأجهزة وحماية وظائفها الأساسية من تدخل الحكومة. ومع ذلك، لا ينفي ذلك أهمية دور السلطة التشريعية في تفعيل أداء تلك الأجهزة وتقويم دورها. لمزيد من التوضيح، انظر: مكافحة الفساد: أطر دستورية لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ٢٠١٤، ص ٧٠.

(٢) للاطلاع على إعلان ليما للتوجيهات الخاصة بالمبادئ الرقابية الصادر عام ١٩٧٧، متاح على الرابط التالي: https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INT_P_1_u_P10/issai_1_ar.pdf Last visit at: 16/9/2023

(٣) أحمد السيد النجار وآخرون، الرقابة المالية في الاقطار العربية، بحوث ومناقشات الندوة التي أقامتها المنظمة العربية لمكافحة

الاتجاه الثاني: إلى تبعية الجهاز الأعلى للرقابة المالية للسلطة التنفيذية التي تتمثل في رئاسة الجمهورية، وأنه ينبغي تبعيته للسلطة التشريعية التي تمتلك الاختصاص الأصيل في هذا الشأن. وقد تبنى هذا الاتجاه بعض الفقهاء [١]، وتضمنته بعض قوانين دول العالم. في حين نلاحظ أن أصحاب **الاتجاه الثالث:** دعوا إلى الاستقلالية الكاملة للأجهزة العليا للرقابة المالية عن جميع سلطات الدولة، مع وضع قواعد تنظم علاقتها مع تلك السلطات. وأقرّوا بأنه ينبغي أن تكون هذه الأجهزة مستقلة تمامًا ولها الحق المطلق في الوصول إلى جميع المعلومات المتعلقة بالمال العام والتصرفات المرتبطة به، وعلى أن تقدم أي مخالفات مالية يتم اكتشافها إلى القضاء والرأي العام مباشرة [٢].

ويمكننا القول بأن الاتجاه الأخير هو الأفضل من وجهة نظرنا، لأنه يهدف إلى حماية أجهزة الرقابة المالية العليا من التأثيرات والضغوطات من الجهات الخاضعة لرقابتها، والتي قد تعوقها عن تحقيق الهدف الأساسي لوظيفتها الرقابية، وهو تقديم الرأي الفني بشأن أعمال الإدارة العامة من الناحية المالية والقانونية بشكل موضوعي، بحيث يتمكنوا من تصحيح الأخطاء ومعاقبة المعتدين على المال العام. بيد أنه في حالة إحالة الجهاز المخالفات المالية للقضاء مباشرة، فإن التساؤل يثور حول مدى حق السلطة التشريعية في المساءلة في ظل أن الأمر معروض أمام القضاء؟ خاصة وأنه من خلال تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات كان لا بد من كل سلطة عدم التدخل في عمل السلطة الأخرى، إلا أنه في الوقت الراهن قد يستحيل ذلك، نظرًا للتعاون المتبادل بين السلطات وخاصة ما هو حاصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية، فكان الفصل بين السلطتين فصلًا مرنًا [٣].

وتجدرُ الإشارة إلى أن أغلب تشريعات دول العالم أخذت بالاتجاه الثاني من حيث تبعية الجهاز الأعلى للرقابة المالية للسلطة التشريعية، إلا أن المشرع المصري أخذ بالاتجاه الأول، بتبعية الجهاز لرئيس الجمهورية، فطبقًا للمادة الأولى من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٩٨ [٤]-الذي ينظم عمل الجهاز حاليًا- يُعد الجهاز المركزي للمحاسبات هيئة مستقلة ذات شخصية اعتبارية عامة، تتبع رئيس الجمهورية، وتهدف إلى تحقيق الرقابة الفعالة على أموال

الفساد، ط ١، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٦١٩.

(١) د. محمد علي أحمد قطب، الموسوعة القانونية والامنية في حماية المال العام، ط ١، ايتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٤٦١ وما بعدها. وكذلك انظر: د. طارق حمدي الساطي، رقابة ديوان المحاسبات على مشروعية تنفيذ النفقات العامة، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٢) د. عبد الرؤوف جابر، دراسات قانونية مقارنة في قوانين هيئات الرقابة العليا، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ١٠٧.

(٣) من وجهة نظري أنه لا يجوز للسلطة التشريعية المسائلة في أمر معروض على القضاء وفقًا للمادة (٩٤) من الدستور المصري عام ٢٠١٤ والتي تنص على: «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته»، وكذلك المادة (١٨٤) التي تنص على: «السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شئون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم».

(٤) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته، متاح على الرابط التالي:
https://www.cc.gov.eg/legislation_single?id=404862 Last visit at: 162023/9/

الدولة وأموال الشخصيات العامة الأخرى وغيرهم من الأشخاص المنصوص عليهم في القانون، كما تعاون مجلس الشعب في القيام بمهامه في هذه الرقابة [١]. كما حدد المشرع المصري ملامح الإطار التشريعي والتنظيمي للعلاقة بين الجهاز ومجلس الشعب (النواب) بموجب بعض النصوص القانونية الواردة في قانون الجهاز المركزي للمحاسبات، حيث بين هذا القانون دور الجهاز في معاونة مجلس الشعب (النواب) في القيام بمهامه في هذه الرقابة على أموال الدولة، فضلًا عن تقديمه تقريره عن الحسابات الختامي للدولة عن كل سنة مالية، وتقاريره الدورية إلى مجلس الشعب (النواب) [٢].

وبناء عليه، نلاحظ أن المشرع المصري قد أخذ بالاتجاه الأول في النموذج البرلماني في تبعية الجهاز الرقابي لرأس الدولة (رئيس الجمهورية)، إلا أنه قد ساير معظم قوانين دول العالم في تحديد العلاقة بين الجهاز الرقابي والسلطة التشريعية بأنها علاقة تنظيمية وظيفية وليست علاقة تبعية إدارية، أي: أن علاقة الجهاز مع السلطة التشريعية تأتي في إطار التكامل معها عند أدائه مهامه الوظيفية التي نظمها له القانون في الرقابة على المال العام، ودون تدخل من هذه السلطة في طبيعة أعماله الفنية. خاصة أن من الوظائف الرئيسية للسلطة التشريعية هي سن القوانين -ومنها قانون الجهاز- ومراقبة مدى تقيد بقية سلطات الدولة بتنفيذ تلك القوانين، فإذا كان لهذا الجهاز تبعية إدارية للسلطة التشريعية، فلا يوجد ضمان بأن هذه السلطة ستراقب ذاتها.

وعلى جانب آخر، فقد تم منح مكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا [٣] لأول مرة الحماية الدستورية في الدستور المؤقت لعام ١٩٩٣، وأقر البرلمان الجنوب إفريقي في عام ١٩٩٥ قانون المراجع العام للحسابات من أجل تنظيم سلطات ووظائف المكتب بما يتماشى مع الدستور المؤقت [٤]، ومع صدور الدستور الدائم عام ١٩٩٦ فقد أنشئ مكتب المراجع العام، ومنحه وضعًا خاصًا باعتباره واحدة من مؤسسات الفصل التاسع المكرسة دستوريًا [٥].

---

(١) يعد الجهاز المركزي للمحاسبات من أقدم الأجهزة الرقابية في العالم العربي، فقد تأسس منذ نحو ٨٠ عامًا، حيث صدر المرسوم الملكي رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٢ بإنشاء ديوان المحاسبة كهيئة مستقلة للرقابة على المال العام، بهدف الرقابة على إيرادات ومصروفات الدولة، وسمى في الأصل (ديوان المحاسبة) ثم غّير اسمه بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ بمسمى الجهاز المركزي للمحاسبات، ومرت تلك الجهة الرقابية بالعديد من التطورات والتعديلات القانونية. لمزيد من التوضيح، انظر: د. عبد العزيز قاسم محارب، آليات مكافحة الفساد، بحث منشور بمجلة المال والتجارة، نادي التجارة، مصر، ع ٦٣٨، ٢٠٢٢، ص ١٨.

(٢) د. هشام زغلول إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٣)صنفت عملية الموازنة في جنوب إفريقيا دومًا بأنها الأكثر شفافية في القارة الافريقية، ومن بين الأكثر شفافية في العالم. لمزيد من التوضيح، انظر: مكافحة الفساد: أطر دستورية لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، المرجع السابق، ص ٤٩. كما تم منح مكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا أعلى مستوى في مؤشرات استقلالية المؤسسات العليا لمراجعة الحسابات. لمزيد من التوضيح، انظر: مؤشر استقلالية المؤسسات العليا لمراجعة الحسابات، المرجع السابق، ص ١٨.

(4) Auditor-General Act 12 of 1995, Available on the following link: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a1295-.pdf Last visit at: 152023/10/

(٥) المادة (١/١٨١/ه) من دستور جنوب إفريقيا لعام ١٩٩٦، متاح على الرابط التالي: https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=ar Last visit at: 152023/10/

بالإضافة إلى أن المادة (١٨٨) من الدستور الدائم حددت وظائف المكتب التي تشمل «مراجعة وتقديم تقارير عن الحسابات، والبيانات المالية والإدارة المالية لجميع إدارات الدولة» في جميع المجالات الحكومية. بالإضافة إلى ذلك، عندما يجد المكتب دليلًا على سوء الإدارة المالية أو الفساد أو عدم الامتثال للتشريعات، فإن لديه سلطة تقديم «توصيات استشارية» غير ملزمة قانونًا [١].

ولهذه الغاية، فقد سُن قانون الرقابة المالية العامة عام ٢٠٠٤ لإنفاذ المادة (١٨٨/٤) من الدستور الذي يوفر الإطار التشريعي لتنظم عمل مكتب المراجع العام في تنفيذ واجباته الدستورية [٢]، فبموجب المادة (١٨١/٥) من الدستور، ووفقاً للمادة (٣/ د) من قانون الرقابة المالية العامة، يكون المكتب مسئولاً أمام الجمعية الوطنية (البرلمان). كما أنه بموجب المادة (١٠) من هذا القانون فإن المكتب ملزم قانونًا بتقديم تقارير عن أنشطته وأداء وظائفه إلى الجمعية الوطنية [٣]، وتنص المادة (٢٠) من القانون على أن رقابة المكتب يجب أن تتضمن توصيات للجهات حول كيفية منع الخسائر المالية وتحسين الإدارة الحكومية للأموال العامة.

ومن ثم يتضح لنا أن المشرع الجنوب إفريقي قد أخذ بالاتجاه الثالث من النموذج البرلماني في استقلال مكتب المراجع العام عن جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة التشريعية، وأن علاقته بالأخيرة هي علاقة تنظيمية وظيفية وليست علاقة تبعية إدارية، وهذا مسلك حسن.

أما في مملكة البحرين، فقد نص الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢ [٤] في المادة (١١٦) على أن: «ينشأ بقانون ديوان الرقابة المالية والإدارية يكفل القانون استقلاله، ويعاون الحكومة ومجلس النواب في رقابة تحصيل إيرادات الدولة وإنفاق مصروفاتها في حدود الميزانية، ويقدم الديوان إلى كل من الحكومة ومجلس النواب تقريرًا سنويًا عن أعماله وملاحظاته»، وتضمنت المادة الاولى من قانون الديوان رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٢ [٥]، على أن: «يُنشأ جهاز مستقل يتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة يسمى «ديوان الرقابة المالية والإدارية»، ويتبع الملك».

---

(١) لمزيد من المعلومات عن مكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا، متاح على الرابط التالي:
https://www.agsa.co.za/AboutUs/Legislation.aspx Last visit at: 152023/10/

(2) Public Audit Act No. 25 Of 2004, Available on the following link:
https://www.agsa.co.za/Portals/0/Legislation/Public_Audit_Act_25_of_2004_Amended.pdf
Last visit at: 152023/10/

(3) Alkaster, (H.), Changing the traditional role of the Auditor general: Is the Public Audit Amendment Act constitutional?, master thesis, University of Western Cape, 2020, P. 15.

(٤) دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ نشر بالجريدة الرسمية في العدد الخاص رقم ٢٥١٧ بتاريخ ١٤ فبراير ٢٠٠٢. متاح على الرابط التالي: https://faolex.fao.org/docs/pdf/bah117079Ar.pdf
2023/10/Last visit at: 15

(٥) قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية البحريني الصادر بمرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٢، والمعدل بمرسوم بقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٠، متاح على الرابط التالي:
https://www.nao.gov.bh/category/the-naos-law Last visit at: 152023/10/

ويتكون المجلس الوطني البحريني (البرلمان) من مجلس النواب ومجلس الشورى والذي يقوم بدعم ديوان الرقابة من خلال إصدار النصوص التشريعية التي تدعم استقلاليته وظيفيًا وماليًا وتنظيم أعماله بتحديد اختصاصاته وتشكيلاته وأنواع الرقابة المالية وإجراءاته وآثاره وأهدافه [١]، ويقوم البرلمان بمناقشة التقارير التي يصدرها الديوان لمراجعة ومراقبة الميزانية العامة والعمليات المالية والحسابات الختامية السنوية للدولة. وتوضح هذه التقارير مدى التزام الحكومة بالانضباط المالي ومدى تأثيرها على تحمل المسئولية المالية عن السياسة العامة للدولة. كما تساعد هذه التقارير على مساءلة الحكومة عن الأخطاء والمخالفات التي ارتكبتها ماليًا وإداريًا، وتشجع على تصحيح الأوضاع الخاطئة التي يتم الكشف عنها في هذه التقارير [٢].

وبناء على ما تقدم، فإن المشرع البحريني قد أخذ بالاتجاه الأول في النموذج البرلماني في تبعية ديوان الرقابة المالية والإدارية لرأس الدولة (الملك)، بيد أنه ساير معظم قوانين دول العالم في تحديد العلاقة بين الجهاز الرقابي والسلطة التشريعية بأنها علاقة تنظيمية وظيفية وليست علاقة تبعية إدارية. ويجب أن نلاحظ أن نظام الحكم أو النظام السياسي يختلف في الثلاث دول محل الدراسة، حيث يسود النظام الجمهوري شبه الرئاسي في مصر، وتتبع جنوب إفريقيا النظام الجمهوري البرلماني، بينما تتبع البحرين نظام الملكية الدستورية، ومن ثم فإن تبعية ديوان الرقابة المالية والإدارية البحريني لجلالة الملك هي ضمانة لاستقلاليته التامة، ومأمن له من ضغوط الجهات الخاضعة لرقابته.

المبحث الثاني
تعزيز دور أجهزة الرقابة المالية العليا من الناحية التشريعية

تمهيد وتقسيم:

لما كانت أجهزة الرقابة المالية العليا تلعب دورًا هامًا بالنسبة للسلطة التشريعية باعتبارها الهيئة المساعدة لها في فرض الرقابة الشعبية على إدارة الأموال العامة ونتائجها وفي تحقيق المساءلة العامة على السلطة التنفيذية، وكان النظام الذي يحكم السلطات العامة في أغلب الدول نظامًا دائم التغيير والتطور من النواحي الدستورية والإدارية والاقتصادية، لذلك، فإن نظام الرقابة المالية العليا وفاعليتها لا بد وأن يتأثرا هما الآخران بالتطورات الدستورية والإدارية والمالية والاقتصادية [٣].

(١) ينوب الديوان عن البرلمان في الرقابة على أعمال الحكومة، فهو يقوم بحماية المال العام من خلال أداء رسالته المتمثلة في الرقابة المالية ومتابعة تنفيذ الخطط وتقويم الأداء والرقابة القانونية على القرارات الصادرة بشأن المخالفات المالية على أن يعرض نتائج عمله وما تسفر عنه من أعمال الفحص والمراجعة على البرلمان. لمزيد من التوضيح، انظر: نادية إسماعيل محمد الجبلي، دور ديوان الرقابة المالية والإدارية في الحفاظ على الانضباط المالي في التشريع البحريني، بحث منشور بمجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، مج ٥، ع ٤، المركز القومي للبحوث، غزة، فلسطين، ٢٠٢١، ص ٣٩.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣) د. طارق الساطي، د. صادق الحسني، استقلال أجهزة الرقابة المالية العليا: دراسة مقارنة وبوجه خاص في الإمارات العربية

وبناء على هذه التطورات فلا بد من تدخل السلطة التشريعية بإصدار وتحديث التشريعات اللازمة لضمان فاعلية أداء أجهزة الرقابة المالية العليا، والقيام بواجباتها الرقابية وفقًا للأطر الدستورية المقررة لها.

وعلى هدى ما تقدم، نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أولهما تعزيز دور هذه الأجهزة من الناحية التشريعية بإصدار تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا، في حين نخصص ثانيهما لدراسة تعزيز دور هذه الأجهزة من الناحية التشريعية بتعديل تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: إصدار تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا.

المطلب الثاني: تعديل تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا.

المطلب الأول
إصدار تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا

تبرز علاقة أجهزة الرقابة المالية العليا بالسلطة التشريعية في اغلب دول العالم من خلال سن القوانين ومراقبة تنفيذها فالسلطة التشريعية تدعم هذه الأجهزة من خلال إصدار النصوص التشريعية التي تدعم استقلاليتها وتنظيم عملها بتحديد اختصاصاتها الرقابية المالية وأنواع الرقابة المالية وإجراءاتها وآثارها وأهدافها، وتدعم هذه الأجهزة السلطة التشريعية عندما تنوب عنها في الرقابة أعمال السلطة التنفيذية.

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور المصري عام ٢٠١٤ [(١)] نص على الحماية الدستورية للجهاز المركزي للمحاسبات في مادته رقم (٢١٩) بأنه «يتولى الجهاز المركزي للمحاسبات الرقابة على أموال الدولة، والأشخاص الاعتبارية العامة، والجهات الأخرى التي يحددها القانون، ومراقبة تنفيذ الموازنة العامة للدولة والموازنات المستقلة، ومراجعة حساباتها الختامية». كما تضمن في مادته رقم (٢١٧) بأنه: «تقدم الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية، تقارير سنوية إلى كل من رئيس الجمهورية، ومجلس النواب، ورئيس مجلس الوزراء، فور صدروها .وعلى مجلس النواب أن ينظرها، ويتخذ الإجراء المناسب حيالها في مدة لا تجاوز أربعة أشهر من تاريخ ورودها إليه، وتنشر هذه التقارير على الرأي العام. وتبلغ الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية، سلطات التحقيق المختصة بما تكتشفه من دلائل على ارتكاب مخالفات، أو جرائم، وعليها أن تتخذ اللازم حيال تلك التقارير خلال مدة محددة، وذلك كله وفقًا لأحكام القانون».

المتحدة، بحث منشور بالمجلة العربية للإدارة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مج ١٤، ع ٤، ١٩٩٠، ص ٢٥.

(١) دستور جمهورية مصر العربية الحالي الصادر عام ٢٠١٤، متاح على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2019?lang=ar Last visit at: 162023/10/

ويلاحظ أن مواد الدستور الحالي جاءت باختصاص إضافي جديد لدور الجهاز المركزي للمحاسبات يتمثل في قيامه بإبلاغ المخالفات المالية إلى سلطات التحقيق، وإلزام تلك السلطات بالتصرف حيال تلك المخالفات خلال مدة محددة. إلا أن اختصاص الجهاز وفقًا لقانونه الحالي بطلب التحقيق في المخالفات المالية لا يتعدى مجرد الطلب بالتحقيق إلى الجهة الإدارية دون أن يقع أدنى التزام عليها (من الناحية القانونية المجردة) في الاستجابة لطلب الجهاز بإحالة المخالفة للتحقيق (توصيات غير ملزمة)، بالإضافة إلى عدم قدرة الجهاز على إبلاغ سلطات التحقيق مباشرة بتلك المخالفات [١]. كما أنه في حالة إحالة الجهة المخالفة المالية لإحدى جهات التحقيق (النيابة الإدارية- النيابة العامة) فلا يوجد إلزام على الأخيرة بإبلاغ الجهاز بما تم في هذه المخالفات [٢]، بخلاف ما نص عليه الدستور الحالي [٣].

وبناء على ما تقدم، يتضح لنا وجود ثمة تعارض بين الأطر التشريعية المنظمة لعمل الجهاز المركزي للمحاسبات من جهة والمواد الدستورية للدستور الحالي الخاصة بالجهاز من جهة أخرى، وكان من المنتظر أن يتم إصدار قانون جديد للجهاز يتماشى مع النصوص الدستورية الجديدة تعزيزًا لدور الجهاز في الحفاظ على المال العام. فضلًا عن إدخال تعديلات على القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية [٤]، وقانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ [٥] لإلزام كلٍّ من النيابة الإدارية والنيابة العامة بإبلاغ الجهاز بما تم اتخاذه خلال مدة محددة [٦].

---

(١) انظر المادة (١٢) من قانون الجهاز المركزي للمحاسبات سابق الإشارة اليه.

(٢) د. باسم نعيم عوض، المرجع السابق، ص ٥١٥.

(٣) وجاري الانتهاء من الدراسات الخاصة بتحديث قانون الجهاز المركزي للمحاسبات، كما قام قطاع التشريع بوزارة العدل بإعداد مشروع قانون بشأن التعديلات المقترحة على القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية ومذكرته الإيضاحية. لمزيد من التوضيح، انظر: تقرير متابعة تنفيذ الإستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد ٢٠١٩/ ٢٠٢٢، اللجنة الوطنية التنسيقية للوقاية من الفساد ومكافحته، مصر، ص ٣٧.

(٤) القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية، متاح على الرابط التالي:
2023/10/https://manshurat.org/node/7342 Last visit at: 16

(٥) قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠، متاح على الرابط التالي:
https://manshurat.org/node/14676 Last visit at: 162023/10/

(٦) من الملاحظ أن اللائحة الداخلية لمجلس النواب الصادرة بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ تضمنت في مادتها رقم (٣٤٣) على أن: «تقدم الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية، تقارير سنوية إلى مجلس النواب فور صدروها. وعلى مجلس النواب أن ينظرها، ويتخذ الإجراء المناسب حيالها في مدة لا تجاوز أربعة أشهر من تاريخ ورودها إليه، وتنشر هذه التقارير على الرأي العام. وتبلغ الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية، سلطات التحقيق المختصة بما تكتشفه من دلائل على ارتكاب مخالفات، أو جرائم، وعليها أن تتخذ اللازم حيال تلك التقارير خلال مدة محددة، وذلك كله وفقًا لأحكام القانون»، ومع ذلك لم يتم اصدار او تعديل قوانين الجهاز والنيابة الإدارية والإجراءات الجنائية. للاطلاع على القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ باللائحة الداخلية لمجلس النواب، متاح على الرابط التالي:
2023/10/https://manshurat.org/node/1636 Last visit at: 16

أما في مملكة البحرين، فقد نصت المادة (١١) من قانون الديوان على أن: «يتولى الديوان إبلاغ الجهات الخاضعة لرقابته بالمخالفات المالية والإدارية التي تكشفت له ومطالبتها باتخاذ ما يلزم لتصحيح الإجراءات الإدارية وتحصيل المبالغ المستحقة لها، أو التي صرفت منها بغير حق خلال فترة زمنية معينة، وله إحالة الأمر إلى الجهة المختصة بتحريك الدعوى الجنائية إذا ما توافرت لديه أدلة جدية على وجود جريمة جنائية»[١].

وهو ما يعني أن دور ديوان الرقابة يتمثل في الكشف عن المخالفات المالية والإدارية، ومطالبة الجهات الإدارية باتخاذ إجراءات تصحيحية، ويقتصر دوره في المحاسبة عن المخالفات المالية والإدارية بإحالتها لنفس الجهات التي صدر منها المخالفات للتحقيق وتوقيع الجزاءات والتأديب، وهنا نكون أمام تحول دور ملاحظات تقرير الديوان من رقابة خارجية إلى رقابة إدارية ذاتية لهذه الجهات [٢]، كما أن له في حالة عدم توقيع الجزاءات على المخالفين أو كانت غير كافية يكون على رئيس الديوان طلب إعادة النظر فيما وقعه من جزاء. بجانب أن له إحالة تلك المخالفات للجهة المختصة بتحريك الدعوى الجنائية إذا ما توافرت لديه أدلة جدية على وجود جريمة جنائية [٣].

وبناء عليه، فيمكننا القول بأن المشرع البحريني أحسن في جعل دور ديوان الرقابة المالية والإدارية ليس مجرد رقيب على الأموال العامة لمساعدة البرلمان في أداء وظيفته الرقابية، ولكن لديه السلطة لتقديم توصيات ملزمة واتخاذ إجراءات تصحيحية، كما أن له إحالة أي مخالفة مالية مشتبه بها تم تحديدها أثناء عملية الفحص والمراجعة والتدقيق التي يتم إجراؤها بموجب القانون إلى هيئة التحقيق ذات الصلة. بيد أن دور ديوان الرقابة المالية والإدارية ينقصه إلزام هيئة التحقيق ذات الصلة بإبلاغه بالتقدم المحرز والنتيجة النهائية للتحقيق.

المطلب الثاني
تعديل تشريعات أجهزة الرقابة المالية العليا

عندما تكون الأوضاع السياسية مستقرة في دولةٍ ما يسود فيها النظام النيابي فيها، وتنعدم التقلبات السياسية والاجتماعية والإدارية فيها، تكون السلطة التشريعية فيها مستقرة وتحافظ على استقلاليتها وفعالية رقابتها التشريعية والرقابية، مما ينعكس ذلك على الجهاز الأعلى للرقابة المالية، من حيث العمل على زيادة فعاليته في القيام بدوره الرقابي المنوط به في الحفاظ على المال العام، وذلك بتعديل وتحديث التشريعات المتعلقة به، بما يتواكب مع التطورات السياسية والدستورية والإدارية لهذه الدولة، وهو ما قامت به السلطة التشريعية (الجمعية الوطنية) في جنوب إفريقيا، عندما كانت توصيات مكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا ليست ملزمة قانونًا للجهات التي روجعت

(١) المادة رقم (١١) من قانون الديوان رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٢، سالف الإشارة اليه.

(٢) نادية إسماعيل محمد الجبلي، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٣) المادة (١١) من قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية سالف الذكر.

حساباتها، مما أدى إلى عدم التزام تلك الجهات بالتوصيات التي قدمتها الإدارة المختصة بالمكتب، وتسبب ذلك في تكرار نفس نتائج مراجعة الحسابات [١]، قام البرلمان (الجمعية الوطنية) إلى اعتماد تعديل قانون الرقابة المالية العامة عام ٢٠١٨ [٢]، ردًا على سوء الإدارة المالية والفساد المستشري في القطاع الحكومي، لا سيما داخل المقاطعات [٣].

حيث قدمت تلك التعديلات التشريعية تعزيزًا لدور مكتب المراجع العام من خلال منحه سلطة اتخاذ إجراءات تصحيحية بسبب عدم التزام الجهات الإدارية بتوصياته، كما خولته سلطة تحميل مسئولي المحاسبة في تلك الجهات المسئولية الشخصية من خلال ما يسمى بـ(شهادة الدين) إذا لم يمتثلوا للإجراءات العلاجية التي يتخذها، أو لم يسترد أي إنفاق غير فعال [٤]. ومع ذلك، إذا اعترضت أي جهة على الإجراء التصحيحي أو شهادة الدين (المديونية)، فيمكنها التوجه إلى المحاكم لإلغاء هذا الإجراء التصحيحي أو شهادة الدين. حيث قدمت تلك التعديلات عددًا من التغييرات التي تسعى إلى تعزيز كفاءة وفعالية المكتب [٥]، وذلك على النحو التالي:

يجوز للمراجع العام على النحو المنصوص عليه إحالة أي مخالفة مالية مشتبه بها تم تحديدها أثناء المراجعة التي يتم إجراؤها بموجب هذا القانون إلى هيئة التحقيق ذات الصلة، ويجب على تلك الهيئة إبلاغ المراجع العام بالتقدم المحرز والنتيجة النهائية للتحقيق [٦].

---

(1) Report Of The Ad Hoc Committee On The Review Of Chapter 9 And Associated Institutions, 2007, Available on the following link:
https://www.parliament.gov.za/storage/app/media/oversightreports/chapter_9_report.pdf Last visit at: 162023/10/

(2) as amended by Public Audit Amendment Act, No. 5 of 2018, Available on the following link:
https://www.agsa.co.za/Portals/0/Legislation/Public_Audit_Amendment_Act__No__5_of_2018.pdf Last visit at: 162023/10/

(٣) مكافحة الفساد: أطر دستورية لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٤) وتنص المادة (٢/٥) من قانون الرقابة المالية العامة على أن: «يجب على المدقق العام تقديم نسخة من شهادة الدين، المشار إليها في القسم الفرعي (١)، إلى السلطة التنفيذية المسئولة لتحصيل المبلغ المحدد في شهادة الدين من موظف المحاسبة أو الإدارة المحاسبية كيفما يتعلق بعملية استرداد الديون المعمول بها للسلطة التنفيذية».

(٥) تمت هذه التعديلات استنادًا إلى المادة (٤/١٨٨) من الدستور التي تنص على أن: «يتمتع المراجع العام بالسلطات والمهام الإضافية المنصوص عليها في التشريع الوطني». وبالتالي لا يحرم الدستور صراحة مكتب المراجع العام من سلطة اتخاذ الإجراءات التصحيحية المناسبة، ويترك الإمكانية مفتوحة لمنحه هذه الصلاحيات بموجب التشريع الوطني. ومع ذلك، فإن مؤيدي التفسير الصارم والحرفي للدستور جادلوا بعكس ذلك، بأن مثل هذه السلطة لا يمكن منحها إلى المراجع العام لأن المادة (١٨٨) من الدستور لا يذكر بها أي إجراء تصحيحي. إلا أنه أمكن الرد عليهم بأن المحكمة الدستورية في حكم التصديق الأول لها قررت بأنه يجب عدم تفسير الدستور بصرامة فنية. لمزيد من التوضيح، انظر: Alkaster, (H.), op.cit, p. 31.

(٦) وقد عرف القانون المخالفة المالية (material irregularity) بأنها: مخالفة جوهرية تتمثل في عدم الامتثال أو المخالفة للتشريعات أو الاحتيال أو السرقة أو خرق لواجب ائتماني تم تحديده أثناء المراجعة الذي تم إجراؤها بموجب هذا القانون، والتي أدت أو من المحتمل أن تؤدي إلى خسارة مالية أو سوء استخدام أو فقدان مورد عام أو ضرر جسيم لمؤسسة حكومية أو للجمهور العام، لمزيد من التوضيح، انظر:

- Definition of "material irregularity" inserted by s. 1 (g) of Act No. 5 of 2018.

للمراجع العام سلطة ما يلي: (أ) اتخاذ أي إجراء علاجي مناسب؛ (ب) إصدار شهادة دين (مديونية) على النحو المنصوص عليه إذا فشل مسؤول المحاسبة أو إدارة المحاسبة في الامتثال للإجراء التصحيحي، على النحو المبين في القانون.

وبناء عليه، فيمكننا القول بأن التعديلات التشريعية الأخيرة على قانون الرقابة المالية العامة عززت من دور مكتب المراجع العام، من خلال تمكينه من اتخاذ إجراءات تصحيحية ومحاسبة الجهات الحكومية على المخالفات المالية، وبناء عليه لن يكون مكتب المراجع العام مجرد رقيب على الأموال العامة لمساعدة البرلمان في أداء وظيفته الرقابية، ولكن سيكون لديه السلطة لتقديم توصيات ملزمة واتخاذ إجراءات تصحيحية [1]. وإن كانت هذه التعديلات لا ترتقي إلى تغيير جذري في حد ذاته للمكتب من النموذج البرلماني الإداري إلى النموذج القضائي الفرنكفوني (ففي هذا النموذج الأخير يكون جهاز الرقابة المالية هو جزء من القضاء وله سلطة إصدار الأحكام)، بمعنى أن التعديلات على قانون الرقابة المالية العامة لا تجعل مكتب المراجع العام جزءًا من السلطة القضائية أو تمكّنه من إصدار الأحكام، حيث يبقى المكتب خاضعًا للمحاكم.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث دور السلطة التشريعية في تعزيز فعالية أجهزة الرقابة المالية العليا، حيث قمنا باستعراض نشأة الرقابة المالية وتطورها حتى ظهور ما يُعرف اليوم بأجهزة الرقابة المالية العليا متمثلًا في ثلاثة نماذج: (البرلماني، والقضائي، والمجلس)، ثم تطرقنا إلى مدى تبعية الجهاز الرقابي للسلطة التشريعية في النموذج البرلماني (الإداري) الأشهر حول العالم، وذلك حصرًا على الدول الثلاثة: (مصر وجنوب افريقيا ومملكة البحرين). ثم تناولنا علاقة هذه الأجهزة بالسلطة التشريعية من الناحية التشريعية سواء من ناحية إصدار تشريعاتها الخاصة بها في كل من مصر والبحرين أو من ناحية تعديل التشريعات القائمة والخاصة بها في جنوب إفريقيا. وقد سعى الباحث إلى بيان أوجه القصور في التشريعات الخاصة بصلاحيات هذه الأجهزة حتى يتسنى منحها مزيدًا من الصلاحيات في المساءلة والمحاسبة. وقد قام الباحث بتقديم عدد من النتائج والتوصيات في نهاية الدراسة، وذلك في نقطتين على النَّحو التَّالي:

أولًا- النَّتائج:

خلص هذ البحث إلى عددٍ من النَّتائج نُجملها في الآتي:

- أنشأت العديد من الدول في جميع أنحاء العالم مؤسسات رقابة مالية لتعزيز الاستخدام السليم والفعال للأموال العامة والإدارة المالية السليمة، إلا أن تلك الأجهزة اختلف دورها بحسب دستورها

(١) لبيان تأثير تلك التعديلات التشريعية على فعالية أداء مكتب المراجع العام فقد تضمن تقرير البنك الدولي عن مستوى استقلالية المؤسسات العليا لمراجعة الحسابات، بأن مكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا يتمتع بدرجة عالية جدًا من الاستقلالية. لمزيد من التوضيح، انظر: مؤشر استقلالية المؤسسات العليا لمراجعة الحسابات: التقرير التجميعي الشامل لعام ٢٠٢١، المرجع السابق، ص ١٨.

والتشريع المنظم لاختصاصاتها وسلطاتها، حيث ظهرت ثلاثة نماذج لتلك الأجهزة ما بين البرلماني والقضائي والمجلس أو المجمع، وتنوعت اتجاهات النموذج البرلماني الأكثر شهرة، ما بين التبعية لرئيس الدولة، وهو ما أخذت به مصر والبحرين، وبين التبعية للسلطة التشريعية، أو الاستقلال عن كافة السلطات، وهذا الاتجاه الأخير أخذت به جنوب إفريقيا.

- يحدد المشرع العادي ملامح الإطار التشريعي والتنظيمي للعلاقة بين أجهزة الرقابة المالية العليا والسلطة التشريعية بموجب النصوص القانونية الواردة في قوانين تلك الأجهزة، حيث يبين هذا القانون دور الجهاز الرقابي في معاونة البرلمان في القيام بمهامه في هذه الرقابة على أموال الدولة، فضلًا عن تقديمه تقارير سنوية وتقارير دورية إلى البرلمان، كما ينظم نوع العلاقة بينهما سواء كعلاقة تنظيمية وظيفية أو علاقة تبعية إدارية.

- في الغالب يقف دور أجهزة الرقابة المالية العليا في النموذج البرلماني عند حد المساءلة البرلمانية دون وجود دور حقيقي لها في إحالة المخالفات المالية إلى جهات التحقيق، وفرض توصياتها على الجهات المشمولة برقابتها، حيث يتفاوت دور أجهزة الرقابة المالية العليا من دولة إلى آخري تأثرًا بالتشريعات القائمة. فما يزال المشرع المصري لم يمنح هذه الاختصاصات للجهاز المركزي للمحاسبات وفقًا لقانونه الحالي. أما بخصوص ديوان الرقابة المالية والإدارية البحريني، فقد أحسن المشرع بمنحه سلطة تقديم توصيات ملزمة واتخاذ إجراءات تصحيحية، وإحالة أي مخالفة مالية مشتبه بها تم تحديدها خلال المراجعة إلى هيئة التحقيق ذات الصلة. أما فيما يتعلق بمكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا، فقد عزز المشرع من دوره عن طريق إدخال بعض التعديلات التشريعية على قانون الرقابة المالية العامة، وذلك بتمكينه من اتخاذ إجراءات تصحيحية ومحاسبة الجهات الحكومية على المخالفات المالية، وإحالة أي مخالفة مالية مشتبه بها تم تحديدها خلال المراجعة إلى هيئة التحقيق ذات الصلة، فضلًا عن قيام الأخيرة بإبلاغه بالتقدم المحرز والنتيجة النهائية للتحقيق. ومع ذلك، ما زالت أجهزة الرقابة المالية العليا سالفة الذكر لم ترتق بدورها للوصول للنموذج القضائي المتبع في بعض الدول الأوروبية واللاتينية.

- من الملاحظ أن أجهزة الرقابة المالية العليا الثلاث في كل من مصر وجنوب إفريقيا ومملكة البحرين، تشترك في السمات التالية:

عدم القدرة على التحقيق في المخالفات والجرائم المالية التي تكتشفها، وعدم اتخاذها إجراءات وقائية بشأن الموظف المحال للتحقيق، مثل: وقفه عن العمل أو تجميد أمواله في المصارف، وعدم قدرة تلك الأجهزة على إقامة الدعوى بنفسها لدى الجهات القضائية. بجانب أن هذه الأجهزة ذات طبيعة إدارية وليست طبيعة قضائية، وما تتقدم به من تقارير فنية وما تبديه من ملاحظات لا تعدو أن تكون أعمالًا إدارية، فأعمالها لا تأخذ صفة أو سمة الأحكام، وهي لا تحوز حجية الأمر المقضي به.

ثانيًا- التَّوصيات:

انتهيْنا إلى بعضِ التَّوصياتِ، وهي كالآتي:

- بينما تتجه الأعراف والمعايير الدولية لتحصين أجهزة الرقابة المالية العليا ضد تغول السلطة التنفيذية [١]، فلا بدَّ من الاستقلال الكامل لهذه الأجهزة عن جميع سلطات الدولة العامة مع تنظيم القواعد التي تنظم علاقتها بهذه السلطات، وجعلها أجهزة مستقلة لها الحق المطلق في النفاذ إلى كل المعلومات المتعلقة بالمال العام والتصرفات بشأنه. مع التأكيد على أهمية تعزيز التعاون والتكامل ما بين أجهزة الرقابة المالية العليا المستقلة والسلطة التشريعية، للعمل على تحقيق الفعالية الكاملة لدورها المنوط بها في حماية المال العام.
- نشدد على الحاجة إلى إصدار تشريع جديد للجهاز المركزي للمحاسبات ليحل محل التشريع المطبق حاليًا، بهدف منح الجهاز سلطة إحالة المخالفات المالية لجهات التحقيق، وفرض الالتزام على تلك الجهات بإبلاغ الجهاز بنتائج التصرف في تلك المخالفات خلال فترة زمنية محددة، وذلك لإزالة التعارض بين الإطار التشريعي المنظم لعمل الجهاز المركزي للمحاسبات من جهة، والمواد الدستورية المتعلقة بالجهاز في الدستور الحالي من جهة أخرى. كما يجب أن يقوم المشرع البحريني بمنح ديوان الرقابة المالية والإدارية الحق في معرفة نتيجة التصرف في المخالفات المحالة للجهة المختصة بتحريك الدعوى الجنائية، على غرار مكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا، بهدف تعزيز الشفافية والمساءلة من عملية الرقابة المالية والإدارية.
- من الضروري أن تقوم السلطة التشريعية في مصر ومملكة البحرين، بمنح الجهاز المركزي للمحاسبات وديوان الرقابة المالية والإدارية صلاحيات إضافية تتمثل في عدم اعتماد أي مصروفات يتم إنفاقها بمخالفة القوانين واللوائح والتعليمات، على أن تبقي دينًا في ذمه القائمين على الصرف وإلزامهم بردها للخزانة العامة، تأسيًا بدور مكتب المراجع العام في جنوب إفريقيا في هذا الشأن.

(١) إطار الإنتوساي للتوجيهات والإصدارات المهنية، متاح على الرابط التالي: https://www.intosai.org/ Last visit: 16/10/2023

قائمة المراجع

أولًا- المراجع باللغة العربية:

الكتب المتخصصة:

أحمد السيد النجار وآخرون، الرقابة المالية في الأقطار العربية، بحوث ومناقشات الندوة التي أقامتها المنظمة العربية لمكافحة الفساد، ط ١، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٩.

د. عبد الرؤوف جابر، دراسات قانونية مقارنة في قوانين هيئات الرقابة العليا، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.

د. عوف محمود الكفراوي، الرقابة المالية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩.

د. محمد علي أحمد قطب، الموسوعة القانونية والأمنية في حماية المال العام، ط ١، ايتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦.

رسائل الماجستير والدكتوراة:

د. باسم نعيم عوض، الرقابة المالية للجهاز المركزي للمحاسبات: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، ٢٠١٠.

بشار محيسن حسن، دور السلطة التشريعية في مكافحة الفساد الوظيفي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ٢٠١٢.

د. طارق حمدي الساطي، رقابة ديوان المحاسبات على مشروعية تنفيذ النفقات العامة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٧.

الأبحاث والمقالات:

حامد جسوم حمزة، استقلالية ديوان الرقابة المالية الاتحادي، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، مج ٨، ع ١، ٢٠١٦.

د. طارق الساطي، د. صادق الحسني، استقلال أجهزة الرقابة المالية العليا: دراسة مقارنة وبوجه خاص في الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور بالمجلة العربية للإدارة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مج ١٤، ع ٤، ١٩٩٠.

د. عبد العزيز قاسم محارب، آليات مكافحة الفساد، بحث منشور بمجلة المال والتجارة، نادي التجارة، مصر، ع ٦٣٨، ٢٠٢٢.

نادية إسماعيل محمد الجبلي، دور ديوان الرقابة المالية والإدارية في الحفاظ على الانضباط المالي في التشريع البحريني، بحث منشور بمجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، مج ٥، ع ٤، المركز القومي للبحوث، غزة، فلسطين، ٢٠٢١.

د. هشام زغلول إبراهيم، نحو علاقة داعمة بين السلطة التشريعية والأجهزة العليا للرقابة: تجربة الجهاز المركزي للمحاسبات، بحث منشور بمجلة الرقابة المالية، الأربوساي، ع ٥٢، ٢٠٠٨.

هيثم محمد حرمي، الرقابة المالية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع ٢، ٢٠١٧.

تقارير ومنشورات:

مؤشر استقلالية المؤسسات العليا لمراجعة الحسابات: التقرير التجميعي الشامل لعام ٢٠٢١، البنك الدولي.

تقرير متابعة تنفيذ الإستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد ٢٠١٩/ ٢٠٢٢، اللجنة الوطنية التنسيقية للوقاية من الفساد ومكافحته، مصر.

مكافحة الفساد: أطر دستورية لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ٢٠١٤.

الدساتير والقوانين:

دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ٢٠١٤.

دستور جنوب إفريقيا عام ١٩٩٦.

دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢.

قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.

قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨.

قانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ باللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري.

قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية.

قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية البحريني الصادر بمرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٢، والمعدل بمرسوم بقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٠.

مواقع الإنترنت:

إعلان ليما للتوجيهات الخاصة بالمبادئ الرقابية الصادر عام ١٩٧٧، متاح على الرابط التالي:
https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INT_P_1_u_P10/issai_1_ar.pdf

إطار الإنتوساي للتوجيهات والإصدارات المهنية، متاح على الرابط التالي:
https://www.intosai.org/

المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة (INTOSAI)، متاح على الرابط التالي:
https://www.intosai.org/ar/

ثانيًا- المراجع باللغة الانجليزية:

Theses:

Alkaster, (H.), Changing the traditional role of the Auditor general: Is the Public Audit Amendment Act constitutional?, master thesis, University of Western Cape, 2020.

Articles:

Mathiba, (G.), & Lefenya, (K.), Revitalising the role of the Auditor-General under the auspices of The Public Audit Amendment Act 5 of 2018: a quest for public financial accountability. Journal of Public Administration, 54(4), 2019.

Publications:

Report Of The Ad Hoc Committee on The Review of Chapter 9 And Associated Institutions, 2007.

Characteristics of different external audit systems, Department for International Development (DFID), 2004.

Laws:

Act No. 5 of 2018.

Auditor-General Act 12 of 1995.

Public Audit Act No. 25 Of 2004.

Cites:

https://www.agsa.co.za/AboutUs/Legislation.aspx

حماية ذوي العزيمة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات البحرينية

المستشار مصعب عادل بوصيبع
مدير إدارة الرأي القانوني والبحوث
هيئة التشريع والرأي القانوني

المقدمة

تعد الإعاقة إحدى أهم القضايا الاجتماعية التي عرفتها البشرية منذ وجودها على الأرض ولا يخلو أي مجتمع إنساني منها، وهي مشكلة متعددة الوجوه، وقد تعدت مشكلة الإعاقة حيزها الضيق في الشخص المصاب بها، وعبرت بذاتها لتكون محل اهتمام المجتمع الدولي والوطني على حد سواء.

وقد تنبه المشرع الدولي لأهمية تلك المشكلة، وأنها تحتاج إلى الاعتراف بتلك الفئة وأهميتها البالغة الأثر في التكوين المجتمعي المحلى والعالمي اعترافاً قائماً ومستنداً على الحق لا على الإحسان والشفقة، فبدأت الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الدولية ومن خلال عقد بعض المؤتمرات الدولية لمناقشة قضايا الإعاقة، والتوقيع على بعض المواثيق الدولية التي تناولت حقوق ذوى الإعاقة وجوانب حماية هذه الحقوق على المستوى الدولي، فصدرت بعض المواثيق التي تحدد حقوق تلك الفئة، وأوجه الحماية التي تكفلها لهم والاعتراف بتلك الحقوق وتفعيلها على أرض الواقع، ووضع آليات للرقابة. وقد أبدى المجتمع الدولي في القرن الماضي عناية واضحة بذوي الإعاقة من خلال الإعلانات والمواثيق الدولية التي منحت أبعاداً عالمية لحمايتهم فكانت البداية حين اعتبرت الأمم المتحدة عام ١٩٨١ عاماً دولياً للمعوّقين، كما سمّت العقد الممتد من عام ١٩٨٢-١٩٩٢ عقداً دولياً للمعوّقين. وقد كان الهدف الأساسي هو تأكيد ضرورة احترام وتعزيز وحماية حقوق ذوي الإعاقة في العالم، وهي تلك الحقوق المستندة إلى المبادئ العامة لحقوق الإنسان ومنها الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، والتي تكرّس تحقيق المساواة التامة بين كافة الأفراد دون أي تمييز قائم على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو الأصل الاجتماعي أو أي أساس آخر، وسايرت التشريعات الوطنية هذا النهج، فسارعت بتنظيم قانوني على ذلك الغرار الدولي وبات الاهتمام بحقوق ذوى الإعاقة أحد معايير تقدم الدول.

ويجدر الإشارة إلى تباين المجتمع الدولي في اختيار مسمى لأصحاب الإعاقات، ومنذ حوالي منتصف القرن العشرين أطلقوا عليهم مصطلح المقعدين، ثم تغيرت التسمية إلى ذوي العاهات على أساس أن كلمة الإقعاد توحي باقتصار تلك الطائفة على مبتوري الأطراف أو المصابين بالشلل[١]، ثم ظهر

١ - مدحت أبو النصر تطور تسميات المعاقين على مر العصور، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠، ص ٥ وما بعدها.

مصطلح المعاق في الستينيات من القرن الماضي، ثم تغيرت هذه التسمية إلى المعاقين وليس المعوقين؛ وذلك لكون مصطلح المعوقين قد يشير ضمنياً إلى أن الشخص نفسه هو المسئول عن إعاقته، وفى المؤتمرات الدولية تغير إلى مصطلح ذوي الإعاقة الذي صدر عن مؤتمرات رعاية المعوقين في فانكوفر بكندا ثم أكده مؤتمر طوكيو باليابان في السنوات من ١٩٩٢- ١٩٩٨ لأسباب فرضتها بحوث نفسية واجتماعية حديثة، كبديل لفظي أخلاقي لمصطلح المعوقين الذى كان سائداً من قبل[١] أما في الاتفاقية الدولية الصادرة عام ٢٠٠٦ فتغير لمصطلح ذوي الإعاقة بناء على رغبة الجمعيات الحقوقية الداعمة للمعاقين.

ونادى البعض بتغيير المسمى إلى ذوي الاحتياجات الخاصة نظراً لما يلازمه مصطلح المعاقين ومترادفاته من وصمة اجتماعية لهؤلاء الأفراد، وما يحتويه اللفظ من معنى القصور والعجز، وما يتبعه من آثار سلبية كالإحساس بالنقص وأنهم أقل قيمة من غيرهم. ونرى أن ربطهم بذوي احتياج خاص مسمى يخالطه النقص ويدل على الاحتياج، هو أمر منتقد من جانبنا أيضاً.

وسوف نلقي الضوء على التشريعات الدولية والإقليمية التي أرست المبادئ الخاصة بحماية ذوي الإعاقة وحقوقهم، ختاماً بعرض الأمر لدى المشرع البحريني، وذلك من خلال ما يأتي:

أولاً: التشريعات الدولية لحماية ذوي الإعاقة

مرت الحماية الدولية بعدة مراحل للوصول إلى الاتفاقية الدولية لذوي الإعاقة، باعتبارها الاتفاقية الأكثر شمولية لحمايتهم، والتي نعرض لها على التفصيل الآتي:

الصكوك الدولية: نقلت حقوق الإنسان من مجال التشريع الوطني لكل دولة إلى نطاق القانون الدولي العام، بعد أن أحدثت الحرب العالمية الثانية بما حوته من جرائم وويلات تحولاً حاسماً نحو حماية أكثر فعالية لحقوق الإنسان بوجه عام، ومع ميلاد منظمة الأمم المتحدة ظهرت التشريعات الدولية الآتية:

١- **المواثيق والإعلانات الدولية العامة:** التي تضمنت جميع أو أغلب الحقوق التي يفترض أن يتمتع بها الإنسان، وتشكل حالياً شريعة عامة لحقوق الإنسان وتشمل: ميثاق الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٥، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لسنة ١٩٦٦، فضلاً عن شمول تلك الحماية لبعض المنظمات الدولية التي تسهم في حماية حقوق الإنسان بوجه عام، والتي يندرج حقوق ذوي الإعاقة من بينها.

١- د. زكى زيدان: الحماية الشرعية والقانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتاب القانوني، ٢٠٠٩، ص ١٠ وما بعدها.

٢- **مواثيق المنظمات الدولية المتخصصة:** إن المنظمات الدولية سواء منها العامة أو المتخصصة، هي منظمات دولية أوجدتها الدول في سبيل تحقيق أهدافها ومصالحها المشتركة، وأهم المنظمات الدولية المتخصصة والمهتمة بحقوق ذوى الإعاقة بوجه خاص: منظمة الصحة العالمية (OMS)، منظمة اليونسكو (U.N.E.S.C.O)، منظمة العمل الدولية (T.I.O). ومن وسائل الحماية غير المباشرة تم إنشاء محكمة العدل الدولية بقصد معاقبه منتهكي حقوق الإنسان، بيد أنه لم تفلح الحماية العامة في تحقيق أهدافها مما دعا المجتمع الدولي إلى إصدار حماية خاصة بذوي الإعاقة. وقد لاحظت الأمم المتحدة عدم وجود اتفاقية شاملة خاصة بحقوق ذوي الإعاقة، كتلك المتعلقة بالطفل أو المرأة، وعدم كفاية الإعلانات والمواثيق القائمة في توفير الحماية لهذه الفئة الأولى بالحماية والرعاية، حيث قالت مفوضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان آنذاك: إن نظام حقوق الإنسان القائم كان يهدف إلى تعزيز وحماية حقوق المعوّقين، ولكن المعايير والآليات القائمة فشلت بالفعل في توفير حماية كافية للحالات الخاصة بهم، ولقد حان الوقت لأن تقوم الأمم المتحدة بمعالجة هذا العجز للأسباب الآتية:

١- الصكوك والآليات القائمة لم تكن تولي عناية كافية لتعزيز حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وحمايتها.

٢- غياب حماية قانونية صريحة للأشخاص ذوي الإعاقة

٣- النهج القائم على حقوق ذوي الإعاقة يتطلب تعزيز بعض المفاهيم لتحل محل المعايير السابقة أو توضحها.

وبذلك كان من الضروري إعادة النظر في بعض النظم التشريعية السابقة واعتماد صك ملزم قانونياً يمكنه أن يوضح مفاهيم ومعايير حقوق ذوي الإعاقة ويضع التزامات قانونية واضحة على عاتق الدول لتناول التحديات التي تواجه الأشخاص ذوي الإعاقة بصورة أشمل، وتحسين حماية حقوقهم وتعزيزها والتكفل بمشاركتهم ودمجهم في المجتمع، باعتبارهم أفراداً متساوين لهم حقوق[١].

٢- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري[٢]:

تعد أول اتفاقية شاملة لحقوق الإنسان في القرن الحادي والعشرين وحدثاً حقوقياً عالمياً حاسماً في تكريس منظومة الحقوق والحريات وتضم الاتفاقية (٥٠) مادة ولضمان حماية هذه الحقوق تضع الاتفاقية تنظيماً شاملاً وكاملاً لحقوق ذوي الإعاقة. وتهدف الاتفاقية إلى تشجيع وحماية وكفالة تمتع

١- وفي سبيل تحقيق ذلك، قررت الجمعية العامة، في قرارها رقم (١٦٨/٥٦) المؤرخ في ١٩ كانون الأول ٢٠٠١، أن تنشئ لجنة مخصصة لوضع اتفاقية دولية شاملة ومتكاملة لحماية وتعزيز حقوق المعوّقين وكرامتهم، وقد عمدت تلك اللجنة فعلاً إلى وضع مسودة (الاتفاقية الدولية الخاصة بحماية وتعزيز حقوق وكرامة الأشخاص المعوّقين) والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فعلاً بالإجماع بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٣.

٢- اعتُمدت اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وبروتوكولها الاختياري في ١٣ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦ ودخلا حيز النفاذ في ٣ أيار/مايو ٢٠٠٨.

ذوي الإعاقة على قدم المساواة بجميع حقوق الإنسان، وتقرّ الاتفاقية بأن للأشخاص ذوي الإعاقة نفس الحقوق كغيرهم وبأنه ينبغي أن يتمتعوا بها على قدم المساواة مع غيرهم، كما تقرّ بأن تأكيد الحقوق ليس كافياً في حد ذاته، بل من المهم أيضاً تحديد مختلف الخطوات التي ينبغي أن تتخذها الدول لاحترام هذه الحقوق وحمايتها.

وتشترط المادة الرابعة من الاتفاقية أن تعمل الدول الأطراف على تعزيز التمتع الكامل بحقوق الإنسان والحريات الأساسية من قبل الأشخاص ذوي الإعاقة دون تمييز من أي نوع، وذلك من خلال:

١- اتخاذ جميع التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير لإنفاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية.

٢- تعزيز وحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في جميع السياسات والبرامج.

٣- الامتناع عن القيام بأي عمل أو ممارسة تتعارض وهذه الاتفاقية، وكفالة تصرف القطاع العام بما يتفق معها.

٤- اتخاذ التدابير للقضاء على التمييز على أساس الإعاقة، وإجراء أو تعزيز البحوث والتطويرات للتكنولوجيات الجديدة الملائمة للأشخاص ذوي الإعاقة.

٥- توفير معلومات سهلة المنال عن المساعدة والمعونة وخدمات الدعم والمساندة والمرافق للأشخاص ذوي الإعاقة.

٦- تشجيع تدريب الأخصائيين والموظفين العاملين مع الأشخاص ذوي الإعاقة.

٧- إشراك ذوي الإعاقة في تطوير التشريعات وفي صنع القرارات المتعلقة بهم.

٨- ضمان حصول المعوقين على الحق في الحياة أسوة بالأصحاء، وعلى تحسين وسائل المواصلات والأماكن العامة والمباني لتتلاءم واحتياجاتهم، والعمل على وضع تدابير تتيح للأشخاص المعوّقين إمكانية استخدام المواصلات العامة والحصول على التعليم وفرص العلم.

٩- نشر الوعي بين أفراد المجتمع حول قدرات المعوقين على العطاء ومساهمتهم في المجتمع.

كما تفسح الاتفاقية المجال أمام تنفيذ الحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية بصورة تدريجية، لكنها تستدعي من الدول الطرف اتخاذ التدابير وفقاً للحد الأقصى من الموارد المتاحة، وأن تضمن الحد الأدنى من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الفور، وأن تقوم بخطوات تقدمية باتجاه تأمين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الموجزة في الاتفاقية، وليس مسموحاً بالنكوص والارتداد.

كما أن البند الثالث ينص على أن " تتشاور الدول الأطراف تشاوراً وثيقاً مع الأشخاص ذوي الإعاقة، بمن فيهم الأطفال ذوو الإعاقة، من خلال المنظمات التي تمثلهم، بشأن وضع وتنفيذ التشريعات والسياسات الرامية إلى تنفيذ هذه الاتفاقية، وفي عمليات صنع القرارات الأخرى بشأن المسائل التي تتعلق بالأشخاص ذوي الإعاقة، وإشراكهم فعلياً.

ثانياً: الحماية في الاتفاقيات الإقليمية (النظام الأوروبي والنظام الأمريكي)

سوف نتناول نموذجين هما الأكبر على أرض الواقع بالنسبة للدول أعضائها، وهما دول الاتحاد الأوروبي، والدول المنضمة للنظام الأنجلو أمريكي، ويمكن تأسيس الحماية في النظام الأوروبي على الآتي:

١- معاهدة الاتحاد الأوروبي[١]: تنص المعاهدة في المادة الثانية على أن الاتحاد الأوروبي يقوم على قيم احترام الكرامة الإنسانية والحرية والديمقراطية والمساواة وسيادة القانون واحترام حقوق الإنسان، بما في ذلك حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات.

ثم كان ميثاق عمل الاتحاد الأوروبي والذي حظر في المادة (١٨) منه التمييز على أساس الجنسية، ونص في المادة (١٩) على أنه "يجوز للمجلس بموافقة البرلمان الأوروبي اتخاذ الإجراءات المناسبة لمكافحة التمييز على أساس الجنس، أو الأصل العرقي، أو الإثني أو الدين أو المعتقد أو الإعاقة أو العمر أو التوجه الجنسي".

٢- الميثاق الاجتماعي الأوروبي لعام ١٩٦١ (المعدل) عام ١٩٩٦[٢]

يحتوي الميثاق على حوالي ٥٤ مادة مقسمة إلى سبعة عناوين، تتناول العناوين الستة الأولى الحقوق الجوهرية تحت عناوين: الكرامة ، والحريات ، والمساواة ، والتضامن ، وحقوق المواطنين والعدالة، بينما يتناول العنوان الأخير تفسير وتطبيق الميثاق، ويستند جزء كبير من الميثاق إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والميثاق الاجتماعي الأوروبي والسوابق القضائية لمحكمة العدل الأوروبية والأحكام الموجودة مسبقًا في قانون الاتحاد الأوروبي.

وقد اعترف الميثاق بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في المادة (١٥) حيث قرر حق هؤلاء الأشخاص في الاستقلال والاندماج الاجتماعي والمشاركة في حياة المجتمع، بصرف النظر عن عمر وطبيعة وسبب إعاقتهم، ونص على أن يتعهد الأطراف على وجه الخصوص: باتخاذ الإجراءات الضرورية لتوفير التوجيه والتعليم والتدريب المهني للأشخاص المعاقين في إطار الخطط العامة حيثما يكون ذلك ممكناً، أو عن طريق الهيئات المتخصصة العامة أو الخاصة عندما لا يكون ذلك ممكناً، بتشجيع التحاقهم بالعمل من خلال كافة الإجراءات التي تتجه لتشجيع أصحاب العمل على توظيف والإبقاء على الأشخاص المعاقين في بيئة العمل العادية، وعلى تنظيم ظروف العمل بما يتلاءم مع احتياجات

١- معاهدة الاتحاد الأوروبي (٢٠٠٧) تعد واحدة من المعاهدات الرئيسية للاتحاد الأوروبي، إلى جانب المعاهدة الخاصة بعمل الاتحاد الأوروبي، وتشكل المعاهدة أساس قانون الاتحاد الأوروبي، من خلال تحديد المبادئ العامة لغرض الاتحاد الأوروبي، وإدارة مؤسساته المركزية (مثل المفوضية والبرلمان والمجلس)، فضلاً عن القواعد الخاصة بالسياسة الخارجية والأمنية، وقد دخلت النسخة الحالية من المعاهدة حيز التنفيذ في عام ٢٠٠٩، بعد معاهدة لشبونة (٢٠٠٧)، تم تنفيذ الشكل الأقدم لنفس الوثيقة بموجب معاهدة ماستريخت ١٩٩٢.

٢ - بدأ العمل به في ٧ يناير ١٩٩٩.

المعاقين أو عندما لا يكون ذلك ممكناً بسبب الإعاقة عن طريق ترتيب أو إيجاد وظيفة خاصة تبعاً لمستوى الإعاقة، وفى حالات معينة فإن مثل هذه الإجراءات قد تتطلب اللجوء إلى التوظيف المتخصص وخدمات الإعانة، لتشجيع اندماجهم الاجتماعي الكامل، ومشاركتهم في حياة المجتمع.

٣- المحكـــمة الأوروبية لحقـــوق الإنسـان:

الغاية من إنشاء هذه المحكمة هي إيجاد ضمانة جماعية للأحكام الواردة في الاتفاقية، وكان الأمل هو أن تساهم المحكمة في إيجاد صورة من الانسجام و التوافق بين قوانين الدول الأطراف في الاتفاقية من خلال فرض جملة من الضمانات التي يتوجب على الدول الأطراف الالتزام بها في مجال حقوق الإنسان، كما بات دور لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوروبا مقتصراً على متابعة تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة١ ٠

وبالنسبة إلى النظام الأمريكي لحماية حقوق الإنسان بوجه عام وحقوق ذوي الإعاقة بوجه خاص، فنجده مؤسساً على اتفاقيتين إقليميتين هما:

١- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩م والتي تشير إلى موضوع العجز والإعاقة ضمناً، حيث تنص المادة (١١) منها على أن: لكل إنسان الحق في الحفاظ على صحته عن طريق تدابير صحية واجتماعية خاصة بالمأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية في الحدود التي تسمح بها الموارد العامة وموارد المجتمع، وتنص المادة (١٦) على حق كل إنسان في أن يتمتع بحماية الدولة من عواقب البطالة والشيخوخة وأي نوع من أنواع العجز الناتج عن أسباب خارجة عن إرادته، والتي تجعل من المستحيل عليه بدنياً أو عقلياً أن يكسب عيشه. ثم كان البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والذي نص في المادة (١٨) منه صراحة على أن للمعوقين الحق في حماية خاصة، وأن لهم الحق في برامج عمل مناسبة وتدريب خاصٍ لأسرهم ومجموعاتهم الاجتماعية وبحث احتياجات المعوقين في خطط تعمر المدن٢٠

٢- الاتفاقية الأمريكية بشأن اتفاقية التأهيل المهني والعمالة للمعوقين٣ والتي تلزم الدول المنضمة لها بوضع سياسة وطنية للتأهيل المهني وتشغيل المعوقين وتنفيذها هذه السياسة على أرض الواقع ومراجعتها دورياً، على أن تكون هذه السياسة مركزة حول ضمان إتاحة تدبير التأهيل المهني الملائم لكل فئات ذوي الإعاقة وتعزيز إمكانياتهم واستخدامه في سوق العمل الخاص.

---

١ - أنشئت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عام ١٩٥٩ وذلك بعد أن وصل عدد الدول التي قبلت اختصاصها إلى ثماني دول على ما توجب المادة ٥٦ من الاتفاقية الأوروبية.

٢ - الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان دخلت حيز النفاذ في سنة ١٩٧٨،

٣ - صادره في يونيو سنه ١٩٨٣.

ثالثاً: التشريعات البحرينية لحماية ذوي الإعاقة

تعد مملكة البحرين من أولى الدول العربية التي أفردت تشريعات خاصة بحماية حقوق ذوي الإعاقة، وصادقت على الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، وضمنت تشريعاتها في مختلف المجالات الصحية والاجتماعية والثقافية وغيرها نصوصاً حمائية تسعى في مجملها إلى دمج هؤلاء الأشخاص في المجتمع البحريني دون أي تمييز بسبب هذه الإعاقة.

والجدير بالذكر أن المجال لا يتسع لذكر كافة التشريعات البحرينية ذات العلاقة بحقوق ذوي الإعاقة، **لذلك نشير لأهم التشريعات الأساسية واللائحية التي تغطي الحقوق الأساسية لهم، وذلك على النحو الآتي:**

١- أصدرت مملكة البحرين قانوناً خاصاً برعاية وتأهيل ذوي الإعاقة بالقانون رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٦ والقرارات الوزارية المنفذة له، وهو القانون المعني بتنظيم حقوق ذوي الإعاقة، والذي ينص على إلزام الوزارات والجهات الأخرى بتقديم الخدمات المنظمة والمتكاملة لذوي الاحتياجات الخاصة في مختلف المجالات الطبية، والتعليمية والثقافية وغيرها.

وقد نص القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠١٠ بشأن تعديل بعض أحكام قانون رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٦ بشأن رعاية وتأهيل وتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة، على منح المعاق مخصص إعاقة شهرياً لا يقل عن ١٠٠ دينار شهرياً وفقاً لشروط وضوابط معينة.

ثم القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٧ بتعديل المادة (٢) من القانون رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٦ بشأن رعاية وتأهيل وتشغيل ذوي الإعاقة الذي شمل أبناء المرأة البحرينية المتزوجة من أجنبي المقيمين إقامة دائمة من ذوي الإعاقة للاستفادة من المزايا والتسهيلات التي يكرسها القانون للأبناء البحرينيين من ذوي الإعاقة. وفي هذا الصدد، صدر قرار وزير العمل والتنمية الاجتماعية رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٧ بتعديل المادة (٣) من القرار رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٨ بشأن معايير استحقاق مخصَّص الإعاقة، حيث تم إضافة أبناء المرأة البحرينية المتزوجة من أجنبي المقيمَين إقامة دائمة بالمملكة للمستحقين.

٢- صدر القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠١١ بالتصديق على اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والذي أكد على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والقضائية وغيرها من التدابير الفعالة لمنع إخضاع الأشخاص ذوي الإعاقة، على قدم المساواة مع الآخرين، للتعذيب، أو المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة.

٣- ينص قانون الطفل الصادر بالقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٢ في المادة (٢) على أنه: "تكفل الدولة للطفل التمتع بالحقوق المنصوص عليها في هذا القانون دون تمييز بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللون، أو الإعاقة، أو اللغة، أو الدين، أو العقيدة مع مراعاة ما نصت عليه القوانين النافذة الأخرى من أحكام ومزايا خاصة بالطفل البحريني".

كما تنص المادة (٣٢) من ذات القانون على أنه: "تلتزم الدولة بتقديم الدعم والمساندة لأسر الأطفال المعاقين لتمكينها من توفير الرعاية اللازمة لهؤلاء الأطفال في جميع النواحي المنصوص عليها في المادة السابقة، وكذلك كل طفل لأم بحرينية متزوجة من أجنبي.

وتكفل الدولة للأطفال ذوي الإعاقة حقوقاً متساوية فيما يتعلق بالحياة الأسرية، وتعمل على منع إخفاء الأطفال ذوي الإعاقة وهجرهم أو إهمالهم أو عزلهم".

وتنص المادة (٣٨) منه على أنه: "تتكفل الدولة بإنشاء مكتبات للطفل في كل محافظات المملكة ويصدر بها قرار من وزارة التربية والتعليم، كما تنشأ أندية للطفل يراعى فيها احتياجات الأطفال من ذوي الإعاقة تتبع وزارة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية، ويصدر بكيفية إنشائها وتنظيم العمل بها قرار من وزير حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية بالتنسيق مع الجهات المعنية.

٤- قانون العدالة الإصلاحية للأطفال وحمايتهم من سوء المعاملة الصادر بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٢١، حيث أكدت المادة (٢٢) منه على مراعاة ذوي الإعاقة بالنص على أنه: "يجوز لمحكمة العدالة الإصلاحية للطفل أو اللجنة القضائية للطفولة إيداع الطفل في إحدى مؤسسات أو جمعيات الرعاية الاجتماعية التابعة للوزارة المعنية بشئون التنمية الاجتماعية أو المعتمدة من قبلها، فإذا كان الطفل من ذوي الإعاقة يكون الإيداع في مركز مناسب لتأهيله.

وعلى المحكمة واللجنة مراعاة أن يكون الإيداع بالمؤسسات أو الجمعيات أو المراكز المذكورة بمثابة آخر الخيارات المتاحة، وأن يكون لأقصر فترة ممكنة.

٥- وفي جميع الأحوال، يجب ألا تزيد مدة الإيداع على عشر سنوات في الجنايات، وخمس سنوات في الجنح، وثلاث سنوات في حالة التعرض للخطر وسوء المعاملة".

وفي مجال الصحة العامة بوجه عام، والصحة المدرسية على وجه الخصوص، فقد راعى المشرع حقوق ذوي الإعاقة، حيث تنص المادة (٦٢) من قانون الصحة العامة الصادر بالقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٨ على أنه:

"تَكْفَل الوزارة بالتنسيق مع الوزارات المعنية الرعاية الصحية المدرسية، ولها على وجه الخصوص ما يلي:

أ) تقديم الخدمات والرعاية الصحية للطلبة في المدارس الحكومية.

ب) الإشراف على الخدمات والرعاية الصحية المقدَّمة في المدارس الخاصة ورياض الأطفال ودُور الحضانة.

ج) الإشراف على الخِدَمات والرعاية الصحية المقدَّمة في مؤسسات التعليم العالي الحكومية والخاصة.

د) التعرف على ذوي الإعاقة وتشخيصهم، والعمل على تقييمهم من الناحية الصحية والنفسية والتعليمية".

٦- راعى المشرع البحريني في القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة ظروف المحكوم عليهم الشخصية والأسرية، حيث يساهم في تحفيزهم على إعادة الاندماج في المجتمع، مواكباً بذلك أحدث النظم الديمقراطية وسياسات الإصلاح والتأهيل الفعالة والتي تسهم في إصلاح النزلاء وتأهيلهم نفسياً ومعنوياً واجتماعياً، وذلك تماشياً مع الفكر الجنائي والعقابي الحديث والمواثيق والعهود الدولية في هذا المجال.

بالنسبة إلى قانون المرور الصادر بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤ فقد أخذ بعين الاعتبار حقوق ذوي الإعاقة، حيث منحهم الحق في قيادة المركبات المجهزة من خلال المادة (٢١) التي تنص على أنه: استثناءً من أحكام المادة (١٩) من هذا القانون يجوز للإدارة أن ترخص لذوي الإعاقة بقيادة المركبات التي تحدد اللائحة التنفيذية أنواعها والشروط التي يجب أن تتوافر فيها من حيث التصميم الفني، وشروط وإجراءات الترخيص وشكله والبيانات التي تسجل به.

كما خصصت المادة (٣٠) من ذات القانون مواقف خاصة لهم لا يجوز لغيرهم استعمالها، وذلك بالنص على أنه: "يصدر الوزير بناءً على اقتراح الإدارة، وبعد أخذ رأي مجلس المرور، القرارات اللازمة لتحديد ما يلي:

١) الأماكن والأوقات التي يمنع فيها سير المشاة والمركبات أو وقوفها أو أنواع معينة منها.

٢) تحديد نطاق المواقف الخاصة بجميع الأماكن السكنية التي يحظر فيها وقوف أنواع معينة من المركبات.

٣) تخصيص مواقف خاصة لذوي الإعاقة...".

٨- كذلك، فقد حرص المشرع البحريني على كفالة حق ذوي الإعاقة في سكن خاص ومجهز بما يتناسب مع ظروفهم وذلك بإضافة مادة برقم (٥) مكرراً إلى المرسوم بقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٧٦ في شأن الإسكان بموجب القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٩ بتعديل بعض أحكام القانون المشار إليه، تنص على أنه:

"يجب أن يراعى عند تخصيص المسكن عن طريق التمليك لأحد المعاقين أو لأسرته الأساسية، وجود تجهيزات خاصة بالمعاق تتناسب ونوع إعاقته، سواء كان مقدم الطلب معاقاً أو أحد أفراد أسرته الأساسية.

ويجب أن يذكر في استمارة طلب الخدمة الإسكانية نوع الإعاقة المصاب بها مقدم الطلب أو أحد أسرته الأساسية.

ويصدر وزير الإسكان القرارات اللازمة لتحديد نوع التجهيزات المناسبة للمسكن وملحقاته حسب نوع الإعاقة".

ومن أهم القرارات الصادرة لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة:

- قرار مجلس الوزراء رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء وتشكيل لجنة تقييم الإعاقة وشروط إجراءات الترخيص لمؤسسات التأهيل والمعاهد ودور الرعاية وغيرها من القرارات التي تضم ممثلين عن وزارات التنمية الاجتماعية، والصحة، والتربية والتعليم، واللجنة العليا لرعاية شؤون المعوقين، وجامعة الخليج العربي، وجامعة البحرين، وذلك بهدف تعزيز آليات دراسة التقارير الطبية والتربوية والنفسية والتأهيلية الخاصة بتقييم حالات الأشخاص ذوي الإعاقة ، وتوحيد اختبارات التقييم النفسية، والتنسيق مع وزارة الصحة لتشخيص نوع الإعاقة بصورة دورية ومنتظمة، وأعداد الإعاقة الطبية ودرجتها والاكتشاف المبكر للحالات، والتنسيق مع وزارة التربية والتعليم في المجالات التربوية والسلوكية والنفسية لدمج الأطفال ذوي الإعاقة في المدارس الحكومية.

وفي ضوء القرار سالف الذكر، فقد تم دمج الطلبة من ذوي الاحتياجات الخاصة القابلين للتعلم في المدارس الحكومية والخاصة من خلال توفير كافة الإمكانيات اللازمة لتجاوز صعوبات الإعاقة الممكنة، علماً بأن تجربة مملكة البحرين في "الدمج التربوي" قد بدأت في العام ٢٠١٠، من خلال الانتقال الكلي من صفوفهم الخاصة إلى الصفوف العادية، نتيجة إلى ما حققوه من نقلة نوعية أكاديمياً وسلوكياً واجتماعياً. وذلك بعد تهيئة مدارس الدمج بكافة المتطلبات اللازمة، من كوادر تربوية مؤهلة، ومناهج دراسية وأدوات وبرامج تعليمية خاصة، مع تطوير البنية التعليمية الأساسية بإنشاء صفوف خاصة لهؤلاء الطلاب، وإضافة مرافق وأدوات مساندة لهم في الفضاء المدرسي، ومراعاتهم في الامتحانات والتقويم، كما يتم في بعض الحالات تخصيص معلم لكل طالب.

- القرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٣ بمنح علاوة تعليم أو تأهيل أو رعاية ذوي الإعاقة.

- القرار رقم (٨٠) لسنة ٢٠١٨ بشأن شروط وضوابط منْح ساعتَي الراحة للموظف أو العامل من ذوي الإعاقة أو الذي يرعى شخصاً ذا إعاقة.

- منح مركز خدمات المعاقين (لست وحدك) المزيد من الصلاحيات الفعالة التي تضمن خدمة ذوي الإعاقة.

-إعادة تشكيل اللجنة العليا لرعاية شئون الأشخاص ذوي الإعاقة بالقرار رقم (١٢) لسنة ٢٠٢٣، وهي اللجنة المعنية بالعديد من المهام المتعلقة بذوي الإعاقة، وأهمها تخطيط وتنسيق البرامج الخاصة برعاية وتأهيل وتشغيل ذوي الإعاقة.

- توفر مراكز الإصلاح والتأهيل رعاية متخصصة لجميع الفئات العمرية وللأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث تنص المادة (١١) من اللائحة التنفيذية لقانون مؤسسة الإصلاح والتأهيل الصادر بالقانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٤، الصادرة بالقرار رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٥، الفئات التي يقسم إليها النزلاء، والتي تشمل في الفئة (ز) النزلاء من ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث تقدم الرعاية الصحية اللازمة على أساسها.

الخاتمة

يتضح من العرض الموجز السابق أن التشريعات بكافة أشكالها الدولية والإقليمية والوطنية قد سعت إلى الحفاظ على حقوق ذوي الإعاقة والعمل على دمجهم في مجتمعاتهم كأشخاص طبيعيين لا تمييز بينهم وبين غيرهم من أفراد المجتمع، وهذا أمر محمود من جانبهم جميعاً ونوصي بما يأتي:

العمل على المراجعة الدورية لكافة التشريعات الخاصة بذوي الإعاقة وتعديلها بما يتوافق مع التطورات العلمية والمجتمعية لضمان حماية فاعلة ومستمرة.

زيادة عقد المنتديات وورش العمل لمناقشة أوضاع ذوي الإعاقة القائمة، والخروج بتوصيات يمكن وضعها موضع التطبيق العملي، بغرض زيادة الوعي بقضاياهم ومشكلاتهم واقتراح الحلول المناسبة لها.

تغيير المسمى الخاص بذوي الإعاقة بما يبعدهم عن الإحساس بأي نقص أو دونية، ليصبح أحد المسميات التالية:

(ذوي الهمم) أو (ذوي العزيمة) أو (ذوي القدرات الخاصة)، حيث إنها تمثل انعكاساً للأمر الواقعي بالنسبة لهم، وتدفعهم إلى المزيد من المشاركة في الفاعليات والاندماج في المجتمع بشكل أسرع وبكل طاقة وإيجابية.