



هيئة التشريع والإفتاء القانوني  
Legislation & Legal Opinion Commission

# القانونية

العدد الرابع - شعبان ١٤٣٦ هـ - يونيو ٢٠١٥ م

مجلة علمية قانونية محكمة نصف  
سنوية تصدر عن هيئة التشريع  
والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

## رئيس التحرير

المستشار / عبد الله بن حسن البوعينين  
رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

## هيئة التحرير

المستشارة / معصومة عبد الرسول عيسى  
نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

المستشار الدكتور / مال الله جعفر الحمادي  
مدير ادارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد اسماعيل  
المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

## مدير التحرير

المستشار / خالد ابراهيم عبد الغفار  
مدير ادارة الإفتاء القانوني والبحوث

## المعاونون لمدير التحرير

المستشار المساعد / جواهر عادل العبد الرحمن  
مستشار مساعد بادارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد / الشبخة مريم عبد الوهاب آل خليفة  
مستشار مساعد بادارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد / سعود عبدالعزيز المالكي  
مستشار مساعد بادارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد / نورة عبد الرؤوف البوعينين  
مستشار مساعد بادارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد / أحمد محمد المدوب  
مستشار مساعد بادارة الإفتاء القانوني والبحوث

الأستاذة / منيرة محمد المنصور  
أخصائي تطبيقات حاسب آلي

القانونية:

@qanoniaBH

هيئة التشريع والإفتاء القانوني:

@iloc\_bahrain

الموقع الإلكتروني:

www.legalaffairs.gov.bh



## للمراسلات

هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

ص ب ٧٩٠ - المنطقة الدبلوماسية

هاتف: ١٧٥١ ٨٠٠٠ (٩٧٣)

فاكس: ١٧٥١ ٨٠٠٨ (٩٧٣)

البريد الإلكتروني: qanoniya@legalaffairs.gov.bh

طباعة وتوزيع مطابع الايام التجارية

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر

هيئة شؤون الإعلام

ISSN 2210-1985



# محتويات العدد

تقديم العدد : كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والإفتاء  
القانوني  
كلمة هيئة التحرير

## البحوث :

١. مبادئ الصياغة التشريعية ، الأستاذ الدكتور /  
خالد جمال أحمد حسن ، أستاذ القانون المدني ،  
جامعة البحرين.
٢. الحماية الوقائية للعلامة التجارية المشهورة في  
القانون البحريني ، (دراسة مقارنة) ، الدكتور/  
محمد الشريدة ، الأكاديمية الملكية للشرطة.
٣. أثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذ ، الدكتور  
/ عماد محمد أمين رمضان ، كلية الحقوق ، جامعة  
المملكة ، البحرين.
٤. القضاء الإداري البحريني بين إعادة الهيكلة وإدارة

٥. التغيير ، الدكتور/ طارق عبد الحميد توفيق سلام ،  
أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة المملكة.
٥. حماية المستهلك في ظل القانون البحريني رقم ٢٥  
لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك ، دراسة مقارنة  
، الدكتور/ باسم سعيد يونس ، أستاذ القانون  
الخاص المساعد بكلية الحقوق ، جامعة المملكة.
٦. مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في  
مملكة البحرين ، المستشار الدكتور / محمد فؤاد  
الحريري ، المستشار القانوني بوزارة المالية بمملكة  
البحرين ، نائب رئيس مجلس الدولة المصري.

## المقالات:

دور هيئة التشريع في مجال الصياغة التشريعية ، المستشار  
/ محمد ياسين نائب رئيس مجلس الدولة المصري ، و  
المستشار المساعد / سلطان ناصر السويدي عضو هيئة  
التشريع والإفتاء القانوني.





## القانونية:

تشرف هيئة التشريع والإفتاء القانوني بإصدار القانونية وهي دورية علمية محكمة نصف سنوية متخصصة في المجال القانوني على المستوى المحلي والعربي والدولي.

## أولاً : المقدمة:

جاءت فكرة القانونية لتكون داعمه للفكر القانوني وإنطلاقة مضيئة لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين والعاملين وكافة المعنيين المهتمين في المجال القانوني بما يسهم في تطوير العمل القانوني. وتعمل القانونية ، على تحقيق الأهداف الآتية:

1. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي ، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية ، والمستحدث في مجال التشريع والإفتاء القانوني ، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. تهيئة المناخ الملائم للمفكرين والباحثين لنشر نتاج أفكارهم وأنشطتهم العلمية والبحثية في المجالات القانونية.
4. التعريف بالتطور القانوني والتشريعي الذي تشهده مملكة البحرين ، في عصر العولمة الثقافية القانونية.

## ثانياً : المضمون: تصدر القانونية نصف سنوية ، وتتضمن الآتي:

1. البحوث والمقالات.
2. التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
3. متابعات قانونية (أهم المعاهدات الدولية و التشريعات الحديثة ، الترجمات ، مراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

## ثالثاً : أهم قواعد وإجراءات النشر: تنشر القانونية البحوث في المجال القانوني وذلك بمراعاة الآتي:

1. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
2. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
3. الالتزام بعدم النشر السابق للبحث في أية دورية أخرى، وأن لا يكون جزءاً من رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
4. أن يكون اختيار موضوع البحث ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً جديداً.
5. أن يتضمن البحث الإشارة إلى الأحكام القضائية في التخصص -إن وجدت-.
6. أن يتضمن البحث - أسفل كل صفحه - الهوامش التي تشير إلى المراجع والمصادر ، مع مراعاة أن يكون الترقيم متسلسلاً لكل صفحه مستقلة.

٧. يجب ألا يقل البحث عن خمس وعشرين صفحة ولا يزيد على أربعين صفحة أما بالنسبة للمقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الصفحات على عشرين صفحة.
٨. تعبر الآراء التي يحتوى عليها البحث أو المقالة عن آراء الباحث ، وتنسب إليه ، في إطار من حرية الرأي التي تكفلها القانونية.
٩. تقدم البحوث وغيرها من أربع نسخ مطبوعة على الحاسب الآلي ومنسوخة على ورق مقاس (A4) على وجه واحد بمسافتين (بما في ذلك الحواشي، والمراجع والمقتطفات والملاحق) ومصحوبة بملخصين ، أحدهما باللغة العربية والآخر باللغة الإنجليزية بما لا يزيد على (١٥٠) كلمة لكل منهما، وكذا قرص مرن (ديسك) مسجل عليه البحث والملخصان والبيانات الخاصة بالباحث.
١٠. الموافقة على نشر ملخص البحث أو المقالة أو التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية والمتابعات القانونية.
١١. يمنح الباحث مكافأة مالية بعد نشر البحث أو المقالة أو التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية والمتابعات القانونية.

### رابعاً : رسالة القانونية:

لعل ماتضمنته هذه الدورية العلمية من أبواب ومنها الأبحاث القانونية التي جاءت لتعكس الثقافات القانونية العلمية والعملية في الوطن العربي فضلاً عن الأبحاث بالانجليزية التي تعتمد على السوابق القضائية Case Law في القانون والقضاء الأنجلوأمريكي، وبالإضافة إلى ذلك فهي تعكس المزج الذي فرض نفسه بين الثقافتين القانونيتين السائدتين في العالم وهما الثقافة القانونية في دول النظام اللاتيني Civil Law Legal Systems ، والثقافة القانونية في دول النظام الأنجلوأمريكي Common Law Jurisdictions ، هذا المزج هو نتاج العولمة الثقافية القانونية ، التي باتت تفرض نفسها على معطيات الواقع القانوني في عالمنا العربي. وتأتي الأبحاث المنشورة بالمجلة لتعكس تمسك هيئة التحرير بجودة البحث العلمي أثناء التحكيم ورقية لمستويات النشر للأبحاث على الصعيد الدولي International Publishing Standards في الدوريات العلمية القانونية المحكمة.

والقانونية بهذه المثابة تجمع في طياتها بين العمل والنظر لتصبح سفيراً عظيماً تنقش فيه من الأبحاث ما يشار إليه بالبنان في محافل الفكر القانوني العربي.

## كلمة سعادة المستشار/ رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

لم يبق في الفكر الانساني من ينكر المشروعية أساساً للدولة الحديثة ،  
ففي ذاكرة التاريخ ، وحتى الآن ، أن حماية المشروعية والذود عنها رسالة  
القضاة وجوه ولايتهم ، وهذا هو أخص ما تضطلع به هيئة التشريع والإفتاء  
القانوني من مهام.

فلئن كانت أحكام القانون الإداري بمملكة البحرين ومعظم الدول العربية ليست تشريعاً مدوناً ومكتوباً شأنه  
شأن سائر التشريعات التي تنظم الحياة التشريعية والمعاملات في مملكة البحرين والدول العربية الشقيقة  
سواء المدنية أو التجارية أو التشريعات العقابية، فإن هيئة التشريع والإفتاء القانوني وبهذه المثابة ما أنفكت  
تمارس دوراً إنشائياً وابتكارياً حيث نيط بها إبتكار وتوحيد الحلول القانونية في المسائل المعروضة أمامها في  
مسائل الإفتاء ومراجعة المعاهدات والإتفاقيات الدولية والعقود، كما إن الهيئة تضطلع بدور إبداعي تختص  
به دون غيرها في إطار عدم وجود نصوص تشريعية مدونة في الأغلب الأعم من الاحوال التي تنظم العديد  
من المسائل التي تدخل في إطار أحكام القانون العام وبالأخص القانون الإداري بحسابه علم إدارة الدولة  
من جهة الداخل فعلى سبيل التمثيل لا الحصر فإذا كان المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ الصادر  
في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية ولائحته التنفيذية قد نظماً الأطر  
الاجرائية الحاكمة لتعاقدات الإدارة على الصعيدين المحلي والدولي فإن الهيئة في سبيل إرساء مبادئ  
العقود الإدارية من الناحية الموضوعية إفتاءً ، وفي صدد مراجعة العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة،  
ما لبثت أن قامت بوضع العديد من المبادئ الموضوعية الحاكمة للعقد الاداري المحلي والدولي وذلك على مر  
السنين ، وبالمثل في مجال التشريع فقد مارست الهيئة دورها بحنكة وإقتدار على مر السنين.

ومن هذا المنطلق فقد جاءت القانونية كدورية علمية قانونية تتسم بالرصانة في المعالجة البحثية الأكاديمية  
لتعكس دور هيئة التشريع و الإفتاء في المحافل القانونية العربية وخبراتها المتممقة التي هي بمثابة إنعكاس  
لجهد أعضائها وعطائهم المتدفق والمتواصل في مجال العمل والنظر.

وإنفاذاً لما تقدم فإن القانونية تعرض في هذا العدد مجموعة من الأبحاث المتميزة فتستهل هذا العدد ببحث  
للأستاذ الدكتور/ خالد جمال أحمد حسن أستاذ القانون المدني، بجامعة البحرين بعنوان مبادئ الصياغة  
التشريعية وهو بحث يتبع منهجية أكاديمية منضبطة في عرض مادته العلمية كما أنه لا غنى عنه لكل من  
يقوم بعملية التشريع حيث جاء البحث قيماً وثرياً من ناحية العمق في المعالجة لما يتناوله من مسائل تتعلق  
بجوهر عملية التشريع.

ويتناول البحث الثاني للدكتور/ محمد الشريدة من الأكاديمية الملكية للشرطة مسألة الحماية الوقائية

للعلاصة التجارية المشهورة في القانون البحريني. فمع الإطار الدستوري والتشريعي الذي يكفل تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة (Foreign Direct Investment (FDI) وكذلك تدفق الإستثمارات المحلية في جميع مناحي النشاط الاقتصادي بمملكة البحرين كان لازماً معالجة مسألة مهمة جداً تكفل حماية النشاط الإقتصادي وهي الحماية الوقائية للعلامات التجارية المشهورة في القانون البحريني.

ومع الأهمية الكبيرة للتحكيم الدولي كآلية مهمة لتسوية المنازعات الدولية في العصر الحديث وما توليه مملكة البحرين من أهمية خاصة بالتحكيم سواء كان محلياً أو دولياً حيث تجلى ذلك في صورة سن وصدار التشريعات التي تتسق مع المنظومة التشريعية الدولية وقانون الأمم المتحدة النموذجي للتحكيم التجاري الدولي UNCITRAL Model Law بالإضافة إلى الدور الكبير الذي تقوم به غرفة البحرين لتسوية المنازعات BCDR-AAA تقدم القانونية البحث الثالث للدكتور عماد محمد أمين رمضان بكلية الحقوق جامعة المملكة وهو يعالج مسألة مهمة تتعلق بأحكام التحكيم وهي أثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذه. ولقد عالج الباحث المسألة محل البحث بشيء من التفصيل والاجادة اللتين تتناسبان مع أهمية المسألة محل البحث.

وفي إطار رسالة هيئة التشريع والإفتاء القانوني كمستشار للمملكة وناصحها الأمين تقدم بحثاً بعنوان القضاء الإداري البحريني بين إعادة الهيكلة وإدارة التغيير للدكتور طارق عبد الحميد توفيق سلام الأستاذ المساعد بكلية الحقوق جامعة المملكة ويعرض فيه الباحث بشئ من المعالجة البحثية الأكاديمية المتعمقة للوضع الراهن في القضاء البحريني والمقارنة في صدد المنازعات الإدارية ويعرض لرؤى جديدة تتسم بالابتكار وحرص على التخصص العلمي القضائي الذي يتناسب مع روح العصر وحسن الإعداد للقاضي الإداري المتخصص.

وتعرض القانونية لبحث بعنوان حماية المستهلك في ظل القانون البحريني رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك وهو دراسة بحثية مقارنة للدكتور باسم سعيد يونس أستاذ القانون الخاص المساعد بكلية الحقوق جامعة المملكة ويتسم هذا البحث بكونه أول بحث تعرضه القانونية يتعلق بتشريعات حماية المستهلك بمملكة البحرين حيث غدت تشريعات حماية المستهلك من أهم التشريعات بدولنا العربية في الآونة الأخيرة. يتسم البحث بدقة المعالجة والمنظور الأكاديمي المقارن الذي أثرى المادة العلمية التي يعرضها الباحث.

وتقدم القانونية بحثاً يلقي نظرة عامة مفصلة تتعلق بمبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين للمستشار الدكتور محمد فؤاد الحريري المستشار القانوني بوزارة المالية بمملكة البحرين ونائب رئيس مجلس الدولة المصري والبحث يلقي نظرة عامة مجملية وشاملة لمبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية ممتزجة ببعض الأحكام الموضوعية لعقود الدولة بشيء من التفصيل وجودة المعالجة. ولعل الموضوعات المتعلقة بتعاقدات الدولة على الصعيدين المحلي والدولي وكذلك الأحكام الإجرائية والموضوعية لتعاقدات الدولة من الأهمية في المجالين البحثي والتطبيقي بحيث أنها أصبحت مرمى معظم

المشتغلين بالقانون في العالم العربي والخارجي وصارت المعالجة البحثية لهذه الموضوعات من الأهمية بمكان لجهة الإدارة المتعاقدة والهيئات القضائية التي تضطلع بحسم وتسوية منازعات العقد الإداري بل وهيئات التحكيم المحلي والدولي.

وعلى صعيد المقالات تقدم القانونية مقالاً قيماً بعنوان دور هيئة التشريع في مجال الصياغة التشريعية للمستشار محمد ياسين نائب رئيس مجلس الدولة المصري والمستشار المساعد سلطان ناصر السويدي عضو هيئة التشريع والإفتاء القانوني ولعل هذا المقال له أهمية خاصة بحسبانه يمس جوهر عمل هيئة التشريع والإفتاء القانوني وما تضطلع به من مهام قانونية جوهرية يومية في مجال التشريع بمملكة البحرين.

وفي الختام لايفوتني أن أقدم الشكر لهيئة التحرير وللمستشار مدير التحرير والسادة الزملاء المعاونين لمدير التحرير على الجهد المتواصل والدؤوب لظهور القانونية بالمظهر المشرف في المحافل العربية الذي تظهر به دائماً، حيث كان مرمنا على الدوام هو وصول المعرفة والثقافة القانونية المتعمقة لكل قارئ قانوني في أرجاء المعمورة ولقد تحقق هذا الهدف بفضل من الله وتوفيقه ولازال فريق العمل بالقانونية الذي أتشرف برئاسته يواصل بعزم وإصرار أداء رسالته في نشر الفكر القانوني المقارن والمتعمق في مختلف فروع القانون في سائر بقاع الأرض من خلال القانونية.

أقدم للقارئ القانوني مجلة القانونية التي تضم نخبة من الأبحاث القانونية المتميزة والرصينة لكبار الباحثين في عالمنا العربي آملاً بإذن الله تعالى أن تلاقي قبوله واستحسانه وأن تواصل القانونية نجاحاتها عاماً تلو الآخر.

والله من وراء القصد ،،،

**عبدالله بن حسن البوعيين**

**رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني**

المنامة - مايو ٢٠١٥



## كلمة هيئة التحرير

تقدم هيئة التحرير في هذا العدد من القانونية ستة ابحاث في مختلف فروع القانون ومقال واحد. فتقدم القانونية البحث الأول للأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد حسن أستاذ القانون المدني بجامعة البحرين بعنوان مبادئ الصياغة التشريعية وهو بحث قيم يعالج مبادئ الصياغة التشريعية فيعرض لأهميتها ومدلولها وصدورها ومقومات الصياغة التشريعية الجيدة ويعرض لنماذج متفرقة لبعض اخطاء الصياغة القانونية.

وتعرض القانونية البحث الثاني للدكتور محمد الشريدة من الأكاديمية الملكية للشرطة بعنوان الحماية الوقائية للعلامات التجارية المشهورة في القانون البحريني دراسة مقارنة حيث يعرض الباحث لماهية العلامات التجارية ووظائف العلامات التجارية وماهية العلامات التجارية المشهورة ومعايير شهرة العلامات التجارية وتسجيل العلامات التجارية المشهورة والسلطات الممنوحة قانوناً لمالك العلامات المشهورة وصلاحياته وشروط حماية العلامات المشهورة على المنتجات غير المماثلة واخيراً الإعتراض على تسجيل علامة مشهورة.

وتقدم القانونية بحثاً للدكتور عماد محمد أمين رمضان بكلية الحقوق جامعة المملكة بعنوان أثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذه في القانون المصري والبحريني، فيتناول فيه ماهية التحكيم وشروط صحة اتفاق التحكيم ومزاياه والطبيعة القانونية له ويعرض لتعريف حكم التحكيم والشروط الواجب توافرها في الحكم والطعن على الحكم الصادر الفاصل في موضوع النزاع مع بيان أسباب ونوع الطعن ويعالج البحث تنفيذ الحكم الصادر الفاصل في موضوع النزاع وبيان اثر الطعن على الحكم الصادر على تنفيذه مع تناول تنفيذ الحكم الصادر في تحكيم دولي اي متعلق بنزاع دولي.

ويتلو ذلك بحثاً للدكتور طارق عبد الحميد توفيق أستاذ القانون المساعد بكلية الحقوق جامعة المملكة بعنوان القضاء الإداري البحريني بين إعادة الهيكلة وادارة التغيير حيث يعالج فيه القضاء الاداري في الإسلام ويعرض لنظام القضاء الواحد والقضاء المزدوج في فرنسا والدول العربية كما يشرح الباحث رؤية للقضاء الإداري البحريني وإعادة الهيكلة حفاظاً على جودة الأداء التخصصي العلمي.

وتقدم القانونية بحثاً للدكتور باسم سعيد يونس استاذ القانون الخاص المساعد بكلية الحقوق جامعة المملكة بعنوان حماية المستهلك في ظل القانون البحريني رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك فيتناول البحث ماهية المستهلك وقانون حمايته فيبين مفهوم وتعريف المهني كما يعالج الباحث النطاق القانوني للحماية المهنية للمستهلك من زاوية حماية المستهلك من التعسف، وموقف القانون البحريني في مواجهة الشروط التعسفية ثم يتلو ذلك بالنتائج والتوصيات.

وأخيراً وليس آخراً تقدم القانونية بحثاً بعنوان مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة

البحرين للمستشار الدكتور محمد فؤاد الحريري نائب رئيس مجلس الدولة المصري والمستشار القانوني بوزارة المالية بمملكة البحرين حيث يعرض الباحث مقدمة عامة في العقود ثم يتناول إبرام العقود الحكومية ثم تنفيذ هذه العقود وأخيراً يتناول بالشرح والتفصيل تسوية منازعات العقود الحكومية. وتعرض القانونية مقالاً بعنوان دور هيئة التشريع والإفتاء في مجال الصياغة التشريعية للمستشار محمد ياسين نائب رئيس مجلس الدولة المصري والمستشار المساعد سلطان ناصر السويدي عضو هيئة التشريع والإفتاء القانوني حيث يعرضان بالتفصيل إلى مفهوم الصياغة التشريعية وأنواع الصياغة التشريعية والإطار العام للتشريع. وهيئة التحرير إذ تقدم الأبحاث والمقال سائفي الإشارة إليهم إلى القارئ العربي فإنها تنوه إلى أن جميع الأبحاث على الرغم من التباين في منهجية البحث العلمي إلا أنها تتسم بما يلي:

أولاً: مراعاة المنهجية العلمية الدقيقة الضابطة والتي تتفق وأصول البحث العلمي والتي تتبع أحياناً منهج إستقراء الواقع ومنهج إستنباط الأحكام للوصول الى حكم كلي ينطبق على المسألة محل البحث وأحياناً أخرى اتبعت بعض الأبحاث المنهج التحليلي التأسيلي المقارن الممتزج بالمنهج الوصفي.

ثانياً: إتسمت جميع الأبحاث والمقال محل هذا العدد بجودة المعالجة والعمق في تناول للمادة العلمية والمعطيات البحثية محل العدد المائل.

ثالثاً: إتسمت جميع الأبحاث والمقال بهذا العدد بالجدة والإبتكار وهما من سمات البحث العلمي الجاد كما إتسمت بالمنظور البحثي العلمي الاكاديمي المقارن بتشريعات الدول الاخرى العربية والأجنبية والأنظمة القضائية المقارنة العربية والاجنبية.

رابعاً: جاءت المادة العلمية التي قدمها الباحثون بهذا العدد مستقاة من أصولها ومصادرها العلمية السليمة في الفقه والقضاء العربي والمقارن بحيث يمكن إرجاع كل مصادر المعلومة البحثية الواردة بالقانونية الى أصولها في المراجع العامة والخاصة وفي الأحكام القضائية وهو ما يعرف في دول القانون الأنجلو أمريكي بال Case Law

خامساً: لم تقتصر المعلومة البحثية المقدمة من الباحثين بالمجلة على المراجع المكتوبة وإنما امتدت لتشمل المعلومات المستقاة من شبكة الانترنت وهو ما اشار اليه الباحثين في موضعه حيث يدل ذلك على امانتهم العلمية ودقتهم في الإشارة إلى المعلومة العلمية الاكاديمية والقضائية والتي لم تقتصر على المراجع المكتوبة وإنما تتسع المعلومة البحثية والقضائية للمعلومات الدقيقة والصحيحة المستقاة من شبكة الانترنت وهو ما يعكس تأثير البحث العلمي الذي تتضمنه القانونية بين دفتيها بظاهرة العولمة الثقافية القانونية.

سادساً: جمعت القانونية بين دفتيها بين الابحاث الأكاديمية والأبحاث ذات البعد التطبيقي في الوقت ذاته فهي على الدوام تجمع بين العمل والنظر.  
وهيئة التحرير اذ تضع بين يدي القارئ هذه النخبة المتميزة من الابحاث القيمة فإنها ترجوان تلاقي المادة العلمية المنشورة بهذا العدد قبول واستحسان كافة من تصبو انفسهم الى المعرفة القانونية الرصينة في عالمنا العربي والخارجي.  
والله ولي التوفيق،،،

## هيئة التحرير



# البحوث





## مبادئ الصياغة التشريعية

الأستاذ الدكتور / خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة البحرين

### مقدمة

لا جرمَ أن الصياغة التشريعية هي اللسانُ الناطقُ بجوهر النص القانوني، وبقدر نجاح هذه الصياغة أو فشلها يكون حظ هذا النص من النجاح أو الفشل، لذا تحرصُ الدولُ في العصر الحديث على توفير مقومات الصياغة الجيدة لتشريعاتها المختلفة إدراكاً منها بقيمة هذه الصياغة ودورها المتعاظم في الارتقاء بمستوى تشريعاتها .

وها هي محاولةٌ بسيطةٌ وجهدٌ قليلٌ مني اقتنيتُ فيه آثارَ من سبقني من الفقهاء والعلماء في إلقاء الضوء على ماهية الصياغة التشريعية للوقوف على مدلولها وصورها ومقومات جودتها ، ثم عمدتُ بعدها إلى النظر بعين فاحصة ومدققة للكشف عن بعض الأخطاء المادية والقانونية واللغوية التي اعترت صياغات بعض النصوص التشريعية ، وقد خلصتُ بعد سردِي لها والوقوف على بعض أشكالها وصورها إلى حقيقة عملية مؤكدة مؤداها أن الصياغة التشريعية الجيدة هي نتاجٌ طبيعي لمجموعة مقومات أساسية لا تتكامل مراحلها إلا بتكامل مظاهر هذه المقومات ، سواء منها ما اتصل بالصائغ ( وهو الخبير الذي يصوغ لنا مضمون النص التشريعي في عبارات دقيقة وواضحة فيبدع في حسن إخراجِه ورسمه لفظاً ومعناً ) والذي يجبُ أن يكونَ متكاملَ العلم والخبرة في فروع القانون عامةً وفي فرع القانون الذي يصوغُ بعد نصوصه خاصةً ، هذا إلى جانب ثقافته العامة ببعض العلوم المرتبطة بعلم القانون ومن أبرزها علم اللغة ، الذي هو بمثابة الريشة والمحبرة اللتين يستعملهما في الصياغة ١ ، أو ما اتصل منها بجميع الوسائل المادية والمعنوية المساعدة للصائغ في الوصول إلى حسن الصياغة التشريعية المنشودة .

### خطة البحث

سأقسمُ هذا البحثَ إلى عدة مباحث ، أعرضُ في المبحث الأول أهمية الصياغة التشريعية ومدلولها، ثم

١ . ولست مع من يقلل من قيمة كفاءة الصائغ اللغوية بدعوى سهولة الاستعانة بأهل اللغة في تصويب الأخطاء اللغوية ، لأن معنى أو جوهر النص المراد صياغته قد يضيع إذا لم يحسن الصائغ اختيار اللفظ الجامع لأوصافه والمانع من التباسه بغيره من الألفاظ ، وهذه مسألة يصعب على المدقق اللغوي أن ينتبه إليها لأنه ينظر فقط إلى ظاهر اللفظ ودلالته اللغوية دون أن يدري شيئاً عن دلالاته القانونية ، وسأضرب مثلاً بسيطاً ههنا لتأكيد هذا المعنى ، من الثابت لدى علماء اللغة وعلماء الكلام أن لفظ « الشئ » هو أعم الألفاظ على الإطلاق ، إذ يصدق على كل موجود ، لكن في علم القانون ليس كذلك ، بدليل أنني لا أستطيع أن أجعل لفظ الشئ وحده محلاً للحق أو الالتزام ، ولذا يتفق القانونيون على أن محل الحق أو الالتزام قد يكون شيئاً يطالب المدين بتسليمه أو نقل أو إنشاء حق عيني عليه ، وقد يكون عملاً يطالب المدين بأدائه أو الامتناع عنه .

أتناولُ في المبحث الثاني نماذج وصور مختلفة للصياغة التشريعية، سواء كانت صياغة جامدة أو صياغة مرنة، وسواء كانت صياغة مادية (كمية كانت أو شكلية) أو كانت صياغة معنوية (سواء كانت قائمة على القرينة القانونية أو الحيل - أو ما يسمى بالافتراض القانوني-)، وسواء كانت صياغة أمرة أم صياغة مكملة، ثم أعرض في المبحث الثالث مقومات الصياغة التشريعية الجيدة، حيث يتعين ابتداءً للحصول على صياغة تشريعية محكمة اختيار الصائغ الجيد الذي يملك المهارات الفنية اللازمة لحسن الصياغة، كما يتعين على الصائغ حسن اختيار الجملة القانونية التي تعبر عن النص التشريعي في عبارات دقيقة المبنى واضحة المعنى متجنباً فيها أسلوب الإسهاب أو الاقتضاب، ومراعياً في نفس الوقت مدى الصلة القوية بين التشريع المصاغ والقوانين النافذة في الدولة، وأخيراً يجب على الصائغ أن يحرص على إعداد ملف كامل لتوثيق جميع مراحل عملية الصياغة التشريعية، كما ينبغي على الجهات المعنية بالدولة أن توفر للصائغ كافة الوسائل المادية والمعنوية المساعدة له للوصول إلى درجة الحسن والجودة في الصياغة التشريعية، وأخيراً أمل أن يحالفني توفيقُ الله لتسليط الضوء في مبحث خامس على نماذج متنوعة تكشف لنا بعض الصياغات التشريعية المعيبة في عدد من القوانين المعاصرة، حتى يتسنى لنا ابتداءً نقادي الوقوع في شرك نظائرها وأشباهاها في المستقبل عند وضع تشريعات جديدة أو حتى تقوم بتعديل بعض النصوص التشريعية المعيبة الموجودة والنافذة انتهاءً.

من أجل ذلك جاءت خطة البحث على النحو الآتي:

**المبحث الأول:** أهمية الصياغة التشريعية ومدلولها.

**المبحث الثاني:** صور الصياغة التشريعية.

**المطلب الأول:** الصياغة الجامدة.

**المطلب الثاني:** الصياغة المرنة.

**المطلب الثالث:** الصياغة المادية (الصياغة الكمية - الصياغة الشكلية).

**المطلب الرابع:** الصياغة المعنوية (القرينة القانونية - الحيل أو الافتراض القانوني).

**المطلب الخامس:** الصياغة الأمرة والصياغة المكملة.

**المبحث الثالث:** مقومات الصياغة التشريعية الجيدة.

**المطلب الأول:** حسن اختيار الصائغ الجيد.

**المطلب الثاني:** مهارات لازمة في الصائغ.

**المطلب الثالث:** حسن اختيار الجملة القانونية.

**المطلب الرابع:** مراعاة الصلة بين التشريع المصاغ والقوانين النافذة في الدولة.

**المطلب الخامس:** توفير كافة الوسائل المساعدة على حسن وجودة الصياغة.

**المطلب السادس:** إعداد ملف كامل لتوثيق جميع مراحل عملية الصياغة التشريعية.

**المبحث الرابع:** نماذج متفرقة لبعض أخطاء الصياغة التشريعية.

**المطلب الأول:** نماذج لبعض الأخطاء المادية.

**المطلب الثاني:** نماذج لبعض الأخطاء اللغوية.

- المطلب الثالث :** تعارض النصوص المجيزة للربا مع أحكام الدستور .
- المطلب الرابع :** تعارض النصوص المنظمة للتقادم مع أحكام الدستور .
- المطلب الخامس :** انتفاء مبرر التفرقة بين الوفاء من أحد المدينين المتضامنين أو من الغير في أثر الوفاء مع الحلول .
- المطلب السادس :** دعوة بعض النصوص إلى العبيثية وعدم التزام طريق الجادة في السلوك .
- المطلب السابع :** ضرورة التخلي عن اللفظ الفني دفعا لما قد يحمله من إساءة .
- المطلب الثامن :** نماذج لأخطاء قانونية في بعض النصوص التشريعية .
- المطلب التاسع :** نماذج للغموض الذي قد يعتور النص القانوني .
- المطلب العاشر :** نموذج للاجتهاد الفقهي والقضائي المخالف لظاهر النص .

## المبحث الأول

### أهمية الصياغة التشريعية ومدلولها

لا جرم أن النظام القانوني الموجود في أي دولة من الدول يعد مرآة عاكسة لاستراتيجيتها ، وكيف لا وفي ضوء هذا النظام القانوني تتحدد معالم فلسفات وأيدولوجيات الفكر الديني والسياسي والاقتصادي والاجتماعي لهذه الدولة ، بل وتتكشف بوضوح في ضوء ذلك كله جميع أشكال برامجها في شتى مجالات حياتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أمام ناظري شعبها بل وشعوب العالم أجمع . وقد أدركت المجتمعات الحديثة المتطورة وتلك الآخذة في التطور أن حسن الصياغة التشريعية هو جزء أساسي من مكونات الإدارة الرشيدة ، لما لها من آثار بالغة الأهمية على المجتمع في كل ظروفه أو مستوياته السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، كما أنها ركنٌ جوهري لا غناء عنه للارتقاء بالدولة والنهوض بها بوصفها واحدة من مكونات الدولة الحديثة وأبرز معالم نهضتها وتطورها وفق المعايير الدولية ، فمن خلال الصياغة الجيدة للتشريعات تتمكن الدولة من تحسين نظامها القانوني ، وتقنيته من الشوائب والعيوب التي تؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي بها .

ولذا كان من الطبيعي أن تتباين الصياغة التشريعية في ظلالات الدول الاستبدادية عن الصياغة التشريعية في ظلالات الدول الديمقراطية تبايناً كبيراً يدركه كل معاين لنصوص القوانين في هذه الدول أو تلك .

وأعتقد أن الصياغة فنٌ دقيقٌ وخطيرٌ للتعبير عن مضامين الأفكار أو الرؤى للخروج بها من عالم التصور والافتراض إلى عالم الحقيقة والواقع بدفعها إلى حيز الوجود المادي أو الحسي في أفاظ وجمل تكشف بوضوح ودقة عن ماهيتها وكنهها ، لذا فالصياغة تحتاج إلى صائغٍ ماهرٍ يحسن التعامل معها بما يملكه من مؤهلاتٍ علميةٍ وما يحوزُه من خبراتٍ عمليةٍ واسعةٍ تعينه على حسن الاضطلاع بهذه المهمة بكل كفاءةٍ واقتدارٍ .

ولذا يخطيء من يتصور أن العناية بالصياغة تعني مجرد العناية بالشكل أو البناء اللفظي للعبارة أو الجملة - مع كمال التسليم بأهمية ذلك - إنما تتجاوز في الحقيقة ذلك المعنى الظاهر لتغوص في أغوار الفكرة أو أعماق الرؤية المراد التعبير عنها لمعرفة مضمونها وحدودها حتى يتسنى للصائغ الكشف عنها في

ألفاظ معبرة بكل دقة ووضوح .

ولذا علينا أن نضع دائماً في حسابنا هذا المعنى حينما نقرأ لمن يصورُ الصياغة على أنها مجرد نقل للفكرة أو الرؤية من مرحلة المكنون داخل العقل أو الخلد إلى مرحلة الظهور في واقع الحياة الإنسانية ، حيث عرفها الفقيه الكندي « Dick بأنها الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي » 1 ، وقد عرفها الفقيه المصري « أحمد شرف الدين بأنها » هي أداة أو وسيلة للتعبير عن فكرة كاملة لتصبح حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها » 2 .

ويتفنن الصائغ لأي عبارة أو جملة معينة في الكشف عن مضمونها ومحتواها بتعبير واضح ودقيق فيصف لنا حقيقتها ويبين لنا حدودها ومعالمها على نحو يمنع من التباسها بغيرها ، ولذا صح وصف الصياغة بوصف الفن ، ذلك أن كلمة فن تعني لغة الإبداع والتميز ، ورجل متفنن أي ذو فنون وأفن الرجل في حديثه وفي خطبته بوزن اشتق أي جاء بالأفانين أي بالإبداعات ، يقال رجل فنان أي مبدع ومتميز ، وهو يعني اصطلاحاً تعبير الفنان عن إبداعه في مجال تخصصه والارتقاء به إلى نماذج فنية مكتملة البناء والجمال 3 .

وقد جاء في المعجم الوسيط أن الصياغة تعني لغة الصناعة ، وهي مصدر «صاغ» يصوغ صياغة ، وصاغ الشيء أي حسنه وهبأه على مثال مستقيم ، وصاغ الكلام أي حسنه وجوده ، يقال : كلام حسن الصياغة : أي جيد مُحكَّم ، ويُسمى عمل الحلي وصناعتها من ذهب وفضة ونحوهما بالصياغة لأن الصائغ يعنى بتزيينهما وتجويدهما 4 .

وجدير بالذكر أن الصياغة القانونية هي على أنواع مختلفة ، فهناك الصياغة القانونية الأكاديمية مثل المقالات الأكاديمية والكتب القانونية المنهجية أو الدراسية ، والتعليقات القانونية على القوانين والأحكام ، وهناك الصياغة القضائية مثل المذكرات القانونية والالتماسات والدفع القانونية المقدمة للمحاكم والأجهزة الإدارية والمحكمين ، وأبرز أنواع الصياغة وأهمها على الإطلاق هي الصياغة التشريعية والتي تتعلق بصياغة الدساتير ( التشريعات الأسمى أو الأساسية ) والقوانين العادية ( أي التشريعات العادية التي تصدر عادة عن السلطة التشريعية ممثلة في البحرين في المجلس الوطني أو تصدر استثناءً في حالتي الضرورة أو التفويض عن رئيس الدولة ممثلاً في جلالة الملك في مملكة البحرين ) واللوائح بأنواعها المختلفة ( سواء كانت لوائح تنفيذية أو لوائح تنظيمية أو لوائح الضبط أو البوليس ) 5 .

لا جرم أن أي قاعدة قانونية تتكون من عنصرين أساسيين متممين ومكملين لبعضهما البعض ، أحدهما يُسمى الجوهر أو المضمون لتلك القاعدة ، والذي يمثل في حقيقته غاية وهدفاً من وجودها ، والآخر هو عنصر الشكل الذي يعبر عن الأداة أو الطريقة التي تكشف لنا عن فحوى وحدود هذه المادة أو ذلك الجوهر ، وهذا

1. Dick , Legal drafting, Toronto , 1985 , p : 1 .

2. أ.د / احمد شرف الدين « أول الصياغة القانونية للعقود » ، بند 5 ، ص 14 ، مطبعة ابناء وهبة حسان بالقاهرة ، بدون تاريخ نشر

3. انظر في ذلك إلى : الرازي في معجمه مختار الصحاح في باب « فنن » .

4. انظر في ذلك إلى : المعجم الوسيط باب « صاغ » ، تأليف مجمع اللغة العربية بدمر ، طبعة عام 2004م ، الناشر مكتبة الشروق الدولية .

5. انظر في نفس المعنى : الأستاذ / نساء سلمان البقمي « الصياغة التشريعية » ص 3 ، بحث منشور على هذا الموقع - GCC.SP

العنصر الأخير يتجلى واضحاً في الصياغة القانونية المعبرة عن جوهر أو مادة تلك القاعدة القانونية. وإذا كنا لا نستطيع حقاً أن نستغني عن جوهر أو مضمون القاعدة القانونية تحقيقاً للغاية المنشودة من ورائها ، فإننا في نفس الوقت وبذات القدر لا نستطيع أن نستغني عن الصياغة المحكمة والمعبرة عن هذا المضمون أو ذاك الجوهر ، فكم من جواهر ومضامين ضاعت بسبب سوء صياغتها ، ولذا فإنه كلما كانت الصياغة معبرة ومنضبطة حالف صانعتها التوفيق والسداد كلما زادت فرص نجاحها في التطبيق العملي ١ .

ولذا ينبغي ، حتى يستفاد من المضمون أو الجوهر الحقيقي لأي قاعدة قانونية ، أن يجري التعبير عنه بصياغة دقيقة وواضحة في الكشف عنه بلا إفراط أو تقريط .

وبذلك غدت الصياغة القانونية - بحق - هي الأداة أو الوسيلة اللازمة لتحويل القيم التي تمثل جواهر أو مضامين مكونة لمواد القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل ٢ ، أو هي وسائل أو أدوات فنية تتحول عن طريقها المواد الأولية لصناعة أو إنشاء القانون إلى قواعد قانونية وضعية ٣ .

وإذا أردنا تعريف الصياغة التشريعية قلنا أنها الوسيلة التي يستعملها واضع القانون في الكشف عن القيم القانونية التي يصعبها في البناء القانوني الذي يضعه للتعبير عن فحوى هذه القيم ٤ .

## المبحث الثاني صور الصياغة التشريعية

تتنوع صور الصياغة التشريعية بالنظر إلى تأثيرها على مضمون أو جوهر القيم التي تعبر عنها بإضافة طابع الجمود أو المرونة عليها ، إلى صياغة جامدة وصياغة مرنة ، كما تتنوع هذه الصور بالنظر إلى طبيعة الوسيلة المستعملة في الكشف عن جوهر هذه القيم إلى صياغة مادية وأخرى معنوية ، وأخيراً تتنوع بحسب مدى حظر أو جواز اتفاق الأفراد على مخالفتها إلى صيغ أمرية وصيغ مكملة ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

١. انظر في ذلك المعنى : أ.د / أنور سلطان « المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة » ، ص ٩٤ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٨٢م ، دار النهضة العربية بيروت - لبنان .
٢. أ.د / مصطفى محمد الجمال ، أ.د / عبد الحميد محمد الجمال « النظرية العامة للقانون » ، ص ٦٤ ، طبعة عام ١٩٨٧م ، الدار الجامعية بيروت - لبنان .
٣. د / عبد القادر الشخيلي « فن الصياغة القانونية » تشريعاً وفقهاً وقضاً ، ص ١٤ ، طبعة عام ١٩٩٥م ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
٤. انظر في نفس المعنى : د / عبد القادر الشخيلي - المرجع السابق - ص ٢٢ .

## المطلب الأول الصياغة الجامدة

### الفرع الأول تعريف الصياغة الجامدة

تعرف الصياغة الجامدة بأنها الصياغة التي تحصرُ جوهرَ أو مضمونَ النص القانوني في معنى ثابت لا يتغير بتغير الظروف أو الأشخاص على نحو مانع من التقدير . ففي هذه الصياغة يصبُ مضمونُ النص القانوني في معنى محدد لا يتركُ معه أيُّ مجال أو فرصة للتقدير سواء بالنسبة للشخص المخاطب به حيث يظهر له بوضوح وبصورة جازمة خضوعه أو عدم خضوعه للحكم المثبت في هذا النص القانوني ، أو بالنسبة للقاضي عند تطبيقه لهذا النص إذ يتضح له من خلال هذه الصياغة بصورة حصرية من يشمله مضمون هذا النص من الأشخاص أو الوقائع دون أن تترك له أي سلطة تقديرية حينما ينزل حكم القانون الذي يثبت هذا النص على الشخص أو الواقعة .

ويتضح لنا مما سبق أن تلك الصياغة تحددُ بكل دقة جميعَ محتوى النص القانوني بكافة أجزائه وجوانبه ، فتحدد شخص المخاطب بهذا النص ، وتحدد الواقعة الحاصل بشأنها هذا الخطاب ، وأخيراً تحدد الحكم القانوني المثبت لها ، بحيث يُعدُّ هذا الحكمُ حكماً ثابتاً وموحداً لا يختلف باختلاف الأشخاص ولا باختلاف الوقائع .

فصياغة القاعدة القانونية تكون جامدةً حينما تعالجُ هذه القاعدةُ فرضاً معيناً أو واقعةً محددةً وتتضمنُ حلاً ثابتاً لتلك الفرضية أو تلك الواقعة لا يتغيرُ مهما اختلفت الظروف والملاسات ، لذا يجد القاضي نفسه مضطراً إلى تطبيق الحل أو الحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية دون أن يكون له خيارٌ بشأنها . وتستهدف هذه الصياغة حمل الأشخاص المخاطبين بالنصوص القانونية على مضامين تلك النصوص المعبرة عنها في هذه الصياغة دون أن تترك لهم مجالاً للتقدير ، نظراً لاحتوائها على أحكام ثابتة لا تختلف باختلافهم أو اختلاف ظروف واقعهم ، وكذلك حمل القضاة على إنزال أو تفرغ محتوى هذه الأحكام على الأشخاص المخاطبين بها من غير أن يكون لهم أي سلطة تقديرية عند التطبيق .

ويغلبُ على معظم النصوص القانونية التزامها جانب هذه الصورة من صور الصياغة التشريعية ، وفي ذلك ضمانٌ مؤكدٌ للتطبيق الحرفي لمضمون القاعدة القانونية ، ويمكننا أن نضرب أمثلة عديدة على تلك الصياغة ، منها تحديدُ القانون سنأ معينة لقبول الطلبات في الالتحاق بالتعليم الابتدائي أو لشغل الوظيفة العامة أو التقاعد منها ، أو لتولي منصب القضاء أو للتمثيل في المجالس النيابية أو المحلية ، ففي كل هذه الفروض المختلفة يجري إنزالُ حكم القانون عليها بطريقة أوتوماتيكية لا مجال فيها للتقدير حتى مع الاعتراف بوجود مظاهر للتفاوت بين هؤلاء الأشخاص في درجات النضج العقلي بالنسبة للملتحقين بالتعليم الابتدائي ، ووجود مظاهر للاختلاف في مستوى المؤهل الدراسي أو الخبرة العملية أو أي اعتبار آخر غيرهما بين الأشخاص الراغبين في الالتحاق بالوظيفة العامة عموماً أو في شغل منصب القضاء خصوصاً ، أو في التمثيل في المجالس النيابية أو المحلية ، بحيث يجري قبول طلبات كل من استوفى هذه

السن واستبعاد طلبات من لم يبلغوا هذه السن ، بطريقة آلية دون ممارسة أي سلطة تقديرية بشأنها . وكذلك الحال حينما يحدد القانون سن الرشد بسن معينة ، فإنه بموجب هذه الصياغة الجامدة يُعدُّ رشيداً كل من يبلغ هذه السن بغض النظر عن جنسه أو درجة تعليمه أو درجة ثقافته أو مستوى فكره أو نضجه العقلي ، ولا يُعدُّ رشيداً في نفس الوقت من لم يبلغ هذه السن مهما عظمت درجة ثقافته أو علا مستوى فكره أو تعاضلَ قدر نضجه العقلي .

ومنها أيضاً تحديداً دلالة مبلغ العربون المدفوع عند التعاقد بأنه يكون مقابل استعمال حق العدول ، مادام لم يظهر من قصد الطرفين أو يجر العرف بخلاف ذلك ، وفي ذلك تنص المادة ٥٢ مدني بحريني على أن « دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، يفيد أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عنه ، ما لم يظهر أنهما قصداً غير ذلك ، أو كان العرف يقضي بخلافه » ، وهنا لم يترك واضع القانون للقاضي أي تقدير في إعطاء العربون أي دلالة أخرى مغايرة للدلالة التي حكم بها ، والتي مؤداها أنه مقابل استعمال حق العدول ، مادام لم يظهر انصراف قصد الطرفين إلى اعتباره جزءاً أو مقدمة من مقدمات تنفيذ العقد أو لم يقض العرف بهذه الدلالة ، ولذا وجب حمله على أنه مقابل استعمال حق العدول عن إبرام العقد .

وكذلك الحال يعمد واضع القانون إلى اعتماد الصياغة الجامدة عند تحديده مواعيد بدء سريان التقادم أو تحديد مواعيد الطعون في الأحكام القضائية ، ولذا يجري الالتزام بهذه المواعيد بصورة حاسمة دون أن يترك فيها للقاضي أي قدر من التقدير مراعاةً للظروف الخاصة بالأشخاص المخاطبين بتلك الأحكام .

## الفرع الثاني مزايا الصياغة الجامدة

لعل من مزايا الصياغة الجامدة أنها تيسر على القضاة مهمة تطبيق النصوص القانونية في المنازعات المعروضة عليهم في سهولة ويسر دون أي عناء أو مشقة ، فينزلون أو يطبقون أحكام القانون على هذه المنازعات بطريقة آلية تجنبهم مشاق التقدير ومتاعبه مراعاةً للتفاوت والاختلاف في ظروف الأشخاص أو الوقائع المعنية بتلك الأحكام ، كما تجنبهم أيضاً في نفس الوقت مخاطر سوء التقدير على نحو يضمن

١ . العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد العاقدين للآخر عند إبرام العقد ، كأن يدفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع أو يدفع المستأجر مبلغاً من المال إلى المؤجر . وعندئذ يثور التساؤل حول دلالة دفع العاقد لهذا العربون ، هل قصداً منه أن يكون مقدمة لتنفيذ العقد فيكون العقد بائناً والعربون جزءاً من تنفيذه ، أم أن العاقدين قد قصداً جعل هذا العربون مقابل لاستعمال العاقد حق العدول عن إبرام العقد ، بحيث إذا عدل عن التعاقد من دفع العربون فقدده وإذا عدل الآخر رده ومثله معه ؟ لا شك في أنه يرجع في معرفة دلالة العربون عند التعاقد إلى النية المشتركة للعاقدين فيؤخذ بالدلالة التي انصرفت إليها إرادتهما وقت العقد ، كأن ينص عليها صراحة في العقد ، أو أن تستفاد ضمناً من ظروف العقد ، كما لو كان من دفع العربون هو البائع إذ يستفاد من ذلك أن النية المشتركة في العقد اتجهت إلى جعل العربون مقابل لحق العدول ، حيث لا يمكن حمله على كونه مقدمة للتنفيذ لأن المشتري لا البائع هو الذي يلتزم بدفع الثمن في العقد . أما إذا خلا العقد من إشارة صريحة أو ضمنية لدلالة العربون المقدم وقت العقد ، فيعتبر القانون أن دفعه كان كمقابل لاستعمال الحق في العدول من جانب أحد طرفي العقد ، بحيث إذا عدل عن التعاقد من دفعه فقدده ، وإذا كان العدول من الطرف الآخر رده مضاعفاً إلى دافع هذا العربون ( انظر في ذلك إلى : أ.د / خالد جمال أحمد حسن « مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني » ص ٦٠ ، الطبعة الأولى عام ٢٠١١م ، مؤسسة فخرأوي للدراسات والنشر مملكة البحرين ) .

سلامة ما يصدرونه من أحكام قضائية ١ ، أو بمعنى آخر تؤمن سلامة الأحكام القضائية من التحكم أو الانحراف في تطبيق القانون ٢ .

كما تمكن هذه الصياغة كل فرد من معرفة حقيقة مركزه القانوني بكل دقة ، الأمر الذي يعينه على حسن ترتيب أوضاعه في الحاضر والمستقبل دون أي خوف أو قلق من مفاجآت التقدير الممنوح للقاضي عند تطبيق النص عليه ٣ ، وهذا من شأنه أن يسهم بدور كبير في تحقيق الثبات في المعاملات وتحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع ٤ .

### الفرع الثالث

#### عيوب الصياغة الجامدة

يُعاب على تلك الصياغة الجامدة أنها لا تترك للقضاء أي سلطة تقديرية يُراعى من خلالها ما قد يوجد بين الأشخاص أو الوقائع من اختلاف وتفاوت يقتضي المغايرة بينهم في الأحكام المطبقة عليهم ، بل توجب عليه تطبيق حكم واحد ثابت بطريقة آلية وعلى نحو صارم لا يتغير ولا يختلف حتى مع تغير الأشخاص أو الوقائع أو تغير ظروف وملابسات واقعها ، فتتكرر بذلك تلك الأحكام لمتطلبات فكرة العدالة التي تقتضي تغير الأحكام بتغير الأشخاص أو الوقائع أو تغير الظروف والملابسات المحيطة بهما .

### المطلب الثاني

#### الصياغة المرنة

### الفرع الأول

#### تعريف الصياغة المرنة

يُقصد بالصياغة المرنة تلك الصياغة التي تقتصر على وضع الفكرة أو المعيار تاركةً تحديد ما يدخل فيها من مفردات لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة ذاتها ٥ ، أو هي الصياغة التي لا تتضمن حكماً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات ، إنما تضع حكماً مرناً يسمح بمراعاة ما بين هذه الظروف والملابسات من فروق واختلافات ٦ .

- ١ . انظر في هذا المعنى : أ.د / مصطفى محمد الجمال ، أ.د / عبد الحميد محمد الجمال - المرجع السابق - ص ٧٢ .
- ٢ . انظر في ذلك : أ.د / أحمد بخيت « ضوابط وضع التقنيات وصياغتها » ص ٦١ ، بحث منشور في مجلة معهد الدراسات القضائية والقانونية البحريني ، العدد السابع ، السنة الرابعة ، فبراير عام ٢٠١١ م ، د / كمال عبد الواحد الجعفري « القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي » ص ٧٥ ، رسالة دكتوراة عام ١٩٩٢ م ، كلية الحقوق - جامعة بني سويف .
- ٣ . انظر في نفس المعنى : د / عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص ٢٤ .
- ٤ . انظر في نفس المعنى : أ.د / توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية » ، ص ١٦٦ ، طبعة عام ١٩٨٨ م ، الدار الجامعية ، بيروت - لبنان .
- ٥ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / مصطفى محمد الجمال ، أ.د / عبد الحميد محمد الجمال - المرجع السابق - ص ٧٢ .
- ٦ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / أنور سلطان - المرجع السابق - ص ٩٦ ، د / عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص ٢٥ .

ويتضح لنا مما سبق أن صياغة القاعدة القانونية تكون مرنةً حينما لا تفرض القاعدة على القاضي حكماً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف ، وإنما تجعل بين يديه معياراً مرناً يسمح له بجعل حكمه ملائماً لظروف الحالة التي هو بصدد تطبيق هذه القاعدة عليها .

ويمكننا ضربَ مثال على هذه الصياغة المرنة بالقاعدة القانونية التي تجعل للواهب حق الرجوع في هبته متى كان لديه عذرٌ مقبولٌ أي يقبله القاضي ، إذ نلاحظ هنا أن هذه القاعدة في صياغتها لم تفرض حكماً ثابتاً صارماً للعذر المقبول لرجوع الواهب في هبته ، تاركةً للقاضي سلطةً تقديريةً واسعةً يقدر فيها العذر المقبول لدى الواهب في الرجوع في هبته حسب كل حالة على حدة ، وفي ذلك تنص المادة ٥٠٠ مدني مصري على أنه « ١- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك . » « فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ..... » ١ . ومثال ذلك أيضاً مسلك واضع القانون في تحديد فكرة الغبن بوصفه يمثل العنصر المادي في نظرية عيب الاستغلال ، إذ لم يلجأ في تقديره لهذا الغبن إلى الصياغة الجامدة التي تردّه إلى قدر معين فلم يجعله في حدود خمس القيمة مثلاً أو ما زاد على هذا الخمس ، وإنما عمد إلى سلوك سبيل الصياغة المرنة التي يحيل فيها القاضي إلى معيار مرّن هو عدم التناسب البتة بين الالتزامات أو المنافع العائدة على الطرفين من وراء العقد تاركاً تقدير معيار هذا الغبن في نظرية الاستغلال للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف كل حالة ، وفي ذلك تنص المادة ٩٦ / أ من القانون المدني البحريني على أنه « إذا استغل شخص في آخر هوى جامحاً ، أو طيشاً بيّناً ، أو ضعفاً ظاهراً ، أو حاجة ملجئة ، أو إذا استغل سطوته الأدبية عليه ، وجعله بناء على ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي ، عند إبرامه ، على التزامات لا تتناسب البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، جاز للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال أن ينقص من التزامه ، أو يزيد من التزامات المتعاقد الآخر ، أو أن يبطل العقد » ٢ ، وهنا يظهر لنا بوضوح أن القانون رخص للقاضي في أن يحكم بوجود الغبن بوصفه أحد عنصري عيب الاستغلال متى قدر القاضي - حسب كل حالة على حدة - أن التزامات أحد الطرفين هنا لا تتناسب البتة مع التزامات الطرف الآخر أو مع مقدار المنفعة التي حصل عليها من وراء العقد ، دون أن يلزمه بحكم ثابت صارم لا يملك حياله سلطة أو تقديرًا .

ومثال ذلك أيضاً مسلك واضع القانون في تحديد فكرة النظام العام ٢ إذ لم يلجأ فيها إلى الصياغة الجامدة ، وإنما عمد إلى ولوج سبيل الصياغة المرنة ، حيث اكتفى واضع القانون بالحكم ببطلان العقد

١ . ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون المدني البحريني لم ينظم أحكام عقد الهبة محيلاً بشأنها إلى الشريعة الإسلامية وما تصدر بشأنها من قوانين خاصة ، وفي ذلك تنص المادة ٤٥٢ مدني بحريني على أن « تسري على الهبة أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين التي تصدر في شأنها » .

٢ . وهو عين ما نصت عليه المادة ١٢٩ / ١ مدني مصري .

٣ . ويقصد بالنظام العام مجموعة المبادئ الرئيسية والمصالح الجوهرية التي يتأسس عليها المجتمع من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلفية ، والتي لا يتصور بقاء كيان هذا المجتمع سليماً دون استقراره عليها ( انظر في ذلك إلى : أ.د / خالد جمال أحمد حسن « المدخل في مبادئ القانون البحريني » ص ١٢٢ ، ١٢٤ ، الطبعة الأولى عام ٢٠١٠ م ، مكتبة فخراوي للدراسات والنشر مملكة البحرين ) .

بطلاناً مطلقاً إذا كان محلّه أو سببه مخالفاً للنظام العام ، دون أن يضع حكماً موحداً أو معنى صارماً لمدلول فكرة النظام العام التي تبرّر بطلان العقد ، تاركاً للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد مدلول هذه الفكرة وتحديد ما يعد مخالفاً لها من محال أو أسباب للالتزامات العقدية ، وفي ضوء ما يسفر عنه تقديره سيكون حكم القاضي ، فيقضي ببطلانها مثلاً إذا ما انتهى حسب تقديره إلى مخالفتها لهذه الفكرة ، أو يقضي بصحتها إذا ما قدر أنها لا تصطدم مع هذه الفكرة ( وفي ذلك تنص المادة ١٠٩ مدني بحريني على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وقع العقد باطلاً » ١ ، كما تنص المادة ١١١ / أ مدني بحريني على أنه « يبطل العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب أو كان السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب » ٢) .

ومثال ذلك أيضاً مسلك واضع القانون في تحديد الباعث القوي والمدة المعقولة في الشرط المانع من التصرف، إذ لم يلجأ فيها إلى الصياغة الجامدة ، وإنما عمد إلى اتباع سبيل الصياغة المرنة ، وفي ذلك تنص المادة ٧٧٤ مدني بحريني على أنه « إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف ، أو يقيد حقه في التصرف فيه ، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة » ، فالملاحظ على هذا النص أنه بعد أن وضع القانون فيه حكماً عاماً لم يجز فيه لطرف في التصرف إيراد شرط يمنع أو يقيد حق المالك المتصرف له من التصرف في المال الذي كسب ملكيته بموجب هذا التصرف ، وضع استثناءً على هذا المنع أجاز بموجبه إيرادهما لمثل هذا الشرط المانع أو المقيد من التصرف متى كان ذلك لباعث قوي ولمدة معقولة ، وهنا لم يعتمد واضع القانون إلى فرض حكم ثابت صارم لمدلول هذا الباعث القوي أو لتقدير هذه المدة المعقولة تاركاً تقدير ذلك كله لسلطة القاضي التقديرية يقضي بموجبها بالحكم الذي يراه حسب ظروف كل حالة على حده في ضوء ظروفها وملابساتها الخاصة بها .

## الفرع الثاني مزايا الصياغة المرنة

لا شك أن الصياغة المرنة تتيح للقضاء سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق النص القانوني بصورة تمكنه من مراعاة الظروف والملابسات المعاصرة أو المتزامنة لكل حالة من الحالات المثارة أمامه ، الأمر الذي يسهم في تحقيق فكرة العدالة ، هذا بالإضافة إلى أن مرونة الصياغة تسمح باستيعاب النص حالات جديدة ربما لم تدر في ذهن واضعه عند وضعه ، الأمر الذي يسهم في مواكبته للتطور ومسايرة مستجداته ، فيعالج هذا النص المستجدات التي قد تفرزها مظاهر التطور المتلاحقة في المجتمع ٣ .

١ . وهو عين ما نصت عليه المادة ١٢٥ مدني مصري .  
٢ . وهو عين ما نصت عليه المادة ١٣٦ مدني مصري .  
٣ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ١٦٩ ، د / عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص ٢٦ .

## الفرع الثالث

### عيوب الصياغة المرنة

يكاد لا ينسبُ الفقهاءُ إلى الصياغة المرنة عيباً أو مطعناً لها في ذاتها ، إنما يردون هذا العيب الموجه إليها إلى سبب خارجي عنها ، ألا وهو خشية أن تحفزَ هذه المرونة القضاة على ارتياد سبيل التحكم في التقدير بصورة تؤدي بهم في نهاية المطاف إلى الانحراف بالتطبيق عن العمومية والتجريد ، فيعمد بعض القضاة إلى التحكم في تقدير الواقع ، أو في تقدير خضوع هذا الواقع أو عدم خضوعه للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليه ١ .

بيد أن هذا التخوف لا مبرر له في الحقيقة ٢ ، لأن القاضي يفترض فيه عند منحه سلطة تقديرية في تطبيق النص القانوني ألا يسرف أو يغالي في ممارسة هذه السلطة ليصل بها إلى حد التحكم في التقدير ، وإنما من الطبيعي أن يمارسها بقدر من الوسطية والاعتدال ليطبق على كل حالة من الحالات المعروضة عليه الحكم المحقق للعدالة في ضوء المعيار المرن المحدد له قانوناً بلا إفراط أو تفريط .

### ضرورة الجمع بين الصياغتين

إن النظرَ بعين الدقة في التحليل والتمحيص للصورتين السابقتين من صور الصياغة التشريعية سواء الجامدة منهما والمرنة ، بما لهما من مزايا وما فيهما من عيوب ، يتبينُ له بجلاء ووضوح حتمية الجمع بينهما عند صياغة النصوص القانونية ، فهناك موضوعاتٌ لا تصلحُ معالجتهاً إلا من خلال نصوص قانونية مصاغة صياغة جامدة ، بحيث تتضمنُ هذه النصوصُ أحكاماً ثابتة صارمة ينزلها القضاة على أشخاص محددين أو وقائع محددة بطريقة آلية دون أن يكونَ لهم أدنى سلطة تقديرية بشأنها ، وذلك بُغية تحقيق قدرٍ لازم من الثبات والاستقرار في تنظيمها للمراكز القانونية التي تعالجها هذه القواعد ، كما سبق أن رأينا في الأمثلة التي ذكرناها في مقام التدليل على وجود هذا النوع من الصياغة الجامدة ، وهناك في نفس الوقت موضوعاتٌ أخرى لا يصلحُ تنظيمها إلا من خلال قواعد قانونية مصاغة صياغة مرنة تترك للقضاة عند تطبيقها قدرًا معقولاً من السلطة التقديرية ، حتى يتسنى لهم مراعاة الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة تحقيقاً لمقتضيات فكرة العدالة ، وهذا ما سبق أن رأيناه أنفاً في الأمثلة التي ضربناها لإثبات وجود مثل هذه الصياغة المرنة في كثير من النصوص القانونية .

بل إنه من المتصور في الموضوع الواحد أن يعتمدَ واضعُ القانون الصياغتين معاً ، ويحدثُ ذلك حينما ينصُ واضعُ القانون على عقوبة محددة لها حدٌ أدنى وحدٌ أقصى يلتزمُ القاضي بالأداء يتجاوزهما ، مع الترخيص للقاضي في أن يتحرك فيما بين هذين الحدين فيقضي بالقدر الذي يراه مناسباً من هذه العقوبة لظروف

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د. / توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ١٦٨ وما بعدها ، د / أحمد بخيت - المرجع السابق - ص ٦٤ ،

٢ . وإن كان من الفقه من يرى أن القضاء في بعض الدول قد سهلت له الصياغة المرنة سبيل الفساد المهني ( د / عبد القادر الشخيلي - المرجع السابق - ص ٢٦ .

كل حالة على حدة في حدود ما بين هذين الحدين الصارمين ، فهنا يمثل هذان الحدان قيدين صارمين لا يجوز للقاضي عند التطبيق تجاوزهما ، وعندئذ يعبران هذان الحدان في هذا النص عن محتوى الصياغة الجامدة ، في حين يمثل منح القاضي الحرية الواسعة في اختيار العقوبة المناسبة مما بين الحدين الأدنى والأقصى للحالة المعروضة عليه نموذجاً مثالياً للصياغة المرنة ١ ، ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في المادة ١٩١ من قانون العمل البحريني الجديد ٢ « يعاقب كل صاحب عمل أو من يمثله بالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار إذا أوقف العمل كلياً أو جزئياً في منشأته دون إخطار الوزارة بذلك».

وقد يحدث أن يعتمد واضع القانون الصياغة الجامدة في تحديد العقوبة المحكوم بها بشأن الواقعة التي ينظمها ، ثم يعتمد في نفس الوقت الصياغة المرنة فيرخص للقاضي في استبدال هذه العقوبة الصارمة بعقوبة أخرى أشد منها أو أخف عند وجود ظروف معينة تبرر حسب تقدير القاضي تشديد العقوبة أو تخفيفها ٣ .

## المطلب الثالث الصياغة المادية

تعني الصياغة المادية للقاعدة القانونية أن يجري التعبير عن جوهرها في مظهر مادي محسوس ، سواء تمثل ذلك في إحلال الكم محل الكيف ، أو تمثل في اشتراط شكلية معينة في بعض التصرفات التي تنظمها تلك القاعدة لترتيب أثرها القانوني عليها ، وهي بذلك المعنى تنقسم إلى قسمين :

## الفرع الأول الصياغة الكمية

أولاً : تعريف الصياغة الكمية : يقصد بالصياغة الكمية تلك الصياغة التي يعبر فيها عن جوهر القاعدة القانونية أو عن القيمة التي تتضمنها تعبيراً رقمياً محدداً بصورة تقطع دابر أي خلاف حول حقيقة المعنى المستفاد منها عند تطبيقه ٤ ، أو هي الصياغة التي يصوغ فيها واضع القانون المعنى الكيفي المعبر عن جوهر أو مضمون القاعدة القانونية صياغة كمية فيعبر عنه برقم معين ( وهو ما يُسمى بإحلال الكم محل الكيف أي استعمال مصطلح الترقيم أو التعبير عن المعنى بالأرقام ٥ ) .

فعلى سبيل المثال نجد أنه لو أريد صياغة سن الرشد صياغة كمية لقلنا أن هذه السن تعبر عن تمام الرشد لدى الإنسان بحيث لا يعترف بها إلا لمن ثبت تمام الإدراك والتمييز لديه ، وذلك حتى يكون أهلاً عندها

- ١ . انظر في ذلك المعنى : د / عبد القادر الشخيلي - المرجع السابق - ص ٢٧ .
- ٢ . وهو القانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢ م .
- ٣ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / أنور سلطان - المرجع السابق - ص ٩٧ .
- ٤ . انظر في نفس المعنى : د / عبد القادر الشخيلي - المرجع السابق - ص ٢٨ .
- ٥ . انظر في نفس المعنى : أ.د / أنور سلطان - المرجع السابق - ص ٩٨ .

لمباشرة جميع التصرفات على ماله بأنواعها المختلفة ( أي سواء كانت تصرفات نافعة له نفعاً محضاً أو ضارة له ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر ) ، ومن ثم فهي سن تقتضي تمام الإدراك والتمييز لدى المرء على نحو يدرك معها الضار من النافع له من التصرفات وتأثير ذلك عليه ، غير أن تطبيق هذا المعنى الكيفي سيكون أمراً صعباً وشاقاً على القضاء ، لأن الناس يتفاوتون فيما بينهم في الوصول إلى مرحلة تمام الإدراك والتمييز ، كما أنه سيكون من الصعب على الأفراد توفير الدليل المثبت لهذا المعنى الكيفي في جانبهم ، لذا يعمد واضع القانون إلى إحلال الصياغة الكمية محل الصياغة الكيفية ويعبر عن سن الرشد المعبرة عن تمام الإدراك والتمييز لدى الفرد صياغة رقمية معينة تدل عليها فيجعلها ٢١ عاماً كما هو الحال في مصر والبحرين ، أو ١٨ عاماً كما هو الحال في لبنان ، فيقضي بذلك على أي خلاف عند تطبيق القاعدة وييسر على القضاء مهمة هذا التطبيق ، بحيث يعد رشيداً من بلغ هذه السن حتى وإن لم يكتمل إدراكه وتمييزه واقعياً ، ولا يعد رشيداً من لم يبلغها حتى وإن كان قد اكتمل إدراكه وتمييزه بصورة واقعية يبصرها فيه كل من حوله من الناس ١ .

ثانياً : مزايا الصياغة الكمية وعيوبها لا جرم أن الصياغة الكمية نظراً لاعتمادها على التعبير الرقمي فإنها تيسر على القضاة مهمة تطبيق محتوى النص القانوني في سهولة ويسر ، كما تيسر على الأفراد معرفة وفهم مراكزهم القانونية في ضوء هذا المحتوى ، لكن يؤخذ عليها أنها لا تتيح للقاضي أي سلطة تقديرية عند التطبيق ، مما يوقعه في الحرج بين قناعاته التي يستقيها من واقع الحال ، وبين ما يمليه عليه محتوى النص ذي التعبير الرقمي ، فلا يجد بداً من تطبيق محتوى النص حتى وإن كان مجافياً لمقتضيات فكرة العدالة التي تستوجب مراعاة الظروف الخاصة لكل حالة وعدم التقييد بأحكام ثابتة في جميع الأحوال وفي كل الظروف .

## الفرع الثاني الصياغة الشكلية

أولاً : تعريف الصياغة الشكلية : يقصد بالصياغة الشكلية تلك الصياغة التي تفرض على المتصرف إفراغ تصرفه في شكل معين حتى يترتب عليه أثره القانوني . مثال ذلك ما نص عليه القانون من ضرورة إفراغ الرهن التأميني أو الرسمي في ورقة رسمية ٢ ، وإلا كان الرهن باطلاً ، وفي ذلك تنص المادة ٩٤٢ / أ من القانون المدني البحريني على أنه « لا ينعقد الرهن التأميني إلا بورقة رسمية » ٣ ، ولا شك في أن تطلب إفراغ هذا العقد في شكل خاص مثل اشتراط الرسمية فيه أو اشتراط كتابته كتابة عرفية يمثل خروجاً على المبدأ

- ١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / مصطفى محمد الجمال ، أ.د / عبد الحميد محمد الجمال - المرجع السابق - ص ٦٥ .
- ٢ . وتسمية الرهن الرسمي في القانون المدني البحريني بالرهن التأميني تسمية غير دقيقة ، لأنها لا تميزه عن الرهن الحيازي ، بل ولا تميزه عن غيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى ، لأنها تمثل وصفاً مشتركاً بين جميع هذه الحقوق ، لأن هذه الحقوق جميعها تتم من أجل تأمين وضمان حق الدائن ، والمفروض في التسمية أو الوصف أن تميز أو يميز المسمى أو الموصوف عن غيره ، ولذا عمد واضع القانون المصري إلى هجر التسمية القديمة التي كانت موجودة في القانون المدني المصري القديم واعتمد تسمية تبرز حقيقة هذا الرهن فسماه الرهن الرسمي ، ونؤمل أن يجري تصحيح هذه التسمية أيضاً في البحرين .
- ٣ . وهذا النص يعادل نص المادة ١٠٢١ / ١ مدني مصري .

العام في نشأة العقود في القانون المدني البحريني وغيره من القوانين الحديثة، ألا وهو مبدأ الرضائية، الذي يفيد أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين أو مباشرة إجراء محدد معه (مادة ٣٠ مدني بحريني) .

ومن أمثلة ذلك ما نص عليه القانون المدني المصري من أن هبة العقار لا تصح إلا إذا تمت في ورقة رسمية، وفي ذلك تنص المادة ٤٨٨ منه على أن « ١ - تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ». « ٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية ».

وكذلك ينص القانون المدني المصري على وجوب كتابة عقد الشركة وإلا كان العقد باطلاً ، بل ويبطل أي تعديل يرد على هذا العقد إذا لم يكن مكتوباً ، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٠٧ / ١ من هذا القانون بقولها « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وكذلك يبطل كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد » ، وينص القانون المدني البحريني على أنه بالرغم من أن الشركة تكتسب الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها ، إلا أنه لا يسمح بالاحتجاج بالشخصية الاعتبارية لهذه الشركة في مواجهة الغير إلا إذا تمت مراعاة إجراءات النشر المنصوص عليها قانوناً ، وفي ذلك تنص المادة ٤٥٥ من هذا القانون بقولها « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً . ولا يحتج بهذه الشخصية إلا إذا نشر ملخص عقد الشركة في الجريدة الرسمية ، ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها » .

ثانياً : مزايا هذه الصياغة الشكلية وعيوبها : لا جرم أن اشتراط الشكلية في التصرفات القانونية يحفظ عليها وجودها من الضياع ويوفر لها أدلة إثباتها أمام القضاء ، كما أن مرور الوقت اللازم لاستيفاء الشكلية ينبه المتصرف إلى خطورة التصرف المقبل على إبرامه فيأخذ قدراً من الوقت قبل أن يجمع أمره على المضي قدماً إلى إبرام التصرف الذي يمثل الشكل ركناً لازماً لصحة انعقاده ، وهذا لا يتأتى له في التصرفات الرضائية ، إذ ينعقد العقد ويلزمه بمجرد تمام رضائه به واتصاله بعلم من وجه إليه ، ولا يستطيع أن يراجع فيه نفسه بشأنه ، لكن مجرد رضائه في العقد الشكلي لا يلزمه بشيء مادام لم يفرغ هذا الرضاء في الشكل المطلوب له قانوناً أو اتفاقاً ، ومن ثم ففي مقدوره أن يتراجع عن اتمام هذا العقد الشكلي قبل استيفاء الشكل المشروط له ، لأن العقد لا يتم بدون هذا الشكل .

لكن على الرغم من هذه المزايا يبقى الشكل معوقاً ومعطلاً لسرعة اتمام التصرف بمجرد حصول التراضي به من طرفيه ، ناهيك عما يلزم له من إجراءات تحتاج إلى وقت وجهد ، فضلاً عما يشترط لها من رسوم ونفقات ١ .

١ . انظر في نفس المعنى : د / عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص ٣١ .

## المطلب الرابع الصياغة المعنوية

### الفرع الأول تعريف الصياغة المعنوية

تمثل الصياغة المعنوية عمليةً ذهنيةً يجري خلالها إعطاءً حكم معين لشيء مجهول بناءً على شيء معلوم يدل عليه أو إعطاءً شئ ما حكماً معيناً مخالفاً لواقعه من أجل ترتيب أثر قانوني معين أو تحقيق غاية عملية معينة .

ويعرفها البعض بأنها عمل ذهني يكسب القاعدة القانونية إخراجاً عملياً ١ .

### الفرع الثاني أنواع الصياغة المعنوية

تتجلى هذه الصياغة في كل من القرائن القانونية، والافتراض أو الحيل القانونية ، وذلك على التفصيل الآتي :

#### أولاً : القرائن القانونية

١ - معنى القرينة القانونية والحكمة منها: يقصد بالقرينة القانونية ما يستنبطه واضع القانون من واقعة ثابتة ومعلومة للاستدلال بها على واقعة غير ثابتة مجهولة في ضوء الاحتمال الراجح ، أو هي ما يستنبطه القانون من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول بناءً على غالب الأمور ٢ .

وتتجلى الحكمة من تقرير واضع القانون للقرائن القانونية في تحقيق أحد هذه الأهداف الآتية ٣:

١ . إبطال التحايل على أحكام القانون قد يستهدف واضع القانون من وراء تقريره القرينة القانونية سد أو إبطال باب التحايل على أحكام القانون ، فعلى سبيل المثال نجد أن المريض مرض الموت - إلا من رحم الله - قلما يتقي الله في ورثته ، ولذا قد يندفع عن جهالة ولو بدوافع إنسانية مغلوبة إلى مباشرة بعض التصرفات الضارة بالورثة ، فيتصرف في أمواله كلها أو بعضها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت ، لكن لعلمه بأنه إذا ظهرت هذه التصرفات في صورتها الحقيقية ستأخذ قانوناً حكم الوصية ، ومن ثم فلن تسري في حقهم إلا في حدود الثلث ، لذا يعمد المرء إلى ستر هذه التصرفات في شكل عقود تبرع بقصد التحايل على أحكام القانون في خصوص الموارث والوصايا ، من أجل ذلك يتدخل واضع القانون في بعض الفروض مفترضاً قرينة قانونية مأخوذة من واقعة التبرع في مرض الموت بوصفه

١ . راجع في ذلك هذا الموقع : [www.shaimaatalla.com/vb/showthread.php%3Ft%3D404](http://www.shaimaatalla.com/vb/showthread.php%3Ft%3D404)

٢ . انظر في ذلك إلى : أ.د / خالد جمال أحمد حسن « الوجيز في شرح قانون الإثبات البحريني » ص ١٠٧ ، طبعة عام ٢٠١٠ م .

٣ . انظر في ذلك إلى : أ.د / خالد جمال أحمد حسن - المرجع السابق - ، ص ١٠٧ وما بعدها .

تصرفاً منجزاً مفادها أن هذا التبرع يأخذ حكم الوصية ، وذلك للحيلولة دون الإضرار بالورثة ، وإبطال التحايل على أحكام القانون، فلا يسري التبرع إلا في حدود الثلث لأنه سيأخذ حكم الوصية .  
 ب. تيسير مهمة الإثبات على المكلف به قد يقدر واضع القانون صعوبة الإثبات في بعض الفروض فيدفعه ذلك إلى تقرير قرينة قانونية معينة لصالح من يصعب عليه الإثبات في مثل هذه الفروض ، فتكون هذه القرينة سبباً في إعفائه من مهمة الإثبات لتتنقل هذا العبء من كاهله إلى كاهل خصمه الآخر.  
 فعلى سبيل المثال نجد أن واضع القانون لا يعتد بالتعبير عن الإرادة الموجه من أحد طرفي العقد المزمع إبرامه إلا إذا اتصل هذا التعبير بعلم الطرف الآخر، غير أنه نظراً لصعوبة إثبات تحقق اتصال علم من وجه له هذا التعبير بهذا التعبير، فقد عمد واضع القانون إلى تقرير قرينة قانونية مفترضة من خلالها تحقق هذا الاتصال بعلم من وجه إليه هذا التعبير من مجرد ثبوت وصول التعبير إليه ، ولذا تنص المادة ٢٢ مدني بحريني على أنه « ينتج التعبير عن الإرادة أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك ».

وكذلك الحال نجد أن مسؤولية متولي الرقابة عن الفعل الضار الصادر من المشمول برقابته لا تتعدى إلا إذا أثبت المضرور الخطأ في جانب متولي الرقابة ، وذلك بإثبات الخطأ في أدائه لموجبات الرقابة ومتطلباتها على من تشمله قانوناً أو اتفاقاً رقبته ممن هم في حاجة للرقابة بسبب الحالة العقلية أو الحالة العمرية ( السنية ) أو الحالة الجسمية أو الجسدية ، وهذا بلا أدنى شك أمر شاق وصعب الإثبات للغاية بالنسبة للمضرور ، لذا تدخل واضع القانون مقررراً قرينة قانونية يسرت على المضرور مهمة الإثبات ، بل وأعفته من إثبات الخطأ في جانب متولي الرقابة مفترضة ثبوته في حقه بمجرد إثبات المضرور وقوع الفعل الضار من جانب المشمول بالرقابة ، فيكون ذلك قرينة قانونية على ثبوت الخطأ في حق متولي الرقابة ، ما لم يثبت عكس ذلك ، وفي ذلك تنص المادة ١٧٠/أ مدني بحريني على أنه « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً في مواجهة المضرور بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بعمله غير المشروع ، وذلك ما لم يثبت أنه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي أو أن الضرر كان لا بد واقع ولو قام بهذا الواجب » ١ .

بيد أن ذلك لا يعني أن القرينة القانونية تعفي المتمسك بها من مهمة الإثبات كلية ، إنما تعفيه فقط من دلالة هذه القرينة على الواقعة محل النزاع ، وتنقل من ثم عبء الإثبات من على عاتقه إلى عاتق الطرف الآخر ليثبت عكس ما دلت عليه هذه القرينة ( هذا إن كانت القرينة بسيطة ، أي قابلة لإثبات العكس ) ، لكن يبقى على عاتق المتمسك بالقرينة القانونية عبء إثبات مضمون هذه القرينة ، ومن ثم إذا اعتبرنا في المثال قبل السابق أن وصول التعبير إلى شخص من وجه إليه قرينة على علمه به ، فإنه وإن أعفينا مرسل هذا التعبير من إثبات اتصال علم هذا الشخص بهذا التعبير ، إلا أنه لا يعفى من إثبات إرساله للخطاب الذي يحمل هذا التعبير ووصول هذا التعبير إليه ، وذلك حتى يمكن إعمال مضمون تلك القرينة ولا يكلف بإثبات اتصال علمه بمضمون هذا التعبير ، فهذا أمر مفترض قانوناً متى أثبت وصول الخطاب إلى علم

١ . هذه المادة تعادل المادة ١٧٢ مدني مصري .

من وُجِهَ إليه .

ت. تقرير ما جرى عليه العمل بين الناس قد يتجه واضع القانون إلى تقرير القرينة القانونية ليسجل من خلالها ما جرى عليه العمل بين الناس ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٥٢٥ مدني بحريني من أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة علي هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ١ . وهذا من باب الأخذ بما تعارف عليه الناس من أن المؤجر لا يعطي مخالصة عن قسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى من المستأجر جميع أقساط الأجرة السابقة على هذا القسط .

ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٢/٥٢٨ مدني بحريني على أنه « فإذا كان تسليم المأجور قد تم دون بيان لحالته افترض - حتى يقوم الدليل على العكس - أن المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة » ٢ . وذلك تأسيساً على أن المتعارف عليه بين الناس أن المستأجر لا يقبل استلام المأجور إلا إذا كانت حالته حسنة ، وإلا رفض استلامه من المؤجر حتى يهيئه لحسن الانتفاع به .

٢- أنواع القرائن القانونية : نظراً لأن القرينة القانونية لا تبنى على التمام والكمال ، وإنما تبنى على الراجح والغالب من الظروف والأحوال ، فإن دلالتها على ما تشير إليه لا يحمل على معنى القطع والحسم ، إنما يحمل على الظن والرجحان ، إذ يبقى متصوراً أن يكون فيه ( أي في معنى القرينة وفحواها ) قدرٌ ما من الخطأ وعدم الصواب ، وقد كان من مقتضى ذلك أن تكون القرينة في دلالتها دائماً قابلة لإثبات العكس ، بحيث يجوز لمن يضرار من مضمونها أن يقيم الدليل على نقضه وإثبات ما يخالفه ، غير أن واضع القانون عمد إلى اعتبار بعض القرائن القانونية قاطعة في دلالتها على المعنى الذي تشير إليه ، على نحو لا يسمح لأحد بإثبات عكس مضمونها تقديراً منه بأن احتمال عدم مطابقة هذا المضمون مع الحقيقة والواقع أمر في غاية الضعف ٣ .

لذلك فقد قسم واضع القانون القرائن القانونية إلى نوعين : قرائن قانونية بسيطة ، وقرائن قانونية قاطعة ، وذلك على التفصيل الآتي :

١ . القرائن القانونية البسيطة يمكننا تعريف القرينة القانونية البسيطة بأنها « القرينة التي يستنبطها القانون من واقعة ثابتة معلومة للدلالة على واقعة غير ثابتة مجهولة دلالة ظنية تسمح بإثبات عكس ما تشير إليه » . الأصل العام في القرينة القانونية أن تكون بسيطة أو غير قاطعة في دلالتها على ما تشير إليه ، ومن ثم يكون للمتضرر من مضمونها إثبات عكسها بأي وسيلة من وسائل الإثبات ، ولذا تنص المادة ٩٧ إثبات بحريني على أنه « القرائن التي ينص عليها القانون تغني من تقرررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » ٤ .

١ . هذه المادة تعادل المادة ٥٨٧ مدني مصري .

٢ . هذه المادة تعادل المادة ٢/٥٩١ مدني مصري .

٣ . انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد « الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني » ، بند ١٠٦ ، ص ١٦٧ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠١-٢٠٠٢ م ، مطبعة جامعة البحرين .

٤ . هذه المادة تعادل المادة ٩٩ إثبات مصري .

ولعل من أمثلة القرائن القانونية البسيطة ما تنصّ عليه المادة ١١٢ من القانون المدني البحريني بقولها «كل التزام لم يذكر له سبب يفترض أنه يقوم على سبب مشروع وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه» ١ ، وما نصت عليه المادة ٢/٢٣ مدني بحريني بقوله « ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك » ٢ ، وما نصت عليه المادة ٨٩١ مدني بحريني بقولها « من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر عليه ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس » ٣ .

وواضح مما سبق أن القرينة القانونية البسيطة تعفي من يتمسك بها من عبء الإثبات وتجعل على عاتق الطرف الآخر نقض هذه القرينة بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن القضائية .

ب. القرائن القانونية القاطعة يمكننا تعريفها بأنها « القرينة التي يستنبطها القانون من واقعة ثابتة معلومة للدلالة على واقعة غير ثابتة مجهولة دلالة قطعية لا تسمح بإثبات عكس ما تشير إليه ». ولعل من الأمثلة على هذا النوع من القرائن ما نصّ عليه القانون من افتراض خطأ الحارس للأشياء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس عند وقوع فعل ضار بالغير من هذا الشيء محل الحراسة ، سواء كان هذا الشيء محل الحراسة حيواناً أم بناءً أم شيئاً يحتاج إلى عناية خاصة أم آلة ميكانيكية ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٧٥/أ مدني بحريني على أن « كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، هذا ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير » .

وينبغي مراعاة أن من يتمسك بالقرينة القانونية أياً كان نوعها ( سواء كانت بسيطة أم قطعية ) لا يعفى كليةً من الإثبات ، إنما يطالب بإثبات مقومات توافر القرينة القانونية في جانبه ، فإذا أثبت ذلك كانت هذه القرينة سبباً في إعفائه من إثبات ما دلت القرينة إعفاءً يمكن لخصمه إثبات عكسه أو خلافه بأي من طرق الإثبات ، هذا إذا كانت القرينة بسيطةً ، أو لا يمكن لخصمه إثبات عكسه أو ما يخالفه إذا كانت القرينة قاطعة .

ثانياً : القرائن القضائية : يقصد بالقرائن القضائية ما يستنبطه القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها للدلالة على الواقعة المتنازع عليها تقديراً لما بينهما من ارتباط . فالقاضي في هذا النوع من القرائن ينظر إلى واقعة معينة ثابتة ومعلومة فيستدل بها في إثبات واقعة أخرى غير معلومة متنازع عليها ، كما لو استدل القاضي على صورية الثمن المذكور في عقد بيع عمارة لخدمة تعمل لدى مخدمها البائع ( بوصفها واقعة غير ثابتة ومجهولة ) من ضالة الأجر الذي تتحصل عليه من خدمتها لدى البائع ، فضلاً عن عدم وجود أي دخل آخر لها ( والذي يمثل تعبيراً عن واقع ثابت ومعلوم بالنسبة للخدمة المشتريّة ) والذي لا يغطي كل متطلبات حياتها اليومية .

وقد عرّف قانون الإثبات البحريني هذا النوع من القرائن في المادة ٩٨ منه بقوله « القرائن القضائية هي

١ . هذه المادة تعادل المادة ١٢٧ / ١ مدني مصري .

٢ . هذه المادة تعادل المادة ٩١ مدني مصري .

٣ . هذه المادة تعادل المادة ٩٦٤ مدني مصري .

التي لم ينص عليها القانون ، وللقاضي استنباط كل قرينة منها من ظروف الدعوى وتقدير مدى دلالتها فيها .....» ١ .

وتعتبر القرينة القضائية دليلاً غير مباشر من أدلة الإثبات ، لأن الإثبات لا ينصب مباشرة على الواقعة المجهولة المتنازع عليها ( أي المراد إثباتها أو تمثل محلاً للإثبات ) ، إنما ينصب على واقعة أخرى معلومة تدل عليها دلالة غير مباشرة ، وذلك مراعاة لما بينهما من ارتباط وثيق يبرر هذا الاستدلال .

### وبناء على ما سبق تقوم القرينة القضائية على عنصرين :

١ . **عنصر مادي:** يتمثل في الواقعة المادية الثابتة والمعلومة التي تمثل أساساً ومنطلقاً يبنى عليها القاضي استنتاجه أو استنباطه ، سواء كانت تلك الواقعة قد ثبتت أمام القاضي بعد مناقشة الخصوم أم أنها كانت موجودة سلفاً في أوراق الدعوى أم أنه قد توصل إليها القاضي عن طريق المعاينة أو الخبرة القضائية ، مادامت هذه الواقعة جزءاً من وقائع هذه الدعوى وملاساتها .

٢ . **عنصر معنوي:** يتمثل في جهد القاضي الذهني في استنباط الواقعة غير الثابتة المجهولة المتنازع عليها من تلك الواقعة المادية الثابتة المعلومة الدالة عليها دلالة غير مباشرة . وله في ذلك حرية التقدير دون أن يكون لمحكمة النقض أو التمييز أي تعقيب عليها في ذلك متى كان استنباطه سائغاً ومقبولاً ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه « من المقرر أن الأصل في استنباط القرائن أنها من إطلاقات محكمة الموضوع ، إلا أنه يشترط أن يكون استنباطها سائغاً ، وأن يكون استدلال الحكم له سند من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التي بني عليها قضاءه » ٢ .

إن حجية القرائن القضائية في الإثبات مقصورة قانوناً على ما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، ومن ثم يكون لها ذات الحجية المقررة قانوناً للشهادة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٨ إثبات بحريني بقولها « ..... ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود » ٣ .

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في استنباط القرينة القضائية ، فله مطلق التقدير في اختيار الواقعة المادية الموجودة بالدعوى لاستنباط القرينة منها ، وتقدير ما تحمله تلك الواقعة المادية الثابتة المعلومة من دلالة غير مباشرة على الواقعة غير الثابتة المجهولة محل النزاع ، ولا معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز أو النقض ، مادام أن استخلاصه لها كان سائغاً .

وينبغي مراعاة أن حجية القرائن القضائية ليست قاطعة ، فيمكن إثبات عكس ما دلت عليه القرينة بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن .

### ثالثاً : التفرقة بين القرائن القضائية والقرائن القانونية :

على الرغم من اتحاد نوعي القرائن ( سواء كانت قضائية أم قانونية ) في الوسيلة والغاية ، إذ تعتمد

١ . هذه المادة تعادل المادة ١٠٠ إثبات مصري .

٢ . تمييز بحريني ، طعن رقم ٢٦٣ ، ٢٨٦ لسنة ٢٠٠٥ م ، جلسة ٣٠ يناير ٢٠٠٦ م ، السنة السابعة عشرة ، ق ٤٢ ، ص ١٧١ .

٣ . هذه المادة تعادل المادة ١٠٠ إثبات مصري .

القرينة بنوعها على عملية الاستنباط أو الاستنتاج من الواقعة الثابتة والمعلومة للدلالة على الواقعة غير الثابتة والمجهولة ، وتهدف القرينة إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق من تقررت لصالحه القرينة إلى عاتق خصمه الآخر ، إلا أنهما يختلفان في جوانب أخرى عديدة يمكن إجمالها في النقاط الآتية :

١ . الاختلاف من حيث المصدر فالقرائن القضائية يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها ، بعكس القرائن القانونية التي يستنبطها واضع القانون من المألوف والغالب في الظروف والملابسات المرتبطة بموضوع الدعوى ١ .

٢ . الاختلاف من حيث الطبيعة الفنية تمثل القرائن القضائية أدلة إثبات بالمعنى الفني الدقيق ، في حين أن القرائن القانونية في حقيقتها مجرد قواعد موضوعية يترتب على توافر شروطها إعفاء من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات ونقل هذا العبء إلى خصمه الآخر ٢ .

٣ . الاختلاف من حيث قطعية أو عدم قطعية دلالتها القرائن القضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى فهي غير ملزمة له وغير قاطعة في دلالتها ، في حين أن القرائن القانونية بعضها قاطع الدلالة فلا يجوز نقضه ، وبعضها الآخر غير قاطع الدلالة فيجوز نقضه وإثبات عكسه بأي طريق من طرق الإثبات ٣ .

٤ . الاختلاف من حيث المدى والنطاق تقتصر القرائن القانونية على ما نص عليه القانون منها ، فلا قرينة قانونية أيا كان نوعها بغير نص قانوني يقررها ، بعكس القرائن القضائية فهي ليست محصورة في عدد معين أو حالات محددة ، فالقاضي يستنبطها من ظروف وملابسات كل دعوى على حده ، ولذا فهي تختلف من قضية إلى أخرى ، وتتنوع بتنوع واختلاف ظروف وملابسات كل قضية عن غيرها من القضايا ٤ .

٥ . الاختلاف من حيث مدى الحجية في الإثبات لا يجوز الإثبات بالقرينة القضائية إلا فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، في حين أنه في خصوص القرينة القانونية يجري الإثبات بشأن الواقعة المعلومة في ضوء القواعد العامة في الإثبات ، بحيث ما كان منها فوق نصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود ، فتلزم فيه الكتابة ، وما كان منها دون نصاب البينة يمكن الإثبات فيه بشهادة الشهود والقرائن ٥ .

ومما تجدر الإشارة إليه فإن ثمة نوعاً من القرائن لا يعد من القرائن القضائية لعدم استنباطها من قبل القاضي ولا تخضع في نفس الوقت لسلطته التقديرية ، كما لا تعد من قبيل القرائن القانونية لعدم نص القانون عليها ، يطلق عليها الفقه اسم القرائن الطبيعية ، وذلك تأسيساً على أنها تتفق مع طبائع الأشياء

١ . أ.د / نبيل إبراهيم سعد ، أ.د / همام محمد محمود « أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية » ، ص ٢٤٩ ، طبعة عام ٢٠٠١ م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، أ.د / محمد سعد خليفة ، أ.د / عبدالحميد عثمان « شرح أحكام قانون الإثبات » طرق الإثبات التقليدية والإلكترونية في القانون البحريني » ، ص ٢٥٩ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٨ م ، مطبعة جامعة البحرين .

٢ . أ.د / نبيل إبراهيم سعد ، أ.د / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٢٤٩ ، أ.د / ليلى عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٠٧ ، ص ١٧١ .

٣ . أ.د / ليلى عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٠٧ ، ص ١٧١ .

٤ . أ.د / ليلى عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٠٧ ، ص ١٧١ .

٥ . أ.د / ليلى عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٠٧ ، ص ١٧١ .

وتنسجم مع واقع الحال بطريقة طبيعية أو تلقائية ، مثال ذلك اعتبار ثبوت وفاة شخص معين في زمن معين قرينة طبيعية على ثبوت حياته قبل هذا التاريخ ، كما أن ثبوت تاريخ ميلاد شخص معين منذ مائتي عام أو بمعنى آخر فإن مضي مدة زمنية معينة مقدارها مائتا عام على ميلاد شخص معين قرينة طبيعية على موته في الحال ١ .

## الفرع الثاني الحيل القانونية أو الافتراض

**أولاً : تعريف الحيلة القانونية :** هي عملية ذهنية يُعطي فيها النص القانوني شيئاً ما أو موضوعاً معيناً حكماً يخالف حقيقته وواقعه بغيّة ترتيب آثار قانونية معينة أو لتحقيق غاية عملية معينة ، مثال ذلك اتجاه واضع القانون إلى معاملة المفقود الذي غاب فترة معينة من الزمن معاملة الميت الفعلي رغم أنه لم يموت موتاً فعلياً ، وذلك ترجيحاً لمصلحة راجحة على مصلحته مثل مصلحة زوجة المفقود ( وذلك حتى لا تبقى معلقة لا هي زوجة فعلاً ، ولا هي حرة غير مرتبطة بزواج حتى تتمكن من الزواج بمن تريد بعد الحكم بموته والاعتداد منه عدة المتوفى عنها زوجها ) ومثل مصلحة ورثة المفقود ( حتى لا يظلوا محرومين من حقهم في الإرث من المفقود لفترات طويلة إذا لم تظهر حقيقة حياته أو موته الفعلي لمدة زمنية طويلة ) وعده ميتاً موتاً حكماً لترتيب آثار الموت الفعلي عليه فتتعد من زوجته وتوزع أمواله على ورثته الموجودين عند الحكم بموته ، ومثال ذلك أيضاً معاملة بعض المنقولات بطبيعتها متى كانت مخصصة لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته معاملة العقار بطبيعته لتأخذ حكم هذا العقار بطبيعته ، وذلك لضمان بقائها مرصودة لخدمة هذا العقار ، وسماها عقارات بالتخصيص ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٠ / ٢ على أن « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » ٢ ، وكذلك الحال معاملة العقار بطبيعته معاملة المنقول بطبيعته متى كان على وشك أن يصير منقولاً بطبيعته فينفصل من أصل ثباته وقراره ، وخلع عليه إذا وصف المنقول بحسب المأل ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٢ / ٢ مدني بحريني على أنه « ومع ذلك يعتبر الشيء منقولاً إذا كان انفصاله عن العقار وشيك الحصول ونظر إليه استقلالاً على هذا الاعتبار » ٣ ، وافترض وجود الجنين حياً لحظة موت أحد أقاربه أو لحظة الإيضاء له أو حتى لحظة التبرع له ( لاسيما عند من يجيز التبرع للجنين ؛ ) من أجل ترتيب أثر قانوني معين متمثل في صحة إرثه من ذويه أو تلقيه الوصية أو التبرع من غيره .

١ . أ.د / محمد سعد خليفة ، أ.د / عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ١٤٠ ، ص ٢٦٠ .

٢ . هذه المادة تعادل المادة ٨٢ / ٢ مدني مصري .

٣ . ليس لهذه المادة ما يعادلها في القانون المدني المصري

٤ . لأن من الفقهاء من يرى قصر أهلية الوجوب للجنين على الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الإرث أو الوصية أما الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الهبة فلا يرون له أهلية بشأنها ، غير أن من الفقهاء من يرى - وبحق - صحة الهبة للجنين مع تعيين من ينوب عنه في قبولها قياساً على صحة الهبة للصبي غير المميز فينوب عنه في قبولها وليه أو وصيه ( راجع في ذلك : أ.د / خالد جمال أحمد حسن « المدخل في مبادئ القانون البحريني » ص ٢٥٢ ) .

## ثانياً : مزايا وعيوب هذه الحيل القانونية

لعله من الواضح من الأمثلة السابقة أن الحيل القانونية كانت خير وسيلة مُعيّنة على حل المشاكل العملية التي كانت سبباً في اللجوء إليها ، لكن ينبغي الحذر والحيطه عند تقرير لجوء واضع القانون إليها فيقصرها عند توافر الضرورة الملجئة إليها ، كما ينبغي على القاضي عند تحديده للافتراض أو الحيلة ألا يتوسع في تفسيره أو تفسيرها ، وذلك لما يحمله الافتراض أو تحمله الحيلة من مضمون مخالف للحقيقة والواقع ١ .

### المطلب الخامس الصيغ الأمرة والصيغ المكملة

#### الفرع الأول تعريف القواعد الأمرة والقواعد المكملة

##### أولاً : تعريف القواعد الأمرة

يقصد بالقواعد الأمرة Les règles impératives تلك القواعد التي يوجب القانون على الأفراد الالتزام بأحكامها دون أن يسمح لهم بالخروج عليها والاتفاق فيما بينهم على ما يخالفها، ومن ثم ينعدم أي سلطان لإرادة الأفراد حيال هذا النوع من القواعد، فليس لهم إلا أن ينفذوا مقتضى هذه القواعد أو يكون البطلان المطلق جزءاً وفاقاً لاتفاقهم المخالف لأحكام هذه القواعد ٢ .

ونظراً لما لهذه القواعد من طبيعة مقيدة لسلطان إرادة الأفراد لذا يحرص واضعو القوانين عادة على تنظيم المصالح الأساسية في المجتمع بنصوص وقواعد أمره لتوفير الحماية اللازمة لهذه المصالح وإجبار الأفراد على مراعاتها واحترامها.

فالقواعد القانونية الواردة في قانون العقوبات والتي تنهى عن ارتكاب الجرائم أو الاشتراك فيها تعتبر قواعد أمره لا يجوز مخالفتها والخروج على مقتضى أحكامها، ويبطل أي اتفاق بين الأفراد على مخالفتها، فلا يجوز مثلاً أن يتفق شخصان على قتل شخص ثالث ٣ .

كما أن القاعدة التي تقضى بعدم جواز التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضائه المنصوص عليها في المادة ١٠٤ من التقنين المدني البحريني الجديد، قاعدة أمره لا تجوز مخالفتها ويبطل كل اتفاق بالخروج على مقتضى أحكامها بطلاناً مطلقاً.

١. انظر في ذلك المعنى: أ.د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ١٧٦ ، د/ عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص ٣٥ .

٢. انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقي: «نظرية القانون»، بند رقم ٦٨ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦٥، دار الكتاب العربي بمصر. ، حسن كيرة: «المدخل إلى القانون»، بند رقم ١٦، ص ٤٢ ، الطبعة السادسة عام ١٩٩٢م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، أ.د/ سليمان مرقس: «الوافي في شرح القانون المدني»، الجزء الأول، (المدخل للعلوم القانونية) ، ص ١٢ ، ١٣ ، الطبعة السادسة، ١٩٨٧م، مطبعة السلام.

٣. انظر في نفس المعنى: أ.د/ حسن كيره - المرجع السابق - ص ٤٢، أ.د/ نعمان جمعة: «المدخل للعلوم القانونية» ، ص ٥٩ ، طبعة عام ١٩٧٧م .

كما أن القاعدة القانونية التي تمنع القضاة أو أعضاء النيابة أو المحامين أو كتبة المحاكم أو المحضرين من شراء الحق المتنازع فيه كله أو بعضه بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، طالما أن النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها تعد قاعدة أمر، ويترتب على مخالفة أحكامها بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً عملاً بنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدني البحريني .

### ثانياً : تعريف القواعد المكملة

أما القواعد المكملة Les règles supplétives: فهي القواعد القانونية التي يرخص فيها للأفراد بالخروج على أحكامها والاتفاق فيما بينهم على تنظيم يخالف مقتضى هذه الأحكام، بحيث لا يجرى تطبيقها عليهم إلا في حالة عدم وجود الاتفاق المخالف لها ١ .

فقد يرى واضح القانون أنه من الحكمة أن يفسح المجال لسُلطان الإرادة في بعض المعاملات الخاصة التي لا يترتب على غياب التنظيم الأمر لها ( أي بموجب قواعد أمر) إضراراً ما بالمصالح الأساسية في المجتمع، فيسمح للأفراد بوضع التنظيم الاتفاقي الذي يرونه محققاً لمصالحهم ، ويتولى واضح القانون تنظيمها بنصوص غير أمرية أي بقواعد مكملة فلا يجرى تطبيقها عليهم إلا إذا أغفلوا تناولها أو التعرض لها في اتفاقهم ٢ .

فالقاعدة التي تقضى بأن ثمن المبيع يكون مستحق الوفاء في المكان والزمان اللذين يُسَلَّمُ فيهما المبيع (مادة ٤٢٧ ، ٤٢٨ مدني بحريني) قاعدة مكملة غير أمرية حيث يجوز الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يتم دفع الثمن بعد التسليم في الميعاد والمكان اللذين يتفقا عليه فيما بينهما، فيخالفنا بذلك الاتفاق ما تضمنته أحكام هذه القاعدة، أما إذا أغفلا مثل هذا الاتفاق فعند ذلك يجب على المشتري أن يسلم البائع الثمن في نفس الزمان والمكان اللذين يتم تسليم المبيع فيهما .

والقاعدة التي تنص على أن يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات تسليم المبيع تعد قاعدة مكملة أيضاً (المادة ٤٣٥ مدني بحريني ) فلا يجوز إلزام الطرفين بحكمها إلا في حالة عدم وجود اتفاق مخالف لها، فيمكن لهما أن يتفقا على أن يتحمل البائع مثل هذه النفقات كلها أو بعضها حسب اتفاقهما .

وتجدر الإشارة إلى أن البعض من الفقه يميل إلى تسمية القواعد المكملة باسم المقررة على

١ . انظر في ذلك إلى: أ.د/ عبد المنعم البدرأوى: «المدخل للعلوم القانونية»، ص٨٩، طبعة عام ١٩٦٦م، دار النهضة العربية ، أ. د/ ، سمير عبد السيد تناغو: «النظرية العامة للقانون»، ص ٨٥ ، طبعة عام ١٩٧٤م، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ، أ. د/ محمد لبيب شنب: «مذكرات في المدخل لدراسة القانون»، ص ٥٥ ، طبعة عام ١٩٧٥ - ١٩٧٦م ، دار النهضة العربية ، أ.د/ جميل الشرفاوي -المرجع السابق- ص٥٥، أ.د/ رمضان أبو السعود: «الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني»، ص٩٩، الطبعة الثانية عام ١٩٨١م، الإسكندرية ، أ.د/ شمس الدين الوكيل: «مبادئ القانون»، ص ٨٩ ، الطبعة الأولى، عام ١٩٦٨م، منشأة المعارف بالإسكندرية .

٢ . انظر في نفس المعنى: أ. د/ مصطفى الجمال -المرجع السابق- ص ٥٢، أ. د/ عبد المنعم فرج الصدة: «أصول القانون» ص ٥٥ ، طبعة عام ١٩٦٥م ، أ. د/ حمد سلامة: «المدخل لدراسة القانون»، الكتاب الأول «نظرية القاعدة القانونية»، طبعة عام ١٩٧٤م، دار النهضة العربية ، ص ٩٨، أ. د/ حمدي عبد الرحمن: «مبادئ القانون»، الطبعة الأولى، عام ١٩٧٥م ، دار الفكر العربي، ص ٨٦، أ. د/ سليمان مرقس -المرجع السابق- ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

أساس أن هذه القواعد تعبر عن الإرادات المفترضة للأفراد، إذ إنها تقرر أن هذه الإرادات وقد أغفلت القواعد الاتفاق فيما بينها على ما يخالف أحكام هذه القواعد، فقد اتجهت على سبيل الافتراض إلى الأخذ بالأحكام الواردة بها، كما أنهم يطلقون عليها أيضاً اصطلاحاً آخر يعرف باسم القواعد المفسرة على أساس أن أحكام هذه القواعد تفسر الغموض في الإرادة المفترضة لدى المتعاقدين<sup>١</sup>.

ويميل البعض الآخر - وبحق - إلى انتقاد استعمال اصطلاح القواعد المفسرة والقواعد المقررة بوصفهما مترادفين لاصطلاح القواعد المكملّة حيث يقول: «ولا نميل إلى التشيع للاصطلاح الأول أو الثاني. فكلاهما يستند إلى فكرة أن القاعدة القانونية المقررة أو المفسرة هي تعبير عن الإرادة المفترضة للأفراد، والإرادة المفترضة مجرد وهم لا يطابق الواقع. ولا يجوز تأصيل أحكام القانون بالاعتماد على إرادة مفترضة، فالإرادة تقوم في جوهرها على المشيئة وليس على الافتراض»<sup>٢</sup>.

### ثالثاً : مدى توافر وصف الإلزام في القواعد المكملّة

قد يبدو للناظر لأول وهلة أن ثمة تعارضاً واضحاً وظاهراً بين اعتبار القواعد المكملّة قواعد قانونية ملزمة وبين السماح قانوناً للأفراد بمخالفتها والخروج على مقتضى الأحكام الواردة فيها بتنظيم اتفاق مخالف لها.

والحقيقة أن الفقه مستقر ومجمع على أن القواعد المكملّة والقواعد الآمرة قواعد قانونية ملزمة سواء بسواء، بيد أن الخلاف بينهم قد ثار حول محاولة التوفيق بين القول بثبوت صفة الإلزام في هذه القواعد المكملّة باعتبارها قواعد قانونية ملزمة وبين عدم مؤاخذه الأفراد بل والسماح لهم قانوناً في مخالفتها والخروج عليها بتنظيم اتفاق.

فذهب البعض إلى أن صفة الإلزام في مثل هذه القواعد تستند إلى الإرادة الضمنية للأفراد، إذ يفترض انصراف إرادة الأفراد إلى الأخذ بالأحكام الواردة فيها طالما لم تصرف إرادتهم الصريحة إلى إبرام اتفاق مخالف لها.

وقد تعرض هذا الرأي للنقد على أساس أن صفة الإلزام في هذه القواعد لا تستمد من الإرادة الضمنية للأفراد، بدليل أنهم قد يلزمون بهذه القواعد عند غياب التنظيم الاتفاقي المخالف لها، كما أنه إلى جانب ذلك فإنه رأى يقوم على الافتراض، والافتراض وهم وخيال لا حقيقة وواقع<sup>٣</sup>.

وذهب البعض الآخر إلى القول بأن هذه القواعد تكون اختيارية ابتداءً ثم تضحى ملزمة وإجبارية انتهاءً، بمعنى أن الأفراد يكونون أحراراً في الاتفاق على ما يخالفها إلى وقت إبرام العقد، فإذا ما أبرم العقد ولم يتفقوا على ما يخالف هذه القاعدة صارت ملزمة لهم.

١. أ.د./سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٢٥، ١٢٤.

٢. أ.د./شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٩١، ٩٢.

٣. انظر في عرض هذا الرأي وانتقاده إلى أ.د/ عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ١٤٠، أ.د/ حسن كيره - المرجع السابق - ص ٤٥، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٩١، ٩٢، أ.د/ محمد ليبب شنب - المرجع السابق - ص ٤٤، أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني: «أصول القانون»، الجزء الأول، نظرية القانون، ص ٩٢، طبعة عام ١٩٨٨ م، أ.د/ نزيه محمد الصادق المهدي: «المدخل لدراسة القانون»، نظرية القانون، ص ٩٧، الطبعة الثالثة عام ١٩٨١ م، دار النهضة العربية، أ.د/ جميل الشرفاوي: «دروس في أصول القانون»، ص ٦٤، طبعة عام ١٩٧١ م، دار النهضة العربية.

وقد تعرض هذا الرأي للنقد أيضاً إذ لا يمكن التسليم بالقول بعدم ثبوت صفة الإلزام فى القاعدة المكملة إلى وقت إبرام العقد وبالتالي تنتفى عنها صفتها باعتبارها قاعدة قانونية خلال تلك الفترة ثم تعود إليها بعد العقد عند عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها، فهذا القول يتنافى مع المنطق والعقل، لأن القاعدة إما أن تكون قاعدة قانونية من وقت وضعها لا من وقت العقد، وإما أنها ليست قاعدة قانونية من وقت وضعها، فلا يتصور أن تتحول قاعدة ما إلى قاعدة قانونية ملزمة بمجرد إبرام العقد دون أن يكون ثمة اتفاق بين المتعاقدين على ما يخالف مقتضى هذه القاعدة ١.

ويذهب الرأى الغالب فى الفقه ٢ - الذى نرجحه - إلى أن القواعد المكملة مثلها مثل القواعد الأمرة ملزمة منذ وضعها ابتداءً وانتهاءً، غاية الأمر أن واضع القانون جعل الخطاب الموجه إلى الأفراد فى القواعد المكملة خطاباً مقيداً أو معلقاً على شرط، فهى لا تكون واجبة التطبيق إلا بتوافر هذا الشرط، وشرط انطباقها هو عدم اتفاق الأفراد على عكس ما جاء فيها من أحكام، بعكس الحال فى القواعد الأمرة فخطابها إلى الأفراد مطلق وحريرتهم فى استبعاد تطبيقها منعدمة.

#### رابعاً : معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة

لا شك أنه مع احتواء القانون على كل من القواعد الأمرة والقواعد المكملة تتعاظم أهمية وقوف الأشخاص المخاطبين بها على المعيار المميز لهما حتى يتسنى لهم العلم والإحاطة بمدى قوة الخطاب الموجه إليهم من خلال هذه القواعد، هل هو خطاب أمر أى لا اختيار لهم فيه أم أنه خطاب مكمل لإرادتهم فلا يلتزمون بمضمونه إلا عند عدم وجود اتفاق مخالف له ٩.

وتجدر الإشارة إلى أن ثمة معيارين للتفرقة بين هذين النوعين من القواعد، أحدهما حاسم وقطعى فى الدلالة على مراد القاعدة القانونية فى خطابها الموجه إلى الأشخاص بحيث يتضح من خلاله ما إذا كانت القاعدة أمرة أم مكملة، والآخر معيار مرن وتقديرى يتغير بتغير الزمان والمكان ويتأثر بأيدولوجية وفلسفة النظام السائد فى المجتمع سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وأخلاقياً، ألا وهو معيار النظام العام والآداب.

وها نحن سوف نستعرض - بمشيئة الله تعالى - هذين المعيارين على النحو الآتى:

#### ١ - المعيار الشكلى : دلالة عبارة النص:

ويعتمد هذا المعيار على صياغة النص الذى وردت به القاعدة القانونية، حيث يسهل التعرف من خلالها على الصفة الأمرة أو المكملة فى القاعدة القانونية، فهى تقطع فى بيان مراد المشرع الوضعى من

١. أ. د/ عبدالمنعم البدرأوى ص ١٤٠، أ. د/ أحمد سلامة ص ٩٨، أ. د/ حسام الأهوانى ص ٩٢، أ. د/ عبد الناصر توفيق العطار: «مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية» ، ص ١٢١، طبعة عام ١٩٧٩م، مطبعة السعادة بالقاهرة. وأ. د/ رمضان أبو السعود ص ٢٥٥، أ. د/ عبدالفتاح عبدالباقي ص ١١٨.
٢. أ. د/ الوكيل ص ٩٠، ٩١، ٩٢، أ. د/ حسن كبره ص ٤٦، ٤٧، أ. د/ سليمان مرقس ص ١٢٦، أ. د/ منصور مصطفى منصور: «المدخل لدراسة العلوم القانونية»، ص ٧٠، طبعة عام ١٩٧٢م، دار النهضة العربية، أ. د/ عبد الودود يحيى: «المدخل لدراسة القانون»، ص ٥٩، ٦٠، طبعة عام ١٩٧٥م، دار النهضة العربية .

الخطاب الذى أورده فى القاعدة، لدرجة لا يحتاج الشخص معها إلى الاجتهاد إذ تتضح بجلاء الصفة الأمرة أو المكملة فى القاعدة القانونية من صريح عبارات النص القانونى الذى وردت فيه ١ .

وبناءً على هذا المعيار تكون القاعدة القانونية قاعدة أمرة إذا جاءت ألفاظ النص بما يفيد الأمر أو الوجوب باتباع أمر معين أو نهى عن مخالفة أمر معين، بحيث لا تسمح للأفراد بمخالفتها مثال ذلك نص المادة ٩٤٣ / أ من التقنين المدنى البحرى الذى يقضى بأنه « لا ينعقد الرهن التأمينى إلا بورقة رسمية». وفى بعض الأحوال لا يكتفى واضع القانون بألفاظ النهى الواردة فى النص القانونى ليبرهن صراحة على طابعه الأمر، بل يؤكد ذلك بترتيب البطلان المطلق بوصفه جزءاً قانونياً يلحق اتفاق الأفراد على المخالف للأحكام الواردة فيه، مثال ذلك نص المادة ١/٤٦٤ من التقنين المدنى البحرى فى مجال عقد الشركة والذى لا يكتفى فيه واضع القانون بالنهى والتحذير من اتفاق الشركاء على استبعاد أحد الشركاء من المساهمة فى أرباح الشركة أو خسائرها، بل يرتب البطلان كجزاء على مثل هذا الاتفاق ٢ .

بينما تكون القاعدة القانونية -وفقاً لهذا المعيار- قاعدة مكملة إذا جاءت ألفاظ النص وصياغته بما يفيد جواز اتفاق الأفراد على مخالفة أحكامه بوضع تنظيم مخالف له، بحيث يكون تطبيق أحكام النص القانونى عليهم معلقاً على شرط عدم وجود اتفاق مخالف له، والأمثلة على ذلك كثيرة، منها نص المادة ٥١٥ من التقنين المدنى البحرى التى يبين من ألفاظها وصياغة عباراتها أن إلزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة بإجراء الترميمات الضرورية فيها أثناء فترة العقد معلق على عدم وجود اتفاق بين المستأجر والمؤجر على خلاف ذلك، فقد يتفقا على أن يتحملها المستأجر وحده أو مناصفة بينه وبين المؤجر ٣ .

وكذلك الحال بالنسبة لنص المادة ٤٣٥ مدنى بحرئى التى تدل ألفاظها وصياغة عباراتها على إمكانية اتفاق البائع والمشتري على خلاف ما تقضى به هذه المادة، فإذا كان النص يلزم المشتري بنفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل، إلا أنه يعلق هذا الإلزام ويقيده بعدم وجود اتفاق أو عرف مخالف لذلك ٤ .

## ٢- المعيار الموضوعى معيار النظام العام والآداب :

قد لا تسعف صياغة النص القانونى وألفاظه فى بيان الصفة الأمرة أو المكملة فى الخطاب الذى يتضمنه ، وعند ذلك يتجه الفقه والقضاء إلى ضرورة التعويل على معيار آخر موضوعى يتسم بالمرونة ألا وهو معيار النظام العام والآداب، وهو معيار أخذ به واضع القانون المصرى صراحة فى المادتين ١٠٩ ، ١١١

- ١ . انظر فى نفس المعنى: أ. د/ عبدالفتاح عبدالباقى ص ١٢١، أ. د/ منصور مصطفى منصور ص ٧٠، أ. د/ حسن كير- ٤٥، ٤٦، أ. د/ الوكيل ٩٢، ٩٣، أ. د/ عبدالناصر العطار ص ١٢٢، مرقس ص ١٢٨، ١٢٩، أ. د/ حمدى عبدالرحمن ص ٨٧.
- ٢ . حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلاً » .
- ٣ . حيث تنص المادة ٥١٥ على هذا المعنى بقولها : « يلتزم المؤجر أن يتعهد بالمأجور بالصيانة ليبقى فى حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصورة بأن يوقم فى أثناء مدة الايجار بجميع الإصلاحات الضرورية طبقاً لما يقضى به العرف ما لم يتم الاتفاق على غيره » .
- ٤ . تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى البحرئى على أن « يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسليم المبيع وغير ذلك من المصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك »

فى التقنين المدنى البحرىنى حىث نص فىهما على بطلان العقد إذا كان المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب ١، ففى هذا المعيار ينظر إلى مدى تعلق القاعدة القانونية بفكرة النظام العام والآداب، بحيث تعد قاعدة أمره إذا ما تعلقت بالنظام العام والآداب، وتكون قاعدة مكملة إذا انتفى ارتباطها بهذه الفكرة.

ويقصد بالنظام العام مجموعة المبادئ الرئيسية والمصالح الجوهرية التى يتأسس عليها المجتمع من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية، والتى لا يتصور بقاء كيان هذا المجتمع سليماً دون استقراره عليها.

ويذهب معظم الشراح إلى عزل المصالح الخلقية عن فكرة النظام العام ووضعها -من ثم- فى إطار فكرة أخرى مستقلة يطلقون عليها اصطلاح فكرة الآداب، على الرغم من أن فكرة الآداب ما هى فى حقيقتها إلا تعبير عن جانب من جوانب فكرة النظام العام ألا وهو الجانب الخلقى، على أساس أن النظام العام ما هو إلا فكرة تمثل جماع المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التى لا غناء للمجتمع عن وجودها لحفظ كيانه واستقرار بنائه ٢.

### مرونة فكرة النظام العام ونسبيتها

إن فكرة النظام العام ليست بالفكرة الجامدة أو الثابتة التى لا تتغير بتغير أو اختلاف الأزمنة والأمكنة، بل على العكس تماماً فهى فكرة نسبية ومرنة تصل المجتمع بأسباب التطور فتتغير بتغير المكان أو الزمان أو الفكر الذى يهيمن على النظام السائد فى المجتمع وبذلك تتأثر فكرة النظام العام بالعوامل الثلاثة الآتية ٣:

#### ١- تأثر فكرة النظام العام بالزمان:

تتأثر فكرة النظام العام بعامل الزمن تأثراً كبيراً، فما يعد من قبيل النظام العام فى فترة زمنية معينة قد لا يعد كذلك فى فترة زمنية أخرى، ولا شك أن هذا من شأنه أن يغير من وصف القواعد القانونية خلال هاتين الفترتين، بحيث إن ما كان منها من قبيل القواعد القانونية الأمرة لتعلقها بالنظام العام فى فترة ما، يتحول إلى قواعد قانونية مكملة فى فترة أخرى لانتفاء أو زوال ارتباطها وتعلقها بالنظام العام. ومن الأمثلة التى يمكن الاستشهاد بها على تأثر فكرة النظام العام بعنصر الزمن حتى فى البلد

١. تنص المادة ١٠٩ من التقنين المدنى البحرىنى على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب وقع العقد باطلاً، وتنص المادة ١١١ من ذات التقنين على أنه «يبطل العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب أو كان السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب».

٢. انظر فى ذلك إلى: أ. د/ الوكيل ص٩٥، أ. د/ مرقس ص١٣٧ وما بعدها، أ. د/ حسن كيره رقم ٢٠ ص ٤٧ وما بعدها، أ. د/ العطار ص ١٢٥ وما بعدها، أ. د/ أحمد سلامة ص ١٠٥، أ. د/ محمد لبيب شنب ص ٦١، أ. د/ جميل الشرقاوى ص ٦١، أ. د/ حمدى عبد الرحمن ص ٨٨، ٨٩، أ. د/ حسام لطفى ص ٧٠، د/ همام محمد محمود، د/ محمد حسين منصور ص ٤٢ وما بعدها.

٣. انظر فى نفس المعنى إلى: أ. د/ الوكيل ص ٩٦، ٩٧، أ. د/ سليمان مرقس ص ١٣٩، وما بعدها، أ. د/ حسن كيره ص ٤٧، أ. د/ حمدى عبد الرحمن ص ٨٩، أ. د/ العطار ص ١٢٥، أ. د/ الشرقاوى ص ٦٨، أ. د/ الجمال والعدوى ص ١٩، أ. د/ البدر اوى ص ١٤٨، أ. د/ أحمد سلامة ص ٢١٠، د/ همام محمد محمود، محمد حسين منصور ص ٤٤، د/ حمدى محمد عطيفى: «دروس فى مبادئ القانون»، الجزء الأول، نظرية القانون، ص ٩١، طبعة عام ١٩٩٥ م.

الواحد، أن الدولة قد تحرم فى وقت ما التعامل الربوى وتربط ذلك بالنظام العام، بحيث يبطل أى اتفاق بين الأفراد على مثل هذا التعامل، وبعد فترة من الزمن قد تعدل عن هذا الموقف فتبيح التعامل بالربا بزعم أن ذلك التعامل يفتح آفاقا واسعة للنشاط الاقتصادى فيها (ولا شك أن هذا الظن خائب فما جرّ الربا على الشعوب والأمم إلا الأزمات الاقتصادية والتاريخ خير شاهد على صدق ذلك)، كما أن الدول التى تحرم الطلاق وتربطه بالنظام العام فيها، قد تعدل بمرور الوقت عن هذا الحظر نتيجة للأثار الوخيمة التى تترتب على منعه وتحريمه، وتسمح من ثم للأفراد بالحق فى إيقاع الطلاق بصورة مطلقة أو فى بعض الظروف والأحوال التى تحددها.

## ٢- تأثر فكرة النظام العام بالمكان:

لا جرم أن عنصر المكان يلعب دورا مهما فى بناء وتكوين فكرة النظام العام، ذلك أن كل مجتمع من المجتمعات له على أرضه قيمه ومبادئه الخاصة به والتى تختلف عن غيره من المجتمعات، وبالتالي فإن ما يعد من قبيل النظام العام فى مجتمع ما قد لا يعد كذلك فى مجتمع آخر.

فمثلا نجد أن الدول الإسلامية تجعل إباحة تعدد الزوجات وإباحة الطلاق من قبيل النظام العام فيها بحيث يبطل كل اتفاق على حظر واحد منهما بين الأفراد، فى حين نجد أن الدول غير الإسلامية تجعل العكس تماما من قبيل النظام العام فيها بحيث تحرم تعدد الزوجات وتحرم الطلاق وتجعل الحرمان لا الإباحة من قبيل النظام العام فيها.

كما أن من الدول من يذهب إلى الأخذ بقاعدة المساواة فى النصيب بين الذكر والأنثى بالنسبة للأقارب عند التساوى فى الدرجة ويجعلها من قبيل النظام العام فيها (كما هو الحال فى فرنسا وبعض الدول الأوروبية) فى حين نجد أن القاعدة فى الدول الإسلامية أن للذكر مثل حظ الأنثيين عند التساوى فى درجة القرابة، وهى قاعدة مرتبطة بالنظام العام فيها .

## ٣- تأثر فكرة النظام العام بالفكر السائد فى المجتمع:

من الطبيعى أن تتأثر فكرة النظام العام بالفكر أو المذهب السائد فى المجتمع، حيث يضيق أو يتسع مفهوم النظام العام فى المجتمع أو الدولة بحسب ما إذا كان الفكر المهيمن على نظامها فكراً فردياً أو فكراً اشتراكياً.

فحينما تعتق الدولة المذهب الفردى تترك عادة للأفراد الحرية الكاملة فى تنظيم علاقاتهم على النحو الذى يرونه محققا لمصالحهم الخاصة فيتعاظم سلطان إراداتهم ويتضاءل دور الدولة فى

١ . وتجدر الإشارة إلى أن الربا حرام شرعا ويعده الإسلام من أكبر الكبائر ، ويكفى فى إبراز شناعته وشدة جرمه أنه الذنب الوحيد من بين الذنوب قاطبة التى أعلن فيها المولى عز وجل الحرب على مرتكبه، وجاء لفظ الحرب فى التحريم بصيغة التكررة وهذا يعنى عمومية الحرب وتنوع صورها وألوانها، إذ يقول الحق تبارك وتعالى: « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله» {آية ٢٧٩، ٢٧٨ من سورة البقرة} ولقد روى عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنهما - أنه قال: لعن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهديه، وقال: هم سواء، رواه مسلم (صحيح مسلم بشرح النووى ج ١١ ص ٢٦ المطبعة المصرية بالقاهرة). ومن محامد التقنين المدنى البحرى أنه منع الربا مطلقا فى إطار المعاملات المدنية ، حيث تنص المادة ٢٢٨ / ١ منه على أن « يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير فى الوفاء بالالتزام به » .

تنظيم علاقات الأفراد، فتتكشف فكرة النظام العام وتأخذ مفهوماً ضيقاً يقتصر على بعض القواعد التي تحمي حقوق الأفراد وتمنع إهدارها أو المساس بها، فيقل وجود القواعد الأمرة ويكثر وجود القواعد المكملة لإرادات الأفراد.

بعكس الحال إذا ما اعتنقت الدولة المذهب الاشتراكي، حيث يكثر تدخل الدولة تشريعياً لتنظيم علاقات الأفراد، ويتلاشى دور الإرادة فيها، وتتزايد فكرة النظام العام وتأخذ مفهوماً واسعاً فيكثر وجود القواعد الأمرة ويتضاءل حجم القواعد المكملة لإرادات الأفراد في المجتمع.

فمثلاً في ظل المذهب الفردي يعد مخالفاً للنظام العام في الدولة أن يتدخل القاضي - بناء على طلب أحد طرفي العقد- لرفع الغبن الواقع فيه نتيجة استغلاله من جانب الطرف الآخر أو لتعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية الواردة في العقد، بعكس الحال في ظل المذهب الاشتراكي حيث يُرخص للقاضي بأن يتدخل لرفع الغبن عن الطرف المغبون أو لتعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية.

كما أن تدخل الدولة بوضع القوانين اللازمة لحماية العمال في مواجهة أرباب العمل يعد مخالفاً للنظام العام في ظل المذهب الفردي، في حين أن هذا التدخل يعد من صميم النظام العام في ظل المذهب الاشتراكي تحقيقاً للعدالة الاجتماعية بين الأفراد.

فضى ظل المذهب الاشتراكي تأخذ فكرة النظام العام مفهوماً واسعاً للحد من طغيان سلطان إرادات الأفراد، ولتمكين الدولة من السيطرة على أوجه النشاط الإنساني للأفراد، فتكثر فيه القواعد الأمرة وتقل فيه القواعد المكملة، بخلاف الحال في المذهب الفردي حيث ينظر إلى فكرة النظام العام على أنها وسيلة خطيرة تهدد حرية الأفراد، لذلك ينادى أنصار هذا المذهب بتضييق مفهومها إلى أبعد الحدود، بحيث لا تكون القاعدة القانونية متعلقة بالنظام العام إلا بنص صريح في القانون.

### معيار النظام العام معيار تقديري:

يرجع وصف معيار النظام العام بأنه معيار تقديري إلى أنه يترك لتقدير القاضي، إذ ليس لهذه الفكرة إطار محكم أو تحديد ثابت من جانب واضع القانون، إنما يسعى القاضي إلى استلهاً هذه الفكرة (أى للتعرف على ما يعد من قبيل النظام العام في المجتمع) من واقع ظروف المجتمع الذي يعيش فيه وجملة المصالح والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية<sup>١</sup>.

فليس للقاضي أن ينساق وراء معتقداته الشخصية أو أفكاره الخاصة في تقديره لما يعد أو لا يعد من قبيل النظام العام أو الآداب في المجتمع، فهو مجرد ممثل عن الجماعة أو الدولة يعبر عن مصالحها الجوهرية عند تحديده لفكرة النظام العام أو الآداب، ويخضع القاضي في تقديره لما يعد من قبيل النظام العام أو الآداب لرقابة محكمة التمييز، ولاشك أن في مثل هذه الرقابة ضمانة كبرى لتقويم انحراف القاضي في التقدير إذا ما حاد عن دوره بوصفه معبراً عن إحساس جماعته ومصالحها الأساسية العليا، وعوّل في التقدير على ميوله الخاصة ومعتقداته الشخصية<sup>٢</sup>.

١. أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٩٥.

٢. أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٩٧، ٩٨. أ.د/ حسن كير - المرجع السابق - ص ٥٢، ٥٣. أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٤٢.

## المبحث الثالث مقومات الصياغة التشريعية الجيدة

### المطلب الأول حسن اختيار الصائغ الجيد

إن أول خطوة في طريق الصياغة الجيدة تكمن في حسن اختيار الصائغ ، وكيف لا وهو الصانع لهذه الصياغة فيضفي عليها طابع القوة أو الضعف بحسب ما يملكه من مقومات القوة والضعف ، لذا وجب علينا ابتداءً أن نولي جل عنايتنا بمن يقوم على الصياغة التشريعية بحيث يجري اختياره بكل دقة وعناية ، ومن هنا يلزم في الصائغ أن يتوافر لديه قسطٌ كبيرٌ من الدراية والمعرفة بعلم القانون عموماً فيعرف أصول علم القانون وتاريخه وتطوره ، ويلم بفروع القانون المختلفة عامة كانت أو خاصة ، هذا فضلاً عن ضرورة أن يكون متخصصاً في فهم دقائق وتفاصيل ذلك الفرع القانوني الذي سيلج سبيل صياغة قواعده ، وأخيراً يلزم أن تتوافر لديه الخبرة القانونية العملية الواسعة ، التي تمكنه من إدراك ظروف الزمان والمكان المحيطة بواقع المجتمع الذي سيصيغ له مشروع قانونه الذي سيحكمه وظروف أشخاصه الذين سيخاطبون بأحكام هذا القانون المزمع صياغته ، ويجب أن تيسر له الدولة جميع الوسائل المادية والعلمية التي تساعده على حسن التصور لما يلزم لهذا المجتمع من حلول لمشاكله حتى يتسنى له صياغة هذه الحلول في شكل قواعد قانونية متناغمة مع ظروفه ومحقة للغايات المنشودة من وضعها .

وبناء على ما سبق يتعين اختيار هؤلاء الصائغين من بين كبار الخبراء القانونيين الأكفاء الذين حازوا القدر الكبير من المعرفة القانونية العلمية الواسعة واكتسبوا الكثير من الخبرة القانونية العملية الطويلة على نحو يؤهلهم من حسن الاضطلاع بكل كفاءةٍ واقتدارٍ بهذه المهمة البالغة الدقة والخطورة .

### المطلب الثاني مهارات لازمة في الصائغ

يجب أن يكون الصائغ - إلى جانب علمه ودرايته بعلم القانون - على قدرٍ معقولٍ من العلم والدراية بقواعد اللغة العربية ليتسنى له إحكام صياغة النص القانوني على نحو سليم لغوياً وذو معنى دقيق مبنياً واضح مضموناً ومعنى ، كما يجب أن يكون على دراية تامة بأقسام اللفظ ودلالته ، بحيث يستطيع أن يفرق بين العام والخاص ، والمطلق والمقيد ، والخفي والمُشكّل ، ويقدر على معرفة وإدراك الفارق بين دلالة منطوق النص القانوني ، ودلالة مفهومه .

وهذا يفرض علينا إلقاء الضوء بقدر وافٍ من البيان - دون إسهاب أو إطراب - لهذه المصطلحات أو الألفاظ الآتية :

### الفرع الأول العلم بدلالة اللفظ العام

العام « هو اللفظ الموضوع وضعاً واحداً للدلالة على جميع ما يصلح له من الأفراد على سبيل الشمول

والاستغراق من غير حصر في كمية معينة أو عدد معين» ١ .  
 فالعام هو الشامل الذي يأتي على الجملة كاملة فلا يغادر منها شيئاً ، فلفظ « كل دابة » في قوله تعالى « واللّه خلق كل دابة من ماء » ٢ ، ويشمل ويستغرق كل ما يدب على الأرض ، ولفظ « كل شئ » في قوله تعالى « اللّه خالق كل شئ » ٣ ، يستغرق جميع الأشياء من إنس و جن وملائكة وسائر موجودات اللّه تعالى ، ولفظ السارق والسارقة في قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من اللّه » ٤ ، يشمل كل سارق وسارقة دون حصر في عدد معين ، فتقطع أيديهما متى ثبتت السرقة منهما .

## الفرع الثاني العلم بدلالة اللفظ الخاص

الخاص « هو اللفظ الذي وضع للدلالة على معنى واحد على سبيل الانفراد أو على كثير محصور » ٥ ، فالخاص يدل على فرد واحد بالشخص مثل أحمد وحسن وحسين وعلي ، أو على فرد واحد بالنوع مثل رجل ، وامرأة ، أو على أفراد محصورة مثل ثلاثة ، وعشرة ، ومائة ، وألف ، وقوم ، ورهط ، وفريق .  
 ويُراعى أن اللفظ الخاص يدل على معناه على سبيل اليقين والقطع ، فلفظ « المائة » في قول اللّه تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ٦ هو من قبيل الخاص ، وهو يدل على معناه دلالة قطعية ، فلا يمكن حمله على أقل أو أكثر من المائة ، ولفظ « الثمانين » في قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » ٧ ، هو من قبيل الخاص ، وهو يدل دلالة قطعية على معناه الذي وضع له ، ولا يمكن حمله على أقل أو أكثر من الثمانين .

## الفرع الثالث العلم بدلالة اللفظ المطلق

المطلق : هو اللفظ الدال على الماهية من غير قيد يقيده شيوعه ، مثل قوله « فك رقبة » ٨ ، وقوله تعالى في آية الظهار « فتحريم رقبة من قبل أن يتماسا » ٩ ، حيث جاء لفظ الرقبة مطلقاً عن التقييد الذي يقلل شيوعتها في كل رقبة ، فتشمل أي رقبة ، سواء كانت مؤمنة أو غير مؤمنة ، وقول اللّه تبارك وتعالى « والذين يتوفون

- ١ . السرخسي « أصول السرخسي » للإمام أبي بكر بن أحمد السرخسي ، ج ١ ، ص ١٢٥ ، طبعة عام ١٣٧٢ هـ ، دار الكتاب العربي - مصر .
- ٢ . الآية رقم ٤٥ من سورة النور .
- ٣ . الآية رقم ٦٢ من سورة الزمر .
- ٤ . الآية رقم ٣٨ من سورة المائدة .
- ٥ . أ.د/ محمد أديب صالح « تفسير النصوص في الفقه الإسلامي » ، ص ٧٠٢ ، رسالة دكتوراة عام ١٩٦٤ م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، مطبعة جامعة دمشق ، وقرب ذلك : السرخسي - المرجع السابق - ج ١ ، ص ١٢٥ .
- ٦ . الآية رقم ٢ من سورة النور .
- ٧ . الآية رقم ٤ من سورة النور .
- ٨ . الآية رقم ١٣ من سورة البلد .
- ٩ . الآية رقم ٣ من سورة المجادلة .

منكم ويدرّون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً» ١ ، فلفظ « أزواجاً » مطلق عن التقييد فيشمل جميع الأزواج سواء كن مدخولاً بهن أم لا ، فتكون عدتهن في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام .  
والفرق بين العام والمطلق ، أن العام يدل على استغراق وشمول لجميع أفراد ، بخلاف المطلق فهو يدل على فرد شائع أو أفراد شائعين وليس على جميع الأفراد ، وبذلك يتناول العام دفعةً واحدة كل ما يصدق عليه معناه من الأفراد ، في حين أن المطلق لا يتناول دفعةً واحدة إلا فرداً شائعاً في جنسه من الأفراد ٢ .

## الفرع الرابع

### العلم بدلالة اللفظ المقيد

المقيد: هو اللفظ الدال على الماهية يقيد يقلل من شيوعه ٣ ، مثل قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ « ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة » ٤ ، فلا تجزئ مطلق الرقبة ، إنما لا بد أن تكون رقبة مؤمنة ، وقوله تعالى في آية الظهار « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا » ٥ ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، فالحديث يقيد الشهادة بوصف أو قيد العدل ، الأمر الذي يوجب أن يكون الشاهدان عدلين .

## الفرع الخامس

### العلم بدلالة اللفظ الظاهر

الظاهر : هو اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بنفس صيغته دون أن يتوقف على قرينة خارجية تدل عليه .  
ففي قول الله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » ٦ ، نجد أن لفظ « أحل » دل بصيغته على حل البيع ، فدلالته على معناه ظاهرة ، وكذلك لفظ « حرم » دل بصيغته دلالة ظاهرة على حرمة الربا .  
وقول النبي صلى الله عليه وسلم في البحر « هو الطهور ماؤه والحل ميتته » ٧ ، فلفظ الطهور يدل بصيغته دلالة ظاهرة على أن البحر طاهر ، ولفظ الحل دل بذاته دلالة ظاهرة على حل ميتة البحر .

- ١ . الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة .
- ٢ . أ.د/ محمد صبري السعدي « تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية » بند ١٤٩ ، ص ٤٠٢ ، الطبعة الأولى عام ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ.د/ عبد الوهاب خلاف « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ٢١٣ ، الطبعة السادسة عام ١٣٧٢هـ - ١٩٥٤م ، أ.د/ محمد سلام مذكور « أصول الفقه الإسلامي » ص ٢١٩ ، الطبعة الأولى ١٩٧٦م دار النهضة العربية .
- ٣ . راجع في ذلك : أ.د/ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص ١٨٨ ، أ.د/ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٢٧٢ ، أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٦٠ ، ص ٤٢٨ .
- ٤ . الآية رقم ٩٢ من سورة النساء .
- ٥ . الآية رقم ٤ من سورة المجادلة .
- ٦ . الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة .
- ٧ . الحديث رواه الإمام مالك في الموطأ عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه ، جا ، رقم الحديث ٤٥ ، ص ٣٥ .

## الفرع السادس العلم بدلالة اللفظ الخفي

الخفي: « هو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة ولكن يعرض له الخفاء في انطباق معناه على بعض الأفراد لسبب خارج عن لفظه ، ولا يزول هذا الخفاء والغموض إلا بالتأمل والاجتهاد » ١ .  
وسبب الغموض أو الخفاء في اللفظ يرجع إلى أن أحد أفراده قد تزيد فيه صفة أو تنقص عن بقية أفراده أو يكون له اسم خاص ، على نحو يثير الالتباس حول دخوله أو عدم دخوله بين أفراد هذا اللفظ ، أو بمعنى آخر يثار الشك حول انطباق معنى اللفظ عليه أم لا .

فعلى سبيل المثال أثير تساؤل حول مدى انطباق لفظ السارق ( والذي يعني شرعاً كل من يأخذ مالا مملوكاً لغيره خفية من حرز مثله ) على النشال الذي يستغل مهارته وخفة يده فيأخذ مال غيره حال يقظته مستغلاً غفلته وعدم انتباهه ، وعلى النباش الذي ينبش المقابر بحثاً عن أكفان الموتى ، واستقر رأيهم بشأن النشال فعده سارقاً من باب أولى ، واعتبروه أولى بالقطع من السارق ، في حين اختلفوا حول النباش ، فمنهم من رأى عدم انطباق وصف السارق عليه ، ومرد ذلك إلى أن إنفراده بإسم خاص به راجع إلى نقصان معنى السرقة فيه ، ثم إن السارق يأخذ مالا ، بخلاف النباش فيأخذ كفنأ ، ومالية الكفن فيها قصور ، ثم إن الكفن مما تنفر منه النفس فهو غير مرغوب فيه ، كما أن السارق يأخذ مالا من حرزه ، بعكس النباش الذي يأخذ الكفن من القبر ، ولا يعد القبر حرزاً لكفن الميت ، وأخيراً فإن حد السرقة لا يقيم إلا بالخصومة ، وهي تقتضي أن يكون للمسروق مالك ، وليست للميت ملكية ، ولذا يكتفى بتعزيز النباش بما يردعه عن جرمه ولا يقيم عليه حد السرقة ٢ .

في حين رأى آخرون أن النباش سارق ويقام عليه حد السرقة ، ولفظ السارق يشمل النباش ، واختصاصه بإسم معين راجع إلى سبب السرقة وهو النباش ، وليس راجعاً إلى نقص معنى السرقة في فعله ، وقد ردوا على أنصار الرأي الأول حججهم ، فقالوا ليس صحيحاً الادعاء بأن الكفن لا مالك له ، بحجة القول بتعذر تحقق الملك للميت ، لأن ملكية الميت لكفنه باقية رغم موته ، وأولياؤه مطالبون برعايتها والزود عنها مثل مطالبة الولي أو الوصي برعاية مال الصبي ، كما أن نفي وصف الحرز عن القبر بالنسبة للكفن قول غير سديد ، لأن حرز كل شئ يكون بحسب الوضع الممكن أو المتاح له ، وأخيراً لا يقبل الادعاء بأن الكفن غير مرغوب فيه ، لأنه هو في الحقيقة والواقع هو مال مرغوب فيه ، لأن النباش الذي يسرقه لا يخبر أحداً أنه مسروق ٣ .

## الفرع السابع العلم بدلالة اللفظ المجهل

المجهل: هو اللفظ الذي لا يتضح المعنى المراد منه لذاته ( أي لسبب يرجع إليه ) ، سواء لتعدد المعنى فيه ،

- ١ . راجع في ذلك : أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٦٦ ، ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، أ.د/ عبد الوهاب خلاف « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ١٩٨ ، أ.د/ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٢٨٢ .
- ٢ . السرخسي في « أصول السرخسي » ، ج ١ ، ص ١٦٧ .
- ٣ . انظر في عرض ذلك : أ.د/ زكريا البري - المرجع السابق - ص ٢٦٢ .

أو لوضعه لغير معناه اللغوي ، أو لغرابة اللفظ ، ولا يزول خفاؤه إلا ببيان من المَجْمَلِ نفسه ١ .  
وبذلك يتنوع المَجْمَلُ إلى أنواع ثلاثة :

### أولاً : المَجْمَلُ المنقول من معناه اللغوي إلى معنى خاص

وهذا النوع الأول : يتناول المَجْمَلُ الذي يرجع إجماله إلى نقله من معناه اللغوي الموضوع له إلى معنى آخر خاص به قصد الشارع له ، فالصلاة لغة تعني الدعاء ، لكنها في الشرع لها معنى خاص أراد الله فيها ، فهي عبادة مخصوصة في أوقات محددة وبكيفية محددة وشرائط معينة ، وقد جاء الأمر بأداء الصلاة في القرآن الكريم مجملاً دون تفصيل ، فقال عز من قائل « وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » ٢ ، فلم توضح الآية عدد هذه الصلوات ، ولا كيفية أدائها ولا عدد ركعاتها ، ولا كيفية القراءة فيها ، فجاءت السنة المطهرة ففصلت وبينت هذا المَجْمَلُ ، فقال صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتموني أصلي » ٣ .  
وكذلك قول الله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً » ٤ ، فقد جاء الأمر بالحج في تلك الآية الكريمة مجملاً ، فجاءت السنة النبوية المطهرة لتفصل وتبين هذا المَجْمَلُ ، فقال صلى الله عليه وسلم « خذوا عني مناسككم » ٥ .

وكذلك قول الله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » ٦ ، فقد جاء لفظ الربا مجملاً ، والربا في اللغة يعني مطلق الزيادة ، وهذا ما لم يقصده الله عز وجل ، إنما قصد معنى آخر خاصاً وهو زيادة مخصوصة جاءت السنة النبوية وفصلتها في الحديث الشريف الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالْمَلْحُ بِالْمَلْحِ ، يَدًا بِيَدٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ فَمَنْ زَادَ أَوْ أَزَادَ فَقَدْ أَرَبَى الْأَخِذَ وَالْمُعْطَى فِيهِ سَوَاءٌ » ٧ ، لكن رغم ذلك بقيت أصناف جديدة من المعاملات يُخْشَى أن تكون داخلة في هذا اللفظ المَجْمَلُ وهو الربا ، لذا يجتهد في تحليلها وبيانها أهل العلم والدراية من علماء الشريعة والاقتصاد الإسلامي للوقوف على الحلال والحرام فيها .

### ثانياً : المَجْمَلُ الراجع لغرابة اللفظ في المعنى المستعمل له

وهذا النوع الثاني : يتعلق بالمَجْمَلُ الذي يرجع إجماله إلى غرابة اللفظ في المعنى المستعمل فيه ، مثال ذلك لفظ « هلع » الوارد في قول الله تعالى « إن الإنسان خلق هلوعاً ، إذا مسه الشر جزوعاً ، وإذا مسه الخير منوعاً ، إلا المصلين » ٨ ، فالهلع معناه شدة الجزع ، يقال هَلَعَ هَلْعاً ، جزع جزعاً شديداً فهو هَلَعٌ ، وهي هلعة ،

١. آد/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٦٨ ، ص ٤٧٢ ، ٤٧٣ .
٢. الآية ٤٣ من سورة البقرة .
٣. الحديث صحيح ، فقد صححه العلامة محمد ناصر الألباني في كتابه « إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل في شرح الدليل » لإبراهيم بن محمد بن ضويان ، المجلد الأول ، رقم الحديث ٢٦٢ ، ص ٧٢ ، الناشر المكتب الإسلامي .
٤. الآية رقم ٩٧ من سورة آل عمران .
٥. رواه البيهقي عن سيدنا جابر بن عبد الله في كتابه « السنن الكبرى » ، المجلد الخامس ، ص ١٢٥ .
٦. الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة .
٧. رواه البخاري في صحيحه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .
٨. الآيات من رقم ١٩ : ٢٢ من سورة المعارج

وهي وهو هالِعٌ وهلوعٌ ١ ، لكن الله عز وجل أعطاه معنى خاصاً مبيناً معنى هذا اللفظ المجمع في نفس الآيات المباركات بأنه ذلك الإنسان الذي إذا أصابه شرٌّ كان شديد الجزع ، وإذا ناله الخير كان شديد الحرص على منعه الناس والبخل به .

ولفظ « المشركين » في قول الله تعالى « فاستقيموا إليه واستغفروه وويل للمشركين » ٢ ، فالمشركون لفظ له معنى معروف لنا جميعاً وهم أولئك الذين يعبدون مع الله إلهاً آخر ، وهذا هو الشرك الأكبر ، أو هم أولئك الذين لا يخلصون لله نياتهم فيما يقدمونه له من عمل فيعملون العمل سمعةً ورياءً ، وهذا هو الشرك الأصغر أو الرياء ، في حين أن الله عز وجل قصد بلفظ المشركين ههنا معنى آخر خاصاً بينه وفصله في الآية الكريمة التي تليها غير هذا المعنى الظاهر لنا ، ففصل ذلك المعنى بأنهم أولئك الذين لا يؤدون الزكاة ولا يؤمنون باليوم الآخر وهو يوم القيامة ، وفي ذلك يقول الله جل في علاه عنهم « الذين لا يؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم كافرون » ٣ .

### ثالثاً : المجمع بسبب تزامم المعاني الداخلة دون ترجيح لأحدها

هذا النوع الثالث : يرجع الإجمال فيه إلى تزامم المعاني الداخلة في اللفظ من غير وجود ترجيح لأحدها على الباقي ، وقد ضرب العلماء مثلاً له بلفظ « الموالى » ، لأنه يصدق على المعتقين ( بكسر التاء ) ، كما يصدق في نفس الوقت على المعتقين ( بفتح التاء ) ، ولذلك إذا أوصى شخصٌ لمواليه بوصية ما ، وكان له موالى اعتقوه ، وموالى أعتقهم ، كان لا بد لصحة الوصية منه أن يحدد هو من أوصى لهم بينهما ، فلا يزيل الخفاء في هذا المجمع إلا من أجمله ، فيتدخل هو ليحدد من يقصد من هذين الصنفين ، بحيث إذا مات ولم يحدد أحد الصنفين بطلت الوصية ٤ .

وجديرٌ بالذكر أن المجمع أكثر خفاءً من المُشكَل والخفي ، لأنه لا يُعرَف من ذات اللفظ ولا بالتأمل والتدبر ولا بقراءة خارجية تدل عليه ، وإنما يحتاج لزوماً إلى تدخل ممن أصدره أو أجمله ٥ .

ولعل من أمثلة المجمع في القانون الألفاظ أو العبارات الآتية :

أولاً : عبارة « الرهبة القائمة على أساس » وهي الواردة في المادة ١/٩٤ مدني بحريني « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس » ٦ ، وقد جاءت الفقرة الثانية وفصلت هذا المجمع مبينة متى تكون الرهبة قائمة على أساس بقولها

١ . انظر في ذلك : مجمع اللغة العربية في « المعجم الوجيز » ، ص ٦٥١ ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية ، طبعة عام ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٩م .

٢ . الآية رقم ٦ من سورة فصلت .

٣ . الآية رقم ٧ من سورة فصلت .

٤ . انظر في ذلك : أ.د./ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٢٨٧ ، أ.د./ محمد أديب صالح - المرجع السابق - ص ١٩٩ ، أ.د./ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٦٨ ، ص ٤٧٧ .

٥ . انظر في ذلك : أ.د./ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٦٨ ، ص ٤٧٣ ، الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ص ١٢٥ ، طبعة عام ١٩٥٧م ، أ.د./ زكريا البري « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ٢٦٧ ، الطبعة الأولى بدون تاريخ نشر ، دار النهضة العربية .

٦ . هذه المادة تعادل المادة ١٢٧/ ١ من القانون المدني المصري .

« وتكونُ الرهبةُ قائمةً على أساس إذا كانت ظروفُ الحالِ تصوُّرُ للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » ١ .

ثانياً : عبارة « المحرر المشترك بين الخصمين » ، الواردة في المادة ٢١ من قانون الإثبات البحريني ٢ ، والتي ذكرت في بداية فقرة «ب» بصورة مجملة إمكانية أن يطلب الخصم من المحكمة إلزام خصمه بتقديم محرر تحت يده منتج في الدعوى إذا كان مشتركاً ، ثم عادت وفصلت هذا المجمل مبينة أن المحرر يكون مشتركاً ، إذا كان المحرر قد جرى تحريره لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة ، وفي ذلك كله تقول « يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية محررات منتجة في الدعوى تكون تحت يده في الأحوال الآتية: أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها. ب- إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه، وتعتبر المحررات مشتركة، على الأخص، إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة » ٣ .

ثالثاً : لفظ « التأمينات » الوارد في المادة ٧٥٢ مدني بحريني فقد جاء مجملاً في فقرتها الأولى قائلة « أ- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من التأمينات » ٤ ، ثم جاءت الفقرة التي تليها مبينة المقصود بهذه الضمانات قائلة « ب- ويقصد بالتأمينات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى ولو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون » ٥ .

رابعاً : لفظاً « الإصرار ، والترصد » ، الواردان في نص المادة ٢٣٠ عقوبات مصري ، جاء مجملين فيها ، وفي ذلك تقول « كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام » ، ثم جاءت المادة ٢٢١ لتفصل معنى الإصرار بقولها « الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية يكون الغرض منها إيذاء شخص معين أو غير معين وجده أو صادفه ، سواء كان ذلك القصد معلقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط » . ثم جاءت المادة ٢٢٢ عقوبات مصري وفصلت معنى الترصد قائلة « الترصد هو تربص الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة ليتوصل إلى قتل ذلك الشخص أو إيذائه بالضرب ونحوه » .

والملاحظ على قانون العقوبات البحريني أنه ذكر هذين اللفظين مجملين من غير تفصيل لدلولهما ، وفي ذلك تنص المادة ٣٢٢ منه على أن « من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت » .

« وتكون العقوبة الإعدام إذا وقع القتل مع الترصد ، أو مسبوقاً بإصرار ، أو مقترناً أو مرتبطاً بجريمة أخرى ، أو إذا وقع على أحد أصول الجاني أو على موظف عام و مكلف بخدمة عامة أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأديته وظيفته أو خدمته ، أو إذا استعملت فيه مادة سامة أو مفرقة » .

١ . هذه المادة تعادل المادة ١٢٧ / ٢ من القانون المدني المصري .

٢ . وهو الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ م .

٣ . هذه المادة تعادل المادة ٢٠ من قانون الإثبات المصري .

٤ . هذه المادة تعادل المادة ٧٨٤ / ١ مدني مصري ، لكن النص المصري استعمل كلمة الضمانات بدلا من كلمة التأمينات .

٥ . هذه المادة تعادل المادة ٢/٧٨٤ مدني مصري .

## الفرع الثامن العلم بدلالة اللفظ المُشكَّل

### أولاً : تعريفُ المُشكَّل :

المُشكَّل هو مأخوذٌ من قولك أشكل الأمر إذا دخل في أشكاله أو أمثاله بحيث لا يعرف إلا بدليل يتميز به ١ . وقد عرفه بعضُ الأصوليون بأنه « اسمٌ لما يشتهب المراد منه بدخوله في أشكاله على وجه لا يعرف المراد منه إلا بدليل يتميز به من بين سائر الأشكال » ٢ .

### ثانياً : أنواع المُشكَّل

يتعدد المُشكَّل حسب منشأ الإشكال في اللفظ على التفصيل الآتي :

#### ١ - الإشكال الراجع إلى وجود أكثر من معنى للفظ (اللفظ المشترك)

قد ينشأ الإشكال في النص بسبب وجود لفظ فيه له عدة معاني - وهو الذي يُسمى باللفظ المشترك - ، وليس في صيغته دلالة على معنى معين بما وضع له ، ولذا لزمّت الاستعانةُ بقرينة خارجية تحدد هذا المعنى وتُعيّنه ، مثال ذلك لفظ « القرء » في الآية القرآنية الكريمة « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » ٣ .

فالبعض يرى أن عدة المطلقة ثلاثة أطهار ، والبعض يرى أن عدتها ثلاث حيضات ، واللفظ نفسه من الناحية اللغوية يستوعب كلا المعنيين ، لذا وجبت الاستعانةُ بقرينة خارجية للترجيح بينهما ، وقد استند القائلون بأن المراد بالقرء هنا هو الحيض عدة أدلة نذكر منها ما يلي ٤ :

أ. قول الله تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » ، فقالوا إن ما يخلقه الله في الأرحام هو الحيض وليس الطهر ، وهذا يدل على أن المراد بالقرء هو الحيض .

ب. قول الله تعالى « واللاتي يسنن من المبيض من نسائك إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » ، فقد جعلت الآية الكريمة العدة بالأشهر مكان الحيض ، وهذا يدل على أن المقصود بالقرء الحيض وليس الطهر .

ج. قول النبي صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة اثنتان ، وعدتها حيضتان » ، فهذا الحديث يدل على أن المراد بالقرء الحيض ، فالرسول صلى الله عليه وسلم جعل عدة الأمة بالحيضات ، فيكون نفس الأمر بالنسبة للحرّة .

د. ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال للمستحاضة « دعي الصلاة أيام إقرائك » ، فقد

١. الرافعي في « المصباح المنير في غريب الشرح الكبير » تأليف أحمد بن محمد الفيومي ، ج ١ ، ص ٤٢٨ ، الطبعة الخامسة، المطبعة الأميرية بولاق ، أ.د. / .

٢. السرخسي - المرجع السابق - ص ١٦٨ .

٣. الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة .

٤. انظر في عرض ذلك : أ.د/ عبدالوهاب خلاف - المرجع السابق - ص ٢٠١ ، الإمام محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص

١٢٢ ، أ.د/ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٢٨٥ ، أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٦٧ ، ص

٤٦٦ ، ٤٦٧ ، هامش رقم ٢٨ .

عبر هنا عن الحيض بالقرء ، ولا يمكن أن يفهم من قول النبي صلى الله عليه وسلم إلا أن تترك الصلاة أيام الحيض وليس أيام الطهر ، وهذا يدل على أن المراد بالقرء الحيض وليس الطهر .  
 ٥. وقالوا أيضا أن حكمة التشريع في العدة هي التثبيت من براءة الرحم من الحمل حفظاً للأنساب ودرءاً لمظان اختلاطها ، وخلو الرحم لا يعرف إلا بالحيض ، فلا يُعرَفُ بالطهر الذي يلازم الحمل .

في حين استند القائلون بأن المراد بالقرء هو الطهر وليس الحيض بالأدلة الآتية ١ :  
 أ. قول الله تعالى « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » ، أي طلقوهن في عدتهن ، فاللام هنا بمعنى في ، والطلاق المشروع لا يكون إلا في طهر لم يجامعها فيه ، وهذا ما أمر به رسول الله سيدنا عمر رضي الله عنه لما أخبره بأن ابنه عبد الله طلق زوجته وهي حائض ، فقال له « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر » ، فتلك هي العدة التي أمر الله أن تطلق النساء فيها ، ومن ثم تكون العدة محتسبة بالطهر لا بالحيض ، نظراً لأن الآية عبرت عن الطهر بالعدة .  
 ب. قول الله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، فتأنيث العدد في تلك الآية الكريمة يدل لغةً أن المعداد مذكور وليس مؤنثاً ، فيكون المقصود هنا الطهر وليست الحيضة .  
 ج. إن تفسير القرء بالطهر هو أقرب إلى الاشتقاق ، وذلك مرده إلى أن القرء معناه الجمع والضم ، والدم يتجمع في الرحم أثناء مدة الطهر ، في حين أن لفظ الدم وإلقاءه خارج الرحم يكون خلال فترة الحيض ، فناسب ذلك أن يُفسرَ القرء بالطهر لا بالحيض .

## ٢- الإشكال الراجع إلى التعارض بين النصوص

وقد ينشأ الإشكال بسبب ما قد يفهم من تعارض بين النصوص ، بحيث يكون لكل نص دلالة ظاهرة على معناه ، أي دون أن يكون في هذا النص ذاته أي إشكال على دلالته لهذا المعنى ، لكن ينشأ هذا الإشكال حين مقابلة هذا النص بنص آخر ، فيبدوان بحسب الظاهر في دلالتهما على معانيهما متعارضين ، فيحتاج الأمر إلى التدبر والتأمل في التفسير والتأويل لإزالة هذا التعارض الظاهر ، من ذلك قول الله تبارك وتعالى لنبيه محمد صلى الله عليه وسلم « إنك لا تهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء وهو أعلم بالمهتدين »  
 ٢ ، وقوله تعالى « وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم »<sup>٣</sup> ، فالتعارض الظاهر بين الآيتين يزول حينما نفرق بين هداية الدلالة والإرشاد والتي أداها على أكمل وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبين هداية الإعانة والتوفيق للسير في طريق الهدى والإيمان والتي لا يملكها أحد إلا الله عز وجل .  
 ولعل من نماذج المشكل في القانون الأمثلة الآتية :

١. لفظ « الجَدُّك » ، وهو لفظ مأخوذ من الفارسية وهو يعني الرفوف المركبة ، حيث نصت المادة ٣٦٧ مدني مصري قديم على أن « منع المستأجر من التأجير يقتضي منعه من الإسقاط لغيره »<sup>٤</sup> ، وكذلك

١. انظر في عرض ذلك : أ.د/ زكريا البري - المرجع السابق - ص ٢٦٦ ، الإمام محمد أبوزهرة - المرجع السابق - ص ١٢٢ .

٢. الآية رقم ٥٦ من سورة القصص .

٣. الآية رقم ٥٢ من سورة الشورى .

٤. أي التنازل للغير .

منعه من الأسقاط يقتضي منعه من التأجير ، أما إذا كانت موجودةً بالمكان المؤجر جدكُ جعله مُعداً للتجارة أو للصناعة ودعتُ ضرورةً الأحوال إلى بيع الجدك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود المنع من التأجير إبقاء الإيجار لمشتري الجدك بعد النظر في التأمينات التي يقدمها ذلك المشتري ، ما لم يحصل للمالك من إبقائه ضرراً حقيقياً ، وهنا أثير التساؤل هل بيع الجدك هنا يعني بيع الرفوف المركبة في المحل التجاري، وهذا هو المعنى الظاهر للفظ بيع الجدك بحسب المعنى اللغوي الموضوع له والمأخوذ من معناه بالفارسية - كما أشرنا آنفاً - ، لكنه معنى لا يستقيم مع منطوق النص ، أم أنه يعني بيع المحل التجاري ، وهذا هو المعنى هو الذي يستقيم مع منطوق النص الذي يسمح باستمرار الإيجار لصالح المشتري لهذا الجدك أو المحل التجاري ١ .

٢ . لفظ الليل بوصفه ظرفاً مشدداً في عقوبة السرقة ، هل يُقصدُ به الوقت الذي يخيم فيه الظلام من الليل فيقذف الرعب والخوف في نفوس الناس وييسر على الجاني ارتكاب جريمته ثم الفرار بعد ذلك ، وذلك تقديرًا للحكمة المنشودة من وراء التشديد في هذه الجريمة ، أم أنه يقصد به المعنى الفلكي ليل والذي يبدأ من غروب الشمس إلى حين شروقها . لقد كان القضاء المصري في تفسيره معنى الليل مستقراً في بادئ الأمر على المعنى الأول ، ثم عدل عن ذلك معتمداً المعنى الثاني الذي استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية .

٣ . عبارة «من عُقدت على ذمته مشاركة» ، والتي جاءت في نص المادة ١٢٧ مدني مصري قديم بقولها «من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها» ، حيث تحتل هذه العبارة أحد هذه المعاني الثلاثة : المعنى الأول وهو التعهد عن الغير ، وذلك بتعهد الشخص في العقد بالحصول على رضا الغير على أن يكون طرفاً في عقد معين مع المتعهد له ، والمعنى الثاني وهو الفضالة ، والذي يقوم فيه المرء بعمل قانوني لحساب غيره مراعاة لظروف الاستعجال دون أن يكون مفوضاً في ذلك أو ممنوعاً من ذلك ، والمعنى الثالث وهو الاشتراط لمصلحة الغير ومثاله ، أن تشترط جامعة مشاركة مع شركة من شركات النقل لنقل طلابها من مساكنهم إلى الجامعة ، فيكون لهم الخيار بين قبولها أو رفضها ، وقد جرى استبعاد المعنى الأول بالرجوع إلى النص الفرنسي الذي يمثل المصدر التاريخي لهذا النص ، كما جرى استبعاد المعنى الثاني لتعارضه مع أحكام الفضالة التي تفرض على رب العمل ما أبرمه الفضولي من عقود أو مشاركات في سبيل إنجاز العمل العاجل الذي أجراه لحسابه ، وجرى الأخذ بالمعنى الثالث ، وبه أخذ واضع القانون المدني المصري الجديد في المادة ١٥٤ منه ، ويأخذ به واضع القانون المدني البحريني ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٣٦ منه على أنه «أ- يجوز للشخص في تعاقد نفسه ، أن يشترط على المتعاقد معه التزامات معينة يتعهد بأدائها للغير ، إذا كان للمتشرط في تنفيذ هذه الالتزامات ، مصلحة مادية أو أدبية .

ب ) ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ، أن يكون المستفيد شخصاً مستقبلاً ، كما يجوز أن يكون شخصاً غير معين بذاته عند الاشتراط ، إذا كان من الممكن تعيينه ، وقت الوفاء بالالتزام المشترط » ، كما تنص

١ . انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد المنعم البدرابي « المدخل للعلوم القانونية » ، ص ٢٢٩ ، ٢٢٠ ، طبعة عام ١٩٦٦م ، أ.د/ سليمان مرقس « المدخل للعلوم القانونية » ص ٢٥٦ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦١م ، بدون دار نشر .

المادة ١٢٧ منه على أن « أ- يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد ، في ذمة المتعهد حق شخصي له ، يكون له أن يستأديه منه مباشرة ، وذلك ما لم يتفق على خلافه ، ومع مراعاة ما تقضي به المادة التالية » .

ب- ويجوز للمشتراط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشتراط للمستفيد ، ما لم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد وحده » .

## الفرع التاسع العلم بدلالة منطوق النص القانوني

وهي تعني دلالة ألفاظ النص القانوني على حكم شيء مذكور فيه سواء بطريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء ١ .

وهنا يعتمد المفسر في هذا التفسير على التركيبات اللفظية للنص ( سواء كانت دلالة عبارة لفظ أو دلالة إشارة له أو دلالة اقتضاء ) ، وما تحمله هذه التراكمات من معانٍ واضحات بحسب مدلولاتها اللغوية ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : دلالة العبارة : وهي ما تدل عليه عبارة النص لأول وهلة من معنى صريح بمجرد سماعه أو قراءته ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩ من القانون المدني البحريني « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بوفاته ..... » ٢ ، فهنا يظهر للقاضي بصورة واضحة وقاطعة من عبارة النص أن بداية الشخصية القانونية للإنسان هي بتمام ولادته حياً وأن نهايتها هي بحصول الموت له ، ومن ثم لا يجوز له أن ينصرف عن هذه الدلالة الواضحة لعبارة النص مجتهداً لجعل بداية هذه الشخصية هي ببدء الحمل مثلاً أو ببدء مخاض الولادة للمرأة الحامل ، ويجعل نهايتها بدخول الإنسان في مرض الموت .

ثانياً : دلالة الإشارة : فهي دلالة اللفظ على المعنى الذي لا يتبادر فهمه منه ، ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من اللفظ ، فدلالة الإشارة تعبر عن المعنى اللازم للمعنى المفهوم من عبارة النص ، ومن ثم فإن هذا المعنى لا يتبادر للذهن لأول وهلة من عبارة اللفظ وإنما يحتاج إلى إعمال العقل لفهم لزوم إشارة العبارة إليه ، أي أن العبارة وإن لم تدل على هذا المعنى صراحة إلا أنها تشير إليه لزوماً ضمناً ٣ .

ولعل من الأمثلة في القرآن الكريم قول الله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ٤ ، فالآية الكريمة تدل بطريق العبارة على أن والد الطفل هو المكلف بنفقة الوالدة المرضعة من رزق وكسوة ، فهذا هو المعنى المتبادر إلى الذهن لأول وهلة من عبارة الآية دون أدنى تأمل أو تدبر ، كما تدل بطريق الإشارة إلى معنى آخر لا يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، ولكن يحتاج في معرفته والوصول إليه إلى تدبر وتأمل ، لكنه معنى لازم للمعنى المتبادر ، ألا وهو أن الوالد

١. انظر في ذلك المعنى : د / سعيد أحمد بيومي « لغة القانون في ضوء علم لغة النص » ص ٤٥٠ ، الطبعة الأولى عام ٢٠١٠ م ، دار الكتب القانونية .

٢. هذه المادة تعادل المادة ٢٩ مدني مصري .

٣. انظر في نفس المعنى : د / سعيد أحمد بيومي - المرجع السابق - ص ٤٥٢ .

٤. الآية رقم ٢٢٣ من سورة البقرة .

هو من ينسب إليه المولود وليس الوالدة ، لاسيما وأن الآية القرآنية أضافت الولد إلي والده ولم تضيفه إلى والدته ، وذلك في قوله تعالى « وعلى المولود له » فحرف اللام هو للاختصاص ، ومن بين أنواع الاختصاص الاختصاص بالنسب ١ .

ومثال ذلك أيضاً قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً » ٢ ، فالآية الكريمة تدل بطريق العبارة على طلب كتابة الدين المؤجل إلى أجل مسمى ، وأن يتولى هذه الكتابة شخص موصوف بالعدل ، ثم تدل بطريق الإشارة على أن هذه الكتابة تكون لها حجيتها في الإثبات ٣ .

ومن الأمثلة في القانون ما تنص عليه المادة ٢٧٣ عقوبات مصري من أنه « لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها » ، فهذا النص يدل بطريق العبارة على أن محاكمة الزانية لا تكون إلا بتحريك دعوى من زوجها ، وتدل لزوماً بطريق الإشارة على أن واضع القانون يعتبر زنا الزوجة جريمة في حق الزوج وليس في حق المجتمع ، وإلا لم يجز له قصر تحريك الدعوى إلا من قبل الزوج وحده ، ومن ثم لم يجز تحريكها من قبل النيابة العامة بوصفها ممثل الإدعاء العام في المجتمع .

ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٥٠٩ من القانون المدني البحريني أنه « إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة وعلى كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدارها ، وجب اعتبار أجره المثل وقت إبرام العقد » ٤ .

فعبارة النص تدل صراحة على الاعتداد بأجرة المثل عند عدم الاتفاق على الأجرة في العقد ولا على كيفية تقديرها أو إذا اتفق عليها لكن تعذر إثباتها ، وفي نفس الوقت تشير عبارة النص إلى معنى لازم مستفاد من عبارة النص وهو صحة عقد الإيجار وعدم بطلانه رغم خلوه من اتفاق بين طرفيه على مقدار الأجرة أو كيفية تقديرها .

وكذلك ما تنص عليه المادة ٩٤٥ مدني بحريني بقولها « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » ٥ ، فهذا النص تدل عباراته صراحة على أنه إذا رهن غير المالك رهنًا فلا ينفذ رهنه في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره إقراراً رسمياً ، وفي نفس الوقت تشير عباراته إلى معنى لازم لها وهو أن رهن ملك الغير لا يكون باطلاً ولكنه ينعقد صحيحاً

- ١ . انظر في ذلك : أ.د/ عبد الوهاب خلاف « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ١٦٧ ، الطبعة السادسة عام ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م ، بدون دار نشر ، أ.د/ محمد سلام مذكور « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ٢٩٣ ، الطبعة الأولى عام ١٩٧٦م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ.د/ محمد أديب صالح « تفسير النصوص في الفقه الإسلامي » ص ٣٥٣ ، رسالة دكتوراة عام ١٩٦٤م كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مطبعة جامعة دمشق ، أ.د/ محمد صبري السعيد - المرجع السابق - بند ١٧٧ ، ص ٥٠٩ .
- ٢ . الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .
- ٣ . انظر في ذلك : الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ص ١٣٥ ، طبعة عام ١٩٥٧م ، بدون دار نشر ، أ.د/ زكريا البري « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ نشر ، دار النهضة بالقاهرة .
- ٤ . هذه المادة تعادل المادة ٥٦٢ مدني مصري .
- ٥ . هذه المادة تعادل المادة ١٠٢٣ / ١ مدني مصري .

ناظراً بين طرفيه وإن لم ينفذ في حق المالك إلا بإقراره الرسمي ، لأن الإقرار لا يتصور وروده إلا على عقد صحيح فلا يرد على عقد باطل أو معدوم .

ثالثاً : دلالة الاقتضاء : هي دلالة الكلام على المعنى الذي يتوقف على تقديره صدق هذا الكلام أو صحته شرعاً أو عقلاً ١ ، فهذه الدلالة تتعلق بمعنى لم تذكره عبارة النص ولم تشر إليه ولكنها تقتضيه حتى تصدق هذه العبارة أو يستقيم معناها شرعاً أو عقلاً ، أو هي كما يقول البعض - وبحق - دلالة اللفظ على مسكوت عنه يتوقف صدقه وصحته واستقامته على ذلك المسكوت عنه ، أي على تقديره في الكلام ٢ ، مثال ذلك قول الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً » ٣ ، فمعنى النص الظاهر من عبارة الآية الكريمة هنا لا يستقيم فهمنا لمراده إلا بتقدير معنى آخر يقتضيه النص ويحتمه لزوماً وهو هنا نكاح أي من هؤلاء المحرمات من النساء ، إذ يستحيل أن يقع التحريم في هذه الآية الكريمة على ذوات المذكورات فيها وأشخاصهن ، وإنما الطبيعي الذي لا يستقيم المعنى إلا به هو أن التحريم هنا يقع على الزواج من أي واحدة منهن .

ومنه قوله تعالى « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله » ٤ ، فالتحريم لا يقع هنا على الذوات ، وإنما يتعلق بأكل هذه الأشياء ، فالمعنى لا يستقيم بغير تقدير هذا المعنى الذي يحتاج إلى تأمل وتدبر للوصول إليه ، وقول الله تعالى « وسئل القرية التي كنا فيها والعير التي أقبلنا فيها وإنا لصادقون » ٥ ، فلا يتصور عقلاً أن يكون المعنى المقصود هو المعنى الظاهر من هذه الآية فيجري سؤال القرية أو العير ، وإنما الأمر يقتضي تقدير معنى آخر غير ظاهر لكن لا يصح المعنى إلا به وهو أن يجري سؤال أهل هذه القرية أو أهل هذه العير .

وقول الله تعالى « فليدع ناديه » ، لا يتصور فيه أن يكون المعنى المطلوب هو أن يدعو النادي وهو المحل أو المكان الذي يعيش فيه ، ولكن هناك معنى لازم لا يستقيم الكلام إلا بتقديره ، وهو أن يدعو أهل ناديه ليتقوى بهم ويستنصر بتجمعهم معه .

وقول تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » ٦ ، فالأمر بتحرير الرقبة في كفارة الظهار ( وفي غيرها من الكفارات ) لا يمكن أن يحمل على المعنى الظاهر أن يحرر أي رقبة ، ولكن لابد من تقدير معنى غير ظاهر لا يستقيم معنى التحرير أصلاً إلا به وهو أن تكون هذه الرقبة رقبة مملوكة ، أي لعبد وليست لحر ، وهذا أمر وإن كان غير ظاهر في العبارة إلا أنها تقتضيه لزوماً حتى يستقيم المعنى .

١. انظر في ذلك : أ.د/ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق- ص ١٧٣، أ.د/ زكريا البري - المرجع السابق - ص ١٤٦ ، أ.د/

محمد أديب صالح - المرجع السابق- ص ٤٠٥ ، أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق- ص ٥٢٠ .

٢. د / سعيد أحمد بيومي - المرجع السابق - ص ٤٥٥ .

٣. الآية رقم ٢٣ من سورة النساء .

٤. الآية رقم ١٧٣ من سورة البقرة .

٥. الآية رقم ٨٢ من سورة يوسف .

٦. الآية رقم ٢ من سورة المجادلة .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله - عز وجل - وضع عن أمتي : الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ١ ، فالعنى الظاهر من الحديث غير متصور شرعاً ولا عقلاً ، فالله لم يرفع عنا الخطأ والنسيان ، لأنهما وصفان لازمان ومتلازمان لبني آدم ماداموا في الدنيا إلا من عصمهم الله من الأنبياء والرسل ، وصدق الرسول الكريم إذ يقول « كل ابن خطاء وخير الخطاء بين التوابين » ٢ ، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو لم تذنبوا لذهب الله بكم ولجاء بقوم يذنبون فيستغفرون الله فيغفر لهم » ٣ ، ولذا فإن المعنى المقصود يحتاج إلى تقدير معنى آخر غير ظاهر في العبارة لكن لا يستقيم معنى العبارة إلا بتقديره ، وهو أن الرفع أو الوضع يرد على إثم الخطأ أو النسيان أو ما يستكره الإنسان على إتيانه من القول أو الفعل .

ومثاله في القانون ما تنص عليه المادة ٣٩٨ مدني بحريني بقولها « لا تسمع الدعوى بفسخ العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة في المبيع ، إذا انقضت سنة واحدة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً » ٤ ، فالعنى الظاهر من العبارة في هذا النص لا يستقيم إلا إذا فهمنا معنى لازماً وهو أن العجز أو الزيادة لا يرد على المبيع ذاته إنما يرد على قدره ، فلا يستقيم معنى النص إلا بتقديره .

ومثاله في القانون أيضاً ما جاء في نص المادة ١٥١ مدني مصري قديم من أن « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » ، فلا يتصور أن يكون المقصود هو المعنى الظاهر والذي يفيد أن كل فعل يصدر عن الإنسان فينشأ عنه ضرر لغيره يتوجب عليه تعويضه ، وإنما لا بد من تقدير معنى آخر لا تستقيم عبارة النص إلا بتقديره ، وهو ضرورة أن يتحقق في فعل الإنسان معنى الخطأ ، فيكون المعنى المقصود كل فعل خطأ وليس مطلق الفعل وإن خلا من معنى الخطأ الذي يحمل معنى التعدي أو الإنحراف عن سلوك الشخص المعتاد .

## الفرع العاشر

### دلالة مفهوم النص القانوني

وقد يحدث ألا يسعفنا التفسير اللفظي وحده في معرفة معنى النص ، وذلك حينما تقصر ألفاظ النص وعباراته عن بيان مراد هذا النص ومعناه ، الأمر الذي يحتم علينا أن نغوص في أعماق النص لنقف على روحه وفحواه ، وذلك من خلال اللجوء إلى التفسير المنطقي ، ذلك التفسير الذي لا يكتفي بمجرد مطالعة ظاهر الألفاظ والعبارات ، إنما ينظر نظرة عميقة إلى داخل النص ليستلهم معناه من روحه ومفهومه ، لا من لفظه وعبارته ، وهذا يستوجب ضرورة أن يكون تفسير النص تفسيراً واسعاً ، شريطة أن يكون هذا النص يقرر قاعدة عامة ، ذلك أن النص الذي يتضمن استثناءً لا يجوز التوسع في تفسيره ، إنما يجب الوقوف عند المعنى المستفاد من ألفاظه وعباراته فحسب ٥ .

- ١ . الحديث صحيح ، وقد رواه الألباني في كتابه « صحيح الجامع » ، رقم الحديث ١٨٢٦ .
- ٢ . أخرجه ابن أبي شيبة ١٨٧/١٣ ، وأحمد ١٩٨/٣ ، والترمذي (٢٤٩٩) ، وابن ماجه (٤٢٥١) ، والحاكم ٢٧٢/٤ وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، والبيهقي في شعب الإيمان ٤٢٠/٥ ، والدارمي ٣٩٢/٢ ، وأبو يعلى ٣٠١/٥ .
- ٣ . رواه الإمام مسلم في صحيحه ، رقم الحديث ٤٩٤٢ ، ص ٢٧٥١ .
- ٤ . وهو عين ما نصت عليه المادة ٤٣٤ مدني مصري بقولها « اذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكمة الثمن يسقط كل منهما بالتقدم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً » .
- ٥ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / محمد حسين عبد العال « مبادئ القانون » ، الجزء الأول ، النظرية العامة للقانون ، ص ٢٦٥ ، طبعة عام ١٩٩٥ م ، دار النهضة العربية ، د / حمدي محمد عطيفي « دروس في المدخل لدراسة القانون » ، ص ٢٤٧ ، طبعة عام ٢٠٠٢ م .

وإذا كانت دلالة منطوق النص تعني دلالة ألفاظه على حكم شيء مذكور فيه عن طريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء ، فإن دلالة المفهوم تعني دلالة ألفاظه على حكم شيء غير مذكور فيه ، فمن خلال هذه الدلالة نستخرج أو نستنبط أحكاماً لم يرد ذكرها في النص وهي نوعان :

### أولاً : دلالة مفهوم الموافقة أو الاستنتاج بطريق القياس

ويقصد بها إثبات حكم شيء منصوص عليه على شيء غير منصوص عليه لاشتراكهما في علة الحكم ، أو بمعنى آخر هي إلحاق واقعة غير منصوص عليها على واقعة أخرى منصوص عليها لاتحادهما في علة الحكم ١ . ويستوي بعد ذلك أن تكون هاتان الواقعتان ( أي الواقعة المنصوص عليها ، والواقعة غير المنصوص عليها ، والتي يجري إلحاقها بها ) مشتركتين في العلة بصورة متساوية ، وعندئذ يكون القياس عادياً ، أم كانت العلة أظهر وأبرز في الواقعة غير المنصوص عليها من تلك الواقعة المنصوص عليها ، فيكون القياس قياساً جلياً أو قياساً من باب أولى .

وقد سميت دلالة مفهوم الموافقة بهذا الاسم لأن مدلول اللفظ في محل السكوت موافقٌ لمدلوله في محل النطق ، ولذا يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمنطوق به ٢ ، والقياس كما ذكرنا آنفاً نوعان : قياس عادي وقياس جلي أو من باب أولى ، وذلك على النحو الآتي :

١ . **القياس العادي** : يجري فيه إعطاء الواقعة غير المنصوص عليها حكم الواقعة المنصوص عليها لاشتراكهما معاً بنفس الدرجة أو بصورة متساوية في علة الحكم ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩٦٤ مدني بحريني من أنه « يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن ، ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه» ٣ . فقد قرر هذا النص قاعدةً عامةً أفاد فيها صراحةً بطلان الاتفاق ابتداءً بين الدائن والمدين على شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون عند عدم الوفاء ، أو على شرط بيع الدائن المرتهن للعقار المرهون بغير الإجراءات التي فرضها القانون في هذا الشأن ( وهو ما يسمى بشرط الطريق الممهد ) ، وذلك حمايةً للمدين الراهن من سوء استغلال الدائن المرتهن له تحت تأثير حاجته إلى مبلغ الدين ، ثم أجاز النص صراحةً على سبيل الاستثناء أن يجري الاتفاق انتهاءً بين الدائن والمدين عند حلول أجل الدين أو قسط منه على أن يملك الدائن المرتهن العقار المرهون مقابل الدين ، وذلك لزوال أو انتفاء مظنة استغلال الدائن

١ . انظر في نفس المعنى : الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ص ٢٠٩ ، طبعة عام ١٩٥٧ م ، أ.د. / زكريا مبروك البري « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ٩٦ ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ.د. / عباس متولي حمادة « أصول الفقه » ، ص ١٤٢ ، الطبعة الأولى عام ١٩٦٥ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ.د. / حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٦٨ ، أ.د. / سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٤٩٦ .

٢ . انظر في ذلك المعنى : د / عبد الكريم زيدان « الوجيز في أصول الفقه » ص ٣٦١ ، الطبعة السادسة عام ١٩٩٨ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان د. / سعيد أحمد بيومي - المرجع السابق - ص ٤٥٧ .

٣ . هذه المادة تعادل المادة ١٠٥٢ مدني مصري .

لمدينه بعد أن حلَّ أجل الدين أو قسط منه ، دون أن يتناول هذا الاستثناء حكم الاتفاق على شرط الطريق المهد بعد حلول أجل الدين أو قسط منه ، على الرغم من اشتراكه في نفس العلة بصورة متساوية مع شرط تملك العقار عند عدم الوفاء ، فعندئذ نلحق شرط الطريق المهد بعد الوفاء غير المنصوص عليه ، على شرط تملك العقار مقابل الدين بعد الوفاء ، فيكون حكمهما واحد وهو الجواز وعدم الحظر لاشتراكهما في العلة المتمثلة في زوال مظنة استغلال الدائن لمدينه عند طلب الدين .

٢ . **القياس الجلي** : أما في القياس الجلي ( أو القياس من باب أولى ) فإننا نجد أن العلة المشتركة فيه بين الواقعتين ( المنصوص عليها وغير المنصوص عليها ) أظهر في الواقعة غير المنصوص عليها من الواقعة المنصوص عليها ، لذا يكون إلحاقها في الحكم على الواقعة المنصوص عليها هو من باب أولى ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ مدني بحريني على أنه « أ- يلزم لإبطال العقد على أساس التديس أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو من أحد أتباعه أو ممن وسطه في إبرام العقد أو ممن أبرم العقد لمصلحته » . « ب- فإن صدرت الحيل من الغير ، فليس لمن انخدع أن يتمسك بالإبطال إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد يعلم بها أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بها » ١ . فقد دلَّ هذا النص صراحةً في فقرته « ب » على أن التديس الصادر من الغير لا يجيز للعاقد المدس عليه طلب إبطال العقد بسببه إلا إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم عند إبرام العقد بهذا التديس أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم به ، ولم يتناول النص في حكمه صورة ثالثة هي في حقيقتها أظهر وأولى بالحكم من الصورتين السابقتين ، ألا وهي صورة اشتراك العاقد مع الغير في التديس على العاقد الآخر ، رغم أنها أقوى في الدلالة على اتصال علم العاقد بالتديس الحاصل للعاقد الآخر من الغير ، فعندئذ يجري إلحاقها في الحكم بالصورتين المذكورتين من باب أولى ، فيجوز - من ثم - للعاقد طلب إبطال العقد للتديس الصادر عن الغير عند ثبوت اشتراك العاقد الآخر مع ذلك الغير في العمل التديسي الحاصل له ، هذا إلى جانب ثبوت حقه في هذا الطلب عند ثبوت علم هذا العاقد بتديس الغير أو افتراض حتمية علمه به .

ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٢٤ من قانون العقوبات البحريني من أنه « يعاقب بالحبس من فاجأ زوجته متلبساً بجريمة الزنا فقتله وشريكه في الحال أو اعتدى عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة » ٢ . فهذا النص عالج حالة معينة ألا وهي قتل الزوج لزوجته الآخر وشريكه عند مفاجأته إياهما متلبسين بالزنا أو اعتداؤهما عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو إلى عاهة ، معتبراً أن مفاجأة الزوج لزوجته متلبساً بالزنا يعد عذراً مخففاً له في العقاب ، فلا يتعرض للعقوبة المقررة للقتل عند قتله لهما ، ولا للعقوبة المقررة للضرب المفضي إلى موت أو إلى عاهة ، إذا كان قد اعتدى عليهما اعتداءً أدى إلى الموت أو إلى العاهة ، ولم

١ . هذه المادة في فقرتها الأولى تعادل الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ مدني مصري ، وفي فقرتها الثانية تعادل المادة ١٢٦ مدني مصري .

٢ . هذه المادة تعادل المادة ٢٢٧ من قانون العقوبات المصري . غير أننا لاحظنا في النص البحريني يفاير النص المصري الذي يقصر العذر المخفف على الزوج فقط دون الزوجة ، بل أثبت هذا العذر لأي من الزوجين عند تلبس الزوج الآخر بالزنا ، إذ تنص المادة ٢٢٧ من قانون العقوبات المصري « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٢٤ ، ٢٢٦ »

يتضمن حالة اعتدائه عليهما بما هو أقل من ذلك ، كما لو اعتدى عليهما بما دون القتل أو بما دون الضرب المفضي إلى موت أو إلى عاهة ، كما لو كان مجرد ضرب عادي أو كان جرحاً ، فعندئذ نلحق الحالة غير المنصوص عليها ( وهي المتمثلة في اعتداء الزوج على زوجه الآخر وشريكه في الزنا بما دون القتل وبما دون الاعتداء المفضي إلى موت أو عاهة ) ، على الحالة المنصوص عليها في المادة سائلة الذكر ، فيجري على إثر ذلك القياس إثبات مبرر تخفيف العقاب على الزوج عند ارتكابه ما دون القتل أو الضرب المفضي إلى موت أو عاهة في مواجهة زوجه الآخر وشريكه في الزنا من باب أولى ١ .

ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ١٠٤ مدني بحريني أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ..... » ٢ ، فهذا النص يدل بمنطوقه على جواز أن يكون المحل شيئاً مستقبلاً ويدل بمفهومه من باب أولى على جواز أن يكون المحل شيئاً موجوداً حالاً .

وكما تنص المادة ٢١٧ مدني بحريني على أنه « إذا اشترك خطأ الدائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر دون أن يستغرق أحد الخطأين الآخر ، حكمت المحكمة بإنقاص التعويض بما يقابل خطأ الدائن » ٣ ، فهذا النص يجيز بمنطوقه للقاضي أن ينقص قدر التعويض عند اشتراك الدائن بخطئه في إحداث هذا الضرر ، كما يجيز بمفهومه من باب أولى للقاضي أن ينقص قدر هذا التعويض عند اشتراك سبب أجنبي عن الدائن والمدين مع خطأ المدين في إحداث هذا الضرر .

### المطلب الثالث

#### حسن اختيار الجملة القانونية

لا جرم أن حسن بناء أي جملة بصفة عامة والجملة القانونية بصفة خاصة يقتضي مراعاة الملاحظات الآتية ٤ :

- ١ . اعتماد الجمل القصيرة وتجنب الجمل الطويلة ذات التراكيب المعقدة .
- ٢ . التقارب بين الأجزاء المختلفة للجملة ، كالتقارب بين الفعل والفاعل وبين الفعل الرئيسي في الجملة وأجزاء الفعل المساعد ، وتجنب التباعد بين هذه الأجزاء .
- ٣ . استعمال العبارات البسيطة السهلة مع تجنب الإفراط في استخدام العبارات المقيدة للمعنى لتقييد أجزاء معينة في الجملة أو تقييد الجملة بالكامل .
- ٤ . تجنب العبارات المتضمنة لتفاصيل كثيرة يصعب فهمها أو فهم الترابط بين أجزائها .
- ٥ . استخدام أسلوب التبيين أي تقسيم التفاصيل إلى بنود لتجنب العبارات المطولة ، فحينما يكون محتوى النص يشير إلى عدد من الحالات أو ينظم أكثر من شأن، أو يتضمن شروطاً لبعض الحالات التي هي

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د. / محمد حسن قاسم « المدخل لدراسة القانون » ، ص ٤٠٦ ، طبعة عام ٢٠٠٩ م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، أ.د. / سعيد سعد عبد السلام « المدخل في نظرية القانون » ، ص ٣٠٢ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٢ م - ٢٠٠٣ م ، مطابع الولاء الحديثة .

٢ . هذه المادة تعادل المادة ١٢١ / ١ مدني مصري .

٣ . هذه المادة تعادل المادة ٢١٦ مدني مصري .

٤ . انظر في نفس المعنى : الأستاذ / نساء سلمان البقمي - المرجع السابق - ص ٩ .

- جزء من مضمونه يفضل تحديد عناصر النص وتقسيمها عند الصياغة إلى أجزاء على شكل فقرات .
٦. تخصيص جملة لكل فكرة ، ولا تخصص أكثر من جملة لفكرة واحدة .
  ٧. البدء دائماً بالفعل وليس بالفاعل .
  ٨. استخدام صيغة المبني للمعلوم وتجنب صيغة المبني للمجهول .
  ٩. استخدام صيغة الإثبات بدلاً من صيغة النفي .
  ١٠. الحرص على استعمال المألوف من المفردات حتى ولو كانت عتيقة ، مادامت واضحة المعنى ومشتهرة ، ولذا أخذ بعض الفقهاء في مصر ١ - وبحق - على واضع قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م عدم وصفه الزوجة الخارجة عن طاعة زوجها بالناشز أو بالنشوز رغم أنه وصف شائع ومشتهر ، وهو فوق كل ذلك وصف قرآني جاء ذكره في القرآن الكريم إذ يقول الحق تبارك وتعالى «واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً» ٢ .
  ١١. تجنب الغموض والمبهمات ، فمن العيب في الصياغة مثلاً أن يحدد لشخص ما حق معين مع إغفال تحديد شخص المتترم به .
  ١٢. تجنب الأخطاء المادية ، وذلك من خلال عرض الصياغة على مدققين لغويين لمراجعة النصوص القانونية قبل خروجها إلى حيز الوجود القانوني .
  ١٣. ضبط التعريفات وإحكامها لجعلها جامعة مانعة ، بحيث تجمع شتات أو أجزاء المَعْرِف ، وتمنع في نفس الوقت من التباسه بغيره . فالتعريف هو تخصيص وحصر للمعنى الذي رُمى إليه واضع القانون لفهم دلالة العبارة ، لذلك ينبغي استخدام التعريفات فقط عندما يكون معنى المصطلح مهماً لفهم وتطبيق التشريع المقترح أو إذا تم استخدام المصطلح بشكل متكرر في التشريع. كما يفترض أيضاً عند وضع التعريفات مراعاة المعاني التي خصصت لها العبارة المَعْرِف في القوانين القائمة .

## المطلب الرابع

### مراعاة الصلة بين التشريع المصاغ والقوانين النافذة في الدولة

ذلك أن صياغة أي تشريع جديد في الدولة يجب ألا يخرج عن السياق القانوني العام داخل هذه الدولة ، وهذا يقتضي العلم والإحاطة الكاملتين لدى الصائغين بمضامين القوانين المحلية والمعاهدات الدولية المصدق عليها من قبل الدولة ، تجنباً لأية مخالفة أو تعارض محتمل بين التشريع المراد صياغته ونصوص الدستور مثلاً أو نصوص القوانين العادية النافذة في الدولة أو مع نصوص المعاهدات الدولية المصدق عليها من الدولة .

١. انظر في ذلك المعنى : أستاذنا الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار « الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م » ص ٧٥ ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر ، أ.د / أحمد بخيت « أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين » ص ٢٠٧ ، طبعة عام ٢٠٠٥م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

٢. الآية رقم ٢٤ من سورة النساء .

## المطلب الخامس

### توفير كافة الوسائل المساعدة على حسن وجودة الصياغة

وهذا يقتضي تهيئة العناصر الآتية :

أولاً : ضمان سهولة الحصول على المعلومات التي يحتاجها الصائغون  
فالثقافة القانونية جزء لا يتجزأ من عملية تحسين الصياغة التشريعية ، وتوفير مصادر هذه الثقافة يقتضي وجود مكتبة ثرية تضم جميع المراجع القانونية ، بل وبعض المراجع الخاصة ببعض العلوم الاجتماعية ذات الصلة بعلم القانون ، نظراً لأن القانون قد أضحى - لصلته الوثيقة بالمجتمع كما يرى البعض - وبحق - أحد العلوم الاجتماعية بل هو خلاصتها التي ينبغي أن تأخذ من هذه العلوم المختلفة أصلح قواعدها للتطبيق. فالقانون يتصل بعلوم السياسة من حيث تنظيمه للدولة وسلطاتها وهيئاتها ولذا ينبغي أن يأخذ بأمثل النظم السياسية وأفضل طرق الحكم المناسبة، كما يتصل القانون أيضاً بعلوم الاقتصاد عند تنظيمه لتداول الأموال، لذا ينبغي أن يأخذ القانون من هذه العلوم أحسن الوسائل لتبادل الأموال وتوزيع الثروات. ويتصل القانون بعلوم النفس والأخلاق والاجتماع عندما يهتم بيواعث السلوك الاجتماعي ومظاهره وانحرافاتة... وهكذا. بل تتجاوز دائرة التنظيم القانوني العلوم الاجتماعية إلى علوم أخرى مرتبطة بالحياة الاجتماعية كبعض القواعد في العلوم الزراعية أو الهندسية أو الطبية.... إلخ ١ .

ثانياً : كما يلزم الاستفادة من التطور التكنولوجي في توفير المعلومات، وإتاحة الفرصة للجمهور للإطلاع على مشاريع القوانين في مرحلة الدراسة والإعداد وتلقي ملاحظات ومقترحات الجمهور على تلك التشريعات عند صياغتها ، لاسيما من يعينهم هذا المشروع الذي تجري صياغته من هذا الجمهور ، بوصفهم الأقدر على الإحاطة التامة بمشاكلهم وما قد يلزم لها من حلول قانونية ٢ .

ثالثاً : كما يتعين توفير الموارد المالية المناسبة للقائمين على الصياغة التشريعية بالقدر الذي يمكنهم من توفير الكفاءات البشرية واللوجستية الملائمة لضمان قدرتهم على صياغة التشريعات بالجودة المنشودة .

رابعاً : كما يلزم عند الاستعانة بقوانين دول أخرى ألا تغفل عن مراعاة ظروف وأحوال الدولة المراد وضع تشريعات لأفرادها ، لأن ما يصلح لدولة قد لا يصلح لدولة أخرى ، ويعد الفقيه الفرنسي مونتيسكيو Montesqueieu من أوائل الفقهاء الذين لفتوا أنظار العالم الحديث في كتابه الشهير « روح القوانين L' esprit des lois » إلى أهمية تأثير البيئة بكل أشكالها وصورها في القوانين ، ودعا إلى ضرورة تناسب هذه القوانين مع طبيعة البلدان ومركزها واتساعها ونوع الحياة فيها ودين الأفراد وعاداتهم وميولهم ٣ .

١ . أستاذنا الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار «مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية» ص ٧٦ ، ٧٧ ، طبعة عام ١٩٧٩ ، مطبعة السعادة بالقاهرة.

٢ . راجع في ذلك هذا الموقع : [www.oecd.org/mena/governance/41096460.pp](http://www.oecd.org/mena/governance/41096460.pp)

٣ . L' esprit des lois . Montesqueieu . p : 10 et 11 . Livre 1 . chapitre 3 .

خامساً : ضرورة مراعاة معطيات الواقع الذي اقتضى التشريع ، ذلك أن القانون كما يؤكد مونتيسكيو حدثاً اجتماعي ينشأ بين أحشاء الجماعة وينمو في ظلال ظروفها ومعطيات واقعها ، بل ويتطور بتطور هذه الظروف ، وأنه ليس هناك قانون طبيعي ثابت لا من حيث المكان ولا من حيث الزمان ، فهو كائن حي يتفاعل مع البيئة الاجتماعية التي ينشأ فيها ويتطور معها ، ولذا تختلف قوانين الشعوب عن بعضها البعض ، بل نجد أن قانون الشعب الواحد يختلف من عصر إلى آخر ١ .

كما أشار الفقيه الفرنسي « جيني » إلى القيمة المثلى لمعطيات وحقائق الواقع المعاش في المجتمع بكل أشكاله وصوره بوصفها المواد الأولية التي يصنع منها المشرع نصوص التشريع لتجيب منسجمة مع المجتمع الذي تطبق فيه ، وهذا من شأنه أن يؤكد على خصوصية قانون كل بلد بوصفه صورة معبرة عن واقع هذا البلد ، وأن ما يصلح لبلد ما من القوانين قد لا يصلح لغيره من البلاد .

سادساً : وأخيراً يجب إعطاء الصائغين الوقت الكافي لحسن دراسة جميع عناصر المواد الأولية الداخلة في صناعة التشريع ، وهذا يقتضي تمكينهم على مهل ودون تسرع أو عجلة في دراسة المشكلة المراد حلها وظروف أصحابها والقوانين المرتبطة بهذه المشكلة ، ثم يعطوا من بعد ذلك الوقت الكافي لصياغة مشروع القانون المراد وضعه ، حتى تنهياً أسباب النجاح في مهمتهم ، وإلا كانت العاقبة الفشل في تنفيذها ، والواقع المعائن في تشريعات كثير من الدول العربية ليس ببعيد ، فكم من قوانين وضعت لبيل وبسرعة شديدة ولم تأخذ الوقت الكافي فخرجت معيبة قلباً وقالباً وحملت بين ثناياها معاول فشلها وهدمها .

## المطلب السادس

### إعداد ملف كامل لتوثيق جميع مراحل عملية الصياغة التشريعية

لا جرم أن التنظيم السليم للصياغة التشريعية يقتضي من القائمين على هذه الصياغة إعداد ملف كبير يتم تنظيمه على وجه يضمن حفظ الوثائق التي تمت الاستعانة فيها ، أو الاعتماد عليها في صياغة التشريع ، وتسجل فيه جميع المداولات والمناقشات ذات الصلة بمشروع القانون ، والأسباب الموجبة لوضعه وما جرى كتابته من مسودة ومراجعة وصولاً إلى الصيغة النهائية الأولى لمشروع القانون ٢ .

## المبحث الخامس

### نماذج متفرقة لبعض أخطاء الصياغة القانونية

#### المطلب الأول

#### نماذج لبعض الأخطاء المادية

أولاً : ما ورد في المادة ٣٧٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني من أنه « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشترروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والديون التي عهد إليهم في بيعها أو تخمينها ولا أن

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٦٨ ، ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، أ.د / سليمان مرقس « الواي في شرح القانون المدني » ، الجزء الأول ، المدخل للعلوم القانونية » ، ص ٥٢٤ ، الطبعة السادسة عام ١٩٨٧م ، مطبعة السلام .

٢ . راجع في ذلك هذا الموقع : [www.oecd.org/mena/governance/41096460.ppt](http://www.oecd.org/mena/governance/41096460.ppt)

يقايضوا بها أو يرتهنوها» ، حيث كانت كلمة يقايضوا مكتوبةً يقاوضوا قبل أن يجري تصحيحها .  
ثانياً : ما ورد في المادة ١٠٢ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ م من أنه « لا يجوز للسامسة أن يتوسطوا لأشخاص اشتهروا بعدم ملاذتهم أو يعلم بعد أهليتهم » ، فوقع خطأ مادي في كتابة كلمة ملاذتهم فجعلت الدال بدلاً من الهمزة لكن المعنى واضح أن المقصود الملاذ والملاذ وليست الملاذ ، فالنص يفرض على السامسة ألا يتوسطوا في عقود عن أشخاص اشتهروا بعدم الملاذ واليسار ، وإلا كانوا سبباً في إلحاق الأذى في عقد مع بل من يكون طرفاً أي من هؤلاء المشتهرين بعدم الملاذ .

ثالثاً : ولعل من أمثلة الخطأ المادي المتمثل في نقصان حرف بالنص القانوني دون أن يغير من مضمون هذا النص ومعناه ، وإن كان قد نال من سلامة شكل عباراته ودقة لفظه ومبناه ، ما جاء في المادة ٦٧٦ مدني مصري بقولها « تسري أحكام عقد العمل على العلاقة بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومدنوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ..... » ١ . فقد نقص في النص إضافة حرف العطف « و » بين كلمتي « الممثلين التجاريين » وكلمة « الجوابين » .

رابعاً : ومن أمثلة الخطأ المادي المتمثل في زيادة أداة عطف بالنص من غير أن تتال من سلامة المعنى رغم ما لها من تأثير واضح على دقة المبنى ، ما ورد في نص المادة ١٥٢ من القانون المدني المصري القديم من زيادة أداة العطف « أو » ، إذ تقول « يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدم وقوعه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله » . فقد ورد في النص أن « ..... الشرط أمر مستقبل أو غير محقق ..... » ، وهذا يخالف طبيعة الشرط بوصفه حدثاً مستقبلياً غير محقق الوقوع ، ولذا يظهر بسهولة معرفة مثل هذا الخطأ المادي واضح الفساد ، ولا يمكن أن يغير وجوده من حقيقة المعنى المعلوم عن الشرط لغةً واصطلاحاً باعتباره أمراً مستقبلياً غير محقق الحدوث ٢ .

خامساً : ومن أمثلة الخطأ المادي المؤثر وجوده على سلامة المعنى واستقامة مضمونه ، سواء كان ذلك متمثلاً في ورود لفظ بطريق الخطأ أخل بمعنى النص أم كان متمثلاً في عدم ورود لفظ معين بالنص أدى إلى حصول ذلك الخلل ، ولعل من أمثلة الفرض الأول ما ورد في المادة ١٠٨٨ مدني مصري بشأن حق الاختصاص إذ جاء فيها أنه « لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمراد العلني » . إذ يستفاد من هذا النص أنه يلزم لكي يتسنى للدائن الحصول عن طريق القضاء على حق اختصاص على عقار معين أو عقارات معينة لمدينه ، ثبوت ملكية المدين لهذا العقار أو تلك العقارات وقت قيد هذا الحق ، وهذا أمر غير متصور إذ لا يعقل أن يتم قيد حق الاختصاص قبل أن يقرره القضاء للدائن أصلاً ، ومن ثم لا يجوز أن يجعل شرطاً لازماً لاستيفاء حصول الدائن عليه ، ولذا فإن الصحيح أنه يلزم ملكية المدين للعقار وقت تقرير القضاء حق اختصاص

١ . ليس لهذه المادة ما يعادلها في القانون المدني البحريني ، وبذلك تضاد واضح القانون المدني البحريني الوقوع في مثل هذا الخطأ .

٢ . وجدير بالذكر أن النص المعادل لهذا النص سواء في القانون المدني المصري الجديد أم في القانون المدني البحريني قد سلم من هذا الخطأ ، راجع في ذلك المادة ٢٦٥ مدني مصري ، والمادة ٢٤٥ مدني بحريني .

٣ . ليس لهذه المادة ما يعادلها في القانون المدني البحريني ، نظراً لأن واضع القانون المدني البحريني لم ينظم حق الاختصاص أصلاً بين نصوصه ، ومن ثم لا يعد هذا الحق أحد الحقوق العينية التبعية في البحرين .

عليه لصالح دائته ٣ .

ومن أمثلة الفرض الثاني ما جاء في نص المادة ١٥١ مدني مصري قديم من أنه « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » . فقد وقع نقص في عبارة النص حيث لم يقيد واضع القانون الفعل المنشئ لمسئولية مرتكبه ضرورة ثبوت معنى الخطأ فيه ، وهذا أمر جوهري لانعقاد مسئولية محدث الفعل المؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير ، إذ لا يتصور أن يكون قصد واضع القانون قد انصرف إلى أن تتعدد مسئولية الشخص عن كل فعل يقع منه فيضر بغيره حتى وإن انتفى وصف الخطأ عنه ، وهذا ما ظهر من عبارة النص بطريق الخطأ لغياب اللفظ المقيد للفعل الضار بضرورة تحقق معنى الخطأ فيه ، وهذا ما حرص واضع القانون المدني المصري الجديد على إبرازه في النص القانوني المبين لأساس المسئولية التقصيرية ، فقد نصت المادة ١٦٢ منه على أن « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » ، كما أبرزه بجلاء أيضاً واضع القانون المدني البحريني في المادة ١٥٨ منه بقولها « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بتعويضه » ١ .

ومثال ذلك أيضاً ما كان ينص عليه القانون المدني المصري القديم من أن التقادم المكسب بالمدة القصيرة يتحقق بثبوت الحياة لمدة خمس سنوات مع توافر السبب الصحيح ، دون أن يرد ذكر لاشتراط حسن نية الحائز بوصفه شرطاً لازماً لكسب الملك بهذا التقادم ، لكن كان الفقه والقضاء يحصران على اشتراط حسن نية الحائز ، حتى نص القانون المدني المصري الجديد صراحةً على وجوب إثبات توافر هذا الشرط ٢ .

## المطلب الثاني نماذج لبعض الأخطاء اللغوية

حيث تنص المادة ١٥٩ من هذا القانون على أن «يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز» .

وأرى من جانبي أن صياغة هذا النص القانوني قد جانبت التوفيق والسداد حينما استعمل فيها لفظ «الخاطئ» كوصف لفعل الشخص الذي أضر بغيره ولو كان غير مميز، ذلك الوصف الذي يفيد توافر القصد أو العمد *L'intention* في جانب مرتكب الفعل ، الأمر الذي يقتضي أن يتوافر فيه ركن الإدراك أو التمييز كركن معنوي للخطأ ، لأن الخاطئ في اللغة هو من يتعمد الخطأ ، بعكس المخطئ فهو من يرتكب الخطأ دون عمد أو قصد مسبق، وهذا ما لم يقصده أبداً واضع القانون في هذا النص، لذلك اقترح استبدال هذا الوصف بوصف «الضار» فيكون التعديل المقترح هو «يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الضار ولو كان غير مميز» .

ما ورد في المادة ٧٤٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري من أنه « تستبدل لفظ التمييز بلفظ النقص في أي نص » حيث الظاهر من النص أن نجعل لفظ التمييز بديلاً عن لفظ النقص ، وهو ما لم يقصده واضع

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / سعيد سعد عبد السلام - المرجع السابق - ص ٢٠٨ ، أ.د / محمد حسن قاسم - المرجع السابق

- ٤٠٩ ، انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٤٢٨ .

٢ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسن قاسم - المرجع السابق - ص ٤٠٩ ، أ.د / محمد حسين منصور - المرجع السابق -

ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، أ.د / سعيد سعد عبد السلام - المرجع السابق - ، ص ٢٠٦ .

القانون ، حيث يقصد إحلال لفظ النقص بديلاً عن لفظ التمييز ، لكن نظراً لعدم دراية واضع النص بالمدلول اللغوي الذي يفيد دخول الباء على المتروك وقع في هذا الخطأ ، ولذا حينما طلب بنو إسرائيل من سيدن موسى عليه السلام أن يدعو الله لهم ليرزقهم طعاما بديلا عن المن والسلوى مثل البقل والقثاء والقوم والعدس تعجب سيدنا موسى من طلبهم فقال لهم « أتسبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير » ١ .

### المطلب الثالث

#### تعارض النصوص المجيزة للربا مع أحكام الدستور

ترخص معظم القوانين المدنية المعاصرة - باستثناء القانون المدني البحريني في المادة ٢٢٨ منه والقانون المدني الكويتي في المادة ٣٠٥ منه وغيرهما من القوانين العربية الأخرى التي تحظر الفائدة الربوية - للدائن الذي له في ذمة مدينه مبلغ نقدي أن يحصل عنه فائدة ربوية في حدود معينة (يحددها القانون بقاعدة أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها) مقابل تأجيل الوفاء به إلى وقت معين بناء على اتفاق بينه وبين مدينه، وهي التي تسمى بالفائدة التعويضية، كما يرخص له في تحصيل فائدة أخرى في حدود معينة مقابل تأخير الوفاء بهذا المبلغ، وهي التي تسمى بالفائدة التأخيرية .

والفوائد التعويضية *Les intérêts compensatoires* ٢ هي الفوائد التي يلتزم بها المدين مقابل انتفاعه بمبلغ نقدي للدائن طوال مدة بقاءه في ذمته إلى حين حلول أجل استحقاقه. مثال ذلك أن يعطى (أ) ل (ب) مبلغاً من المال على سبيل القرض لمدة عام مثلاً، على أن يدفع له فائدة معينة مقابل انتفاعه بمبلغ القرض خلال السنة .

أما الفوائد التأخيرية *Les intérêts moratoires* ٣ فهي الفوائد المقررة قانوناً أو اتفاقاً عن مبلغ نقدي حل أجل استحقاقه وتأخر المدين عن سداه لدائته. مثال ذلك أنه إذا حل أجل سداد قيمة القرض في المثال السابق فإن الفوائد التي تستحق بعد هذا التاريخ تسمى بالفوائد التأخيرية لأنها ليست تعويضاً عن الانتفاع بالمبلغ ولكنها جزاء ومقابل التأخير في سداه وأدائه رغم حلول أجله .

ونؤمل أن يمتد الحظر والتحریم للفوائد الربوية بصورة عامة ومطلقة ليشمل المعاملات التجارية إلى جانب المعاملات المدنية، ليتحقق فينا مراد الله منا بأن ننتقيه حق التقوى باجتنب محارمه ونواهيه، وصدق الله إذ يقول «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين...» (الآية رقم ٢٧٨ من سورة البقرة) ، وربما يقول قائل أن حظر الربا في المعاملات التجارية سيؤدي إلى إغلاق البنوك وزوالها ( وحتى على فرض تحققه فإنه أهون من إغلاق القلوب وفسادها بالانغماس في معصية الله تبارك وتعالى ) وهذا

١ . الآية رقم ٦١ من سورة البقرة .

٢ . ويطلق على هذا النوع من الفوائد الربوية اسم الفوائد التعويضية، على أساس أنها تمثل تعويضاً للدائن عن حرمانه من المبلغ النقدي الذي أقرضه للمدين طوال مدة القرض، ويطلق عليها البعض اسم الفوائد الاستثمارية، على أساس أن المدين يأخذ هذا المبلغ النقدي عادة لاستثماره خلال مدة القرض أو أن الدائن يعطيه له بهدف الاستثمار فيحصل عنه نسبة مئوية معينة من هذا المبلغ طوال مدة بقاءه عنده إلى أن يحل أجله.

٣ . فالفوائد التأخيرية قد يكون مصدرها الاتفاق بين الدائن والمدين فتكون فائدة اتفاقية *Un intérêt conventionnel* وهذا هو الغالب، فإذا لم يتفق عليها الطرفان جاز للدائن أن يطالب مدينه بفائدة عن تأخير الوفاء بدينه بالسعر القانوني فتسمى عندئذ بالفائدة القانونية *L'intérêt légal*.

تصور غير صحيح لأن هذه البنوك يمكن أن تحصل مصروفات إدارية عند قيامها بكثير من العمليات المصرفية التي تقوم بها، هذا إلى جانب أية عمولات وأرباح مثل هذه العمليات فضلاً عن اضطلاعها بكثير من المشروعات الاستثمارية سواء نفسها أو عن طريق آخرين غيرها مضاربة، فتستعيز بذلك عن الربا. إذ تنص هذه المادة على أن «يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به»<sup>١</sup>، وليس لهذا النص ما يقابله في القانون المدني المصري فهو يجير للأفراد التعامل بالربا في حدود ٤٪ في المسائل المدنية، و٥٪ في المسائل التجارية بما لا يزيد على ٧٪، فأحل بذلك ما حرم الله عز وجل من كبائر الذنوب والآثام، ذلك أن الربا يعد من الذنوب التي أعلن الله فيها على مقترفيها الحرب، بل إن لفظ الحرب جاء بصيغة النكرة مما يفيد عموم أنواع الحرب تعظيماً لهذا الذنب العظيم، حيث يقول الحق تبارك وتعالى في ذلك «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون»<sup>٢</sup>.

## المطلب الرابع

### تعارض النصوص المنظمة للتقادم مع أحكام الدستور

لقد كانت القاعدة العامة في القانون الروماني أن التقادم أو الزمن ليس من طرق كسب الحق أو من طرق زواله<sup>٣</sup>، وذلك باعتبارها قاعدة أساسية تملئها القواعد الدينية أو المبادئ الأخلاقية، ثم ما لبثت هذه القاعدة أن تغير مضمونها بعد مراحل وتطورت متلاحقة داخل هذا القانون واعترف القانون البريتوري *La loi pretorien* بناء على اعتبارات عملية؛ بالتقادم المكسب كوسيلة لكسب الحقوق وبالتقادم المسقط كوسيلة لانقضاء وزوال الحقوق والالتزامات.

وقد عمدت التقنيات المدنية الحديثة (مثل القانون المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري والتقنين المدني

١. هذه المادة تقابل المادة ٣٠٥ مدني كويتي .

٢. الآيتان رقم ٢٧٨، ٢٧٩ من سورة البقرة).

3. La prescription ou le temps n'est pas mode de constituer ou de dissoudre un droit.

٤. فعلى الرغم من أن القانون الروماني القديم كان يعتبر أن الالتزامات أو الحقوق دائمة غير قابلة للسقوط بالتقادم، فإن الرغبة في التخفيف عن المدين من عبء الديون ووطناتها هي التي دفعت القانون البريتوري إلى أن يضع قاعدة تقادم بمرور ثلاثين عاماً، على أساس أن مضي هذه المدة الطويلة يعد قرينة على الوفاء، هذا بالإضافة إلى أنه مما لا يتفق مع المنطق والعقل أن نطالب بالاحتفاظ بدليل براءة ذمته بالوفاء مدة تزيد على هذه المدة (انظر في ذلك المعنى: د/ محمد عبد الجواد محمد «الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي»، بند ٢٠، ص ٤٢، طبعة عام ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية).

أما في خصوص التقادم المكسب فقد خلص فقهاء القانون الروماني إلى أنه وإن كانت قواعد العدالة المطلقة وقواعد الأخلاق تقتضي أن يحتفظ صاحب الحق بحقه مهما طال الزمن ومهما بلغ إهماله إلا أن تغليب عوامل الاستقرار والمحافظة على الأمن العام في المجتمع يستوجب الاعتراف بهذا النوع من التقادم، فها هو الفقيه الروماني GAIUS يرى أن هذا النوع من التقادم يقوم على أساس عدم ترك الملكية معلقة أو غير مستقرة، وأن المالك الذي يهمل ملكه ولا يطالب به خلال مدة التقادم ينبغي تفضيل الحائز المجتهد عليه كما يرى الفقيه الروماني CICERON أن التقادم نظام تقتضيه اعتبارات ودواعي الاستقرار للحقوق (انظر في ذلك المعنى: د/ محمد عبد الجواد محمد - المرجع السابق - بند ٢١، ص ٤٤).

البحريني) إلى الأخذ بنظام التقادم بنوعيه (أي سواء كان تقادماً مكسباً أو تقادماً مسقطاً) نقلاً عن القانون الروماني، وذلك تغيّلاً لبعض الاعتبارات العملية التي تبرر هذا النظام على اعتبارات الأخلاق وقواعد العدالة. فما هي تلك الاعتبارات العملية، وما هي الردود التي يمكن توجيهها إليها.

أولاً: الاعتبار العملي الأول: يرى معظم الفقهاء أن التقادم نظام يمليه اعتبار عملي متعلق بالمصلحة العامة يتمثل في كونه ضرورة لازمة للمحافظة على استقرار المعاملات، وأن غيابه وإنكاره يهدد هذا الاستقرار داخل المجتمع. ومن ثم فهو نظام أساسي من نظم الأمن الاجتماعي<sup>١</sup>.

ويبرهن البعض على مصداقية تصورهم لهذا الاعتبار قائلاً «ولنا أن تصور مدى ما يسود المجتمع من اضطراب وتزعزع في المعاملات إذا ما كان في مقدور الدائن أن يطالب بحق مضت عليه مئات السنين، فكيف يدفع ورثة المدين مطالبته ورثة الدائن بتلك الحقوق، وكيف لهم إثبات وفاء مورثهم بديونه، فلا يمكن إلزام المدين بالاحتفاظ بإيصالات السداد والمخالصات والمستندات إلى ما لا نهاية بحيث يتوارث على الحفاظ عليها الخلف بعد السلف»<sup>٢</sup>.

وأعتقد من جانبي أن الاعتبار سالف الذكر وإن كان جدير بالرعاية والاهتمام إلا أنه لا ينبغي أن يبنى على المفسد، صحيح أن استقرار المعاملات مصلحة عامة أساسية لكن لا يجوز أن تنشأ على أشلاء الحقوق، فنسمح بتضييع هذه الحقوق وإسقاطها (أو إسقاط الحق في المطالبة بها) لا لشيء إلا للمجرد عدم استعمالها من قبل ذويها - باستثناء حق الملكية فهو لا يسقط بعدم الاستعمال- أو عدم مطالبتهم بها حيال مدينتهم وتقادم العهد على ذلك كما أنه لا يتولد عن إقرار التقادم استقرار في المجتمع ولا يترتب على إنكاره اضطراب أو زعزعة كما توهم أنصار هذا الرأي بل العكس هو الصحيح ذلك إن إقرار التقادم من شأنه أن يثبت بذور الحقد والشقاق في نفوس أصحاب الحقوق في مواجهة مستلبيها أو منكريها ممن يتمسكون بهذا النظام، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الاضطراب والنزاع على نحو يهدد الأمن المدني والاستقرار الاجتماعي داخل المجتمع، ناهيك عن الآثار الأخلاقية السيئة التي يغرسها هذا مثل النظام في نفوس الأفراد من تجرأ على أكل أموال الناس بالباطل وتطاول سافر على حقوق الناس دون وجه حق، متحصنين في تطاولهم وتجروهم بمبررات واهية واعتبارات مزعومة يرتكز عليها نظام التقادم. وأخيراً لم يعد الاحتفاظ بالإيصالات ومخالصات السداد أمراً شاقاً اليوم كما كان يعتقد أنصار هذا الرأي لاسيما مع تنوع وتطور الوسائل المتاحة لحفظها في العصر الحديث.

ثانياً: الاعتبار العملي الثاني:- يرى بعض الفقهاء أن نظام التقادم المسقط يرتكز على قرينة الوفاء Une *presomption du paiement*، حيث يفترض مع مرور الزمن وتقادم العهد على الدين وفاء المدين به خاصة وأن الغالب في الدائن أنه لا يسكت عن المطالبة بحقه فترة طويلة ولذا كان طبيعياً أن يحمل هذا

١. انظر في هذا المعنى إلى كل من أ.د/ أنور سلطان، بند ٤٥٢، ص ٢٨٨، أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٤٠٢، ص ٤٢٦، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٥٢٣، أ.د/ توفيق حسن فرج، ص ٢٦٤.

٢. أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٥٢٣.

٣. انظر في عرض ذلك إلى كل من: أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٤٠٢، ص ٤٢٥، أ.د/ أنور سلطان، بند ٤٥٢، ص ٢٨٨، أ.د/ توفيق حسن فرج ويقترب من الاعتبار العملي المتمثل في قرينة الوفاء قول البعض بأن التقادم المسقط يقوم على أساس قرينة الإبراء من قبل الدائن بحيث يفترض بأن الدائن وقد سكت عن المطالبة بحقه خلال مدة التقادم أنه قد تنازل عنه وأبرأ المدين منه (أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٤٠٢، ص ٤٢٥) بيد أن هذا القول محل نظر أيضاً لأنه يصطدم بتلك القاعدة التي تقضي بأن «النزول عن الحق أمر لا يفترض».

السكوت بعد انقضاء مثل هذه الفترة الزمنية على استيفائه له ٣ .

هذا الرأي مع وجاهته محل نظر لأن افتراض الوفاء كأساس يرتكز عليه التقادم ينبغي أن يتلاشى مع ثبوت عدم الوفاء، إذ لا يتصور إقرار التقادم مع التيقن من عدم الوفاء، وهذا - للأسف الشديد - ما ينادي به أنصار هذا الرأي، إذ يرون إقرار التقادم المسقط حتى وإن اعترف المدين بعدم وفائه بالدين، وهذا ما لا يؤيده منطوق ولا عقل ولا دين، وكيف نرخص لمدين بحرمان دائن من حقه رغم اعتراف المدين بعدم وفائه، لا لشيء إلا لتقادم العهد على المطالبة بهذا الحق، ناهيك عن الآثار السيئة الخطيرة التي تتولد عن شيوع مثل هذا المسلك اللأخلاقي في محيط التعامل على الأفراد في دنياهم وأخراهم ويكفيها في مقام الترهيب من أكل أموال الناس بالباطل أن نتدبر بعض الأدلة الشرعية الواردة في هذا الشأن نذكر منها على سبيل المثال قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم »<sup>١</sup> وقوله أيضاً « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه »<sup>٢</sup> وقول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم »<sup>٣</sup>، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقتطع رجل حق امرئ مسلم بيمينه إلا حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار » فقال رجل من القوم: يا رسول الله وإن كان شيئاً يسيراً؟ فقال صلى الله عليه وسلم « وإن كان سواكاً من أراك »<sup>٤</sup>، وقوله « من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذ أموال الناس يريد إتلافها أتلفه الله »<sup>٥</sup>.

ثالثاً : الاعتبار العملي الثالث: يرى البعض أن إقرار الوفاء يرجع من وجهة نظرهم ليس فقط إلى قرينة الوفاء سائفة الذكر بل أيضاً إلى الرغبة في منع تراكم الديون على المدين مما قد يؤدي إلى تكليفه بما يجاوز طاقته. ولكل واحد من هذين الاعتبارين أثر في مدى حق المدين في التمسك بالتقادم بحيث لا يمكن أن يستغني عن أحدهما بالآخر، لأنه لو كان أساس التقادم هو قرينة الوفاء فقط لما كان في مقدور المدين التمسك به إذا كان قد اعترف بعدم الوفاء أو بدأ بإنكار مديونيته، أما إذا كان أساس التقادم أيضاً هو منع تراكم الديون عليه فسيكون في استطاعته التمسك بالتقادم حتى بعد إقراره بوجود الدين في ذمته . وأعتقد من جانبي أن هذا الرأي أيضاً محل نظر لأنه إذا جاز بناء التقادم على قرينة الوفاء ( باعتبارها قرينة بسيطة Presomption simple يمكن دحضها وإثبات عكسها ) فإنه لا يتقبل بناء التقادم على أساس منع تراكم الديون على المدين ، فهي غاية لا تبرر من-وجهة نظري- بأي حال من الأحوال إقرار التقادم كوسيلة غير مشروعة في إسقاط الحقوق، ذلك أن المدين الذي يهمل في وفاء ديونه حتى تتراكم عليه شخص يستحق الشدة والمؤاخذة ولا يستحق الرأفة واللين، ومن ثم لا يلومن إلا نفسه.

رابعاً : الاعتبار العملي الرابع:- قد يرى في التقادم أنه خير وسيلة يجازى بها صاحب الحق على إهماله في

- ١ . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطاب وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ج ٢، ص ٤١٧، ٣٦١.
- ٢ . رواه البيهقي في سننه ( السنن الكبرى للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، تحقيق محمد عبد القادر عطا ج ٦، ص ١٠٠.
- ٣ . الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.
- ٤ . رواه ابن ماجه في سننه، ج ٢، رقم الحديث ٢٢٢٤، ص ٧٧٩.
- ٥ . مسند أحمد بن حنبل، ج ٢، ص ٤١٧، ٣٦١.
- ٦ . بل أنه لو أجاز حرمان المرء من حقه كعقاب وجزاء لإهماله، رغم قسوة الجزاء وشدته فكان من الضروري رصده للمصلحة العامة فتملكه الدولة وتجنده للمنفعة العامة، ولا ينبغي أن نجعل من هذا العقاب مكافأة للغاصب على غصبه أو للجاحد للحق على مجودة لهذا الحق في مواجهة صاحبه فتشجع بذلك على شيوع وانتشار أعمال الغصب والنهب بين الأفراد فتنتكس بذلك الاخلاق ويتلاشى على إثر ذلك حجم وجودها في ميدان التعامل.

استعمال حقه أو عدم المطالبة به في مواجهة مدينه ٦ .

وأعتقد أن هذا التصور مع وجاهته محل نظر لأنه إذا صح اعتبار الدائن المهمل في استعمال حقه أو مطالبته به شخصاً مستحقاً للجزاء والعقاب، فإن هذا الجزاء ينبغي أن يتناسب مع حجم إهماله ودرجة تقصيره ولا سيما وأن الجزاء (سواء في هذا المقام أو بصفة عامة) ليس هدفاً أو غاية في حد ذاته وإنما هو أداة للإصلاح والتقويم ومهما بلغ تقصير صاحب الحق فليس من المقبول أن نصل بالجزاء إلى حد حرمانه من حقه بل والاعتراف لغيره بانتزاعه منه رغماً عنه فيصير الجزاء بدلاً من صيرورته أداة إصلاح وتقويم للسلوك وسيلة تساعد على إعمال الغضب والنهب بين الأفراد.

ولعله وقد ظهر لنا من خلال الانتقادات السابقة الذكر عدم ارتقاء مبررات التقادم إلى الدرجة التي تستأهل إقراره كسبب من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها، ومن ثم فإننا نؤيد ما اتجه إليه الرأي السائد في الفقه الإسلامي من أن اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة ويكفي في مقام إبراز مساوئه أن يصير من خلاله الغاصب أو السارق لشيء ما مالكا له بعد حيازته لما غضب أو سرق مدة معينة، وأنه يحول بين الحق وصاحبه لتركه المطالبة به بعد مدة من الزمن في حين أن مضي الزمن ليس من شأنه أن ينشئ حقاً أو يسقط حقاً ١ .

طبيعة التقادم المسقط: لقد ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذا النوع من التقادم هل يرد على الحق أو الالتزام فيؤدي إلى زواله أو انقضائه، أم أنه يرد فقط على دعوى المطالبة بالحق أو الالتزام فيمنع فقط من سماعها دون أن يمس وجود الحق أو الالتزام؟

يرى أغلب رجال الفقه المصري أن التقادم يرد على الحق أو الالتزام كما يرد على الدعوى المتعلقة به لأنه إذا انقضى الحق أو الالتزام فلا محل أصلاً لوجود دعوى تتصل به، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مدني مصري حيث تنص على أن يترتب على التقادم انقضاء الالتزام...، فمؤدى هذا النص أن الذي يسقط هو الحق ذاته أو الالتزام ولا يقتصر التقادم على أن تنقضي به الدعوى وحدها ٢ .

في حين يرى البعض الآخر قصر أثر التقادم على سقوط الدعوى دون الحق لا سيما وأن الاستفادة من نصوص القانون المدني المصري بخصوص التقادم يؤكد على أن التقادم لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام أو الحق، وأنه مجرد نظام إجرائي لا يمس بقاء الالتزام وإنما يحول دون ممارسة الدعوى للمطالبة به، بدليل أن التقادم يخلف على عاتق المدين التزاماً طبيعياً ٣ .

والملاحظ أن هذا النظر يتفق مع مسلك القانون المدني البحريني الذي يطلق على التقادم اصطلاحاً آخر يكشف عن طبيعته فيه كنظام إجرائي مانع من سماع الدعوى دون أن يمس الحق أو الالتزام ذاته، حيث ينظم أحكامه تحت عنوان «مرور الزمان المانع من سماع الدعوى»، وتلك تسمية مأخوذة من بعض الفقه

١. فضيلة الشيخ على الخفيف «الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية» معهد البحوث والدراسات العربية، ص ١٦٦، ١٦٧، طبعة عام ١٩٦٨.

٢. أ.د/ عبد الرزاق السنهوري، رقم ٦٧٤، ص ١٢٩٩.

٣. أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٥٢٧، حيث يقول سيادته في هذا المعنى «فالتقادم يؤدي إلى انقضاء الدعوى وليس الحق أو هو محل التزاماً طبيعياً محل الالتزام المدني الذي انقضى» أ.د/ توفيق حسن فرج، ص ٢٦٢، حيث يقول سيادته «فالتقادم ينصرف بالأحرى إلى الدعوى القضائية وليس إلى الحق نفسه، إذ يظل الدين مجرداً عنال دعوى»

الإسلامي ( من المذهب المالكي والمذهب الحنفي) الذي يجيز عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضي مدة طويلة عليه دون أن يمس ذلك وجود الدين ذاته ١ .

### المطلب الخامس

#### انتفاء مبرر التفرقة بين الوفاء من أحد المدينين المتضامنين أو من الغير في أثر الوفاء مع الحلول

إذ تنص المادة ٢٨١/ ٢٨١ أمديني بحريني على أنه « إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين أو ما يزيد على حصته فيه أو قضاة بطريق من الطرق المعادلة للوفاء فلا يجوز له أن يرجع على أي من المدينين إلا بقدر حصته ، ولو كان الموفى قد رجع بدعوى الدائن استناداً إلى ما له من حق الحلول » .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢٩٧/ ١ مدني مصري بقولها « اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » .

وهذا يعني أنه إذا وفى بالدين كاملاً أحد الملتزمين به كالمدين المتضامن أو الكفيل عند تعدد الكفلاء أو المدينين بدين لا يقبل الانقسام عند تعدد المدينين، كان من حقه الرجوع على باقي الملتزمين بدعوى الحلول، غير أن الحلول في هذه الحالة لا يكون كاملاً، لأنه مضطر بعد استنزال حصته أو نصيبه من الدين، إلى تجزئة رجوعه على الباقيين من الملتزمين بالدين كل بقدر نصيبه في الدين، إذ لو كان الحلول كاملاً لكان من حق الموفى من هؤلاء الملتزمين الرجوع على الباقي منهم بكل الدين بعد خصم نصيبه.

لكن هنا إذا حصل الوفاء من غير أحد المدينين المتضامنين كان له حق الرجوع على أي من المدينين المتضامنين على سبيل التضامن ، مادام قد اتفق على الحلول مع الدائن ، وبذلك يحرم النصاب أياً من المدينين المتضامنين من الاستفادة من آثار الحلول القانوني عند وفائه بكامل الدين دون أي مبرر عملي أو سبب منطقي لذلك ، على الرغم من أن عدم حرمان أي مدين متضامن من أثر الحلول القانوني محل الدائن من شأنه أن يشجعه على المبادرة بالسداد كلما أمكنه ذلك ، لأنه سيستطيع له حق الرجوع على أي من المدينين المتضامنين غيره بكامل الدين بعد استنزال حصته .

### المطلب السادس

#### دعوة بعض النصوص إلى العيثية وعدم التزام طريق الجادة في السلوك

تنص هذه المادة ٣٣٠ مدني بحريني على أنه « أ- إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو بإجراء

١ . وقد اختلف كل من المذهب الحنفي والمذهب المالكي في تأصيل عدم سماع الدعوى، فذهب المالكية إلى أنه إذا سكت صاحب الدين بدون عذر مانع مدة من الزمن ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى المدين انه دفع الدين فإنه يصدق بدون بينة ولا تسمع دعوى المدعي، ذلك أن إثبات الوفاء بعد هذه المدة قد لا يكون ميسوراً بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم، كما أن تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن إقراراً بعدم أحقيته في المطالبة، أما الحنفية فقد أقاموا رأيهم على الاستحسان لأن ترك الدعوى مع التمكين يدل على عدم الحق ظاهراً ( انظر في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في مصر- التعليق على المادة ٣٦٥ ص ١٠٩ وقد نقلتها حرفياً المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة).

بديل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو إذا لم يصدر حكم نهائي بصحته ، وإذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين .

« ب- أما إذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم نهائياً بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين .»

وهذا يعني إن قيام المدين بإتمام إجراءات العرض والإيداع لا يلزمه بشيء ما دام أن الدائن لم يقبله بعد أو لم يصدر حكم نهائي بصحة العرض والإيداع، ومن ثم يرخص للمدين في الرجوع في عرضه، فيزول عنه أثره ويعتبر كأن لم يكن، ويعود الدين كما كان بملحقاته، وترتد مسئولية المدين عن أدائه مع باقي المدينين المتضامنين معه و الكفلاء الضامنين له (م ٢٣٠/أ مدني بحريني ١).

فإذا ما قبل الدائن العرض أو صدر حكم نهائي بصحته لم يجز للمدين الرجوع في عرضه، حيث يتحقق بأي منهما الوفاء بالحق من تاريخ عرضه، هذا ما لم يقبل الدائن هذا الرجوع رغم صدوره بعد قبوله للعرض أو بعد صدور حكم نهائي بصحة العرض والإيداع، حيث يترتب على ذلك اعتبار الوفاء كأن لم يكن، ويعود التزام المدين كما كان قبل القبول أو الحكم، دون أن يخل ذلك بحقوق الشركاء مع المدين في الالتزام، والكفلاء، حيث تبرأ ذمتهم، ولا يبقى للدائن حق التمسك في مواجعتهم بشيء (م ٢٢١ مرافعات بحريني). وهنا نتساءل هل هذا النص يحض على التزام طريق الجادة أم يدعو إلى العبثية والتخلي عن الجهود المبذولة بكل تهاون دون أي مبرر عقلي أو عملي ، مع ما يترتب على ذلك من إضاعة الوقت والجهد والمال، ولا ينبغي التبرير بأننا في إطار المصلحة الخاصة لطريق الالتزام ، ولذا فإنه لا مانع من أن يرخص لهما في أن يتفقا على ما يريانه محققا لمصلحتيهما ، لأن السماح لهما بمثل هذا السلوك الوارد في النص سالف الذكر من شأنه أن يعودهما على عدم الاكتراث بعناصر مهمة في حياتهما مثل الجهد والوقت والمال ، هذا بالإضافة إلى أنه سيضيع وقتاً وجهداً على الموظف العام الذي أشرف على مراحل العرض والإيداع ، فضلاً عن تضييع وقت المحكمة التي قضت بصحة العرض والإيداع ، وفي هذا إهدار لعمل مرفق القضاء والجهاز الإداري المعاون .

## المطلب السابع

### ضرورة التخلي عن اللفظ الفني دفعا لما قد يحمله من إساءة

قد يتعين في بعض الأحوال التخلي عن اللفظ الفني دفعا لما قد يحمله في بعض معانيه من إساءة في عرف المجتمع ، وعندئذ يجدر البحث عن معنى فني جديد ينسجم مع حقيقة اللفظ المعبر عنه دونما أي إيذاء أو إساءة ، وهذا مثل لفظ الفضولي والفضالة في لغة القانون ، إذ تنص المادة ١/١٩١ من التقنين المدني البحريني على أن « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك» ٢ .

١. هذه المادة تقابل المادة ١/٣٤٠ من القانون المدني المصري.

٢. هذا عين ما نصت عليه المادة ١٨٨ من القانون المدني المصري.

وهنا ننوه إلى عدم التوفيق في اختيار لفظ الفضالة للتعبير عن هذا العمل الذي ينطوي على معنى الإحسان أو التفضل بوصفه محلاً أو موضوعاً لها ، لأن الفضولي والفضولية تعني لغةً وعرفاً تدخل الإنسان فيما لا يعنيه من غير مبرر أو مصلحة معتبرة عقلاً أو شرعاً في ذلك ، وهي بهذا المعنى تُعدُّ سلوكاً غير مرغوب فيه ، بل هي سلوك مستهجن يوصم صاحبه باللوم والمؤاخذة عرفاً وشرعاً ، وهو معنى مغاير تماماً لحقيقة الفضولي والفضالة في لغة القانون ، حيث يباشر الفضولي من تلقاء نفسه عملاً نافعاً لغيره في ظروف تقتضي منه ذلك من غير أن يكون مرخصاً له بذلك من ذلك الغير ودون أن يكون ممنوعاً أيضاً من هذه المباشرة ، وهو بذلك يسدي معروفاً أو إحساناً لغيره ، كمن يرى بيت غيره يحترق فيبادر إلى إطفاء الحريق مستعملاً أثاث بيته لإخمادها ، ومن يجد محصول فاكهة لجاره أو شك على الهلاك لسفره فيعمد إلى اكتراء عمال لقطف هذه الفاكهة ويستأجر ثلاثة لحفظها فيها حتى يعود جاره من السفر ، فهل مثل هذا الشخص يصح أن نسميه فضولي أو نسمي عمله فضالة أو فضولية ، ولا يصلح تبريراً للإبقاء على مثل هذه التسمية أو تلك أن يقال أن المعنى الفني أو الاصطلاحي للفضولي أو الفضالة لا يحمل أي معنى من معاني الإساءة في إطار الحياة القانونية ، لأن الحياة القانونية لا يمكن أن تتسلخ عن الحياة الاجتماعية للبشر ، وهذه الألفاظ في إطار الحياة الاجتماعية لا تسلم من الإيذاء والإساءة .

كما تنص المادة ١٩٦ من التقنين المدني البحريني على أن «يلتزم الفضولي بأن يرد إلى صاحب العمل كل ما أخذه بسبب الفضالة ، كما يلتزم بأن يقدم حساباً عما قام به ، وذلك على نحو ما يلتزم به الوكيل قبل الموكل». وتنص المادة ١٩٢ مدني مصري على أن « يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به». ومما ينبغي لفت الانتباه إليه إلى أن واضع التقنين المدني المصري لم يكن موفقاً في اختيار التعبير الذي يتناسب مع مقام عمل الفضولي كشخص تطوع بأداء عمل عاجل وضروري لغيره، حينما نص على التزم الفضولي برد ما حصله لحساب رب العمل أثناء مباشرته لأعمال الفضالة بقوله ( ... رد ما استولى عليه بسبب بالفضالة ... ) حيث يوحي لنا هذا التعبير عن الفضولي وكأنه غاصب أو محتال استولى على حق رب العمل، وكان حرياً به أن يستعمل تعبيراً مناسباً كأن يقول «على الفضولي رد ما حصله بسبب الفضالة أو ما أخذه أو ما استوفاه» ولا ينبغي استعمال مثل هذا اللفظ الجارح للفضولي رغم كونه متفضلاً على رب العمل بدفع خسارة كادت أن تحيق به أو بجلب نفع أو كسب كاد أن يفوته، وصدق الله إذ ينهنا إلى أن الإحسان لا ينبغي أن يجازي إلا بالإحسان قائلاً « هل جزاء الإحسان إلا الإحسان» ١ ، فلزم في مقام إحسان الفضولي على رب العمل أن نتخير لفظاً حسناً يتناسب ومقام هذا الإحسان ولا نستعمل لفظاً مسيئاً إليه أو إلى عمله .

مثال ذلك أيضاً استعمال لفظ « المشروبات الروحية » للدلالة على المشروبات المسكرة ، فقد جاء ذكر هذا اللفظ في البحرين في معرض بيان ممارسة صاحب العمل سلطته التأديبية على العامل ، وبالتحديد عند توقيع جزاء فصل العامل من الخدمة مع احتفاظه بحقه في المكافأة عند توافر حالة أو أكثر من الحالات المذكورة في اللائحة النموذجية الصادرة عن وزير العمل البحريني بموجب القرار الوزاري رقم ٢٢ لسنة

١٩٧٦ م ، ومنها على وجه الخصوص هذه الحالة الواردة في البند رقم (٣) من هذا القرار والتي تتمثل في تدخين العامل في الأماكن المحظورة للمحافظة على سلامة العمال والمحل أو تناول المشروبات الروحية أو المخدرة في أماكن العمل .

أرى أن النص قد جانبه الصواب عند استعماله اصطلاح « المشروبات الروحية » للتعبير عن المشروبات المسكرة ، ، أخذاً بالاستعمال الشائع عنها في لغة الشارع ، ظناً من المتعاطين المغرر بهم أن هذه المشروبات تمتع أرواحهم وذواتهم منتشين بتناولها رغم خبثها وسوء مذاقها وشدة خطورة آثارها وتبعاتها على الجسم كله ، وكيف لا تمتلىء بكل أشكال الخطورة وهي أم الخبائث ، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الخمرُ أمُّ الخبائث ، فمن شربها لم تقبل منه صلاة أربعين يوماً ، فإن مات وهي في بطنه مات ميتةً جاهليةً »<sup>١</sup> ولذا ينبغي التنزه عن هذا الاستعمال في لغة الفقه والقانون .

## المطلب الثامن

### نماذج لأخطاء قانونية في بعض النصوص التشريعية

لعل من الأمثلة التي يمكن ضربها بشأن ما تقع فيه بعض التشريعات من أخطاء قانونية ما يلي :  
أولاً : ما جاء في نص المادة ٢٧١ / ١ مدني أردني من أنه « لا تخل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توافرت شرائطها ، ولا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير الضمان » ، وهذا خطأ قانوني لأن العكس هو الصحيح ، فالمسؤولية الجنائية لا تخل بالمسؤولية المدنية متى توافرت شروطها .  
ثانياً : تنص هذه المادة على أن « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه » .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢٧١ / ١ مدني مصري بقولها « - يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

ويعرف أغلب الفقهاء الأجل بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على تحققه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه<sup>٢</sup> ، غير أن الأدق في تعريف الأجل ما ذهب إليه بعض الفقهاء - وهو ما نرجحه - من أن الأجل هو تعبير عن «مدة مستقبلية لأمر محقق الوقوع يضاف تنفيذ الالتزام إلى وقت انقضائها أو يتوقف هذا التنفيذ بها»<sup>٣</sup> .

يعاب على هذين النصين الواردين في القانونين المصري والبحريني استعمالهما للفظ «نفاذ الالتزام» بدلا من لفظ «تنفيذ الالتزام» وهو الأدق - من وجهة نظري - لأن الأجل المضاف إليه الالتزام لا يؤثر في نفاذه إنما يؤثر في تنفيذه سواء أكان أجلاً واقفاً أم فاسخاً ، فقد يكون الالتزام نافذاً ولا ينفذ لأنه مؤجل ،

١. بل إن النبي صلى الله عليه وسلم لعن كل من يتعامل على الخمر فقال « لعن الله الخمر وشاربه وساقيتها وبياعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وأكل ثمنها » . الحديث رواه أبو داود في سننه ، رقم الحديث ٢١٨٩ ، كما أخرجه الحاكم في المستدرک علي الصحيحين ، وقال الحاكم هذا حديث صحيح الإسناد ، كما صححه أيضا ابن حبان .

٢. انظر في ذلك إلى كل من : أ.د./ إسماعيل غانم ، بند ١٢٧ ، ص ٢٧٢ ، أ.د./ أنور سلطان ، بند ٢٢٢ ، ص ٢١٠ ، أ.د./ حسام الدين الأهواني ، ص ٢٢٢ ، أ.د./ عبدالمنعم البدر اوي ، بند ١٨٩ ، ص ٢١٣ ، أ.د./ فتحي عبدالرحيم ، بند ١٦٧ ، ص ٢٠٧ ، أ.د./ محمد إبراهيم دسوقي ، ص ٥٥٨ .

٣. أ.د./ عبدالناصر العطار ، ص ١١١ .

وقد يجري تنفيذ الالتزام رغم كونه غير نافذ أو غير سار في حق الغير مثلاً، لذا يتعين مراعاة الدقة عند استعمال اللفظ، لاسيما وأن واضع القانون يقصد من لفظ النفاذ التنفيذ لا النفاذ أو السريان، ولا عذر له في هذا الخلط الظاهر حتى مع وضوح النية لديه والقصد منه في استعمال هذا اللفظ.

ثالثاً: ومثال ذلك أيضاً أن واضع القانون استعمل لفظ « الشيء » معتمداً على دلالاته اللغوية الواسعة، رغم أنه في لغة القانون له نطاق ضيق، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٤٠/أ مدني بحريني على ذلك بقولها « لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء، ومرتبطة بالتزام المدين أو مادام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه » ١.

ونرى في هذا النص أن واضع القانون في كل من مصر والبحرين قد استعمل تعبيراً يوحي للناظر لأول وهلة أن حق الحبس لا يرد إلا على الأشياء فقط، لاسيما المادية منها، فلا يرد على الأعمال حيث جاء النص في القانونين بصيغة واحدة قائلاً « لكل من التزم بأداء شيء... »، وقد دعا ذلك بعض الفقهاء في مصر- وبحق- إلى توجيه اللوم لواضع القانون على استعماله لهذا التعبير الذي يضيق من نطاق استعمال الحق في الحبس فيقتصره بحسب الظاهر من اللفظ على الأشياء دون الأعمال، داعين إياه إلى مسايرة القوانين التي توسع من نطاق استعمال هذا الحق ليشمل جميع الالتزامات أياً كان محلها ( سواء كان محلها شيئاً أم عملاً أم امتناعاً عن عمل)، كالقانون الألماني ٢، في حين يتلمس البعض الآخر لواضع القانون المدني المصري العذر في مسلكه ملقياً بظلال اللوم على من انتقده، في حين أنه أحق باللوم منهم (أي واضع القانون)، قائلاً إن مثل هذا النقد يتمتع ويتلاشى إذا لم تؤخذ كلمة « شيء » بمعناها الحرفي بل بمعنى الأداء أياً كان نوعه، ولو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ٣.

وأرى من جانبي أنه كان حرياً بواضع القانون في كل من مصر والبحرين مراعاة جانب الدقة في التعبير المستعمل فليس لفظ « الأداء » ( كلفظ ذي دلالة واسعة تتسع لتشمل مطلق الأداء سواء أكان شيئاً أم عملاً أم امتناعاً عن عمل) كلفظ الشيء ( باعتباره لفظاً ذا دلالة ضيقة وفق مدلوله في الاصطلاح القانوني ٤، فيكون محصوراً على الأشياء دون الأعمال أو الأفعال)، ولا يمكن أن نبرر عدم الدقة في التعبير من جانب واضع القانون بارتياح سبيل التأويل والافتراض غير المستساغ لاسيما مع وضوح دلالة اللفظ المستعمل، وأرى أن ذلك يعد من قبيل التعسف في التفسير والاستنباط، ولذلك أقترح أن تعاد صياغة النص بصورة واضحة وجازمة في إظهار حقيقة محل الحبس كأداء معين أياً كانت طبيعته أو نوعه، بحيث تكون الصياغة المقترحة للنص القانوني سالف الذكر على النحو الآتي « لكل من التزم بأداء معين أياً كان نوعه، أن يتمتع عن الوفاء

١. هذه المادة تقابل المادة ١/٢٤٦ مدني مصري.

٢. أ.د / أنور سلطان « الموجز في النظرية العامة للالتزام »، بند ٨٧، ص ٧٥، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، طبعة عام ١٩٦٤م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

٣. أ.د/ أنور سلطان، بند ٨٧، ص ٧٥.

٤. في حين أن لفظ الشيء لغة من أوسع الألفاظ على الإطلاق فهو يعني كل ما له وجود، أو هو كل ما يتصور ويخبر عنه ( راجع في ذلك : « المعجم الوجيز » الصادر عن مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، ص ٢٥٦. طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بمصر عام ٢٠٠٩ م، مطبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ).

به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء، ومرتببط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه»<sup>١</sup>.

## المطلب التاسع

### نماذج للغموض الذي قد يعثور النص القانوني

لعل من نماذج الغموض الذي قد يشوب النص القانوني ما نصت عليه المادة ٢١١ عقوبات مصري من أن « كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق » ، ونصت المادة ٢٧٢ عقوبات بحريني على أن « تقع السرقة باختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني بنية تملكه » ، ويفهم من ذلك أن السرقة تعني اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه ، ونظراً لأن المنقول الذي يمثل محلاً أو موضوعاً لجريمة السرقة هو في مدلوله اللغوي هو شيء مادي قابل للنقل من مكان لآخر ، وأن اختلاسه يعني أخذه من صاحبه خفيةً ، أي دون أن يسلمه صاحبه إليه ، فقد أثير التساؤل حول مدى اعتبار التيار الكهربائي منقولاً أم لا ، وهل يمكن أن يكون محلاً للاختلاس في جريمة السرقة .

لا شك أننا لو أخذنا بالمدلول اللغوي للمنقول بوصفه محلاً للاختلاس في جريمة السرقة لقلنا بعدم انطباق جريمة السرقة عند سرقة الكهرباء ، وذلك مرده إلى انتفاء تحقق وصف الاختلاس فيه بسبب عدم مادية الكهرباء وغير قابل للنقل بصورة محسوسة ، بيد أن التخلي عن المدلول اللغوي الظاهر والأخذ بالمدلول المنطقي الواسع يؤدي إلى القول بتحقيق معنى السرقة في سرقة الكهرباء ، لأن الكهرباء وإن كانت شيئاً غير مادي إلا أنها قابلة للنقل من مكان لآخر ، وهي بهذا الوصف تعد منقولاً حتى وإن كانت غير مادية أو غير مرئية ، هذا بالإضافة إلى أنه في لغة القانون كل ما ليس عقاراً يعد منقولاً ، والكهرباء لا تعد عقاراً ، ولذا فهي بمفهوم المخالفة تعد منقولاً ، هذا وقد استقرت محكمة النقض المصرية على اعتبار التيار الكهربائي منقولاً ، لأن له قيمة مالية ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من مكان إلى آخر<sup>٢</sup> .

كما أثير التساؤل حول انطباق معنى السرقة على الفرضية التي يعطي فيها شخصٌ شخصاً آخر ورقة من فئة العشرة جنيهات لإستبدالها بعشرة أوراق من فئة الجنيه ، فما كان من هذا الأخير إلا أن أخذها وفر بها هارباً بنية الاستيلاء عليها ، فهل هذا التسليم الحاصل ههنا ينفي وصف الاختلاس كعنصر مادي في جريمة السرقة ؟

لا جرم أن ظاهر المدلول اللغوي لمعنى الاختلاس الذي يقتضي أخذ الشخص مال غيره خفيةً من صاحبه لا يتوافر في هذه الفرضية مع وجود مثل هذا التسليم ، بيد أن الأخذ بالمدلول المنطقي الواسع يفيد أن التسليم الحاصل لم يكن بقصد اثتمان المتسلم على ما سلمه إليه صاحب المال ، لأن صاحب العشرة الجنيهات لما أعطى المتسلم هذا المبلغ لم يزل جاعلاً إياها تحت بصره غير متنازل عن حيازتها للآخر حتى يعطيه ما

١. حيث تنص المادة ٢٤٠/أ مدني بحريني على ذلك بقولها «لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء، ومرتببط بالتزام المدين أو مادام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه». هذه المادة تقابل المادة ٢٤٦/١ مدني مصري.

٢. نقض جنائي مصري في ١٧ / ١٢ / ١٩٨٢ م - مجموعة القواعد القانونية - ج ٢ ، ص ٢٩٨ .

يقابلها من العشر أوراق من فئة الجنية ، ومن ثم يكون أخذه للورقة من فئة العشر جنيتها قد تم خفية أو خلسة من صاحبها على نحو محقق لدلول الاختلاس اللازم لتوافر معنى السرقة ١ .  
ومن ذلك أيضاً أن قانون العقوبات البحريني ( وغيره من القوانين العقابية في غير البحرين ) يجعل من الليل ظرفاً مشدداً للعقاب في جريمة السرقة ، وفي ذلك تنص المادة ٢٧٤ منه على أن « يعاقب بالسجن المؤبد على السرقة التي تجتمع فيها الظروف الآتية :  
١- أن تقع ليلاً » .

وهنا أثير في مصر أو في البحرين تساؤل حول دلالة لفظ « الليل » الوارد في شأن جريمة السرقة ٢ ، والذي يعتبره القانون ظرفاً مشدداً ٣ ، هل يقصد به الليل من الناحية الفلكية ، والذي يبدأ من غروب شمس اليوم إلى ما قبل طلوع شمس اليوم الذي يليه ، والذي يعبر في الحقيقة عن المعنى الفني أو الاصطلاحي لهذا اللفظ ، وهذا ما اتجه إليه البعض ٤ ، أم أنه يقصد به دخول الظلام وحلوله والذي يبدأ من بدء غياب الشفق إلى وقت بزوغ الفجر ، على نحو يبسر للجاني سبيل ارتكاب الجريمة ، جرياً وراء الحكمة التشريعية من اعتبار الليل ظرفاً مشدداً في السرقة ، وهذا ما اتجه إليه البعض الآخر ٥ ؟

ويرجع ترجيحنا لاعتماد المعنى العلمي أو الفلكي لليل إلى أنه مادام أن واضع القانون قد اعتبر الليل ظرفاً مشدداً للسرقة دون تحديد لمبتدئه ومنتهاه ، فإن سكوته عن مثل هذا التحديد رغم أهميته ، ليجدر حمله على انصراف إرادته الضمنية إلى ما تواضع عليه أهل العلم والدراية في خصوص تحديد معنى الليل وهم علماء الفلك ، هذا فضلاً عن أنه كيف يكون الحكم إذا أخذنا بالرأي الذي يقصر معنى الليل على الوقت الذي يخيم في الظلام عند ارتكاب جريمة السرقة في ليلة مغمرة ، هل لا تشدد العقوبة أم تشدد ؟ لا يعقل أن نجعل الحكم رهين بحلول الظلام أو عدم حلوله فيرتفع التشديد عند غياب الظلام ويبقى قائماً مع وجوده ٦ ، ومرد ذلك التشديد للعقاب في ظرف الليل ، أن الليل يسهل فيه ارتكاب هذه الجريمة ويشق فيه على الناس حماية أنفسهم وأموالهم بعكس النهار .

- ١ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / رمسيس بهنام - المرجع السابق - ص ٢٤٤ .
- ٢ . راجع في ذلك المادة من ٣١٦ ، ٣١٥ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٨٠ من قانون العقوبات البحريني .
- ٣ . ولعل الحكمة في اعتبار الليل ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة أنه يجعل هذه الجريمة ذات طابع مباغت للمجني عليه على نحو لا يعينه على أن يتأهب لحماية ماله ، لاسيما وفيه يخلد المجني عليه إلى النوم والراحة ، هذا فضلاً أنه يسهل للجاني سبيل تنفيذ جريمته ، بل وسبيل الهرب منها ( انظر في ذلك المعنى : أ.د / هلالى عبد اللاه أحمد « شرح قانون العقوبات البحريني » ، القسم الخاص ، ص ٥٣١ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٧ م ، مطبعة جامعة البحرين ) .
- ٤ . أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٨٢ ، ص ٢١١ ، ٢١٢ ، أ.د / هلالى عبد اللاه أحمد - المرجع السابق - ص ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، أ.د / عبد المهيم بكر « القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال » ، ص ٢٥٢ ، طبعة عام ١٩٧٧ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ٥ . انظر في ذلك المعنى : ، أ.د / عبد الرزاق السنهوري ، أ.د / أحمد حشمت أبوستيت - المرجع السابق - ص ٢٤٩ ، أ.د / جميل الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٢٠٥ ، أ.د / عبد المنعم البدرأوي - المرجع السابق - ص ٢٣٦ ، أ.د / حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٤٠٣ .
- ٦ . انظر في نفس المعنى : ( أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٨٢ ، ص ٢١١ ، ٢١٢ ، أ.د / هلالى عبد اللاه أحمد - المرجع السابق - ص ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، أ.د / عبد المهيم بكر « القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال » ، ص ٢٥٢ ، طبعة عام ١٩٧٧ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

## المطلب العاشر

### نموذج للاجتهاد الفقهي والقضائي المخالف لظاهر النص

تنص المادة ١٦٣ من التقنين المدني البحريني على ذلك بقولها «لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية».

يمكن القول بأنه على خلاف قواعد التعويض عن الضرر المادي التي تسمح لأي شخص له مصلحة مادية مشروعة - ولو لم يكن قريباً للمتوفى - أضررت من خطأ المسئول عن وفاة المجني عليه، بحق المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت من جراء ذلك (كأن تتضرر أرملة مسكينة كان المجني عليه متكفلاً بالإفناق عليها قبل موته ابتغاء مرضاة الله عز وجل، فحرمت من إنفاقه عليها) ، فإن قواعد القانون المنظمة للتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن وفاة الشخص بخطأ شخص آخر، تقتصر حق المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر على الزوج الآخر الحي ( أي على الزوجة إن كان المجني عليه هو الزوج أو على الزوج إن كان المجني عليه هو الزوجة) وعلى أقاربه حتى الدرجة الثانية .

وهنا يثار التساؤل عن أولئك الأقارب حتى الدرجة الثانية الذين لهم حق طلب التعويض ، هل يشمل النص نوعي القرابة سواء كانت قرابة نسب أم قرابة مصاهرة آخذاً بظاهر النص وعموم لفظه ، أم أنه يقتصر على قرابة النسب دون قرابة المصاهرة ، وعندئذ نتساءل عن المبرر القانوني لاستبعاد قرابة المصاهرة رغم عموم النص وإطلاقه لوصف القرابة دون تخصيص أو تقييد ؟

بدايةً لا بد أن نقرر أن القانون (سواء القانون المدني المصري أو القانون المدني البحريني) لم يحدد نوع القرابة التي يكون لأصحابها حتى الدرجة الثانية حق مطالبة المسئول عن موت قريبهم بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابهم من جراء موته، الأمر الذي يقتضي السماح للأقارب حتى الدرجة الثانية سواء كانوا أقارب نسب أم مصاهرة بطلب التعويض عن الضرر الأدبي عند إصابة قريبهم بالموت من أخذاً بعموم النص وإطلاقه ، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء ١ ، في حين أن المنطق والعقل يؤيدان قصر حق المطالبة على أقارب المتوفى حتى الدرجة الثانية من النسب دون المصاهرة ، تأسيساً على أنه لا يتصور أن يحرم من سوى أقارب الدرجة الثانية من أقاربه قرابة نسب وهم عصبه المتوفى وذووه، ويعطى حق التعويض عن موته لأقارب زوجته من الدرجة الثانية، وهم أقاربه من ذات الدرجة مصاهرة وهذا هو ما ذهب إليه كثير من الفقهاء ٢ .

ومن ثم ليس من حق أي قريب آخر للمتوفى خارج نطاق أقارب النسب حتى الدرجة الثانية (وهم الأب والأم، وأبناء الأبناء، والجد والجددة، والأخوة والأخوات) ، وخارج نطاق الزوجين، أن يتضرر أدبياً من موت قريبه ليحصل على تعويض عن موته في مواجهة محدث الوفاة، مهما بلغ حزنه وألمه على موت قريبه ، بل حتى وإن جاوز حزن بعض أقارب الميت من الدرجة الثانية أو الأولى ، كما لا يجوز من باب أولى لمن ليس قريباً للمتوفى أن يطلب تعويضاً أدبياً عن موته كصديقه أو زميله أو خاطبه (إن كان المتوفى مخطوبته) أو

١ . أستاذنا الدكتور/عبد الناصر العطار « نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية» بند ١٥٦ ، ص ٢٦٨ ، رسالة عام ١٩٧٥ م .

٢ . د/عبد الرزاق السنهوري « الوجيز في النظرية العامة للالتزامات» فقرة ٣٦٢ ، أ.د/عبد الخالق حسن - المرجع السابق - بند ٨٥ ، ص ٣٠٨ ، أ.د/على نجيدة ص ٣٦٣ .

مخطوبته (إن كان المتوفى خاطبها) وإن ثبت فرط حزنه وألمه على فقد المتوفى.

وقد أثير التساؤل حول حق أحد الزوجين أو أقارب النسب حتى الدرجة الثانية في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبهم من جراء إصابة قريبهم بضرر آخر غير الوفاة، كما لو تسبب خطأ المسئول في إحداث تشوه أو عجز جسماني أو عاهة أو كسر، فذهب بعض الفقه إلى أن حق أحد الزوجين أو أقارب النسب حتى الدرجة الثانية مقصور على التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن وفاة قريبهم، وبالتالي ليس لهم أي حق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة إصابة قريبهم بغير الموت<sup>١</sup>، في حين يرى البعض الآخر - وهو الراجح - بثبوت حق أحد الزوجين أو أقارب النسب حتى الدرجة الثانية في التعويض عن الضرر الأدبي في حالتي الوفاة وما دون الوفاة من الإصابات الأخرى كالعجز الجسماني والتشوه والكسر وغيرهم.

ذلك أن النص القانوني المنظم لحق التعويض عن الضرر الأدبي جاء مطلقاً عن التقييد بحالة الوفاة فقط، مما يستوجب حمله على إطلاقه، بحيث يحق للمضرور أدبياً من موت قريبه أو زوجه الآخر أو إصابته بما دون الموت، أن يطلب تعويضه عن هذا الضرر، ولا ينبغي أن يفهم من النص القانوني المنظم لهذا الحق حينما اتجه إلى تحديد من له الحق من الأقارب في التعويض عن الضرر الأدبي عن وفاة الزوج أو القريب، أن التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن العمل غير المشروع المرتكب في حق الزوج أو القريب لا يستحق إلا في حالة الوفاة فقط، لأن مثل هذا القول يمثل تخصيصاً للنص العام (الذي يثبت حق الأقارب في التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن العمل غير المشروع المرتكب في حق قريبهم سواء نجم عن هذا العمل غير المشروع موت قريبهم أو مجرد إصابته بما دون الموت) بغير مخصص، وهذا مالا يجوز.

وقد رجحت محكمة النقض المصرية وجهة النظر القائلة بثبوت حق الأزواج أو الأقارب في التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن إصابة الزوج الآخر أو القريب بما دون الموت كإصابته بكسر أو تشوه أو عجز جسماني، إلى جانب حقهم في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الوفاة، وقيدت المستحقين للتعويض في حالة الإصابة بما دون الموت بأنهم أقارب المصاب حتى الدرجة الثانية قياساً على قصر التعويض على هؤلاء من قبل القانون في حالة الوفاة<sup>٢</sup>.

١. انظر في عرض ذلك أد. / حمدي عبد الرحمن ص ٥٢٧، ٥٢٨.

٢. فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن واضع التقنين المدني أتى في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ بنص مطلق من أي قيد، مفاده أن الأصل في المسؤولية المدنية وجوب تعويض كل من أصيب بضرر، يستوي في ذلك الضرر المادي أو الضرر الأدبي، وسواء نجم عن العمل غير المشروع الموت أم اقتصر الأمر على مجرد الإصابة، ولا يحد من عموم هذه الفقرة ما ورد في الفقرة الثانية من قصر حق التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب على أشخاص معينين على سبيل الحصر وهم الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، ذلك وأن واضع القانون وإن كان قد خص هؤلاء الأقارب إلى الدرجة الثانية بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الموت، فلم يكن ليحرمهم مما لهم من حق أصيل في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة ما إذا كان الضرر أدبياً وناشئاً عن الإصابة فقط، ولو كان واضع القانون قصد منع التعويض عن الضرر الأدبي لذوي المصاب في حالة إصابته فقط لأعوزه النص على ذلك صراحة على غرار ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة سائلة الذكر حين قيد فيها الذين يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الموت، ومما يؤكد ذلك إن لفظة « إلا » وردت قبل تحديد فئات المستحقين للتعويض ولم ترد بعد تعدادهم حتى ينصرف القصد منها في النص على قصر التعويض على حالة موت المصاب. وليس معني ذلك أنه يجوز للمضرورين مهما كانت درجة قرابتهن للمصاب المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بهن من جراء إصابته. فإن ذلك متروك لمحكمة الموضوع تقدره في كل حالة على حده بحسب ما لحق بالمضرورين من ألم ولوعة وحسرة من جراء إصابته، وبحيث لا يجوز أن يعطى هذا التعويض لغير الأقارب إلى الدرجة الثانية استهداءً بما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية التي أعطت لهم الحق في التعويض في حالة الموت وهو بطبيعته أشد وطأة من مجرد الإصابة » (نقص مدني ١٩٩٣/٤، طعن رقم ٧٥٥ س ٥٩٠ مشار إليه لدي أد. / حمدي عبد الرحمن ص ٥٢٨، ٥٢٩).

ويذهب رأي ثالث في الفقه إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن إصابة الشخص بما دون الموت إلا للوالدين أو الزوج الآخر حسب تقدير القاضي وتبعاً لظروف الدعوى، إلى جانب حق المصاب نفسه في التعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي لحق به من جراء الإصابة.

### الخاتمة

لقد رأينا قيمة الصياغة الجيدة في الارتقاء بقيمة التشريعات المعبرة عنها ، بل باتت وبحق سبيلاً وعنواناً لوصف الدولة التي تحرص عليها بأنها تحوز واحدة من مقومات الإدارة الرشيدة في العصر الحديث ، وكيف لا ؟ وجميع أشكال الحياة الإنسانية ( سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ) تخضع في تنظيم مضامينها لقواعد تشريعية .

وقد رأينا أن الدول تعتمد في ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة الراجعة إلى اعتماد كل صور الصياغة الموجودة في ميدان الصياغات القانونية ، سواء كانت جامدة أو مرنة ، سواء كانت مادية ( أي كمية أو شكلية ) أو معنوية ( أي في شكل القرائن أو الحيل القانونية ) ، سواء كانت آمرة أو مكملة ، فالأمر رهين بالغايات أو الأهداف التي تتشدها الدول من وراء هذه النصوص محل الصياغة . ثم رأينا أن من أوائل مقومات الصياغة القانونية الجيدة تتجلى في حسن اختيار الصائغ الجيد الذي يملك من العلم والخبرة ما يؤهله لانه لحسن بناء الجملة القانونية المعبرة عن فحوى أو مضمون النص القانوني ليجيئ دقيق المبني واضح المعنى ، هذا إلى جانب توفير جميع الوسائل المادية والمعنوية التي تساعد الصائغ على حسن الاضطلاع بمهمته بكل كفاءة واقتدار .

وقد عمدت إلى أفراد مبحث أخير وهو المبحث الخامس لعرض نماذج متنوعة لنصوص قانونية مشوبة بعيوب في صياغتها مبيناً بكل دقة ووضوح مظاهر هذه العيوب .

## المراجع

١. إبراهيم مصطفى وآخرون « المعجم الوسيط» ص ٦٨٢، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، مكتبة النوري بدمشق .
٢. ابن الهمام في « شرح فتح القدير » للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت لبنان .
٣. ابن حزم في « المحلى بالآثار » للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، تحقيق عبدالغفار البغدادي ، الجزء التاسع ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، بدون تاريخ نشر .
٤. ابن قدامة في «المغني على مختصر الخرقي» للشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، بدون تاريخ نشر .
٥. ابن مفلح المقدسي في كتابه « الفروع » للشيخ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي ، الطبعة الرابعة عام ١٩٨٥ م ، طبعة عالم الكتب ، بيروت - لبنان .
٦. أبو زهرة « الأحوال الشخصية » للإمام الشيخ محمد أبي زهرة ، طبعة عام ١٩٥٠ م ، بدون دار نشر .
٧. أبو زهرة « أصول الفقه » للإمام الشيخ محمد أبي زهرة ، طبعة عام ١٩٥٧ م .
٨. أحمد حسن البرعي ، الوسيط في القانون الاجتماعي « الجزء الثاني ، شرح عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٢ م ، طبعة عام ٢٠٠٢ م ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
٩. أحمد سلامة: «المدخل لدراسة القانون»، الكتاب الأول «نظرية القاعدة القانونية»، طبعة عام ١٩٧٤م، دار النهضة العربية .
١٠. أحمد شرف الدين « أول الصياغة القانونية لل عقود » ، مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة ، بدون تاريخ نشر .
١١. أحمد شوقي عبد الرحمن « شرح قانون العمل » ، ، طبعة عام ٢٠٠٥ م ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
١٢. أحمد محمد بخيت « أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين » ، طبعة عام ٢٠٠٥ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
١٣. أحمد محمد بخيت الغزالي ، د / ياسر عبد الرحمن الحميد « التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني ( القسم الأول ) » ، ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر .
١٤. أحمد بخيت « ضوابط وضع التقنيات وصياغتها » ، بحث منشور في مجلة معهد الدراسات القضائية والقانونية البحريني ، العدد السابع ، السنة الرابعة ، فبراير عام ٢٠١١ م .
١٥. أحمد نصر الجندي في كتابه « الأحوال الشخصية في القانون التونسي » ، ص ١١٧ ، طبعة عام ٢٠٠٨ م ، الناشر دار الكتب القانونية .
١٦. أحمد نصر الجندي « الأحوال الشخصية في القانون القطري » ص ٢٨٤ ، طبعة عام ٢٠٠٩ م ، دار الكتب القانونية ، مطابع شتات ، المحلة الكبرى ، مصر .
١٧. أحمد نصر الجندي « الأحوال الشخصية في القانون السوري » ص ٢١٩ ، طبعة عام ٢٠٠٩ م ، دار الكتب القانونية ، مطابع شتات ، المحلة الكبرى ، مصر .

١٨. أحمد نصر الجندي « الأحوال الشخصية في القانون اليمني » ، ص ١٩٠ ، طبعة عام ٢٠١٠ م ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى - مصر .
١٩. إسماعيل غانم « محاضرات في النظرية العامة للحق » ، ص ١٨٥ ، طبعة عام ١٩٦٦ م ، القاهرة .
٢٠. إسماعيل غانم « مصادر الالتزام » ، طبعة عام ١٩٦٨ م .
٢١. أطفيش في كتابه « شرح النيل وشفاء العليل » للشيخ محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش ، الطبعة الثالثة عام ١٩٨٥ م ، طبعة مكتبة الإرشاد بجدة - السعودية .
٢٢. أكثم الخولي « دروس في قانون العمل » ، طبعة عام ١٩٥٧ م .
٢٣. أنور سلطان « مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني » دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، الأردن .
٢٤. أنور سلطان « المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة » ، الطبعة الرابعة عام ١٩٨٣ م ، دار النهضة العربية بيروت - لبنان .
٢٥. الباجي في كتابه « المنتقى شرح الموطأ » للشيخ أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، الطبعة الأولى عام ١٣٣٢ هـ ، مطبعة السعادة مصر .
٢٦. البهوتي في « شرح منتهى الإرادات » المسمى « دقائق أولي النهى لشرح المنتهى » للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٣ م ، عالم الكتب بيروت - لبنان .
٢٧. الدسوقي في « حاشية الدسوقي على الشرح الكبير » للإمام شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، تحقيق محمد عليش ، طبعة دار الفكر بيروت - لبنان ، بدون تاريخ نشر .
٢٨. الزيلعي « نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية » للشيخ جمال الدين عبد بن يوسف الزيلعي ، كتاب المفقود ، ج ٤ ، ، الطبعة الأولى عام ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م .
٢٩. السرخسي في « المبسوط » للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، طبعة دار المعرفة عام ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .
٣٠. السرخسي « أصول السرخسي » للإمام أبي بكر بن أحمد السرخسي ، طبعة عام ١٣٧٢ هـ ، دار الكتاب العربي - مصر .
٣١. الشافعي في كتاب « الأم » ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، ج ٥ ، ص ٢٥٥ ، الطبعة الثانية عام ١٣٩٢ هـ ، دار المعرفة بيروت لبنان .
٣٢. الصاوي في كتابه « حاشية الصاوي على الشرح الصغير » ، « بلغة السالك لأقرب المسالك » للشيخ أحمد بن محمد الخلوني الشهير بالصاوي ، طبعة دار المعارف ، مصر ، بدون تاريخ نشر .
٣٣. العدوي في كتابه « حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني » للشيخ علي الصعيدي العدوي ، طبعة دار الفكر بيروت - لبنان .
٣٤. المرادوي في كتابه « الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف » للشيخ علاء الدين علي أبي الحسن بن سليمان المرادوي ، ج ٧ ، ص ٣٣٩ ، الطبعة الأولى عام ١٩٥٨ م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .

٣٥. المواقف في كتابه « التاج والإكليل لمختصر خليل » للشيخ عبد الله محمد بن يوسف العبدري ، الشهير بالمواقف ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، بدون تاريخ نشر .
٣٦. النووي في كتابه « روضة الطالبين » للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي ، طبعة عام ١٣٦٨ هـ ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر .
٣٧. توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية » ، ص ١٦٦ ، طبعة عام ١٩٨٨ م ، الدار الجامعية ، بيروت - لبنان .
٣٨. توفيق حسن فرج « قانون العمل الجديد » دراسة في أحكام عقد العمل الفردي في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢ و القرارات المنفذة له في ضوء أحدث آراء الفقه وقضاء النقض ، الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٧ م ، تفتيح الأستاذ / وائل أنور بندق .
٣٩. جميل الشراوي « مصادر الالتزام » ، بدون تاريخ أو نشر .
٤٠. جميل الشراوي: « دروس في أصول القانون »، طبعة عام ١٩٧١ م، دار النهضة العربية.
٤١. حسام الدين كامل الأهواني «شرح قانون العمل» ، طبعة عام ١٩٩١ ، مطبعة أبناء وهبة حسان .
٤٢. حسام الدين كامل الأهواني: «أصول القانون»، الجزء الأول، نظرية القانون، طبعة عام ١٩٨٨ م.
٤٣. حسن كيرة « أصول قانون العمل » ، ، الطبعة الثالثة عام ١٩٧٩ م .
٤٤. حسن كيرة « المدخل إلى القانون » ، الطبعة السادسة عام ١٩٩٢ م ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
٤٥. حمدي عبد الرحمن « الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد، والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٩ م، دار النهضة العربية .
٤٦. حمدي عبد الرحمن: «مبادئ القانون»، الطبعة الأولى، عام ١٩٧٥ م، دار الفكر العربي.
٤٧. حمدي محمد عطيفي « دروس في المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ٢٠٠٣ م .
٤٨. حمدي محمد عطيفي: «دروس في مبادئ القانون»، الجزء الأول، نظرية القانون، طبعة عام ١٩٩٥ م.
٤٩. خالد جمال أحمد حسن « الالتزام بالإعلام قبل التعاقد» دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه عام ١٩٩٦ م، جامعة أسيوط .
٥٠. خالد جمال أحمد حسن « الوجيز في شرح قانون الإثبات البحري » ، وما بعدها ، طبعة عام ٢٠١٠ م .
٥١. خالد جمال أحمد حسن « المدخل في مبادئ القانون البحري » ، الطبعة الأولى عام ٢٠١٠ م ، مكتبة فخرأوي للدراسات والنشر مملكة البحرين .
٥٢. خالد جمال أحمد حسن «النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحري»، مصادر الالتزام، طبعة ٢٠٠٢ م ، مطبعة جامعة البحرين .
٥٣. رأفت دسوقي « شرح قانون العمل الجديد » ، طبعة ٢٠٠٤ م ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .
٥٤. رمضان جمال كامل «شرح قانون العمل الجديد» ، الطبعة الخامسة لسنة ٢٠٠٨ م ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة .
٥٥. رمضان أبو السعود « مبادئ الالتزام ، طبعة عام ١٩٨٦ م.
٥٦. رمضان أبو السعود: «الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني» ، الطبعة الثانية عام ١٩٨١ م،

- الإسكندرية .
٥٧. زكريا البري « أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة الأولى بدون تاريخ نشر ، دار النهضة العربية .
٥٨. سعيد أحمد بيومي « لغة القانون في ضوء علم لغة النص » ، الطبعة الأولى عام ٢٠١٠ م ، دار الكتب القانونية .
٥٩. سعيد سعد عبد السلام « المدخل في نظرية القانون » ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ م ، مطابع الولاء الحديثة .
٦٠. سليمان مرقس « المدخل للعلوم القانونية » ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦١ م ، بدون دار نشر .
٦١. سليمان مرقس « الواجب في شرح القانون المدني » ، الجزء الأول ، « المدخل للعلوم القانونية » ، الطبعة السادسة عام ١٩٨٧ م ، مطبعة السلام .
٦٢. عبد السيد تناغو: « النظرية العامة للقانون »، طبعة عام ١٩٧٤ م ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
٦٣. سمير تناغو « مصادر الالتزام » ، طبعة عام ١٩٩٩/٢٠٠٠ م .
٦٤. شمس الدين الوكيل: « مبادئ القانون »، الطبعة الأولى ، عام ١٩٦٨ م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
٦٥. صلاح محمد أحمد « التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردي » بحث منشور في مجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة البحرين ، ص ٤١ ، المجلد الأول ، العدد الأول ، السنة الأولى عام ٢٠٠٤ م .
٦٦. صلاح محمد أحمد « الوسيط في شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين » ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٦ م ، مطبعة جامعة البحرين
٦٧. عباس متولي حمادة « أصول الفقه » ، الطبعة الأولى عام ١٩٦٥ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٦٨. عبد الحميد عثمان محمد « دعوة لتقحيح القانون المدني » ، طبعة عام ١٩٩٨ م ، دار النهضة العربية .
٦٩. عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي» دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الالتزام طبعة عام ١٩٨٢ م مطبوعات جامعة الكويت، المجلد الثاني « دراسة وظائف عناصر العقد-الإرادة المنفردة، بند ٥٨١ ، ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، طبعة عام ١٩٩٢ م .
٧٠. عبد الحي حجازي» نظرية الالتزام » ، الجزء الثاني ، طبعة ١٩٥٤ م .
٧١. عبد الرازق حسن فرج « شرح قانون العمل » ، ص ٩٤ ، طبعة ١٩٩٢ م .
٧٢. عبد الفتاح عبد الباقي « موسوعة القانون المدني »، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة فقهية معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، بدون تاريخ نشر .
٧٣. عبد الفتاح عبد الباقي: «نظرية القانون»، الطبعة الرابعة عام ١٩٦٥ م ، دار الكتاب العربي بمصر.
٧٤. عبد القادر الشخيلي « فن الصياغة القانونية » تشريعاً وفقهاً وقضاً ، طبعة عام ١٩٩٥ م ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
٧٥. عبد الكريم زيدان « الوجيز في أصول الفقه » ، الطبعة السادسة عام ١٩٩٨ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان .

٧٦. عبد الله مبروك النجار « مبادئ تشريع العمل وفقا لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٢ م والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له » ، الطبعة الرابعة ، عام ٢٠٠٣ / ٢٠٠٤ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٧٧. عبد المجيد الحكيم « الوسيط في نظرية العقد » ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، طبعة عام ١٩٦٧م / ١٢٨٣هـ ، بغداد - العراق .
٧٨. عبد المنعم البدرأوى: « المدخل للعلوم القانونية » ، طبعة عام ١٩٦٦م ، دار النهضة العربية .
٧٩. عبد المنعم البدرأوى « ٨٠- مصادر الالتزام » ، طبعة عام ١٩٨٥ م .
٨٠. عبد المنعم فارس سقا « أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي » دراسة مقارنة ، ، الطبعة الأولى عام ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨ م ، دار النوادر ، لبنان - بيروت .
٨١. عبد المنعم فرج الصدة: « أصول القانون » ، طبعة عام ١٩٦٥ م .
٨٢. عبد المهيم بكر « القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال » ، ص ٢٥٢ ، طبعة عام ١٩٧٧ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٨٣. عبد الناصر العطار « نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية » ، ص ٢٦٨ ، رسالة عام ١٩٧٥ م .
٨٤. عبد الناصر توفيق العطار « مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية » ، طبعة عام ١٩٧٩ ، مطبعة السعادة بالقاهرة .
٨٥. عبد الناصر توفيق العطار « شرح أحكام قانون العمل » ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر
٨٦. عبد الناصر توفيق العطار « الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م » ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر .
٨٧. عبد الودود يحيى: « المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ١٩٧٥م ، دار النهضة العربية .
٨٨. عبد الودود يحيى « دروس في النظرية العامة للالتزامات » ، طبعة عام ١٩٦٤ م .
٨٩. عبد الودود يحيى « شرح قانون العمل » ، ، طبعة عام ١٩٨٩ م .
٩٠. عبد الوهاب خلاف « ٩١- أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة السادسة عام ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤ م .
٩١. عبد الوهاب خلاف « أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية » ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر .
٩٢. عبد الوهاب خلاف « أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة السادسة عام ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤ م .
٩٣. علي الخفيف « الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية » معهد البحوث والدراسات العربية ، طبعة عام ١٩٦٨ .
٩٤. علي عوض حسن « الوجيز في شرح قانون العمل الجديد » ص ٤٥٠ ، ط ٢٠٠٣ م ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية .
٩٥. علي نجيدة « النظرية العامة للالتزام » ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٩ - ٢٠٠٠ م ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر بالجيزة .
٩٦. عمر عبد الله « أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية » ص ٢٢٥ ، طبعة عام ١٩٥٦ م .

٩٧. فاطمة محمد الرزاز شرح قانون العمل الجديد ، ط ٢٠٠٤م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٩٨. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، أحمد شوق عبد الرحمن « شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية » ص ٢٢١ ، طبعة ١٩٩٦-١٩٩٧م ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
٩٩. فتحي عبد الصبور « الوسيط في قانون العمل » ج ١ ، ص ٧٧٩ ، ط ١٩٨٦م ، دار الهنا للطباعة بالقاهرة .
١٠٠. عبد الواحد الجعفري « القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي » ، رسالة دكتوراه عام ١٩٩٢م ، كلية الحقوق - جامعة بني سويف .
١٠١. ليلي عبد الله سعيد « الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني » ، بند ١٠٦ ، ص ١٦٧ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠١-٢٠٠٢م ، مطبعة جامعة البحرين .
١٠٢. مجمع اللغة العربية المعجم الوسيط باب « صاغ » ، تأليف مجمع اللغة العربية بمصر ، طبعة عام ٢٠٠٤م ، الناشر مكتبة الشروق الدولية .
١٠٣. محمد إبراهيم دسوقي « الالتزامات » بدون تاريخ نشر .
١٠٤. محمد أديب صالح « تفسير النصوص في الفقه الإسلامي » ، ، رسالة دكتوراه عام ١٩٦٤م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
١٠٥. محمد حسام محمود لطفي « المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء » ، الكتاب الثاني : نظرية الحق ، الطبعة الثالثة بدون تاريخ نشر ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر بالجيزة .
١٠٦. محمد حسن قاسم « المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ٢٠٠٩م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان .
١٠٧. محمد حسين عبد العال « مبادئ القانون » ، الجزء الأول ، النظرية العامة للقانون ، ، طبعة عام ١٩٩٥م ، دار النهضة العربية .
١٠٨. محمد حسين عبد العال « المدخل لدراسة القانون البحريني » ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٤م ، مطبعة جامعة البحرين .
١٠٩. محمد حلمي مراد « قانون العمل والتأمينات الاجتماعية » ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦١م .
١١٠. محمد سعد خليفة ، عبد الحميد عثمان « شرح أحكام قانون الإثبات » طرق الإثبات التقليدية والالكترونية في القانون البحريني » ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٨م ، مطبعة جامعة البحرين .
١١١. محمد سلام مذكور « أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة الأولى ١٩٧٦م دار النهضة العربية .
١١٢. محمد صبري السعدي « تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية » ، الطبعة الأولى عام ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
١١٣. محمد سلام مذكور « أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة الأولى ١٩٧٦م دار النهضة العربية . طبعة جامعة دمشق .
١١٤. محمد علي عمران « شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية » ، طبعة ١٩٧٠م ، بدون دار نشر
١١٥. محمد ناصر الألباني في كتابه « إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل في شرح الدليل »

- لإبراهيم بن محمد بن ضويان ، المجلد الأول ، الناشر المكتب الإسلامي .
- ١١٦ . محمد لبيب شنب: «مذكرات فى المدخل لدراسة القانون»، طبعة عام ١٩٧٥ - ١٩٧٦م، دار النهضة العربية .
- ١١٧ . محمد لبيب شنب « شرح أحكام قانون العمل » ، الطبعة الخامسة ، طبعة عام ١٩٩١ م ، بدون دار نشر .
- ١١٨ . محمد وحيد الدين سوار « النظرية العامة للالتزام»، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة التاسعة عام ١٤٢٠هـ-١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، منشورات جامعة دمشق .
- ١١٩ . محمود جمال الدين زكي « نظرية الالتزام » ، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ نشر.
- ١٢٠ . محمود جمال الدين زكي « عقد العمل فى القانون المصري » ، الطبعة الثانية عام ١٩٨٢ م ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب .
- ١٢١ . مصطفى محمد الجمال ، عبد الحميد محمد الجمال « النظرية العامة للقانون » ، طبعة عام ١٩٨٧م ، الدار الجامعية بيروت - لبنان .
- ١٢٢ . منصور مصطفى منصور: «المدخل لدراسة العلوم القانونية»، طبعة عام ١٩٧٢م، دار النهضة العربية.
- ١٢٣ . نبيل إبراهيم سعد ، همام محمد محمود « أصول الإثبات فى المواد المدنية والتجارية » طبعة عام ٢٠٠١ م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية .
- ١٢٤ . نزيه محمد الصادق المهدي: «المدخل لدراسة القانون»، نظرية القانون، الطبعة الثالثة عام ١٩٨١م، دار النهضة العربية.
- ١٢٥ . نعمان جمعة «المدخل للعلوم القانونية»، طبعة عام ١٩٧٧م.
- ١٢٦ . نعاء سلمان البقمي « الصياغة التشريعية » ص ٢ ، بحث منشور على هذا الموقع - gcc.spicaser.com/Uploads/Files/2012/04/19/336.pdf
- ١٢٧ . همام محمد محمود مهران « قانون العمل » عقد العمل الفردي ، طبعة عام ٢٠٠٢ م ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية .



# الحماية الوقائية للعلامة التجارية المشهورة في القانون البحريني (دراسة مقارنة)

الدكتور / محمد الشريدة ، الأكاديمية الملكية للشرطة

## مقدمة

يتعامل كل فرد يومياً مع عشرات العلامات التجارية من مختلف السلع والبضائع والخدمات، فإذا ما دخل أي فرد الى محل تجاري معين، فإنه سيجد رفوفه مليئة بالمنتجات التي تحمل علامات تجارية متعددة ومختلفة، والتي قد تقدر بالمئات أو بالآلاف، وقد تصل في بعض الدول الى عشرات الآلاف .١

للعلامة التجارية دور رئيسي في الحياة الاقتصادية والتجارية في عالمنا المعاصر، وتعتبر في كثير من الشركات التجارية واحدة من أهم العناصر المعنوية ، والتي قد تكون في كثير من الأحيان أكثر الأصول المملوكة للشركة من حيث القيمة والأهمية ٢، حيث إن العلامة التجارية تميز المنتجات أو الخدمات التي يقدمها المشروع التجاري عن تلك المقدمة من المشاريع الأخرى، كما أنها تدل على الأصل الذي جاءت منه، وعلى الجودة التي تتميز بها، بالإضافة الى أنها من الوسائل المهمة في جذب الزبائن. ونظراً لقيمة وأهمية العلامة التجارية فإنها كانت ومازالت وستبقى محلاً للكثير من المنازعات بين الشركات والتجار، وقد تتعرض العلامة التجارية لاعتداءات عديدة عليها بهدف الاستفادة منها لتحقيق الربح الكبير بسرعة ويسر، وذلك من خلال غش المستهلكين ٣ والإثراء على حساب التجار الآخرين المالكين

١ . قدرت إحدى الدراسات التي اجراها معهد تسوق (Food Marketing Institute) ( في الولايات المتحدة الأمريكية، في عام ٢٠٠٦ بان عدد العلامات التجارية المتوافرة في سوپر ماركت متوسط الحجم يقارب خمسة واربعين الفاً ، اي ان العدد تضاعف ثلاث مرات منذ عشر سنوات، حيث كان فقط خمسة عشر الفاً في ذلك الوقت، راجع في ذلك موقع ويب التالي ([http://www.fmi.org/facts\\_\\_figs/superfact.htm](http://www.fmi.org/facts__figs/superfact.htm)).

٢ . أصدرت شركة أبحاث العلامات التجارية Millward Brown تقريرها السنوي لعام ٢٠١٤ والذي يرتب أفضل ١٠٠ علامة تجارية للشركات حول العالم بحسب قيمتها ويذكر مقدار تراجع القيمة عن العام الماضي وسبب تحسن أو تراجع قيمة العلامة التجارية. وحلت العلامة التجارية لشركة غوغل في المركز الأول مستعيدة الصدارة بعد ٤ سنوات بقيت فيها أبل المتصدرة والتي حلت ثانياً هذا العام، حيث بلغت قيمة العلامة التجارية: \$١٥٨,٨ مليار دولار امريكي ، منشور على الموقع التالي بتاريخ ٢٠١٤/٥/٢٦ (<http://www.mhabash.com/2014/05/26/the-20-most-valuable-brands-in-the-world/>)

٣ . عرفت المادة الاولى من قانون حماية المستهلك رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ ونشر في الجريدة الرسمية في ٢ أغسطس ٢٠١٢. بأنه « كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على المنتجات إشباعاً لحاجاته أو لحاجات التابعين له».

للعلامة التجارية ١. ولقد ظهرت الحاجة الى توفير الحماية الدولية للملكية الفكرية والصناعية عندما امتنع عدد من المخترعين الأجانب عن المشاركة في المعرض الدولي بفيينا سنة ١٨٧٣. ويرجع السبب في ذلك الى خشية هؤلاء المخترعين من أن تتعرض افكارهم للنهب والاستغلال التجاري في بلدان أخرى. وحظيت العلامة التجارية باهتمام عالمي ابتداءً من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لعام ١٨٨٢، وهي تعتبر الاتفاقية الاولى الدولية في مجال حماية الملكية الصناعية بشكل عام، والعلامات التجارية بشكل خاص. ومن ثم اتفاقية وبرتوكول مدريد للتسجيل الدولي للعلامات عام ١٨٩١، واتفاقية مدريد بشأن قمع بيانات مصدر السلع الزائفة أو المضللة لعام ١٨٩١، ومن ثم اتفاقية ( نيس) للتصنيف الدولي للبضائع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات عام ١٩٥٧. وكذلك اتفاقية لشبونة بشأن تسميات المنشأ على الصعيد الدولي لعام ١٩٥٨، ومروراً بمنظمة الويبو عام ١٩٦٧، وكذلك معاهدة تسجيل العلامات التجارية - مؤتمر فيينا لعام ١٩٧٢، وكذلك معاهدة نيروبي بشأن حماية الرمز الأولمبي لعام ١٩٨١، وبرتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات لعام ١٩٨٩، واتفاقية (تريبس) لعام ١٩٩٤. ومعاهدة قانون العلامات التجارية لعام ١٩٩٤، وانتهاءً بمعاهدة سنغافورة حول قانون العلامات التجارية لعام ٢٠٠٦.

وتضع معظم قوانين العلامات التجارية نظاماً عاماً متشابهاً لحماية العلامات التجارية، تعتمد بشكل رئيس على نظامين هما : نظام التسجيل والآخر نظام دعوى التقليد ٢. ومن خلال النظام الأول تكون الحماية الوقائية والتي تتمثل في منع تسجيل أي علامة تشكل تعدياً على الحقوق السابقة. أما العلامة غير المسجلة فهي تعتبر بنظر القانون حقاً سابقاً يحتج به في مواجهة الغير في أغلب التشريعات العالمية، ومنها التشريع البحري ٤. ولصاحب العلامة التجارية غير المسجلة، أن يتدخل في منع اجراءات تسجيل علامة لاحقة على علامته. وفي حالة انه إذا ماتم تسجيل العلامة التجارية المشابهة لعلامة المالك غير المسجلة، فإنه يجب عليه أن يسلك الطريق القانوني من خلال دعوى المزاحمة غير المشروعة، أما إذا كانت علامة المالك الأول مسجلة فإن له أن يسلك طريقاً قانونياً آخر وهو دعوى التقليد. لذا يتطلب من اصحاب العلامات التجارية المستعملة، ولكنها غير مسجلة أن يتخذوا اجراءات احتياطية، وذلك عن طريق الاسراع بتسجيل هذه العلامات، لضمان تفادي تسجيل أية علامة مشابهة لعلامتهم الدالة على نفس المنتجات، ليتمتعوا بحماية قانونية اكثر يتيحها القانون لحمايتهم أثناء التسجيل.

١. د. عدنان غسان برانبو، التنظيم القانوني للعلامات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠١٢، ص ١٠.
٢. الويبو هي المنتدى العالمي للخدمات والسياسة العامة والتعاون والمعلومات في مجال الملكية الفكرية والويبو وكالة من وكالات الأمم المتحدة التي تمول نفسها بنفسها ويبلغ عدد أعضائها ١٨٨ دولة عضواً. أنشئت الويبو في عام ١٩٦٧.
٣. أن اول دعوى قضائية متعلقة بالاعتداء على علامة تجارية كانت في عام ١٦١٨ في انكلترا، وتعرف بقضية (Southern v. How) حيث قام فيها صانع البسة ذات جودة عالية بمقاضاة منافس له نظراً لقيام هذا الاخير بصنع ملابس منخفضة الجودة ووضع العلامة الخاصة بالمنتجات الاجود عليها، وقد شكلت هذه القضية سابقة قضائية استندت اليها المحاكم لاحقاً للفصل في دعاوي تقليد العلامة التجارية. <David JohnsonK Trademarks: A history of billion- dollar business>
٤. المادة السادسة من قانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن العلامات التجارية، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٧٤١ بتاريخ ٢١ أيار ٢٠٠٦. دخل القانون حيز التنفيذ في البلاد اعتباراً من ١ حزيران ٢٠٠٦.

إن الحق في العلامة التجارية وما يتبعه من آثار قانونية هو حق مقيد بإقليمية القانون فلا يسري إلا في إطار النظام القانوني الذي يولد فيه، سواء في وجوده أو في آثاره. وتختلف الدول بين نظامين قانونيين، ففي بعض الدول يكون التسجيل منشئاً للحق، بحيث لا يعترف بالاستعمال الأسبق. وفي دول معينة تأخذ بنظام التسجيل ونظام الاستعمال الأسبق ومنها مملكة البحرين.

وانطلاقاً من هذا التباين فإن مشكلة حماية العلامات التجارية المشهورة تظهر على السطح، مما يتطلب دراسة هذه الاشكالية، وبيان الحلول القانونية التي يمكن الاستعانة بها في حل مثل هذه الحالات من منظور القانون والقانون المقارن.

وكون هذه الدراسة تهدف الى تسليط الضوء على الحماية الوقائية للعلامة التجارية المشهورة، سنتطرق بداية الى ماهية العلامة التجارية بشكل عام في مبحث تمهيدي، ودور السلطة المختصة بتسجيل العلامة، في رفض طلب تسجيل العلامة كون العلامة مستخدمة مسبقاً، وهذا بمثابة الصورة الأولى لحماية العلامة التجارية في مبحث أول، وفي مبحث ثانٍ سنتطرق الى السلطات الممنوحة لمالك العلامة المشهورة، وفي مبحث ثالث شروط حماية العلامة المشهورة على المنتجات غير المماثلة، وفي مبحث رابع الاعتراض على تسجيل علامة مشهورة.

## مبحث تمهيدي

### ماهية العلامة التجارية

#### تمهيد:

في هذا المبحث التمهيدي يجدر بنا قبل الدخول في موضوع الحماية الوقائية للعلامة التجارية المشهورة التعرف على ماهية العلامة التجارية، الدلالة التي تشير اليها، وما يقصد بها عندما يتم ذكرها. لذلك سنتحدث بشكل موجز في هذا المبحث التمهيدي بدايةً عن تعريف العلامة التجارية في (مطلب أول)، ومن ثم نتطرق الى الغاية من حماية العلامة التجارية والوظائف التي تقوم بها، في (مطلب ثانٍ)، وماهية العلامة المشهورة في (مطلب ثالث).

### المطلب الاول

#### تعريف العلامة التجارية

كانت وما تزال فكرة العلامة التجارية مدار بحث وتمحيص من قبل فقهاء القانون والمختصين في المجال الاقتصادي والتجاري أيضاً، فهي وإن كانت فكرة قديمة الظهور والمعرفة إلا أن وضع تعريف لها ما زال يشكل للبعض شيئاً من الصعوبة، كونها قد ترد على أكثر من نوع من أنواع المنتجات، إذ قد يكون المقصود منها منتجاً صناعياً أو زراعياً أو تجارياً وقد ترد أيضاً كما هو الحال في الأونة الأخيرة على مجرد خدمة يقوم بها بعض الأفراد. اضم الى ذلك أن مجرد الفكرة بحد ذاتها قد تثير بعض الصعوبات أثناء وضع تعريف خالص لها كونها فكرة تتمخض عن أعمال الفكر والعقل، فهي كسائر مفردات الملكية الفكرية يصعب وضع تعريف لها، لا لصعوبتها، بل لصعوبة وضع تعريف لما بنتحه العقل البشري من أفكار وأمور

غير محسوسة ١.

والعلامة التجارية لغةً هي « السمة، والفصل بين الأرضين، وشيء منصوب في الطريق يُهتدى به»، فهي كل أثر للدلالة عليه ومعرفته وتميزه عن غيره، وهي مشتقة من العلم بمعنى المعرفة ٢.

ان العلامة التجارية في مملكة البحرين تخضع لأحكام قانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن العلامات التجارية ٣، وقد عرّف - هذا القانون في المادة الثانية منه- العلامة التجارية بأنها « كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من أسماء أو كلمات أو توقيعات أو حروف أو رموز أو أرقام أو عناوين أو أختام أو رسوم أو أصوات أو روائح أو صور أو نقوش أو تغليف أو عناصر تصويرية أو أشكال أو لون أو مجموعة من الألوان، أو مزيج مما تقدم، أو أية إشارة أو مجموعة إشارات، إذا كانت تستعمل أو يراد استعمالها لتمييز سلع أو خدمات منشأة ما عن سلع أو خدمات المنشآت الأخرى أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات أو تمييز أي من السلع أو الخدمات من حيث مصدرها أو عناصر تركيبها أو طريقة صنعها أو جودتها أو ذاتيتها أو أية خاصية أخرى».

وللوقوف على ثغرات هذا التعريف وحسناته، لابد من مقارنته ببعض التعريفات الأخرى المشهورة، مثل التعريف الذي جاء في المادة (١٥) من اتفاقية تريبس، والتي يرمز لها بالحروف T.L.T، وتعريف العلامة التجارية في التشريعات الأخرى.

لقد حددت المادة (١٥) من اتفاقية تريبس العلامة التجارية التي تتم حمايتها بنصها على أنه « تعتبر أي علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى، صالحة لأن تكون علامة تجارية. وتكون هذه العلامات، لاسيما الكلمات التي تشتمل على أسماء شخصية وحروف وأرقام وأشكال ومجموعة ألوان وأي مزيج من هذه العلامات، مؤهلة للتسجيل كعلامات تجارية، يجوز للبلدان الأعضاء أن تجعل الصلاحية للتسجيل مشروطة بالتميز المكتسب من خلال الاستخدام. كما يجوز لها اشتراط أن تكون العلامات المزمع تسجيلها قابلة للإدراك بالنظر، كشرط لتسجيلها».

وعرفها المشرع المصري في المادة (٦٣) بأنها « العلامة التجارية هي كل ما يميز منتجاً سلعة أو خدمة عن غيره، وتشمل على وجه الخصوص الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، والامضاءات، والكلمات والحروف، والأرقام والرسوم، والرموز، وعناوين المحال والدمغات، والأختام والتصاویر، والنقوش البارزة، ومجموعة الألوان التي تتخذ شكلاً خاصاً ومميزاً، وكذلك أي خليط من هذه العناصر إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم اما في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال زراعي، أو استغلال الغابات أو لمستخرجات الأرض، أو أية بضاعة، واما لدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو

١. د. عامر محمود الكسواني، التزوير المعلوماتي للعلامة التجارية. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠. ص ٧٤.

٢. د. العلامة أبي الفضل جمال الدين ابن منظور- لسان العرب - المجلد العاشر ط ١ دار صادر - بيروت ٢٠٠٥ - ص ٢٦٤.

٣. صدر قانون العلامات التجارية رقم ١١ لعام ٢٠٠٦ المطبق حالياً في البحرين في ٢٨ أيار ٢٠٠٦ ونشر في الجريدة الرسمية رقم ٢٧٤١ بتاريخ ٢١ أيار ٢٠٠٦. دخل القانون حيز التنفيذ في البلاد اعتباراً من ١ حزيران ٢٠٠٦.

٤. وذلك اختصار للكلمات : Trade Mark Law Treaty

طريقة تحضيرها واما للدلالة على تادية خدمة من الخدمات» ١ .  
كما عرف قانون العلامات التجارية الأردني ٢ في المادة الثانية منه بأنها « اي اشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه او منتجاته او خدماته عن بضائع او منتجات او خدمات غيره». وعرفها قانون العلامات التجارية الاماراتي ٣ « تعتبر علامة تجارية كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من أسماء أو كلمات أو إمضاءات أو حروف أو أرقام أو رسوم أو رموز أو عناوين أو دمغات أو أختام أو صور أو نقوش أو إعلانات أو عبوات أو أية علامة أخرى أو أي مجموع منها إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم إما في تمييز بضائع أو منتجات أو خدمات أيًا كان مصدرها وأما للدلالة على أن البضائع أو المنتجات تعود لمالك العلامة بسبب صنعها أو انتقائها أو الاتجار بها أو للدلالة على تادية خدمة من الخدمات . ويعتبر الصوت جزءاً من العلامة التجارية إذا كان مصاحباً لها» .

### ويقسم الفقه العلامات التجارية الى نوعين:

**الأول: علامة السلعة:** وهي تلك العلامة التي يضعها التاجر أو الصانع على السلع أو البضائع التي يقوم ببيعها أو انتاجها لتمييزها عن غيرها من السلع أو البضائع المماثلة أو المشابهة ٤ .  
وهذا النوع من العلامات له عدة أنواع منها:

- العلامة الصناعية : وهي تلك التي يضعها الصانع على المنتجات التي يصنعها.
- العلامة التجارية: وهي تلك التي يضعها التاجر على السلع التي يقوم ببيعها بصرف النظر عن مصدر إنتاجها، وغالباً ما تستخدم هذه العلامة في المتاجر الكبيرة ذات الشهرة الواسعة.
- العلامة الزراعية : وهي تلك التي توضع على المنتجات أو المحاصيل التي ينتجها مشروع زراعي معين.
- علامات الصناعات الاستخراجية: وهي تلك التي يستخدمها المشروع الذي يقوم على استخراج ما في باطن الارض من ثروات لتمييز مستخرجاته عن غيرها من المستخرجات المماثلة أو المشابهة ٥ .

**أما النوع الثاني : فهي علامات الخدمة:** وهي علامات تستخدمها المشروعات التي تؤدي خدمات معينة، لتمييز بها ما تقدمه من خدمة عن غيرها من الخدمات المماثلة مثل العلامات التي تستخدمها محطات صيانة السيارات، وشركات النقل. فهذه العلامة لا تظهر على منتجات ولكن توضع على ملابس العاملين وعلى الاشياء والادوات التي يستخدمها المشروع في تقديم خدماته ٦ . واذا ما تمعنا في التعريفات

- ١ . قانون حقوق الملكية الفكرية، قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢
- ٢ . المادة الثانية من قانون قانون العلامات التجارية رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٧ المعدل لقانون العلامات التجارية رقم (٢٢) لسنة ١٩٥٢
- ٣ . قانون اتحادي رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والمعدل بقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢ .
- ٤ . د. عبدالرحمن سيد قرمان، الاتجاهات الحديثة في حماية العلامات التجارية المشهورة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة/ د.ت، ص ١٠ .
- ٥ . د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢١٧ .
- ٦ . د. عبدالفتاح بيومي حجازي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى ٢٠٠٧، ص ٢٠ .

- السابقة نستطيع أن نستخلص مجموعة من الملاحظات على هذه التعريفات على النحو التالي:
- أن التعريف التشريعي المصري أعلاه أقرب للدقة حيث جاء شاملاً وجامعاً ودقيقاً لمفهوم العلامة التجارية، وأن العلامة لا تقتصر على تمييز البضاعة أو المنتج وإنما تميز الخدمة أيضاً، وحسن فعل المشرع البحريني والمصري في ذلك حيث تنبه الى هذه العلامة، بعكس المشرع الأردني الذي تنبه لها وعدلها في وقت متأخر، حيث قصر دلالتها آنذاك على تمييز البضائع دون الخدمة ١، وقد اضاف المشرع الاماراتي عنصراً مهماً وهو الصوت إذا كان مصاحباً لها.
  - عرف المشرع البحريني العلامة بانها كل ما يخذ شكلاً مميزاً، ولكن نجد أن الأصوات والروائح لا تأخذ شكلاً مميزاً. لذلك لم يدرج المشرع الفرنسي على سبيل المثال العلامة التجارية الصوتية في إطار الشكل وإنما أفردتها بفقرة خاصة ٢ ونجد أن المشرع الأردني لم يتطرق الى اشارة مميزة ولكنه اشترط في المادة السابعة من ذات القانون في الفقرة الأولى أن تكون « قابلة للدراك عن طريق النظر»، وبالتالي كيف يمكن أن تكون الروائح والأصوات علامة تجارية إذ لا يمكن ادراكها بالبصر.
  - ليس هناك ثمة تمييز بين العلامة التجارية التي يتخذها التجار لتمييز البضائع التي تكون محللاً لتجارتهم بغض النظر عن مصدرها والعلامة الصناعية وعلامة الخدمة، فمصطلح العلامة التجارية يشمل في معناه كل هذه الانواع سواء من حيث التصنيع او التجارة او الخدمة ٢. وكذلك الحال بالنسبة الى المشرع الأردني ٤. بل ان القضاء البحريني اعتبر أن العنوان التجاري ممكن أن يكون علامة حيث جاء في حكم لمحكمة التمييز البحرينية ٥ «... وقد يتخذ التاجر من العنوان التجاري علامة تجارية بعد إعطائه شكلاً مميزاً لتمييز بضائعه أو للدلالة على تقديم خدمات معينة».
  - يستلزم التعريف الوارد في المادة (١٥) من اتفاقية تربرس أن تكون العلامة صالحة لتمييز السلع والخدمات، ولا تتمتع العلامة بالحماية بصورة تلقائية وإنما لابد أن تكون صالحة لهذا التمييز. وقد انعكس ذلك في قانون العلامات التجارية البحريني حيث التزم المشرع بتحديد وظيفة العلامة حسبما نصت عليه تربرس، حيث نصت المادة الثانية من قانون العلامات التجارية أعلاه على أن العلامة « تستعمل أو يراد استعمالها لتمييز سلع أو خدمات منشأة ما عن سلع أو خدمات المنشآت الأخرى». وكذلك أعطى للعلامة أيضاً وظيفة الدلالة على تأدية خدمة من الخدمات أو تمييز أي من السلع أو

١. في ظل قانون عام ١٩٥٢، اذا كانت العلامة التجارية مقصورة على العلامات الصناعية والتجارية فحسب، ولم يجعل مفهوم العلامة ينصرف الى علامة الخدمة، اضافة الى العلامات التجارية والصناعية، وكان ينبغي على المشرع الاشارة الى علامة الخدمة ايضاً لما لهذه الاخيرة من اهمية حقيقية في الواقع العملي.
٢. د. صبري حمد خاطر، الملكية الفكرية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧، جامعة البحرين، ص ٢٧٠.
٣. د. صبري خاطر، مرجع سابق، ص ٣٧١.
٤. العلامة الصناعية : وهي التي يضعها الصانع لتمييز المنتجات التي يقوم بصنعها عن مثيلاتها من المنتجات الاخرى. العلامة التجارية : وهي التي يستخدمها التجار في تمييز المنتجات التي يقوم ببيعها بعد شرائها سواء من تاجر الجملة او من المنتج مباشرة بصرف النظر عن مصدر الانتاج. وعلامة الخدمة : وهي التي تخصص لتمييز خدمة كما هو الشأن بالنسبة لخدمات نقل السياح والركاب ، وخدمات الفنادق.
٥. الطعن رقم ٣٤٧ لسنة ٢٠٠٦ ، منشور في مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية ، السنة الثامنة عشر من يناير الى ديسمبر ٢٠٠٧ ، قاعدة رقم (١٣٥) ، ص ، ٦٥٥ .

الخدمات، وهذا ما اكدته محكمة التميز البحرينية ١.

ونخلص من التعريفات أعلاه أن المشرع الأردني قد أخذ بالمنهج الوظيفي للعلامة التجارية، حيث تعرف العلامة التجارية وفقاً لهذا المنهج على أساس الوظائف الأساسية التي تقوم بها في الأسواق، تلك الوظائف التي من أجلها تم استخدام وابتكار العلامة التجارية، لتمييز المنتجات والخدمات المقدمة والبضائع من منشأة معينة عن المقدمة من منشآت أخرى، بالإضافة الى الدلالة على مصدر المنتجات أو الخدمات.

أما المشرع البحريني فقد أخذ بمنهج التعداد في تعريف العلامة التجارية، حيث طبقاً لهذا المنهج يهتم بذكر عدد من العناصر أو الأشكال أو الصور التي يمكن اتخاذها كعلامة تجارية، مع ذكر الوظيفة التي تقوم بها هذه العلامة. حيث اعتمد المشرع معياراً غير دقيق في تحديد وظيفة العلامة، فنص في المادة الثانية من ذات القانون « يقصد بالعلامة التجارية كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من أسماء...».

ويؤخذ على هذا المنهج في تعريف العلامة التجارية أنه يعدد العناصر التي يمكن أن تتألف منها العلامة التجارية، وبطبيعة الحال فإن هذا التعداد يؤدي الى الحد من التطور والتجديد في هذا المجال، حيث إن التطور الحاصل في شتى المجالات ينتج عنه عناصر وأشكال واساليب جديدة لم تكن معهودة في السابق، يمكن ان يستخدمها المنتجون والتجار كعلامات تجارية.

وعند المقارنة بين المنهجين في التعريف، نرجح بأن التعريف الوظيفي هو التعريف الأمثل لها، إذ أنه يترك الباب مفتوحاً لكل اشارة أو رمز أو وسيلة جديدة قادرة على القيام بوظائف العلامة التجارية، وعندئذ يمكن أن تكون علامة تجارية.

وقد يقول قائل بأن المشرع في ذكره امثلة عن العناصر التي يمكن أن تكون علامة تجارية، يكون قد أبدى رأيه ضمناً في وجوب قبول العناصر المذكورة كعلامات تجارية ٢، كما أنه لا يجد من التطور في مجال العلامات التجارية من خلال وضع عبارات عامة، حيث إن هذه العناصر ذكرت على سبيل المثال - وهذا ما فعله المشرع البحريني- فيفتح بذلك الباب لأية اشارة بأن تكون علامة تجارية اذا توافرت فيها الشروط المطلوبة قانوناً، من خلال تحقيقها لوظائف العلامة التجارية.

ويمكن الرد على هذا القول بأن تعريف الشيء لا يكون بتعداد العناصر التي يتكون منها، وإنما بذكر تعريف جامع مانع يدل هلى ماهية الشيء، واذا أراد المشرع ضرب أمثلة على تلك العناصر المكونة للعلامة التجارية، فمن الممكن أن يورد ذلك في مادة ثانية مستقلة عن المادة التي تضمنت التعريف مثلما جاء ببعض التشريعات ٣.

وبناءً على ما سبق يمكننا أن نعرف العلامة التجارية بأنها : ( كل اشارة أو صوت او دلالة مميزة يمكن

١. انظر حكم محكمة التميز الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/٥/٧ المنشور تحت القاعدة ١٣٠ الصفحة ٦٣٥ منشور في مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة التميز في المواد المدنية والتجارية، السنة الثامنة عشر من يناير الى ديسمبر ٢٠٠٧. وانظر كذلك نفس المبدأ تحت القاعدة رقم ٢٤، صفحة ٢٢١ من مجلة القضاء والقانون الكويتية، عن الفترة ٢٠٠٢/٧/١ الى ٢٠٠٢/١٢/٢١ ديسمبر ٢٠٠٦.

٢. د. عدنان غسان براتبو، التنظيم القانوني للعلامة التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى ٢٠١٢، ص ٢٠.  
٣. مثال ذلك انظر المشرع القطري في قانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٢، بشأن العلامات والبيانات التجارية والأسماء التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية، حيث وضع تعريف العلامة في المادة الاولى بأنها كل اشارة ظاهرة تقبل الادراك بالبصر.... ووضع في المادة السادسة منه ذكر العناصر التي يمكن ان تتكون منها العلامة التجارية.

ادراكها بالحواس يتخذها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة شعاراً على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها أو يستخرجها أو الخدمات التي يقدمها لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر أو يستخرجها أو يقدمها آخرون).

## المطلب الثاني وظائف العلامة التجارية

تبع أهمية العلامة التجارية من الوظائف التي تؤديها، سواء للصانع أو للتاجر أو لمقدم الخدمة أو للمستهلك، فهي مهمة لكل هؤلاء على حد سواء. ويمكننا اجمال ابرز وظائف العلامة التجارية فيما يلي:-  
أولاً: وظيفة التحديد والتمييز: إن التمييز بين المنتجات المتماثلة في الاسواق هي الوظيفة الرئيسية والاساسية لاستخدام العلامة التجارية ١. إذ لا بد أن يتمكن المستهلك من التمييز بين المنتجات المقدمة من مصدر معين عن تلك المقدمة من الآخرين. وقد اكدت على هذا المبدأ محكمة تميز دبي في أحد قراراتها حيث جاء به « إن الغرض من العلامة التجارية ... هو تمييز المنتجات لجذب العملاء وجمهور المستهلكين نظراً لما تؤديه لهم هذه العلامة من خدمات،...» ٢.

وقد جاء ذكر هذه الوظيفة في الأسباب التمهيدية للقرار الصادر عن الاتحاد الاوروبي والذي انشأ العلامة التجارية الاوروبية، والمسماة بالعلامة الاتحادية، حيث جاء فيه: ( لكي يكون بإمكانه أن يتخذ قراراً سليماً، يحتاج المستهلك إلى أن يكون قادراً على تحديد وتميز هذه البضائع استناداً الى اصلها وأن يتعرف وجود رابطة بين منتج معين وبين جودته وسمعته. وهذا ما تسهل تحديده العلامة التجارية) ٣.

ثانياً: وظيفة تحديد المصدر أو الاصل: حيث تحدد العلامة التجارية المصدر الشخصي للمنتجات او البضائع، اي المنتج لها، كما أنها تحدد المصدر الاقليمي، ومن المعروف أن المنتجات خاصة بالصناعة بينما البضائع خاصة بالتجارة ٤، حيث يتمكن المستهلك بواسطة العلامة التجارية التميز بسهولة بين منتجات او بضائع مماثلة أو مشابهة، فهي بمثابة الرمز الذي يدل على مصدر المنتجات او السلع أو الخدمات. حيث يكفي المستهلك أن يذكر أسم العلامة التجارية التي تحملها السلعة التي يريد شراءها دون الحاجة لبيان أوصافها وسماتها.

ثالثاً: العلامة التجارية رمز الثقة بصفات المنتجات والبضائع والخدمات: لان العلامة التجارية من الحقوق الصناعية الدائمة إذا ما استمر صاحبها في تسجيلها وفقاً للقانون ٥، فإن كثرة الدعاية تزيد عملاء التجار،

١. د. عدنان غسان برانيو، مرجع سابق، ص ٥٢.
٢. محكمة تميز دبي، الطعن رقم ٢٥٢/ لسنة ٢٨/١٢/١٩٩٦، منشور لدى: قضايا القرصنة التجارية والصناعية والفكرية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، الجزء الاول، ص ٣٥١.
٣. انظر: Raoul Jacobs. An Economic and Legal Analysis of Trademarks in particular the use of descriptive terms in trademarks. Master Thesis. Manshestar University, UK. 2002. page 24. نقلاً عن د. عدنان برانيو، مرجع سابق، ص ٥٢.
٤. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٢٥٥.
٥. د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ٢٠٠٧، ص ٤٥٠.

وكلما زاد الاستمرار عن الاعلان على العلامة التجارية داخل وخارج الاقليم تقترب من الشهرة العالمية ١. وتعتبر العلامة التجارية عن صفات المنتجات أو البضائع التي تميزها، سواء من حيث النوع أو المرتبة أو الضمان أو طريقة التحضير. وبالتالي فمالك العلامة التجارية يحرص على سمعته وعلامته وثقة عملائه بها، فيسعى لأن يبقى على هذا المستوى الجيد؛ لتبقى بذهن العملاء وتحسينها والرفع من مستواها بإتقانه صنع منتجاته والحفاظ على جودتها، مما تصيح العلامة التجارية محل ثقة لدى الجمهور.

رابعاً : العلامة التجارية وسيلة اعلانية تسويقية ومن وسائل المنافسة المشروعة: اصبحت العلامة التجارية إحدى وسائل الاعلان المهمة عن المنتجات والبضائع والخدمات، فهي اصبحت من وسائل التاجر المهمة للإعلات عن منتجاته او بضائعه او خدماته، حيث ان هدف المشروع التجاري تحقيق الربح وجذب أكبر عدد من المستهلكين، فان العلامة أهم عوامل تحقيق هذا الربح وجذب العملاء، بحيث نجدها الراعي الرسمي لكثير من الاحداث الرياضية، الثقافية، الصناعية، إذ عن طريق الاعلان ٢ والدعاية عن علامته يصل الى اذهان الناس وبالتالي يثبت العلامة التجارية في ذاكرة الناس، حيث لايمكن تجاهل الدور المؤثر الذي تلعبه الدعاية في جذب العملاء، والتي من خلالها يؤكد على أن منتجاته أو بضائعه أو خدماته هي الافضل والاجود.

يضاف الى ذلك بأن الدعاية والاعلان تؤثر كثيراً على قرار الشراء لدي المستهلك، فإذا رأى المستهلك العلامة التجارية فإنها قد تدفعه الى شراء المنتج ولو لم يكن بحاجة اليه ٣. حتى أن العلامة التجارية اصبحت لدى بعض المستهلكين دليلاً على نمط الحياة الذي يتبعونه، أو على الطبقة التي ينتمون اليها. فبعض العلامات التجارية - وبناءً على الاعلانات التي تروج للعلامة- توحى في نفوس الناس خصائص معينة كالقوة والشباب والثقة والرفاهية، فيشتري بعض المستهلكين المنتجات التي تحمل العلامة رغبةً في تأكيد انتمائهم لتلك الفئة من الناس التي تتمتع بتلك الصفات واعلام الآخرين بذلك، وينشئ ما يسمى بالولاء للعلامة التجارية ٤.

خامساً: العلامة التجارية ضمان الجودة لحماية جمهور المستهلكين: يسمي البعض هذه الوظيفة بوظيفة الضمان، إذ أن العلامة التجارية برأيهم ضمان لجودة السلع التي تحملها ٥، ولكن هنا يجب أن نشير

١ - عرفها المشرع البحريني في المادة (٢٧) من قانون العلامات التجارية بأنها « يقصد بالعلامة المشهورة في تطبيق أحكام هذا القانون، العلامة التجارية التي يملكها أي من الأشخاص المشار إليهم في المادة (٤) من هذا القانون والتي تتمتع بشهرة تتجاوز البلد الأصلي الذي سجلت فيه واكتسبت شهرة في القطاع الذي يتعامل عادة مع السلع أو الخدمات التي تستعمل هذه العلامة لتميزها».

٢ - الاعلان عبارة عن « جهود غير مباشرة عن طريق إحدى وسائل الاتصال العامة لعرض وترويج الافكار او السلع أو الخدمات ويفصح فيها عن الشخص المعلن». د. حسين فتحي، حدود مشروعية الاعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، القاهرة ١٩٩٧ الطبعة الاولى، ص ٩٠.

٣ - رجائي الديني ومختار سعد، العلامات التجارية ودورها في حماية المنتج والمستهلك، مطبعة الاعتماد الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٦.

٤ - يشار عادةً للعلامة التجارية إما بـ TM أو إشارة ©. في الشرق الاوسط تعبر اشارة TM عن علامة تجارية لم تسجل، واشارة © عن علامة تجارية مسجلة.

٥ - هالة مقداد احمد الجليلي، العلامة التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، دمشق ٢٠٠٤، ص ٢٨.

الى نقطة مهمة، حيث قد يظن البعض أن مالك العلامة التجارية يضمن للمستهلكين أن المنتجات التي تحمل علامته ذات جودة عالية، وانه في حالة إذا كان هناك أي عيب او سوء صنع أو انخفاض في مستوى الجودة فإن ملك العلامة التجارية يعتبر مسؤولاً بالتعويض امامهم، في حين أن الأمر في الواقع مختلف عن ذلك تماماً، حيث أن العلامة التجارية تضمن للمستهلك جودة معينة، سواء كانت هذه الجودة عالية أم منخفضة، أي أنها تضمن لهم ان جميع المنتجات التي تحمل العلامة هي من مستوى الجودة ذاته، ولا تضمن لهم مستوى جودة معين بذاته.

### المطلب الثالث

#### ماهية العلامة التجارية المشهورة

سنتطرق في هذا المطلب الى تعريف العلامة التجارية المشهورة في (الفرع الاول)، ثم معايير شهرة العلامة التجارية في (الفرع الثاني).

### الفرع الاول

#### تعريف العلامة المشهورة

العلامة التجارية المشهورة عبارة عن علامة تجارية عادية تخضع من حيث تعريفها وشروطها للأحكام العامة للعلامات التجارية، إلا إنها أخذت تعرف في الأسواق وتثير انتباه العاملين في مجال الصناعة أو التجارة أو الخدمات لأنها توضع على منتجات ذات جودة عالية ومميزة مما جعلها تتمتع بشهرة عالمية وأن هذه الشهرة تأتي نتيجة عدة عوامل منها، قدم استخدام العلامة (استخدامها مدة طويلة على المنتجات أو الخدمات التي تميزها ) وذيوعها وكثرة توزيعها وانتشارها في الأسواق العالمية وكثرة الإعلان عنها وجودة الإنتاج وانتظام الخدمة وغيرها من العوامل التي تجعل العلامة ذات شهرة عالمية ١. واهم ما يميز العلامة المشهورة انها تخضع للحماية القانونية عند الاعتداء عليها ولو لم تكن مسجلة داخل إقليم الدولة، على خلاف القاعد العامة في الحماية القانونية للعلامات التجارية ٢.

إن أغلب التشريعات التي تناولت موضوع العلامة التجارية المشهورة لم تضع تعريفاً لها، سواء على مستوى القوانين الوطنية المقارنة أو الاتفاقيات الدولية، وإنما تركت الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، باستثناء بعض التشريعات الوطنية ٣ ومنها المشرع البحريني الذي عرفها في المادة (٢٧) من قانون العلامات التجارية... والتي تتمتع بشهرة تتجاوز البلد الأصلي الذي سجلت فيه واكتسبت شهرة في القطاع الذي يتعامل عادة مع السلع أو الخدمات التي تستعمل هذه العلامة لتميزها». وقد جاء تعريف العلامة المشهورة في القانون البحريني موافقاً للتعديل الأخير لما جاء في المادة (٢/١٦) من اتفاقية تريبس من حيث ان هذه العلامة هي العلامة التي تجاوزت شهرتها البلد الاصلي والمعروفة على نطاق واسع في القطاع المعني من الجمهور.

١. مثال ذلك علامة كوكا كولا (coca cola) للمشروبات الغازية، وعلامة (Sony) للاجهزة الكهربائية... الخ.

٢. د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص ٥٥٥.

٣. عرفها المشرع الاماراتي في المادة الرابعة فقرة (١)، القانون الاردني في المادة الثانية، القانون المصري في المادة (٦٨)، الدادة (٢/٢) من نظام العلامات التجارية السعودي.

أما بالنسبة للفقهاء فقد عرفها بتعريفات متعددة تكاد تكون أغلبها متطابقة من حيث المضمون والمعنى. فقد عرفها البعض بأنها : العلامة ذائعة الصيت أي المعروفة لدى قطاع واسع من الجمهور وتتمتع بمكانة مرموقة وسمعة طيبة ١. في حين عرفها البعض الآخر بأنها :العلامة التي تتمتع بمعرفة واسعة بين جمهور المستهلكين وبسمعة ودعاية على مستوى العالم ولها قيمة مالية عالية في السوق.

أما على المستوى القضائي فنلاحظ إن محكمة استئناف باريس عرفتها في حكمها الصادر في ١٧ يناير/ ١٩٩٦ بأنها : العلامة المعروفة لدى عدد من الجمهور وتتمتع بسلطة جذب له، مستقلة عن المنتجات أو الخدمات التي تمثلها وتكون لها أهمية كبيرة لدى المستهلكين ٢ .

يتضح لنا مما تقدم أن العلامة التجارية المشهورة هي تلك العلامة التي يعرفها عدد كبير من جمهور المستهلكين والتي تتمتع بسمعة طيبة ودعاية على مستوى العالم ولها قيمة مالية في السوق وتسمى أيضا « بالعلامة ذات الشهرة أو ماركة مشهورة.

وبحسب اعتقادنا يمكن تعريف العلامة التجارية المشهورة بأنها (العلامة التجارية التي تتجاوز شهرتها حدود الإقليم الوطني لبلد المنشأ وتحظى بسمعة ومعرفة بين جمهور واسع من المستهلكين وعلى مستوى العالم نتيجة الاستعمال والدعاية والجودة سواء في مجال السلع المادية أو في مجال الخدمات، وذات قيمة مالية ) .

## الفرع الثاني معايير شهرة العلامة التجارية

من خلال استقراءنا لنصوص التشريعات المقارنة ومنها القانون البحريني الذي نص في عجز في المادة (٢٧) « ويراعى في تحديد العلامة المشهورة، بوجه خاص، طول فترة تسجيلها أو استعمالها أو عدد البلدان التي سجلت أو اشتهرت فيها أو قيمة العلامة ومدى تأثيرها في ترويج السلع أو الخدمات التي تستعمل العلامة لتميزها»، والاتفاقيات الدولية نجد إن هناك معايير يمكن الاستناد إليها لتحديد مدى شهرة العلامة التجارية، ولا سيما المعايير التي نتجت من خلال الاجتماعات التي عقدتها الجمعية العامة لاتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية والجمعية العامة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو ( wipo ) في دورة مشتركة لجمعيات الدول الأعضاء في الويبو من (٢٠-٢٥ سبتمبر لسنة ١٩٩٩ ) بشأن الأحكام الخاصة بالعلامات التجارية المشهورة، وقد وضعت هذه التوصية المشتركة عدة قواعد أو معايير يمكن الاسترشاد بها لتحديد متى تعد العلامة التجارية مشهورة . وفي ضوء ذلك يمكننا تقسيم معايير شهرة العلامة التجارية إلى قسمين وهي معايير موضوعية، ومعايير شخصية . لذلك سنقسم هذا الفرع على شقين ونتناول كل معيار في شق مستقل.

١: المعايير الموضوعية: أشارت التوصية المشتركة التي صدرت بشأن العلامة التجارية المشهورة إلى عدة

١. انظر د. حمدي غالب الجفيري، مرجع سابق، ص ٤٤٣ .

٢. منير عبدالله الرواحنة، مجموعة التشريعات والاجتهادات القضائية المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩، ص ٢٩١ .

معايير موضوعية يمكن الاستناد إليها لتحديد شهرة العلامة وذلك في المادة ( ٢ / ف ١ - ب ) والتي نصت على أن تراعي السلطة المختصة على وجه الخصوص المعلومات المقدمة إليها بشأن العوامل التي يستخلص منها أن العلامة معروفة جدا، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بما يلي على سبيل المثال لا الحصر وهي كالآتي:

أولاً: مدى شهرة أو معرفة العلامة في قطاع الجمهور المعني، ويمكن تحديد ذلك عن طريق الدراسات الاستقصائية للأنماط الاستهلاكية واستطلاع آراء المستهلكين وهذا يعرف بالمسح الشامل أي أخذ عينة من جمهور المستهلكين وتوجيه الأسئلة لهم عن مدى معرفتهم بعلامة تجارية معينة ودرجة معرفتهم بها. ثانياً: مدة الانتفاع بالعلامة أو مدة استعمالها بأي وجه من الوجوه، ومدى ذلك الانتفاع أو الاستعمال ونطاقه الجغرافي، ويمكن تقدير شهرة العلامة وفقاً لهذا المعيار من خلال المبيعات من المنتجات أو الخدمات ومدى إسهام العلامة في سوق هذه المنتجات وطول فترة تواجد المنتج الذي تحمله العلامة في الأسواق التجارية. إضافة لذلك فإن التوصية المشتركة أشارت في المادة ( ٢ / ف ٢ - أ ) إلى عدم جواز اشتراط الانتفاع الفعلي بالعلامة في الدولة التي يراد فيها حمايتها باعتبارها علامة شائعة الشهرة، إذ يكفي أن تكون العلامة معروفة فيها نتيجة لحملات الدعاية والإعلان، مثال ذلك علامة ( كوكا كولا ) كانت معروفة في الاتحاد السوفيتي السابق من خلال الدعاية والإعلان بالرغم من عدم تواجد المنتج في الأسواق السوفيتية ٢.

ثالثاً: عدد البلدان التي سجلت فيها العلامة أو قدمت إليها طلبات التسجيل، ونطاقها الجغرافي والمدة الزمنية التي مضت على تسجيلها، فقد يكون عدد تسجيلات العلامة في العالم ومدة تلك التسجيلات مؤشراً، يسمح للبت في إمكانية اعتبار العلامة مشهورة، ولا يشترط أن تكون العلامة مسجلة في كل البلدان باسم صاحب العلامة فقد تكون مملوكة لعدة شركات مختلفة تعمل في بلدان متفرقة ولكنها تنتمي الى مجموعة واحدة.

رابعاً: قيمة العلامة في الأسواق التجارية أو الخدمية، حيث تقوم المؤسسات او الهيئات الدولية المتخصصة في مجال العلامات التجارية بتقدير القيمة السوقية للعلامة حسب معايير وأساليب متفق عليها، فكلما كانت القيمة المالية للعلامة التجارية مرتفعة كان دليلاً على شهرتها. أي كلما زادت شهرة العلامة وسمعتها زادت قيمتها المالية ٢.

ونود أن نبين هنا بأن العلامة التجارية حتى تعد مشهورة لابد من أن تتجاوز شهرتها حدود البلد الأصلي لها وبمعنى آخر أنه لا يكفي شهرة العلامة داخل الدولة التي نشأت فيها لاعتبارها علامة مشهورة بل يجب أن تكون مشهورة عالمياً أي أن تمتد شهرتها إلى البلدان الأخرى خارج حدود دولتها بالإضافة إلى شهرتها داخل الدولة الأخيرة . وهذا ما أشارت إليه التشريعات المقارنة، منها قانون العلامات التجارية البحريني

١. انظر د. صلاح زين الدين - حماية العلامات التجارية ووطنياً ودولياً - ط ١ - دار الثقافة - عمان - ٢٠٠٥ - ص ١٦٤، وكذلك المحامي عصام رجب التميمي - التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٨ - ص ١٥٥.

٢. د. سميحة القليوبي- الملكية الصناعية - ط ٥ - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥ ص ٥٦٧.

٣. د. صلاح الدين زيدان، مرجع سابق، ص ١٧٢.

في المادة (٢٧) حيث نص صراحة على « والتي تتمتع بشهرة تتجاوز البلد الأصلي الذي سجلت فيه واكتسبت شهرة...» ويراعى في تحديد العلامة المشهورة، بوجه خاص، طول فترة تسجيلها أو استعمالها أو عدد البلدان التي سجلت أو اشتهرت فيها أو قيمة العلامة ومدى تأثيرها في ترويج السلع أو الخدمات التي تستعمل العلامة لتمييزها.

و نرجو أن يتبنى القضاء العربي موقفاً واضحاً تجاه العلامات المشهورة بشكل عام بعد أن أصبح مبدأ حماية العلامة المشهورة مستقراً على الصعيد الدولي والوطني، وأصبح أحد أهم مبادئ قوانين العلامات التجارية الحديثة، وبعد أن تمت حماية هذه العلامات في كل قوانين العلامات الحديثة في العالم العربي.

٢- المعايير الشخصية: تقوم هذه المعايير على أساس شخصي أي تعتمد على معرفة الجمهور بالعلامة المشهورة، بمعنى آخر حتى تعد العلامة التجارية مشهورة لابد من أن تكون معروفة لدى قطاع جمهور المستهلكين، وهذا ما أشار إليه قانون العلامات التجارية البحريني في المادة (٢٧) عند تعريف العلامة التجارية المشهورة هي التي (...واكتسبت شهرة في القطاع الذي يتعامل). ورغم أن المشرع لم يذكر كلمة الجمهور صراحة، إلا أنه يفهم ضمناً بأن المقصود هنا الجمهور، ويستحسن لو نص المشرع صراحة على ذلك كما فعلت عدة تشريعات ١.

يتضح لنا من ذلك بأن السلطات المختصة عند تقديرها شهرة علامة ما يجب أن تأخذ بعين الاعتبار مدى معرفة العلامة في نطاق قطاع الجمهور المعني أي جمهور المستهلكين الذين يتعاملون مع المنتجات أو الخدمات التي تحمل العلامة محل البحث عن شهرتها.

## المبحث الاول تسجيل علامة تجارية مشهورة

العلامة المشهورة تتم حمايتها كإستثناء على مبدئين أساسيين في قانون العلامات التجارية هما مبدأ وطنية أو إقليمية قانون العلامات ومبدأ وحدة نوعية السلع أو التخصص، حيث إن قانون العلامات التقليدي الذي تطور أساساً في الإطار الوطني لحماية العلامة في سياق عملية المنافسة في ذات النوع من التجارة أو المنتجات أصبح عاجزاً عن توفير الحماية اللازمة للعلامات التجارية التي اكتسبت شهرة قوية تجاوزت حدود البلد الذي نشأت فيها ونوعية المنتجات المرتبطة بها. هذه العلامات المشهورة كثرنت نتيجة للتطورات الاقتصادية الدولية ومبادئ حمايتها تعززت تدريجياً على صعيد الاتفاقيات الدولية إضافة للقوانين الوطنية والاجتهاد القضائي في الدول المختلفة إلى أن أصبحت مع ظهور الترييس أحد أساسيات قوانين العلامات التجارية الحديثة.

إن المبدأ السائد في قوانين العلامات التجارية يقضي بأنه عندما يتقدم أحد الاشخاص بطلب لتسجيل علامة تجارية معينة، يجب أن تكون هذه العلامة متاحة، بحيث لا تشكل أي تعد على حقوق سابقة وبالاخص، تلك التي أشار إليها قانون العلامات التجارية البحريني في المادة الثالثة، وقانون العلامات التجارية الاردني

١ . القانون الاردني في المادة الثانية، قانون العلامات التجارية الاماراتي في المادة ٢/ف، المادة (١٦) من اتفاقية ترييس.

في الفقرة العاشرة من المادة الثامنة، بالإضافة الى كثير من التشريعات ١. حيث إن هذه النصوص تذكر بطريقة غير شاملة الاسبقيات التي يمكن أن تشكل عائقاً أمام تسجيل علامة لاحقة. والذي يهمننا هو حالة العلامة غير المسجلة الأسبق في الاستخدام، ويقصد بمتاحة أنها غير مستخدمة او غير مسجلة ولا يوجد للغير حق عليها، بالإضافة الى الشروط العامة التي يجب توافرها في العلامة عند التقدم بتسجيلها. وما يهنا في هذا المجال أن لا تكون العلامة قد تم استخدامها من قبل شخص آخر، وبالتالي في الدول التي تأخذ بنظام الاستخدام سبباً منسباً للحق في العلامة التجارية، يجعل من هذه العلامة غير متاح، حيث يستطيع مالك العلامة التجارية المستخدمة وغير المسجلة يستطيع تعطيل تسجيل أي علامة لاحقة مشابهة لعلاماته طالما كانت في نفس الاختصاص، أما الدول التي تأخذ بنظام التسجيل كسبب منسباً للحق في العلامة لا تعترف للعلامة المستخدمة وغير المسجلة بهذا الحق إلا في حالات استثنائية وعلى سبيل الحصر، وهو ان تكون العلامة المستخدمة مشهورة.

إن الجهة الادارية المختصة (الجهة الإدارية المختصة بالملكية الصناعية) لا تقبل بصفة عامة طلب تسجيل العلامة إلا إذا استوفى شروطه الشكلية. وتأخذ بعض القوانين بنظام فحص طلبات العلامة من حيث المضمون، وذلك مراعاة منها لمصالح الجمهور ومنع المزامحة غير المشروعة خاصة إذا كان لديها جهاز فني عالي المستوى ونظام دقيق لمراجعة العلامات السابق تسجيلها لديها حتى لا تلتبس العلامات إضراراً بجمهور المستهلكين.

وهنا يجب التمييز بين نوعين من أسباب رفض تسجيل العلامة، فقد تفحص الجهة الادارية طلب العلامة لأسباب شكلية وموضوعية، أي تفحص الادارة ما اذا كانت العلامة مميزة بقدر كاف وغير مضللة وغير مخالفة للنظام العام أو الآداب. وهناك تشريعات أخرى تأخذ بنظام فحص الطلب موضوعياً إذا ما كانت الحقوق المطلوبة مطابقة أو مشابهة للحقوق الاولية التي طلبت او منحت لسلع مطابقة أو مشابهة ٢. وعادة ما يجري فحص الطلب أما مباشرة من الجهة الادارية أو بناء على اعتراض من ذوي المصلحة أو في كلتا الحالتين.

وأفضل الأنظمة هو النظام الوسط بين النظامين أعلاه، فيقوم على اساس التزام الجهة الادارية بفحص طلبات تسجيل العلامة من حيث توفر الشروط الشكلية مع فتح باب الاعتراض الإداري الذي يمكن بمقتضاه لصاحب المصلحة من الحق في الاعتراض على الطلب الذي يرى أن فيه تعدياً على حقوق الاولية له. وهذا ما هو معمول به في مملكة البحرين، حيث تقوم الجهة الادارية بفحص الطلب من الناحية الشكلية طبقاً للمادة الثالثة من قانون العلامات، ومن ثم تعتمد على اعتراضات ذوي المصلحة، طبقاً للمادة السادسة من ذات القانون. وهو اجراء اداري بسيط وغير مكلف يتم الاعتراض بموجبه أمام الجهات الادارية. ومن التشريعات التي تأخذ بهذا النظام المانيا، مصر، والتشريعات الحديثة في الدول الأوروبية ٢. ولمزيد من

١. المادة الثانية الفقرة /ي من مرسوم ملكي بشأن نظام العلامات التجارية السعودي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٨/٥/١٤٢٣هـ»  
العلامات المطابقة أو المشابهة للعلامات الشائعة الشهرة في المملكة ولو كانت غير مسجلة فيها على سلع أو خدمات مطابقة أو مشابهة والعلامات المطابقة أو المشابهة لتلك الشائعة الشهرة في المملكة والمسجلة فيها على سلع أو خدمات ليست مطابقة أو مشابهة شريطة أن يلحق ذلك الانتفاع الضرر بصاحب العلامة شائعة الشهرة.

٢. د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

٢. وثيقة مكتب الوايو الدولي - جنيف- مجلة حماية الملكية الفكرية، العدد ٤١ الربع الثالث ١٩٩٤.

الضوء على هذه الاشكالية سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلب أول نناقش فيه من له حق طلب تسجيل العلامة، وفي مطلب ثانٍ نتناول رفض تسجيل العلامة التجارية في القانون البحريني.

## المطلب الاول

### الشخص الذي يحق له طلب تسجيل علامة تجارية

من خلال تتبع آلية تسجيل العلامة في معظم التشريعات نجد أنها تبدأ بأنه يكون لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في التقدم إلى الجهة المختصة بطلب تسجيل علامة تجارية، وأن يكتسب ما يترتب على ذلك من حقوق، ويمكن اعتبار تسجيل العلامة التجارية بمثابة شرط شكلي لتوفير الحماية لها، ويترتب على تسجيل العلامة التجارية نتائج قانونية مهمة، أهمها الحماية الجزائية<sup>٢</sup> حيث اسبغ المشرع البحريني الحماية القانونية على العلامات المسجلة والعلامات غير المسجلة ( العلامات المشهورة ) حيث فرض حماية جزائية اضافة الى التعويض المدني على العلامة غير المسجلة اذا تم استخدامها بسوء نية.

المادة الرابعة من قانون العلامات التجارية البحريني تبنت الأحكام الواردة في المادة (٢/١) من اتفاقية التريبس، وذلك في شأن الأشخاص الذي يحق لهم تسجيل العلامة التجارية في البحرين، حيث يحق لكل شخص طبيعي أو اعتباري<sup>٣</sup> يتمتع بالصفة القانونية، كما يمكن للوكيل<sup>٤</sup> طلب تسجيل العلامة باسمه الاصيل، شرط الحصول على وكالة قانونية تنص صراحة على صلاحية القيام بذلك، فالوكيل يوقع بهذه الصفة، ونتائج التسجيل ترجع الى الموكل، وبذلك يصبح هو حائز العلامة ويتحمل مسؤوليتها ونتائجها\*<sup>٥</sup>. وبالتالي يثبت حق طلب تسجيل علامة تجارية وأن يكتسب ما يترتب على ذلك من حقوق إذا كان من مواطني المملكة أو من الأجانب الذين ينتمون إلى أي من البلدان الأعضاء في اتحاد باريس أو إلى أي من البلدان التي يتمتع مواطنوها بالمعاملة الوطنية بموجب أي من الاتفاقيات الثنائية أو الدولية المعمول بها في المملكة أو إذا كان لدى هذا الشخص في إقليم ذلك البلد منشأة صناعية أو تجارية حقيقية وفعالة.

ويتبين مما تقدم، أن حق تقديم طلب تسجيل علامة تجارية هو لكل شخص طبيعي أو اعتباري استخدم او ينوي استخدام علامة لتمييز المنتجات التي يقوم بصنعها أو الاتجار بها او العلامة التي يستخدمها لتمييز الخدمة التي يؤديها عن غيره. وكذلك من المتفق عليه أنه يجوز أن يكون مقدم طلب تسجيل العلامة من

١. د. حمدي غالب الجفبير، العلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٢، ص ١٥٧ .

٢. انظر المادة ٤٧ من القانون ذاته.

٣. المادة الرابعة من قانون العلامات التجارية البحريني «... يكون لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في التقدم إلى الجهة المختصة...».

٤. المادة الثامنة من قانون العلامات التجارية البحريني « يقدم طلب تسجيل العلامة التجارية من صاحب الشأن أو من ينوب عنه...».

٥. \* ما يجدر ذكره انه في شان اكتساب الاشخاص الاعتبارية لحقوق الملكية الفكرية يوجد طريقتان، اولهما ان حقوق الملكية الفكرية تنشأ مباشرة لدى الشخص الاعتيادي نفسه الذي يستطيع ان ينفذ اعمالاً بحثية ويحصل من خلالها على نتائج تتمتع بالحماية القانونية وتشمل حقوق الملكية الادبية والفنية وكذلك حقوق الملكية الصناعية. كما قد يكتسب الشخص الاعتيادي حقوق الملكية الفكرية عن طريق قيام الاشخاص الخاصة بالتخلي عن حقوقهم الذهنية لمصلحة الشخص الاعتيادي الذي يبحث لدى هؤلاء عن منتجات او اعمال ضرورية تساعده على القيام بتحقيق مصلحة عامة. راجع في ذلك د. رجب محمود طاحن، حقوق الملكية الفكرية للاشخاص المعنوية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٠-١١.

رعايا الدولة المطلوب التسجيل فيها، ويمكن ان يكون أيضاً اجنبياً عنها، وهنا نميز بين حالتين الأولى: إذا كان الشخص الاجنبي يمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً، فله الحق في التقدم بطلب تسجيل علامة تجارية. والحالة الثانية: الشخص الأجنبي الذي لا يمارس نشاطاً في البحرين وإنما ينتمي الى أي من البلدان الأعضاء في اتحاد باريس وذلك طبقاً لاتفاقية باريس، أو إلى أي من البلدان التي يتمتع مواطنوها بالمعاملة الوطنية بموجب أي من الاتفاقيات الثنائية أو الدولية المعمول بها في البحرين ١. وقد أورد المشرع قيماً على من ينوي تسجيل علامة مصادقة، يجب أن يكون طالب تسجيل علامة المصادقة شخصاً اعتبارياً وأن يشير في طلب التسجيل إلى أنه يخص علامة مصادقة وأن يرفق بالطلب نسخة من شروط استعمال العلامة المطلوب تسجيلها ٢.

## المطلب الثاني رفض تسجيل العلامة التجارية في القانون البحريني

إن فحص طلب تسجيل علامة تجارية، هو أحد الإجراءات التي تسبق تسجيل العلامة التجارية. حيث يتولى الموظف المختص في قسم العلامات التجارية فحص الطلبات المقدمة وفق سلسلة من الإجراءات. وقد اخذ المشرع البحريني بنظام الرقابة السابقة أسوةً بالقانون الالماني ٢، فالادارة تراقب توافر الشروط القانونية في العلامة التجارية وعدم تشابهها بعلامة أخرى سبق تسجيلها، وبعد ذلك تبدأ مرحلة جديدة هي مرحلة إشهار طلب تسجيل العلامة وفتح باب المعارضة في التسجيل خلال ستين يوماً، لكل ذي شأن أن يعترض على التسجيل، وإذا حدثت معارضة، فإن الإدارة تفصل فيها، ولكن قرارها يكون قابلاً للطعن أمام القضاء ٤. إذا أعطى قانون العلامات التجارية للسلطة المختصة - إذا ما قدم الطلب على النموذج الذي تعده السلطة المختصة لهذا الغرض - إمكانية رفض طلب تسجيل علامة ما أو بعدم الموافقة على التسجيل، أو بطلب اجراء تعديلات على الطلب، وفقاً لشروط واوزاع وإجراءات تحددها اللائحة التنفيذية ٥. وفي مملكة البحرين يعد سجل خاص يسمى سجل العلامات التجارية، تقييد فيه كل العلامات التجارية التي تقرر قبول تسجيلها وجميع البيانات المتعلقة بها، والتصرفات التي ترد عليها، ونجد أن العلامة التجارية

١. د. صبري خاطر، مرجع سابق، ص ٢٩٦.
٢. المادة (٣٠) الفقرة الثانية من ذات القانون.
٣. هناك عدة أنظمة منها الفرنسي يقبل طلب الايداع من دون فحص سابق، بحيث لا يجوز للادارة ان ترفض طلب الايداع. وهناك النظام السويسري بحيث تودع العلامة دون فحص سابق على مسؤولية الطالب، مع حق رفضها بحالات معينة وعلى الاخص اذا كانت منافية للاخلاق العامة. وهناك النظام الانجليزي والذي بمقتضاه لا يقبل الايداع الا بعد فحص سابق للعلامة يكون متضمناً شهر طلب الايداع وفتح باب الاعتراض للغير وتقدم الاعتراضات لامين السجل، ويجوز التنظم من قراراته امام القضاء. لمزيد من المعلومات انظر د. مصطفى كمال طه، لبنان، بيروت، ١٩٨٦، ص ٧٤٤.
٤. د. أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٧، ص ٤٢٨.
٥. المادة الثامنة قانون العلامات التجارية البحريني. بخصوص اللائحة التنفيذية لم يحدد القانون المقصود باللائحة التنفيذية، وقد انضمت البحرين بقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٦ الى معاهدة قانون العلامات التي اهتمدها المؤتمر الدبلوماسي في جنيف بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٩٤. والمشهورة في الجريدة الرسمية البحرينية بالعدد ٢٧٤٥ لسنة ٢٠٠٦.

غير المسجلة، المذكورة من بين الحقوق السابقة فهي محمية بهذا المعنى من خلال الطرق القانونية الموضوعية لحماية تلك الحقوق. وبالتالي فإن الأسبقية قد تكون سبباً لرفض تسجيل العلامة التجارية في بعض القوانين، ومنها القانون البحريني، وهنا تقع على عاتق سلطة التسجيل مهمة القيام بالتحري والبحث عن وجود علامة ذات أسبقية في الاستخدام، فإذا وجد أن العلامة المدوغة تشكل اعتداء على علامة سابقة غير مسجلة فإنها تستطيع رفض طلب تسجيلها من قبل الغير منذ البداية مباشرة، وبالتالي تعتبر هذه افضل وسيلة وقائية وفعالة لمالك العلامة غير المسجلة، حيث لا يطلب منه اي تصرف ايجابي في هذا الشأن، ولكن يبقى الأمر معتمداً على مدى معرفة المسجل بوجود العلامة من عدمها، وهذه برأينا تعتبر حالة تختلف من مسجل الى آخر، خصوصاً في ظل انتشار كثير من العلامات التجارية، والانفتاح الاقتصادي والتجاري.

ومن حيث المبدأ يستطيع سجل العلامات التجارية<sup>١</sup>، بل يجب عليه رفض طلب تسجيل علامة مطابقة أو مشابهة لعلامة غير مسجلة سابقاً، هذا في حالة إذا ما كانت العلامة غير المسجلة معروفة ومشهورة على الصعيد المحلي، ويقع على عاتق الموظف المختص التحقق من وجود علامات سابقة مطابقة أو مشابهة للعلامة المطلوب تسجيلها. ولم يتضمن قانون العلامات اعفاء الموظف المختص من أية مسؤولية عن نتائج البحث عن الاسبقيات، وكان يجدر بالمشرع النص على ذلك.

إن آلية فحص طلب تسجيل علامة تجارية من قبل السجل الخاص بالعلامات التجارية، تقدم ميزة لمالك العلامة التجارية غير المسجلة، حيث سيرى نفسه محمياً دون أن يبادر الى رفع دعوى، وهذه بمثابة أفضل حماية وقائية للعلامة التجارية غير المسجلة، وتوضح ميزة هذا النظام بشكل خاص للعلامة التجارية المشهورة غير المسجلة، خصوصاً اذا ما لاحظنا أن أغلب العلامات المشهورة غير المسجلة هي علامات اجنبية.

أما في الدول التي لا تأخذ تشريعاتها بنظام رفض التسجيل للعلامة غير المسجلة ( كما هو الحال في القانون الفرنسي)، أو اذا نص ولكن لم يتم إعلان الرفض (كما هو الحال في القانون الأردني) فإن مالك العلامة السابقة غير المسجلة والذي يرى علامته تسجل بإسم غيره يستطيع أن يتحرك للدفاع عنها عن طريق الاعتراض.

ومما تجدر الإشارة اليه في هذا المجال أن التوجيه الاوروبي رقم ١٠٤/٨٩ لعام ١٩٨٨ دعا الدول الأعضاء في الاتحاد الاوروبي لرفض التسجيل عندما يتعلق بعلامة مشهورة وإن كانت غير مسجلة. فالمادة (٢.د-٤) من هذا التوجيه تنص على: « أن يرفض تسجيل العلامة أو تكون قابلة لإعلان بطلانها إذا كانت مسجلة ... عندما تكون مطابقة أو مشابهة لعلامة سابقة مشهورة بالمعنى المقصود في المادة (٦) مكرراً من اتفاقية باريس». وبالمقابل، فإن هذا الرفض غير منصوص عليه في اللائحة الاوروبية رقم ٩٤/٤٠ لعام ١٩٩٣. فالعلامة الاوروبية لن ترفض عند التسجيل، إذا كانت مطابقة أو مشابهة لعلامة سابقة، إلا بناءً على

١. صلاحية قبول أو رفض الطلب ممنوحة للسجل والموظف المختص من خلال المادة (١٢) من ذات القانون. وكذلك يجب عليه الرفض في بعض الحالات خاصة المذكورة في المادة (٢) من ذات القانون. وهذا المبدأ تم التأكيد عليه من قبل القضاء الاردني في عدة مناسبات، انظر على سبيل المثال، محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٩٧٢/٨٧ تامنشور في مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٧٢، ص ١٤٦٧. وكذلك القرار رقم ١٩٩٥/٩٣ المنشور في مجلة النقابة لعام ١٩٩٦، ص ٦٢٩.

اعتراض مقدم من مالك العلامة السابقة بما في ذلك العلامة المشهورة. وهذه الوسيلة تعتبر أيضاً وقائية لأنها تقع اثناء اجراءات التسجيل وتحول دون اتمامه ١. ويمكن اجمال وضع العلامة التجارية المشهورة من منظور توصية الويبو حسب المادة (٤) من التوصية المشتركة في شأن الشهرة، حيث تجري التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى : تمتد فيها الحماية الى العلامة المشهورة ، سواء كانت العلامة المنازعة مطابقة أو مشابهة لها ، وطالما كانت هذه العلامة المنازعة تستخدم في تمييز سلع وخدمات مماثلة أو مشابهة للسلع والخدمات التي تميزها العلامة المشهورة ٢.

الحالة الثانية : مطابقة العلامة المنازعة للعلامة المشهورة بالاضافة الى توافر شروط أخرى: ذلك أنه في حالة اختلاف السلع أو الخدمات التي تميزها العلامة الجديدة، فإنه لا يكفي لاعتبارها علامة منازعة للعلامة المشهورة أن تكون العلامة أو جزء اساسي منها نسخة أو تقليداً أو ترجمة أو نقلاً حرفياً للعلامة ذاتة الشهرة، ولكن يجب توافر أحد الشروط التالية وهي ٣:

١. ايها الجمهور بوجود علاقة بين السلع والخدمات التي تميزها العلامة المنازعة ومالك العلامة المشهورة.

٢. أن يكون من شأن استعمال العلامة المنازعة، الحاق الضرر بالعلامة المشهورة.

٣. أن يؤدي استعمال هذه العلامة الى استفادة مالكيها بطريقة غير مشروعة من شهرة العلامة المشهورة.

٤. بالاضافة الى ما جاء بالفقرة الثالثة من المادة (٢٧) من قانون العلامات البحريني «...» وإذا كان هذا التسجيل قد تم بسوء نية...».

وبخصوص العلامات المشهورة أعلاه، لقد ورد على سبيل المثال في المادة (١/١٥) من اتفاقية باريس للملكية الصناعية ١٩٦٧، قائمة بالعلامات التجارية الأكثر انتشاراً ٤، وهذا التعداد ليس على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال.

## المبحث الثاني

### السلطات الممنوحة لمالك العلامة المشهورة

كما بينا أعلاه أن العلامة المشهورة هي مجرد علامة تجارية عادية، يتمتع مالكيها بكامل الحقوق المخولة قانوناً لمالك العلامة التجارية. الا أن هذه العلامة تتصف بصفات خاصة تميزها عن غيرها من العلامات، مما يبرر منح مالكيها حقوقاً أخرى إضافية عن تلك الممنوحة لمالك العلامة التجارية العادية. أن السلطات الممنوحة قانوناً لمالك العلامة المشهورة، تعتبر وسيلة وقائية فعالة في حالة الاعتداء على هذه العلامة، لذلك سنتطرق في هذا المبحث الى الصلاحيات والجزاءات الممنوحة لمالك العلامة المشهورة

١. بحث منشور في مجلة ابحاث جامعة اليرموك، المجلد (٢٤) العدد (٢)، ايلول لسنة ٢٠٠٨ ، بعنوان العلامة التجارية. محمد الشمري وحلو ابو حلو، ص ٦٩٢ .

٢. الفقرة (٣/ل) من القانون ذاته.

٣. د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ٢٠٢-٢٠٣ .

٤. د. جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٠٦ .

في وجه من يعتدي عليها في مطلب أول، ثم حين نتطرق في المطلب الثاني لمدى اشتراط تسجيل العلامة المشهورة لأجل منح مالكيها الحقوق القانونية الإضافية. أما في الثالث فتعالج مسألة اشتراط تطابق أو تشابه العلامة المنافسة. وفي المطلب الأخير سنعالج مدى إمكانية مالك العلامة المشهورة من الاعتراض على من يستخدم علامته كشارة مميزة أخرى، وليس كعلامة تجارية.

## المطلب الاول صلاحيات مالك العلامة المشهورة

خول قانون العلامات التجارية البحريني- شأنه شأن كثير من التشريعات - مالك العلامة التجارية المشهورة عالمياً وفي مملكة البحرين سلطات واسعة لحماية علامته المشهورة في البحرين، حيث يمكنه من حمايتها والدفاع عنها في جميع مراحل حياة العلامة وأمام جميع الجهات ذات الصلة بالعلامة التجارية. إن المادة الثالثة من قانون العلامات، نصت على عدم إمكانية إتخاذ العلامة التي تمس حقوق سابقة، ومنها العلامة المشهورة عالمياً وفي مملكة البحرين كعلامة تجارية. وبالتالي يستطيع مالك العلامة المشهورة أن يعترض على عملية تسجيل علامته من قبل الغير أمام سجل العلامات التجارية ميكراً متى علم بواقع طلب التسجيل، غير مضطر للانتظار حتى يصدر القرار بتسجيل العلامة، لكي يلجأ فيما بعد للقضاء طالباً شطب تسجيل علامته، فبالاعتراض يضمن عدم إدراج علامته في سجل العلامات المسجلة باسم الغير ١. وطبقاً للمادة الثالثة من ذات القانون فإنه لايقبل تسجيل علامة تجارية تمس بحقوق سابقة على علامة مشهورة، مما يعني أن لسجل العلامات التجارية أن يرفض الطلب المقدم اليه لتسجيل هذه العلامة باسم الغير من تلقاء نفسه ودون الحاجة الى أن يتقدم المالك الحقيقي - عادة يكون اجنبياً- لهذه العلامة بالإعتراض على تسجيلها.

ولكن هناك حالات قد لا يعلم مالك العلامة المشهورة بالطلب المقدم لتسجيلها باسم الغير، وإذا لم يتمكن سجل العلامات من رفض تسجيلها لعدم اكتشاف شهرتها، وتم تسجيل العلامة في سجل المعاملات باسم شخص آخر. ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثالثة من المادة (٢٨) بأنه «يجوز لكل ذي شأن أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم بشطب تسجيل أية علامة تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة لعلامة تجارية مشهورة أو لجزء جوهري منها وذلك خلال سبع سنوات من تاريخ التسجيل، وإذا كان هذا التسجيل قد تم بسوء نية فيجوز طلب الحكم بشطب التسجيل أو بمنع استعمال العلامة في أي وقت».

ولم يكتف قانون العلامات بذلك فقط، وإنما ذهب الى أبعد من ذلك في حماية العلامة المشهورة، حيث أجازت الفقرة الأولى من ذات المادة له أن يعترض على استعمال الغير لعلامة تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة لعلامة تجارية مشهورة أو لجزء جوهري منها، دون أن يقوم الأخير بتسجيلها. وبذلك يكون القانون قد منح صاحب العلامة المشهورة الحماية الكاملة من كل اشكال التعدي على حقه والاستفادة غير المشروعة من علامته ٢.

١. د. عدنان غسان براينو، مرجع سابق، ص ٦٧٢.

٢. لقد منحت اتفاقية باريس في لفقرة الثانية من المادة السادسة نفس هذه الصلاحيات لمالك العلامة المشهورة.

وعند التمعن بالصلاحيحة الممنوحة لدائرة سجل العلامات التجارية، حيث نجد أن القانون كلفه برفض تسجيل علامة مشهورة من تلقاء نفسه، دون أن يتوقف الأمر على تقديم اعتراض من أصحاب الشأن في العلامة المشهورة. وفي هذه المهمة الملقاة على عاتق سجل العلامات، يكتنفه بعض القادرين من الناحية العملية، حيث يقضي في بعض الحالات تدخل أصحاب الشأن كونهم وحدهم القادرون على إثبات أن من شأن استخدام العلامة الجديدة ان يحمل جمهور المستهلكين، على الاعتقاد بوجود الصلة التي تحدث اللبس حول مصدر المنتجات، بالإضافة الى الضرر الذي يمكن أن يلحق صاحب العلامة المشهورة ١. وفي هذه النقطة ارى انه من الضروري لقيام سجل العلامات التجارية بواجبه على افضل وجه، أن تعد قائمة بالعلامات التي تعتبر مشهورة في العالم، طبقاً لمفهوم القانون، على أن يتم تحديث هذه القائمة بين فترة وأخرى.

## المطلب الثاني

### مدى اشتراط تسجيل علامة مشهورة

تجمع الكثير من قوانين العلامات التجارية على تسجيل العلامة التجارية كشرط اساسي لمنحها الحماية، وأن أية علامة تجارية غير مسجلة تجعلها عرضة للتبني من قبل اي كان، وبالتالي فإن حماية العلامات التجارية إقليمية بمعنى أنه لا ينتج عن تسجيل علامة تجارية في البحرين على سبيل المثال حقوق خارج البحرين، فعليك أن تسجل علامتك التجارية في كل دولة تريد فيها حماية علامتك التجارية، والاستثناء من ذلك العلامة المشهورة حيث تعتبر استثناء لمبدأ الإقليمية العلامة التجارية ٢. على أن منح مالك العلامة المشهورة لحقوقه في وجه أولئك الذين يحاولون الاعتداء عليها بالاستعمال أو التسجيل، يتم بالرغم من عدم كون تلك العلامة مسجلة في الدولة التي تطلب فيها الحماية.

ومن ضمنها قانون العلامات التجارية البحريني الذي جاء بالفقرة الثانية من المادة (٢٨) من ذاته النص بشكل صريح على هذا الحق « لا يشترط لتمتع مالك العلامة المشهورة بالحماية المقررة لهذه العلامة بموجب أحكام هذا القانون تسجيل هذه العلامة في المملكة». فقد منحت هذه المادة مالك العلامة الحق في منع استعمالها وتسجيلها على منتجات مماثلة أو غير مماثلة لتلك التي تستعمل العلامة المشهورة عليها، حتى وان لم تكن مسجلة في البحرين .

وقد سكت القانون عن إذا ما يشترط لحماية هذه العلامة أن تكون مسجلة في إحدى دول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، وبما أن البحرين عضو في منظمة التجارة العالمية ومنظمة الى الاتفاقيات العالمية بهذا الشأن، فيفهم ضمناً بأنه يشترط أن تكون العلامة المشهورة مسجلة لدى أحد أطراف منظمة التجارة العالمية.

ويتفق القانون الأردني مع القانون البحريني في هذا الحكم حيث إنه يمنح العلامة غير المسجلة الحماية على منتجات مماثلة أو غير مماثلة ٣. أما الوضع في مصر مختلف قليلاً، حيث إن القانون المصري يمنح

١. د. عبدالرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

٢. د. حمدي غالب الجعبير، مرجع سابق، ص ٤٤٦ .

٣. الفقرة ١٢ من المادة (٨) من قانون العلامات التجارية الاردني.

حقوقاً لمالك العلامة المشهورة غير المسجلة فقط في وجه من يحاول استعمالها أو تسجيلها على منتجات أو خدمات مماثلة لتلك التي تستخدم العلامة المشهورة في تسجيلها، ويشترط التسجيل من أجل منح تلك الحقوق على منتجات أو خدمات غير مماثلة.

إلا أنه لا يكفي بأن تكون العلامة المشهورة مسجلة في مصر فقط، وإنما يشترط أن تكون مسجلة في إحدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أيضاً لكي يكون بإمكان مالكها منع الغير من استعمالها لتمييز منتجات غير مماثلة لتلك المنتجات المذكورة في سجل قيد هذه العلامة<sup>١</sup>. أما بالنسبة للمنتجات أو الخدمات المماثلة، فقد استعاض المشرع المصري عن شرط تسجيل العلامة التجارية المشهورة بشرط شهرة العلامة عالمياً وفي جمهورية مصر العربية<sup>٢</sup>. وتبدو الحكمة من هذا الاختلاف في أن الحماية المقررة للعلامة المشهورة على منتجات مماثلة تتم في إطار مبدأ تخصيص العلامة التجارية وتستنيتها من مبدأ اقليمية العلامة. أما الحماية المقررة لها على المنتجات غير المماثلة فتتم استثناءً من مبدأ تخصيص العلامة التجارية. ولذلك تشدد المشرع المصري في شروط الحماية وقصرها على العلامة التجارية المسجلة في مصر أو في إحدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية<sup>٣</sup>.

نرجو من المشرع البحريني أن يحذو حذو المشرع المصري في شأن حماية العلامة المشهورة غير المسجلة، حيث إن هذا الشرط يعتبر متوافقاً مع الالتزامات المفروضة عليها بموجب الاتفاقيات الدولية، حيث تشترط اتفاقية باريس تسجيل العلامة التجارية المشهورة لأجل حمايتها، حيث اعتبرت استعمالها في الدولة التي تطلب فيها الحماية مكافئاً لتسجيلها، إلا أن الحماية التي جاءت بها اتفاقية باريس تقتصر على منح مالك العلامة الحق في منع استعمال أو تسجيل العلامة المشهورة على منتجات مماثلة أو مشابهة فقط، ولم تتضمن الاتفاقية الإشارة الى كيفية حماية العلامة المشهورة على منتجات مختلفة<sup>٤</sup>.

ومن ثم جاءت اتفاقية تريبس فوسعت من الحكم الذي جاءت به اتفاقية باريس ومنحت مالك العلامة المشهورة الحق في حمايتها على منتجات أو خدمات غير مماثلة لتلك التي سجلت بشأنها علامة تجارية، مما يعني أنها سمحت ضمناً للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية اشتراط تسجيل العلامة التجارية المشهورة لأجل منح مالكها الحق في حمايتها بالنسبة للسلع أو الخدمات غير المماثلة، وقد نصت الاتفاقية على تسجيل العلامة المشهورة، ولم تحدد المكان الذي يجب ان تكون العلامة مسجلة فيه، وإنما يفهم ضمناً بأن التسجيل يجب أن يكون في الدولة التي تراد فيها الحماية<sup>٥</sup>.

١. المادة (٦٨) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

٢. د. عبدالرحمن قرمان، مرجع سابق، ص ١٥٩.

٣. المادة (٦٨) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢/٢٠٠٢ « يكون لصاحب العلامة التجارية المشهورة عالمياً وفي جمهورية مصر العربية حق التمتع بالحماية المقررة في هذا القانون ولو لم تسجل في جمهورية مصر العربية ويجب على المصلحة أن ترفض من تلقاء نفسها أي طلب لتسجيل علامة مطابقة لعلامة مشهورة يتضمن استخدام العلامة لتمييز منتجات تماثل المنتجات التي تستخدم العلامة المشهورة في تمييزها، ما لم يكن مقدماً من صاحب العلامة المشهورة. ويسري الحكم المتقدم على طلبات التسجيل التي تنصب على منتجات لا تماثل المنتجات التي تستخدم العلامة المشهورة في تمييزها إذا كانت العلامة المشهورة مسجلة في إحدى الدول الاعضاء في منظمة التجارة العالمية وفي جمهورية مصر العربية وكان استخدام العلامة على المنتجات غير المنتجات المماثلة من شأنها أن يحمل الغير على الاعتقاد بوجود صلة بين صاحب العلامة المشهورة وتلك المنتجات وأن يؤدي هذه الاستخدام إلى الحاق ضرر بصاحب العلامة المشهورة.

٤. المادة السادسة الفقرة الثانية من اتفاقية باريس.

٥. المادة (١٦) من اتفاقية تريبس.

### المطلب الثالث

#### تطابق و تشابه العلامات المنازعة للعلامة المشهورة

منح قانون العلامات مالك العلامة التجارة المشهورة الحق أن يطلب من المحكمة المختصة منع الغير من استعمال علامة تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة لعلامة تجارية مشهورة أو لجزء جوهري منها، وسواء كانت العلامة المطابقة أو المشابهة تستخدم على منتجات أو خدمات مماثلة أو غير مماثلة. وجاء موقف القانون البحريني في هذا المجال منسجماً كلياً مع الالتزامات التي فرضتها اتفاقية باريس على الدول الأعضاء بها، حيث إن المادة السادسة ثانياً من هذه الاتفاقية « تلزم دول اتحاد باريس، من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب صاحب الشأن، برفض أو ابطال تسجيل ومنع استعمال أي علامة صناعية أو تجارية تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة ترى السلطات المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنها مشهورة...». وقد سعت اتفاقية تريبس من الحكم المذكور والزمّت الدول الأعضاء بتطبيقها على السلع أو الخدمات غير المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها علامة تجارية.

وفي هذا المجال من حيث التشابه والتطابق حكمت محكمة التمييز البحرينية بأنه « يتعين النظر الى العلامة في مجموعها لا الى كل عنصر من عناصر تركيبها، مؤدى ذلك عدم الاعتداد بما تحتويه علامة أخرى وإنما العبرة بالصورة العامة التي تتطبع في الذهن نتيجة لتركيب هذه العناصر وللشكل الذي تبرز به في علامة أو أخرى»<sup>١</sup>. وقد وسع المشرع من نطاق الحماية القانونية الممنوحة للعلامة المشهورة حيث لم يكتف فقط بمنع العلامة المشابهة لها وإنما نص ايضاً على منع كل علامة تشكل ترجمة لها، حيث إن الترجمة قد تكون شكل من اشكال الاعتداء على هذه العلامة من حيث استعمال الفاظها من لغتها الأم إلى اللغة العربية أو أي لغة أخرى، ومن ثم يقوم بتوزيع منتجاته حاملةً النسخة المترجمة من العلامة<sup>٢</sup>.

### المطلب الرابع

#### نطاق حظر العلامة المشهورة كشارة تجارية مميزة أخرى

قد تتعدد الأساليب بالاعتداء على العلامة التجارية، فلا يقتصر الأمر على استعمالها من قبل الغير كعلامة تجارية، وإنما قد يقع هذا الاعتداء بأسلوب آخر مثل استعمالها اسماً تجارياً أو عنواناً تجارياً، رسماً أو نموذجاً صناعياً، أو اسماً لمجال موقع ويب. فهل يحظر القانون أشكال الاستعمال هذه؟

١. الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/٥/٧ والطعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/٥/١٤ القاعدة رقم ١٣٠ و١٣٥ المنشورتان صفحة ٦٣٥ و٦٥٤ ضمن مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة التمييز في المواد التجارية والمدنية السنة الثامنة عشر من يناير الى ديسمبر ٢٠٠٧.

٢. اسامة غاوي، العلامة المشهورة وحمايتها ضمن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، بحث نقابة المحامين الاردنيين، ٢٠٠٠، ص ٣٢.

## الفرع الاول الاسم والعنوان التجاري

إن من وظائف العلامة التجارية - ومنها المشهورة- هو لتمييز المنتجات والخدمات التي ينتجها ويقدمها مشروع معين الى المستهلكين. وبالتالي هي وسيلة لتعريف الجمهور بالمشروع ، وتشارك مع عناصر معنوية أخرى يتكون منها المحل التجاري لجذب الزبائن والاتصال بهم، ومن هذه العناصر الاسم والعنوان التجاري ١. وقد يلجأ شخص إلى الاعتداء على العلامة المشهورة من خلال اتخاذها اسماً لمحلته التجاري، ويهدف من وراء ذلك الاستفادة من شهرة العلامة التجارية لدى جمهور المستهلكين، محاولاً إحداث خلط أو لبس لديهم حول مصدر هذه المنتجات وبين مشروعه الذي يحمل اسم العلامة المشهورة. لم يتضمن قانون العلامات التجارية حكماً يتيح مالك العلامة المشهورة الاعتراض على من يقدم على استعمال علامته المشهورة كاسم تجاري أو عنوان تجاري. إلا أن قانون الأسماء التجارية البحريني قد منع في المادة الخامسة الفقرة (و) من قبول تسجيل الاسماء التجارية إذا كانت « تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة لعلامة تجارية مشهورة أو مملوكة للغير أو لجزء منها سواء استخدام الاسم على نفس النشاط للعلامة المشهورة أو بأي نشاط آخر». وقد جاء موقف المشرع البحريني متماشياً مع التوصية الخاصة بالعلامات التجارية المشهورة التي اعتمدها المنظمة العالمية للملكية الفكرية، حيث منعت استعمال كل أداة تعريف تجارية يمكن أن تعدي وتنازع علامة مشهورة.

## الفرع الثاني الرسم والنموذج الصناعي

منع قانون بشأن الرسوم والنماذج الصناعية بشكل صريح تسجيل الرسوم والنماذج الصناعية ٢ إذا تطابق أو تشابه مع علامة تجارية مسجلة أو علامة مشهورة ٤. وهدف المشرع من هذا النص إزالة أي لبس أو خلط قد يقع فيه المتعاملون بالمنتجات بكافة أنواعها من مجرد وجود تشابه بين الرسوم أو النماذج الصناعية وبين العلامة المشهورة ، وذلك حماية للتعامل التجاري، حيث أن الغاية من الرسم أو النموذج الصناعي يهدف إلى جعل شكل المنتجات أكثر جاذبية لدى المستهلكين. وبالتالي فقد منح المشرع البحريني العلامة المشهورة حماية أوسع نطاقاً ضد اتخاذ الغير لها كتصميم أو كنموذج صناعي من اتخاذها كعلامة تجارية، من خلال حظر تسجيل أي تصميم أو نموذج مطابق أو مماثل أو مشابه لعلامة مشهورة.

١. عرفت المادة الاولى من قانون بشأن الاسماء التجارية البحريني رقم ١٨ لسنة ٢٠١٢ الاسم التجاري: بأنه الاسم الذي يستخدمه التاجر في مزاولته تجارته لتمييز محله التجاري عن غيره من المحلات ويوقع به على معاملاته ويضعه على اوراقه لإعلام العملاء والغير بصورها عن هذا التاجر.
٢. عبارة اداة التعريف التجارية فهي تعني بموجب الفقرة الرابعة من المادة الاقلى من التوصية ( أداة تعريف تجارية ، كل اشارة مستعملة لتعريف محل تجاري يملكه شخص طبيعي او معنوي او منظمة او جمعية).
٣. المادة الاولى من قانون بشأن الرسوم والنماذج عرفته بامه «يعتبر رسماً أو نموذجاً صناعياً كل ترتيب للخطوط والالوان، وكل شكل مجسم بالوان أو بغير الوان».
٤. المادة الثالثة الفقرة الرابعة من قانون رقم (٦) لعام (٢٠٠٦) بشأن الرسوم والنماذج الصناعية.

## الفرع الثالث اسم الدومين أو المجال (الحقل)

اسم الدومين هو موقع أو عنوان على شبكة الانترنت، يسمح بتحديد ذلك الموقع وتمييزه عن غيره من المواقع الأخرى، ولا يمكن للمستخدمين الدخول الى الموقع إلا عن طريق اسم الدومين ١. وهو يستخدم لغرض تجاري يتعلق بشركة أو مؤسسة أو مجموعة اقتصادية. ويمكننا القول أن اسم الدومين بالنسبة للتجارة الالكترونية يشبه العلامة التجارية بالنسبة للتجارة التقليدية، ويتحدا في الهدف بتميز المنتجات والخدمات وكوسيلة لجذب جمهور المستهلكين.

واستغلت اسماء المجال ٢ الخاصة بأسماء المواقع على شبكة الانترنت كثيراً للاعتداء على العلامات التجارية المشهورة. حيث استخدم أصحاب العلامات التجارية المشهورة التشريعات الخاصة بحماية العلامات المشهورة لأجل استرداد أسماء المجال التي تعدي على علاماتهم الى ملكيتهم وحيازتهم. حيث إنه باستخدام النصوص التقليدية هناك معضلات قانونية كانت تواجههم في حال رغبتهم باستعادة اسم المجال، حيث يجب عليهم طبقاً للنصوص التقليدية إثبات وجود تشابه بين منتجات أو خدمات مالك العلامة وتلك التي يقدمها مالك الموقع الذي يحمل اسم المجال، وقد كان هذا شديد الصعوبة عندما لم يكن مالك الموقع يقدم شيئاً من خلال موقعه على شبكة الانترنت ٣.

ولقد تضمنت التوصية الخاصة بالعلامات المشهورة التي وضعتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية التعارض بين العلامات المشهورة واسماء المجال في الفقرة الأولى من المادة السادسة منها، والتي جاء فيها (يعتبر اسم الحقل منازعاً لعلامة شائعة الشهرة على الأقل متى كان اسم الحقل أو جزء اساسي منه بمثابة نسخة أو تقليد أو ترجمة أو نقل حريف للعلامة شائعة الشهرة وتم تسجيله أو الانتفاع به عن سوء نية). وأعطت الفقرة الثانية من هذه المادة الحق لمالك العلامة شائعة الشهرة أن يلتمس من صاحب اسم الحقل المسجل المنازع لعلامته إلغاء التسجيل أو نقله الى مالك العلامة شائعة الشهرة. ولم يتضمن التشريع البحريني، تشريعات خاصة بحماية اسم الدومين كعلامة تجارية، وكثير من التشريعات العربية، باستثناء القانون التونسي ٤. حيث لم يكتمل التصور القانوني أو النظام الخاص بحمايتها بعد.

## المبحث الثالث

### شروط حماية العلامة المشهورة على المنتجات غير المماثلة

رأينا فيما سبق أن القانون قد استثنى العلامة التجارية المشهورة من مبدأ التخصيص، وأنه تم تقرير

١. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ٢٥٩.
٢. الحقل ( وهو المرادف لاسم المجال وفقاً لما ذكرته التوصية ) وهو « كل صنف مكون من احرف او ارقام يعبر عن عنوان رقمي على الانترنت».
٣. د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨٩.
٤. قانون عدد ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ مؤرخ في ٩ اوت ٢٠٠٠ يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية (١)

ملكيتها وحمايتها بالنسبة لمنتجات وخدمات غير مماثلة لتلك التي سجلت أو استعملت العلامة لاجلها. وبما أن هذا استثناء على الأصل -الأصل هو حماية العلامة المشهورة على المنتجات المماثلة- فلا بد من تقييده بالقدر اللازم لتحقيق الحماية الفعلية للعلامة المشهورة.

وبالتالي لابد من وضع عدة شروط يجب توافرها لكي يستطيع مالك العلامة المشهورة الحصول على الحماية الموسعة المقررة لعلامته. وقد أحسن المشرع بوضع هذه الشروط نظراً لأن التوسع في نطاق حماية العلامة المشهورة قد يشمل منتجات كثيرة مشابهة أو غير مماثلة، مما يعني بالتالي سيطرة هذه الشركات أو المؤسسات - أصحاب العلامة المشهورة- نتيجة قدرتهم المالية العالية من السيطرة الكاملة على الاسواق العالمية والمحلية، وبالتالي من شأنه حرمان الدول النامية من استخدام هذه العلامات على خدمات أو منتجات غير مطابقة أو مشابهة. فكان في وضع هذه الشروط شيئاً من التقييد من شدة الأثر المترتب على الحماية الموسعة لهذه العلامات ١.

وتعتبر الشروط المذكورة أكثر شدة من الشروط المقررة في حالة استخدام العلامة المنازعة لتمييز منتجات مماثلة أو مشابهة للمنتجات التي تستخدم العلامة المشهورة في تمييزها. وقد تباينت التشريعات في تحديد هذه الشروط فيما بينها ويمكن اجمالها بما يلي:

أولاً: حمل الغير على الاعتقاد بوجود صلة بين العلامة المشهورة والمنتجات غير المماثلة: يقصد بهذا الشرط أن يكون من شأن استعمال الغير للعلامة المشهورة أن يثير لدى الجمهور خطر الالتباس حول مصدر المنتجات ٢، فيعتقد أن هذه المنتجات التي تحمل العلامة المنازعة للعلامة التجارية المشهورة - وإن كانت منتجات مختلفة غير مماثلة لتلك التي تميزها العلامة المشهورة - تعود لصاحب العلامة المشهورة، مما يترتب عليه تضليل الجمهور وإيقاعه في الالتباس، لأنه يضع ثقته في تلك المنتجات اعتماداً على ثقته في المنتجات التي تحمل العلامة التجارية المشهورة .

أن هذا الشرط هو يهدف الى حماية مصالح مالك العلامة المشهورة ، وكذلك حماية جمهور المستهلكين من الوقوع في الغش والخداع حول المصدر الحقيقي للمنتجات التي تحمل العلامة المشهورة. وهذا الشرط نجده بشكل صريح في المادة الثالثة الفقرة (ن) حيث جاء بها «... إذا كان من شأن هذا الاستعمال أن يدل على صلة بين تلك السلع أو الخدمات وبين العلامة المشهورة...». ولم يشترط المشرع أن يقع الجمهور في الخلط والالتباس فعلاً ، أو أن يقوم الاعتقاد بوجود صلة حقيقة لدى الجمهور المعني بالمنتجات التي تغطيها العلامة التجارية المشهورة. حيث يكفي لتحقيق الحماية احتمال اعتقاد الجمهور بوجود صلة بين صاحب العلامة المشهورة وتلك المنتجات.

أما فيما يتعلق بطبيعة أو درجة الصلة التي يجب ان يعتقد الجمهور بوجودها بين صاحب العلامة المشهورة وتلك المنتجات التي تميزها العلامة المنازعة، حيث لم يتول المشرع تحديدها، ولم يضع معياراً لها، وهذا كنوع من الحماية الوقائية ، حيث إن وجد أي نوع من انواع الاعتقاد بوجود صلة بين المنتجات غير المماثلة

١. د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٥٧٦ .

٢. د. عدنان غسان برانبو، مرجع سابق، ص ٦٩٠.

والعلامة المشهورة يعتبر كافياً لإنفاذ حقوق مالك العلامة المشهورة وتخويله الحق في منع استعمالها أو تسجيلها على منتجات غير مماثلة ١.

ثانياً: إلحاق الضرر بصاحب العلامة المشهورة: أضاف المشرع البحريني في عجز ذات الفقرة السابقة أعلاه، شرطاً آخر لحماية العلامة المشهورة على المنتجات الغير مماثلة وهو «... وأن يكون من المرجح إلحاق ضرر بمصالح مالك العلامة المشهورة». والقانون لم يشترط إلحاق الضرر ولكن أن يكون من المرجح إلحاق الضرر بمالك العلامة المشهورة. وهذا يعتبر خروجاً على القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تقوم أساساً على ضرورة إثبات الخطأ التقصيري من جانب الغير. وسنتطرق في هذا الفرع الى أهم أشكال الضرر الذي قد يلحق بمالك العلامة المشهورة:

١. إضعاف قوة تمييز العلامة: من المتفق عليه أن للعلامة التجارية قيمة إعلانية كبيرة، حيث تكمن هذه القيمة في قوة الجذب التجارية للعلامة والتي تنشأ نتيجة جهود ضخمة موجهة واستثمارات مالية كبيرة لأجل التواصل مع الجمهور، لتعريفهم بأن هذا المنتج يحمل خصائص معينة، ذات مستوى معين. كذلك الحال بالنسبة إلى العلامة المشهورة فهي وسيلة إعلانية شديدة الفعالية، فضلاً عن كونها وسيلة للدلالة على أصل المنتجات، حيث من خلال هذه العلامة يستطيع مالكيها أن ينشئ رابطة مع جمهور المستهلكين يضمن من خلالها ولاء المستهلكين لمنتجاته. والاستخدام الأحق للعلامة التجارية من قبل غير مالكيها، ولو على منتجات مختلفة، قد يقلل من القيمة الإعلانية لهذه العلامة، ويؤدي الى التقليل التدريجي لقوة الجذب التجارية للعلامة ولقيمتها الإعلانية، وبهذه الحالة يشكل اعتداءً على حق ملكية العلامة التجارية، فإذا كثر استخدام العلامة على تمييز منتجات مختلفة يؤدي إلى تشتيت الاهتمام لدى جمهور المستهلكين، ويحط من قيمتها ويفقدها قدرتها على جذب العملاء. أن حماية العلامة المشهورة من خطر إضعاف قوة تمييزها لا يحافظ فقط على الاستثمار والجهد الضخم الذي وضعه فيها مالك العلامة، وإنما يضمن حصول جمهور المستهلكين على منتجات ذات نوعية عالية جداً، فعندما يعرف مالك العلامة أن استثماره في المنتجات وفي الدعاية لعلامته محمي قانوناً، فإن ذلك سيساعده على زيادة مستوى جودة منتجاته بشكل مستمر، لكي تزداد قيمة علامته، ويزداد مستوى الحماية القانونية الممنوحة لها.

٢. منع توسيع نطاق العلامة المشهورة: عند استخدام الغير للعلامة التجارية على منتجات غير مماثلة عن تلك التي تستخدمها العلامة المشهورة في تمييزها، فإن ذلك يمنع مالك العلامة المشهورة من استخدامها لتمييز منتجات جديدة، ذلك في حالة ما إذا رغب في توسيع نطاق نشاطه وطرح منتجات مماثلة في الأسواق، سيصطدم بحق الغير الذي سبق له تسجيل أو استعمال العلامة المشهورة في تمييز هذه المنتجات، وبهذه الحالة يكون الغير قد فوت على مالك العلامة المشهورة فرصة توسيع نطاق استخدامها لتمييز منتجات أخرى.

ومع رجاحة هذا الضرر المتوقع، إلا أنه بتصورنا لآبد أن يحاط ببعض الضمانات، حيث من الجائز منع الغير من استخدام علامة تجارية مشهورة على منتجات غير مماثلة لتلك المنتجات التي ينتجها مالك

١. د. عبدالرحمن سيد قرمان، مرجع سابق، ص ١٦٤.

العلامة المشهورة، إذا كانت هذه المنتجات من ضمن نطاق المجال الاصلي لمالك العلامة المشهورة. أما إذا تم استخدام العلامة المشهورة على منتجات غير مماثلة لتلك المنتجات التي تحمل العلامة المشهورة ومن غير المتوقع ومن غير المنطق أن يقوم مالك العلامة المشهورة بتغيير نشاطه لانتاج مثل هذه المنتجات، فإنه لا يستحق الحماية القانونية، كون هذه المنتجات لا تدخل ضمن نشاطه ولا تعتبر امتداداً طبيعياً لنشاطه. ويؤكد تصورنا هذا ما جاء في تعريف العلامة المشهورة في المادة (٢٧) « تتمتع بشهرة تتجاوز البلد الأصلي الذي سجلت فيه واكتسبت شهرة في القطاع الذي يتعامل عادة مع السلع أو الخدمات التي تستعمل هذه العلامة لتمييزها».

## المبحث الرابع

### الاعتراض على تسجيل علامة مشهورة

ونخلص مما تقدم أعلاه أن القانون يمنح مالك العلامة التجارية المشهورة، كثيراً من الضمانات لضمان عدم تعدي الغير عليها، حتى أن لم تكن مسجلة في مملكة البحرين « لا يشترط لتمتع مالك العلامة المشهورة بالحماية المقررة لهذه العلامة بموجب أحكام هذا القانون تسجيل هذه العلامة في المملكة»<sup>١</sup>. ولكن هل هذه الحماية مطلقة أم محاطة بمجموعة من الاجراءات التي يجب على مالك العلامة المشهورة اتباعها؟ كما بينا أعلاه عند التعرض لدور السجل التجاري في رفض طلب تسجيل علامة تجارية مسجلة أو مشهورة، وكما بينا فإن هذا الرفض يعتبر من أهم السبل الوقائية لحماية العلامة التجارية في مرحلة التسجيل. من أجل توفير حماية وقائية فإن القانون منح مالك العلامة، اجراءات يستطيع من خلالها الاعتراض على عملية تسجيل العلامة، التي من المحتمل أن تشكل تعدياً على علامته و أن القانون منح هذا الحق لمالك العلامة المسجلة، ولمالك العلامة السابق في الاستعمال، وكذلك العلامة المشهورة ولو كانت غير مسجلة. إن اجراءات الاعتراض تشكل حماية غير قضائية سريعة وفعالة ، ولكن يبقى على من يريد الاستفادة من هذه الحماية أن يحترم القواعد القانونية لهذه الاجراءات والخاصة بالمدة المحددة للاعتراض، وكذلك بالصفة القانونية التي يجب توافرها فيمن يقدم طلب الاعتراض .

## المطلب الاول

### مدة تقديم الاعتراض

إن اجراء الاعتراض كصورة من صور الحماية للعلامة التجارية يخضع لأحكام معينة تتعلق بالجهة التي يقدم لها الاعتراض وتفضل فيه خلال مدة محددة، بالإضافة إلى تلك التي تحدد الاشخاص الذين يحق لهم تقديم الاعتراض ويجب أن يقدم الاعتراض إلى الجهة التي تنظر طلب تسجيل العلامات التجارية، وفي مملكة البحرين يجب أن تقدم لدى مسجل العلامات التجارية، بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الاعتراض يجب أن يقدم خلال مهلة محددة. وهذه المهلة تختلف من دولة لأخرى<sup>٢</sup>، أما بالنسبة للقانون البحريني فإنه

١. المادة (٢/٢٨) من ذات القانون.

٢. المادة (١/١٤) من قانون العلامات الاردني « يجوز لأي شخص أن يعترض لدى المسجل على تسجيل أية علامة تجارية خلال ثلاثة اشهر من تاريخ نشر اعلان تقديم الطلب لتسجيلها».

حدد هذه المدة بالنسبة للعلامة التجارية «... يجوز لكل ذي شأن أن يعترض كتابة لدى الجهة المختصة على السير في إجراءات تسجيل العلامة التجارية خلال ستين يوماً من تاريخ الإعلان عن قبول الطلب، ويجب أن يكون الاعتراض مسبباً»<sup>١</sup>. فإذا إنقضت المدة المحددة للاعتراض دون تقديم أي اعتراض بشأن قبول التسجيل أو رفضه تصدر تلك الجهة قراراً بقبول تسجيل العلامة حال انتهاء مدة الاعتراض أو رفضه<sup>٢</sup>. أما فيما يتعلق بالمدة الخاصة بالعلامة التجارية المشهورة فهي بالإضافة إلى أنه يستطيع مالك العلامة المشهورة الاعتراض خلال المدة أعلاه، إلا أن القانون منحه مدة طويلة في المادة (٢/٢٨) «... يجوز لكل ذي شأن أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم بشطب تسجيل أية علامة تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة لعلامة تجارية مشهورة أو لجزء جوهري منها وذلك خلال سبع سنوات من تاريخ التسجيل...». ويفهم من هذا النص أنه إذا تم تسجيل العلامة التجارية ولم يكن هناك اعتراض خلال الستين يوماً المحددة بالقانون، يستطيع صاحب العلامة التجارية أن يطلب من المحكمة طلب بشطب التسجيل خلال سبع سنوات من تاريخ التسجيل. وهذه المدة تعتبر كافية وطويلة جداً، ولقد سكت المشرع عما إذا ما كان يعلم مالك العلامة المشهورة بواقعة تسجيل علامته أم لا، بمعنى قد يكون سكوته بسوء نية، وهذه مسألة تعتبر في غاية الأهمية، حيث يؤدي ذلك الى عدم استقرار المراكز القانونية، وكان من الأفضل لو أنه تم قيد هذا الحق بنوع من الاجراءات التي تضمن لجميع الاطراف حقوقهم. هذا في حالة إذا ما تم تسجيل العلامة بحسن نية من قبل من قام بتسجيل العلامة المشهورة.

أما إذا كان من قام بتسجيل العلامة سيء النية فإن القانون في ذات الفقرة منح مالك العلامة التجارية المشهورة الحق في طلب شطب العلامة بأي وقت، حتى ولو بعد سبع سنوات. حيث جاء في عجز الفقرة أعلاه «...، وإذا كان هذا التسجيل قد تم بسوء نية فيجوز طلب الحكم بشطب التسجيل أو بمنع استعمال العلامة في أي وقت».

إذاً نخلص مما تقدم أن القانون البحريني قد فرق بين المدد بالنسبة إذا ما كانت علامة تجارية محلية، وعلامة تجارية مشهورة، وفرق بين سوء النية وحسن النية لطالب التسجيل. وقد أحاط العلامة المشهورة بضمانات تمنح مالكيها الحق في الاعتراض على طلب تسجيل خلال فترة التسجيل أو بعد انقضاء مدة التسجيل والاعتراض، وأن يطلب من المحكمة شطب هذه العلامة التي تم تسجيلها.

## المطلب الثاني

### الأشخاص الذين يستطيعون الاعتراض على التسجيل

حيث أن تسجيل العلامة يحتمل في بعض الاحيان أن يشكل تعدياً على حقوق سابقة على ايداعها، فإنه من المنطقي أن يستطيع أصحاب هذه الحقوق الدفاع عن مصالحهم وحقوقهم عن طريق الاعتراض على هذا التسجيل، وهذا هو الدافع الرئيس الذي من أجله وضع المشرع إجراءات اعتراض في قانون العلامات في أغلب دول العالم، وهذه الاجراءات من شأنها أن تتفادى النزاعات المحتملة المستقبلية في مرحلة التسجيل.

١. المادة (١/١٣) من القانون ذاته.

٢. د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

فصاحب العلامة السابقة يستطيع الاعتراض على تسجيلها اللاحق أو على تسجيل أي علامة مشابهة يقدر أنها مقلدة لعلامته.

إن المشرع البحريني أكثر مرونة في مجال منح من لهم حق الاعتراض على تسجيل علامة تجارية، حيث سمح القانون لأي شخص أن يعترض، حيث جاء في المادة (١٣) من القانون ذاته أنه «يجوز لكل ذي شأن أن يعترض كتابة لدى الجهة المختصة على السير في إجراءات تسجيل العلامة التجارية خلال ستين يوماً من تاريخ الإعلان عن قبول الطلب، ويجب أن يكون الاعتراض مسبباً». وكذلك منحت المادة (٢٠) من ذات القانون هذا الحق للجهة المختصة كذلك بنصها «يجوز للجهة المختصة ولكل ذي شأن أن يطلب من المحكمة المختصة...». وكذلك أكد المشرع على هذا الحق في المادة (٢٨) بخصوص العلامة التجارية المشهورة في الفقرة الأولى والثالثة بأنه «يجوز لكل ذي شأن أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم بشطب تسجيل أية علامة تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة لعلامة تجارية مشهورة.

ونخلص مما أسلفنا أن الدخول في إجراءات الاعتراض ليس مقصوراً على أصحاب العلامات السابقة وحدهم أو خلفهم ممن لهم حق حصري في استغلال العلامة ولا حتى على الأشخاص ذوي المصلحة الشخصية المباشرة، فالمادة جاءت مطلقة بأن منحت كل ذي شأن، دون تحديد يستطيع إجراء اعتراض على طلب تسجيل علامة مسجلة لدى سجل العلامات التجارية، أو ان يطلب من المحكمة بعد انقضاء فترة الاعتراض شطب علامة تجارية بما فيها العلامة المشهورة، وهذا الاطلاق يسري ايضاً على الجمهور البسيط.

وعند التمعن بالنصوص السالفة يتضح أنه لم يشترط المشرع وجود مصلحة موصوفة ومحددة كشرط للاعتراض، ولكن هذا لا يعني غياب مصلحة يراد حمايتها من خلال مثل هذا الاجراء. وإنما من منطلق قانون العلامات التجارية نستطيع أن نفهم وندرك الغاية المبتغاة من وراء ذلك، حيث لم يقصد المشرع من وراء كل هذه الاجراءات حماية مصلحة مالك العلامة السابقة أو المشهورة فقط، وإنما مصلحة كافة الجمهور في عدم ايقاعه في الخطأ والخلط بين مصادر المنتجات، وبالتالي يستطيع أي شخص من هذا الجمهور مقامه في الدفاع عن هذه المصلحة. وهذه المصلحة نجدها في الفقرة (ز) من المادة الثالثة من ذات القانون والتي جاء بها «العلامات التي من شأن استعمالها تضليل الجمهور أو إحداث لبس لديه، وخاصة فيما يتعلق بمنشأ أو مصدر السلعة أو الخدمة». وقد أكدت محكمة العدل العليا الأردنية هذا المبدأ بحكمها «أن محكمة العدل العليا قد استقر على أنه لا يشترط في الاعتراض الذي الذي يقدم أن يكون لمقدمه مصلحة شخصية مباشرة في رفض طلب التسجيل وإنما يجوز لأي شخص من الجمهور أن يعترض على طلب تسجيل أية علامة تجارية حتى لا يؤدي تسجيلها الى غش الجمهور ١.

وهذا الحل يمنح فرصة كبيرة لتفادي الطابات المضرة المبنية على الغش للعلامات التجارية غير المسجلة، وبشكل خاص فإنها تصب في مصلحة العلامات المشهورة الأجنبية غير المسجلة في المملكة. ففي مثل هذه الحالات فإن حماية هذه العلامات في مرحلة التسجيل يمكن أن يتكفل بها المواطن العادي في بلد الحماية،

١ - محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٩٧٣/٤٠ بتاريخ ١٩٧٣/٦/٢٤ المنشور في مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٧٣ ص ١٢٠٥. وانظر كذلك لنفس المحكمة قرار رقم ١٩٩٧/٤٥٢ المنشور في مجلة النقابة لعام ١٩٩٨، ص ٣٩٩٣.

في حالة عدم علم صاحب العلامة بمثل هذا التسجيل لها من قبل الغير. وبهذا الخصوص يوجد حكم بخصوص العلامة التجارية حيث اعترض أحد المواطنين على طلب تسجيل هذه العلامة ، فرفض مسجل العلامات برفض اعتراضه، مما دفعه الى الطعن بقرار المسجل أمام محكمة العدل العليا، فقضت بالآتي « ... يجوز لأي شخص الاعتراض على طلب تسجيل أية علامة تجارية ولا يشترط وجود مصلحة مباشرة له في الطلب ١.

واخيراً لا بد للأشخاص الراغبين في الاعتراض على تسجيل علامة تجارية ما، يجب عليهم أن يلتزموا بمجموعة من القواعد الشكلية المتعلقة باجراءات الاعتراض والسير فيها ٢. أن عدم الالتزام ببعض الشروط أو المدد المحددة في القانون، يمكن أن يؤدي الى فشل الاعتراض، وفي كل الأحوال لا بد من تحقق شروط الأهلية للشخص الذي يقدم الاعتراض.

### الخاتمة

من خلال هذا التحليل لقانون بشأن العلامات التجارية البحريني والقوانين المقارنة والمعاهدات الدولية، نجد الاختلاف والتباين بين التشريعات من ناحية تعريف العلامة التجارية، وكذلك حماية العلامة التجارية غير المسجلة والاشكالية التي تدور حول آليتها، وكذلك الاختلاف بين التشريعات بحماية العلامة التجارية المشهورة ، خصوصاً في المنتجات والخدمات الغير مماثلة. حيث بعض التشريعات تشترط أن تكون مسجلة حتى يمكن حمايتها ، والبعض الآخر ومنه التشريع البحريني لا يشترط التسجيل لتوفير الحماية القانونية. وباختلاف آلية الحماية التي يوفرها كل تشريع للعلامة التجارية غير المسجلة والمشهورة، إلا أن هناك بعض من الفروقات يمكن أن نخلص منها الى النتائج التالية:

- عند مقارنة تعريف العلامة التجارية نجد أن المشرع البحريني قد أخذ بمنهج التعداد في تعريف العلامة التجارية، حيث طبقاً لهذا المنهج يهتم بذكر عدد من العناصر أو الأشكال أو الصور التي يمكن اتخاذها كعلامة تجارية. أما المشرع الأردني قد أخذ بالمنهج الوظيفي للعلامة التجارية، حيث تعرف العلامة التجارية وفقاً لهذا المنهج على أساس الوظائف الاساسية التي تقوم بها.
- القانون البحريني يوفر نوعاً من الدفاع التلقائي للعلامات غير المسجلة، عن طريق اعطاء صلاحية الرفض لسلطة التسجيل، في حالة تطابق علامة مسجلة أو مشهورة.
- القانون منح مالك العلامة التجارية المشهورة مدة حماية طويلة لا مثيل لها في التشريعات الأخرى، حيث منحه مهلة سبع سنوات للاعتراض على تسجيل علامة تشابه او تطابق علامته ، إذا كان تسجيلها بحسن نية، ومنحه حق طلب شطب هذه العلامة بأي وقت دون تحديد إذا تم تسجيلها بسوء نية.
- منحت التشريعات الحق للمواطن العادي الاعتراض على تسجيل علامة تجارية مشهورة.

١. للاطلاع على هذا الحكم انظر قرار محكمة العدل العليا رقم ١٩٦٩/٨ بتاريخ ١٩٦٩/٢/٢٩ المنشور في مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٩ ص. ١٠٤. وكذلك مشار اليه في مجلة ابحاث جامعة اليرموك لسنة ٢٠٠٨ الصفحة ٦٩٥.

٢. المادة الثامنة من قانون العلامات جاء بها « يقدم طلب تسجيل العلامة التجارية من صاحب الشأن أو من ينوب عنه إلى الجهة المختصة على الأنموذج الذي تعده لهذا الغرض، وفقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون وبالشروط والأوضاع والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية».

- ولم يتضمن التشريع البحريني، تشريعات خاصة بحماية اسم الدومين كعلامة تجارية.

### التوصيات:

- نرى أن يقوم المشرع البحريني بإعادة النظر بتعريف العلامة التجارية، وإضافة أن تدرك بالحواس.
- نفتح فكرة انشاء قائمة بالعلامات المشهورة التي تكون تحت تصرف موظف سجل العلامات التجارية، حيث ستساهم في تسهيل مهمته، بشرط أن يتم مراجعتها بشكل دوري.
- نرجو من المشرع البحريني أن يحدو حدو المشرع المصري في شأن حماية العلامة المشهورة غير المسجلة، بحيث يشترط بأن تكون هذه العلامة مسجلة من أجل طلب الحماية.
- نرى أن يقوم المشرع البحريني بأخذ زمام المبادرة والعمل على تنظيم وتقنين استعمال العلامة المشهورة كاسم لحقل على الانترنت.
- نرى أن يتبنى القضاء العربي موقفاً واضحاً تجاه العلامات المشهورة بشكل عام ، بعد أن أصبح مبدأ حماية العلامة المشهورة مستقراً على الصعيد الدولي والوطني، وأصبح أحد أهم مبادئ قوانين العلامات التجارية الحديثة.

### المراجع:

١. د. أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، الجزء الاول، ط ٢، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧ .
٢. د. العلامة أبي الفضل جمال الدين ابن منظور- لسان العرب - م. العاشر ط ١ دار صادر - بيروت ٢٠٠٥.
٣. د. جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٤. د. حسين فتحي، حدود مشروعية الاعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، القاهرة ١٩٩٧ الطبعة الاولى.
٥. د. حمدي غالب الجفبير، العلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٢.
٦. د. رجائي الدفي ومختار سعد، العلامات التجارية ودورها في حماية المنتج والمستهلك، مطبعة الاعتماد الاسكندرية، ٢٠٠٦ .
٧. د. رجب محمود طاحن، حقوق الملكية الفكرية للأشخاص المعنوية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ .
٨. د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ .
٩. د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ٢٠٠٧.
١٠. د. صبري حمد خاطر، الملكية الفكرية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧، جامعة البحرين.
١١. د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة

الثانية، ٢٠١٠.

١٢. د. عامر محمود الكسواني، التزوير المعلوماتي للعلامة التجارية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الاولى، ٢٠١٠.

١٣. د. عبدالرحمن سيد قرمان، الاتجاهات الحديثة في حماية العلامات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة/ د.ت.

١٤. د. عبدالفتاح بيومي حجازي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى ٢٠٠٧.

١٥. د. عدنان غسان برانبو، التنظيم القانوني للعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠١٢.

١٦. د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

١٧. منير عبد الله الرواحنة، مجموعة التشريعات المتعلقة بالملكية الفكرية، دار الثقافة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩.

١٨. هالة مقداد احمد الجليلي، العلامة التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، دمشق، ٢٠٠٤.

١٩. قانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن العلامات التجارية (١١ / ٢٠٠٦) - مملكة البحرين.

٢٠. قانون العلامات التجارية رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٧ المعدل لقانون العلامات التجارية رقم (٢٣) لسنة ١٩٥٢

٢١. قانون اتحاد - الامارات - رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢.

٢٢. مرسوم ملكي رقم (٢١/م) وتاريخ ١٤٢٣/٥/٢٨ هـ المملكة العربية السعودية.

٢٣. قانون حقوق الملكية الفكرية، قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ جمهورية مصر العربية.

# أثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذه في القانون المصري والبحريني

بحث مقدم من

الدكتور عماد محمد أمين رمضان

كلية الحقوق ، جامعة المملكة ، مملكة البحرين

مقدمة عامة

يهدف المشرع عادة الى إيجاد الوسائل القانونية لحسم أي نزاع يثور بين الأطراف ، وذلك في ظل الدولة القانونية فينبغي البحث عن القنوات الشرعية للتصدي لأي نزاع يثور بين الأفراد على اختلاف مستوياتهم من خلال إصدار التشريعات التي تحكم هذا النزاع ، فيخضع الأفراد لتطبيق تلك القوانين بحسبان أن هؤلاء يخضعون لقوانين الدولة ، إلا أنه أحياناً قد لا يتناسب تطبيق القانون على نزاع ثار بين أفراد من طائفة معينة ، أو بعبارة أخرى قد يؤدي إلى حدوث ضرر في حال تطبيق نصوص القانون الواجبة التطبيق.

لذلك اتجهت كثير من التشريعات الى تبني آلية أخرى تتناسب مع ظروف كل واقعة من خلال نظر النزاع أمام جهات أخرى غير المختصة أصلاً بنظر النزاع وهي المحاكم من خلال إيجاد مراكز لنظر النزاع ، او جهات أخرى يختارها أطراف النزاع بتشكيل هيئة تسمى بهيئة التحكيم والذي يتولى تشكيلها أطراف النزاع أنفسهم ، لأنهم أقدر على اختيار هيئة التحكيم والوقت المناسب لصدور الحكم ، خاصة في المسائل التجارية التي تتطلب سرعة في المعاملات وأن أي تأخير في حسم النزاع قد يترتب أضراراً بالنسبة للتاجر باعتبار أن نشاطه يعتمد على رأسماله ماله وأي نزاع بشأن رأس المال يؤدي الى توقف نشاطه ، لذلك فإن الأنسب في سرعة حسم النزاع هو التحكيم لما يحقق سرعة في الفصل في النزاع فضلاً عن أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي وقابل للتنفيذ ، وهو ما لا يتحقق في القضاء العادي ، إذ إن حكم محكمة أول درجة يكون قابلاً للطعن مما يعوق تنفيذه ويمتد أجل النظر في النزاع بالطعن عليه أمام محكمة الاستئناف ، الأمر الذي يؤثر على نشاط التاجر في فترة النزاع التي قد تمتد لسنوات .

واتجهت التشريعات العربية مؤخراً الى تبني قوانين تنظم عملية الفصل في النزاع بعيداً عن القضاء العادي ، سواءً بتنظيم مراكز أو هيئات متخصصة أو ما يطلق عليه بالتحكيم المؤسسي ، كمرکز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، و مرکز البحرين للتحكيم التجاري الدولي والمنشأ بالمرسوم بقانون (٩) لسنة ١٩٩٢ الملقى ، والمرسوم بقانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠ بالموافقة على نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، وفيه يتجه إليها أطراف النزاع لعرضه عليها والتي تشكل غالباً

من متخصصين في المنازعات التي تطرح عليهم ، فليس بالضرورة أن يكون المحكم ممن يشتغلون بالقانون أو لديه شهادة في القانون ، وإنما أحياناً تكون الخبرة في مسائل معينة ( كالحاسبية أو الهندسية ) مثلاً أقدر على حل النزاع من رجل القانون ، كما قد يتبنى المشرع عند تنظيمه لهذه المراكز أو الهيئات التي تنظر النزاع الإجراءات المتبعة أمامها ، إما إجراءات خاصة بالمركز أو الهيئة أو أن يحيل الى قانون المرافعات المدنية والتجارية لتنظيم عملية الإجراءات حتى تنتهي الهيئة أو المركز بالحكم الحاسم الفاصل في النزاع ، كما قد يعين القانون الواجب التطبيق على النزاع أو أن يترك لأطراف النزاع حرية اختيار القانون الواجب التطبيق والذي أحياناً يرد في اتفاق الأطراف سواء في العقد الأصلي وهو ما يسمى بشرط التحكيم ، أو ورد لأي اتفاق لاحق وهو ما يسمى بمشاركة التحكيم أو بتشريعات خاصة تنظم عملية الفصل في النزاع بأن تعطى للأفراد الحرية التامة في اختيار هيئة التحكيم والإجراءات المتبعة أمامها والقانون الواجب التطبيق والمكان الذي يتم فيه التحكيم واللغة المستخدمة في الفصل في النزاع سواء على المستوى الدولي أو المستوى المحلي كالمرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي في مملكة البحرين ، والقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري المصري ، وكلاهما يعمل على حسم النزاع بصور حكم فاصل يحوز حجية الأمر المقضي ويتعين تنفيذه ، والحكم الحائز لقوة الأمر المقضي يعني أن القرار الصادر في النزاع لا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية ، وترجع فلسفة ذلك الى كون طرفي أو أطراف النزاع يرتضون بالحكم مسبقاً سواء كان في مصلحة أحد الأطراف أو ضده.

### موضوع البحث واشكاليته :

يدور موضوع البحث حول مدى تأثير الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم سواء كان التحكيم محلياً أو دولياً - فالتحكيم المحلي لا يثير صعوبة في تنفيذ الحكم الصادر ، ولكن تثار الصعوبة بصدور التحكيم الدولي - على تنفيذ ذلك الحكم في مصر أو التشريع المقارن ، وفيه يتم التصدي لتعريف الحكم الصادر والشروط الواجب توافرها فيه ، الأمر الذي يتوجب علينا النظر في صحة تشكيل الهيئة التي أصدرته ، ومدى صحة الأحكام المؤقتة أو الفاصلة في جزء من الطلبات وارتباطها بالحكم النهائي ، مع بيان مدى جواز تنفيذ الأحكام المؤقتة والفاصلة في جزء من النزاع منفصلاً عن الحكم النهائي ، مع الأخذ في الاعتبار تنفيذ جملة الأحكام في وقت واحد .

الآن البحث يواجه عقبات في تحديد آثار التنفيذ خاصة إذا ما طرحت أحد الأسباب الحصرية للطعن بإلغاء الحكم الصادر والتي سردها المشرع سواء المصري أو البحريني والتي من المحتمل فيها إلغاء الحكم المراد تنفيذه ، والبحث في آثار إلغاء تنفيذ الحكم بعد قبول الطعن وإلغاء الحكم .

### أهمية البحث :

#### ترجع أهمية اختيار البحث من زاويتين :

الأولى : أن الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم غالباً ما تعثرها أخطاء ترجع إما لجهل بالقانون

الموضوعي الذي تطبقه الهيئة المشكلة خاصة إذا كانت مشكّلة من غير القانونين ، أو لاصطدام الحكم الصادر بالنظام العام داخل دولة التنفيذ إذا ما تعلق الأمر بنزاع دولي ، الأمر الذي يحتاج للتصدي لبحث مدى صحة الحكم الصادر أولاً من هيئة التحكيم لوضع حلول تشريعية وفقهية تفادياً للطعن على الحكم الصادر وبالتالي قابلية الحكم للتنفيذ بسهولة واستبعاد خطر الإلغاء .

**الثانية :** تنفيذ الحكم الصادر يواجه صعوبة في الغاء آثار التنفيذ بعدما يلغى الحكم بالطعن عليه أمام محكمة الطعن ، كما يثير صعوبة بلد تنفيذ الحكم إذا كان التحكيم دولياً أي بين متنازعين في دولتين مختلفتين حتى ولو كانوا من جنسية واحدة .

### منهجية البحث :

يتبع في البحث المنهج التحليلي والذي يعتمد على تحليل النصوص القانونية وآراء الفقهاء والمنهج المقارن بين التشريع المصري والبحريني .

### تقسيمات البحث :

وسوف يقسم البحث الى فصل تمهيدي يتناول فيه ماهية التحكيم بصفة عامة وشروط صحة اتفاق التحكيم ومزاياه والطبيعة القانونية له .

وفي الفصل الأول : سوف نتناول حكم التحكيم وفيه نتعرض لتعريف حكم التحكيم والشروط الواجب توافرها في الحكم ، والطعن على الحكم الصادر الفاصل في موضوع النزاع مع بيان أسباب ونوع الطعن. أما في الفصل الثاني فنعرض للطعن على الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم ، وفي الفصل الثالث : - يتناول تنفيذ الحكم الصادر الفاصل في موضوع النزاع ، وبيان أثر الطعن على الحكم الصادر على تنفيذه ، مع تناول تنفيذ الحكم الصادر في تحكيم دولي أي متعلق بنزاع دولي .

## الفصل التمهيدي

### ماهية التحكيم :

التحكيم يعني انشاء عدالة خاصة يتم بموجبها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم ، أو يعني أيضاً نظاماً مختلطاً يبدأ باتفاق ثم يصير اجراء ثم ينتهي بقضاء ، وقد يعنى بأنه وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع وركزتها اتفاق خاص يستمد من المحكمين سلطته ويحظى بإسناد الدولة أو هو ما يعد « الطريق الإجرائي الخصوص للفضل في نزاع معين بواسطة الغير بديلاً عن الطريق القضائي العام » .

### أهمية اتفاق التحكيم :

التحكيم طريق استثنائي لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات العقدية والقانونية بين أطراف العلاقة والذي يُظهر إرادة الأطراف لاختيار نظام التحكيم لحل خلافتهم ، وتتجلى هذه الأهمية لاتفاق التحكيم

الدولي خاصة في عقود الاستثمار وباستغلال الموارد الطبيعية ، فقد درج أطراف عقود الامتياز البترولية وعقود الأشغال العامة علي قبول شرط التحكيم ، لذلك فقد صدرت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار في عام ١٩٦٥م ووقعت عليها كل من مصر والبحرين لأهمية دور التحكيم في عقود الاستثمار خاصة إذا أحد طرفي العلاقة القانونية (الدولة ) والذي يمثل بالنسبة لها إحدى الآليات القانونية لجذب الاستثمارات اليها والذي يوفر المناخ الآمن لرؤوس الأموال الأجنبية.

وفى تعريف لاتفاق التحكيم ١ - فالتحكيم لغة جاء من مادة « حَكَمَ » بتشديد الكاف أي طلب الحكم ممن يتم الاحتكام اليه والذي يسمى بالحكم أي بفتح الحاء والكاف أو المُحَكَّم بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة « وفى الاصطلاح يقصد بالتحكيم » اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة ، عقدية أو غير عقدية علي أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور بينهم عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ٢ ، وفي تعريف آخر بأنه « النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه الى المحكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم ٣ » ، وفي تعريف آخر بأنه « الطريقة التي تختارها الأطراف لفرض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع ، والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء للقضاء ٤ ، وقد تصدى المشرع المصري ٥ لتعريف التحكيم فعرّفه بأنه « ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذى ينطبق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك » وفى تعريف للقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) عام ١٩٨٥م في الفقرة الأولى من المادة السابعة منه تحت عنوان اتفاق التحكيم بأنه «هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلي التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة اتفاق منفصل » ، ويبدو أن اتفاقية الامم المتحدة عندما لجأت الى تقاضى استعمال تعبيرى شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم واستخدمت للدلالة على اندماجهما في مفهوم موحد التسمية بـ « اتفاق التحكيم » .

إن مفهوم التحكيم بصفة عامة يعنى اتفاق أطراف الخصومة على إحالة النزاع الى هيئة التحكيم بدلاً من اللجوء الى القضاء المختص لتحقيق أهداف يرمى اليها أطراف النزاع من سرعة في الفصل فيه لما قد يترتب أضرار لو نظر أمام القضاء العادي ، ومن ثم يتفق الأطراف كتابة على تحديد الهيئة التي سوف تنظر النزاع ويتدخل المشرع فقط لصحة مراقبة التشكيل ، وقد اجمعت القوانين على أن يكون العدد

- ١ . د . محمود مختار بريري - التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧م ص ٥ فقرة (١)
- ٢ . (١) د . محمود مختار بريري - المرجع السابق ، ص ٥
- ٣ . (٢) د . حسنى المصري - التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية - بدون تاريخ - ص ٢ فقرة (٢)
- ٤ . ص ١٣ (٢) د . فوزى محمد سامى - التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٦م
- ٥ . (٤) المادة ٤ / ١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بإصدار قانون التحكيم التجاري المصري

وتراً لحدوث الأغلبية في الحكم على جانب الأقلية ١ ، وإذا كان لطرفي أو أطراف النزاع الحرية في اختيار المحكمين ، الأمر الذي يترتب عليه أن هؤلاء يستمدون سلطاتهم من اتفاق أطراف التحكيم ، ومن ثم فإن سلطة إصدار الحكم تأتي من إرادة الأطراف التي أعطت لهيئة التحكيم سلطة إصدار الحكم أو القرار ، وسواء كانت الهيئة مشكلة سلفاً ، كما هو الحال في مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي ، ويرتضى الأطراف للجوء إليها بذات التشكيل ، أم أنها شكلت بمعرفتهم باختيار عناصر صالحة للفصل فيما يعرض عليهم من بنود النزاع . ويفسر ذلك بأن المشرع في مختلف القوانين التي تحكم هذه المسائل أعطى لأطراف النزاع الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم ، ومكان التحكيم ، بل والإجراءات المتبعة والمدة التي ينبغي من خلالها لهيئة التحكيم أن تصدر حكمها فاصلاً في النزاع ولا يناقش المشرع أطراف النزاع فيما ذهبوا إليه باختيارهم سوى ألا يكون ذلك مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة ، وهذا لا يتوافر في القضاء المختص أصلاً بنظر النزاع ، حيث أن المشرع يفرض عليهم القاضي والمحكمة بل والقانون الموضوعي الذي ينحسم به النزاع ولا حرية للأطراف في ذلك بل يخضعون لما نص عليه المشرع .

وفي ضوء ما تقدم فإن المحكم يستمد سلطاته من اتفاق أطراف النزاع على تعيين المحكمين والاتفاق على الإجراءات المتبعة في تعيين هؤلاء ، وفي حالة عدم الاتفاق على تعيين المحكمين ، فلكل طرف من أطراف النزاع طبقاً لنص المادة ١٧ / ١ - ب ، المادة ٣ / ١١ - أ من قانون التحكيم البحريني وهي مأخوذة من قانون الأونسيتال ، بتعيين محكم ، ويتولى المحكمان المعينان بالتشاور فيما بينهما بتعيين الثالث إذا كان التحكيم بثلاثة ، ويكون لمحكمة الاستئناف العليا المدنية تعيين المحكم الثالث إذا لم ينته المحكمان من تعيين الثالث خلال ثلاثين يوماً أو لم يتفقا على المحكم الثالث وذلك بناءً على طلب أحد الطرفين إلى المحكمة المشار إليها ، وتلتزم الهيئة المشكلة بمعرفة أطراف النزاع إلى البت في بنود النزاع المطروح أمامها ولا تخرج عنها إلا بإرادة الأطراف جميعاً ، والفصل يكون بحسب القانون الموضوعي الذي تم اختياره - إذا كان باتفاق الأطراف - أو ترك لهيئة التحكيم حرية اختيار القانون الموضوعي الأنسب لنظر النزاع ، كما تلتزم هيئة التحكيم في البت في النزاع خلال الأجل المحدد المتفق عليه .

١ . د . فوزى محمد سامى - التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٦م ١٢٨ وما بعدها .  
والمادة (١٠) من قانون الأونسيتال النموذجي ، وفي نفس المعنى د محمود مختار بربري - المرجع السابق ص ٧٣  
« كما تتجه التشريعات البحرينية الحديثة المتعلقة بفض المنازعات إلى تشكيل هيئة فض النزاع من ثلاثة أعضاء فني المادة ٤٠ من اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٩م بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات المنشأة بالرسوم بقانون (٣٠) لسنة ٢٠٠٩م ، والتأكيد على وترية تشكيل الهيئة لتصدر أحكامها إما بالإجماع أو بالأغلبية ويرجع الجانب الذي فيه الرئيس « وقد قضت محكمة النقض المصرية « بوجوب أن يكون العدد المحكمين المفوضين بالصلح وتراً وأن يحددوا بأسمائهم في مشاركة التحكيم أو في ورقة سابقة وعدم جواز تعيين البعض وتوكيلهم في تعيين البعض الآخر إلا كانت المشاركة باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام لا يزيله حضور الخصوم أمام المحكمين الذين لم تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة (٥٠٧) من قانون المرافعات المصري الملغى « ( الطعن رقم ٨٨) لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤ مجموعة الربع قرن ج ١ ص ٣٩٧ قاعدة رقم ٣ ) . ويتم أحياناً تعيين المحكم الثالث بطريق دعوى وليس بأمر على عريضة على أساس ما تواترت به أحكام القضاء المصري وهو ما يعارض مع فلسفة التحكيم - د أحمد السيد صاوي - الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بدون ناشر ص ١٢٨ . التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وانظمة التحكيم الدولية - المؤسسة الفنية للطباعة والنشر - الطبعة الثانية ٢٠٠٤م

## المبحث الثاني شروط صحة اتفاق التحكيم

الاتفاق بين الأطراف المتنازعة على الاحالة للتحكيم بديلاً عن القضاء في المسائل التي يجوز فيها الصلح، قد يأتي في صورة شرط يدرج بالعقد الأصلي وضمن بنوده وهو ما يحدث غالباً قبل حدوث نزاع حول بند أو أكثر من بنود العقد أو تفسيره ، وقد يأتي الاتفاق في صورة مشاركة ، أي بعد حدوث النزاع ، وبالتالي لا يدرج ضمن بنود العقد وإنما يأتي في صورة اتفاق مستقل ، كل ذلك يأتي قبل الاحالة الى القضاء المختص، وفي كلا الحالتين سواء في الاتفاق المستقل أو ضمن بنود العقد فإن الاتفاق على الاحالة الى التحكيم يؤتي ثماره في منع أي من الطرفين من اللجوء الى القضاء المختص أصلاً بنظر النزاع ، وحتى إذا ما لجأ أي منهم الى القضاء ، فإنه للطرف الآخر الحق في التمسك باتفاق التحكيم ويكون لازماً على القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم ، ونظراً لتعلق الاتفاق بمصلحة الخصوم فالقاضي لا يحكم به من تلقاء نفسه وإنما لابد من إثارته أمام القاضي كي يتمكن من الحكم بعدم قبول الدعوى ، أما إذا سكت الخصم عن إثارة اتفاق التحكيم وتكلم في الموضوع فيعتبر ذلك تنازلاً ضمناً منه عن التمسك بالشرط ، كما أنه يترتب على وجود اتفاق التحكيم صحيحاً قانوناً بكل شروطه سواء كان شرطاً أو مشاركة أنه لا يتأثر ببطلان العقد الاصيلي ، بعبارة أخرى أنه علي فرض حدث بطلان بالعقد الاصيلي الذي ورد به اتفاق التحكيم ، فلا يمتد البطلان الى هذا الاتفاق ، وهو ما يعبر عنه باستقلال اتفاق التحكيم ، وتبرير ذلك ، أن كلاً من العقد الاصيلي واتفاق التحكيم يحكمهما قانون مستقل ينفصل كل منهما بأحكامه عن الآخر ، كما يترتب على وجود اتفاق التحكيم أنه لا يترتب أي أثر الا بين طرفيه فقط أي من وقع على الاتفاق ( طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقود ) ولا يمتد ليشمل غير هؤلاء ، الا أن وحدة المصلحة بين أحد أطراف النزاع والغير تقتضى أحياناً حق الغير في التمسك باتفاق التحكيم حتى ولو لم يكن طرفاً في الاتفاق الاصيلي الذي شمل هذا الاتفاق ، كحق الخلف العام في التمسك به عن مورثه ، وحق الشريك المتضامن في شركة التضامن ، وحق الشركة القابضة في التمسك بهذا الاتفاق إذا وقعت إحدى شركاتها التابعة ، وهكذا فإن أثر هذا الاتفاق يحقق وحدة المصلحة ويكون لهؤلاء حق التمسك به قانوناً ، لأن التمسك بمبدأ نسبية اتفاق التحكيم يعني أنه ينتهي بمجرد وفاة أحد طرفي النزاع ، أو بمجرد زوال صفة الشريك المتضامن ، وإلا أدى ذلك إلى الإخلال بحقوق طرفي النزاع .

**ولكي تتحقق هذه الآثار فلا بد من صحة اتفاق التحكيم ولا يتحقق هذا إلا بتوافر شروط موضوعية ، وأخرى شكلية :**

**أولاً : الشروط الموضوعية :** باعتبار أنه يوجد اتفاق بين طرفين على إحالة نزاع الى التحكيم بديلاً عن القضاء إذاً فلا بد من توافر الشروط الموضوعية العامة التي ينبغي توافرها في كافة التصرفات القانونية وهي :- الإرادة ، فلا بد أن تكون إرادة طرفي النزاع سليمة خالية من العيوب كالإكراه ، أو التدليس ، أو

الغلط ، الاستغلال ١ ، أي أن يكون حراً في إبداء كامل رغبته في اللجوء الى التحكيم بدلاً من القضاء ، ويرتبط بالإرادة الأهلية ، أي ينبغي أن تكون أهلية الطرفين أهلية التصرفات القانونية باعتبار أن الاتفاق على اللجوء للتحكيم يرتب آثاراً قانونية في التزام كل منهم بما ورد بالاتفاق ، بعبارة أخرى يقصد بالأهلية هنا الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ، ولا يمكن للشخص ان يجري اتفاقاً على ذلك الا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمها بالتحكيم ٢ .

**المحل :** والمقصود بالمحل هنا هو موضوع النزاع ذاته ، سواء انصب على نقاط محددة محل الخلاف بين طرفي النزاع ، كنعوية البضاعة أو درجة الجودة أو فائدة التأخير أو مكان أو زمان التسليم ، أو انصب التحكيم على جميع المنازعات التي ستنشأ عن العقد وذلك إذا وضع الشرط ضمن بنود العقد ، أو قد يتم بعد حدوث النزاع وقبل الاحالة للقضاء وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم وفي هذه الحالة يكون النزاع معروفاً ونقاط الخلاف قد تحددت ، وفي محل التحكيم يجب أن ينصب على المسائل التي يجوز فيها التحكيم وذلك إذا كان التحكيم محلياً ، أما إذا كان دولياً خاصة في مجال التجارة الدولية فيجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب في الدولة التي يتم فيها انعقاد التحكيم ، والمعروف بأن مفهوم النظام العام يختلف من دولة الي أخرى ، والقاعدة المشتركة بينهم أنها وضعت للصالح العام بعيداً عن المصالح الخاصة أي أنها قواعد أمره لا يجوز بحال الاتفاق على ما يخالفها ، أي أن القوانين الوطنية تحدد في أغلب الأحوال القواعد التي تعد من النظام العام .

**السبب :** اتفاق الأطراف أو طرفي النزاع على الإحالة الى التحكيم يجد سببه في استبعاد طرح النزاع على القضاء للمزايا التي سبق عرضها ، وهو سبب مشروع لا جدال فيه ، ولا يتصور عدم مشروعية السبب إلا إذا كان السبب من طرح النزاع على التحكيم هو التهرب من تطبيق أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع علي القضاء ، نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يرغب الأطراف من التحلل منها ٣ .

**الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم :** طبقاً لنص المادة (١٢) من قانون التحكيم التجاري المصري (٢٧) لسنة ١٩٩٤ علي وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ، فلا يكفي اتفاق الاطراف شفاهة علي الاحالة للتحكيم لفض منازعاتهم ، لأن هذا الوضع لا يسمح لهم بوضع هذا الاتفاق موضع التنفيذ ٤ ، وأشارت المادة الى الصور التي يكون فيها مكتوباً وهي :- أن يكون ضمن محرر وقعه الطرفان ، أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة ، وهو ما يعني بالضرورة أن يكون مكتوباً ، وهذا يعني أن الكتابة شرط ضروري لوجود شرط التحكيم ، أما المشارطة فالتكتابة شرط لإثبات اتفاق التحكيم ، وسواء في بند من بنود العقد أو في اتفاق مستقل مع الإشارة الي

١ . د . حسنى المصري - المرجع السابق ص ١٢١ وما بعدها

٢ . د . فوزى محمد سامي - المرجع السابق ، ص ١١٥

٣ . د محمود مختار بريري - المرجع السابق ص ٥٨

٤ . د . مجدي عبد الحميد شعيب - اتفاق التحكيم الاداري - مجلة الامن والقانون - اكااديمية شرطة دبي - س ١٩ العدد

الثاني يوليو ٢٠١١ ص ٧١

العقد الاصيلي ، أو ما يفيد اعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءاً من العقد الاصيلي ، ويرتب المشرع جزاء على عدم كتابة اتفاق التحكيم وهو بطلان الاتفاق ، أي لا يرتب أي أثر ملزم بين الطرفين .

- كما ينبغي أن يشمل الاتفاق ( شرطاً أو مشارطة ) جميع المسائل المختلف عليها والمراد طرحها على التحكيم ، وإن كان في حالة الشرط أي السابق على النزاع يصعب تحديدها ، ففي المشاركة ، فنقاط النزاع تكون قد حددت وبالتالي ينبغي هنا تحديد دقيق للمسائل المراد طرحها على التحكيم ، وفي كل الاحوال يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم ، ورتب المشرع المصري ١ جزاء البطلان على تجاهلها ، كما يستلزم أيضاً لاستكمال شكل اتفاق التحكيم أن يذيل بتوقيع الطرفين أو الأطراف في العلاقة القانونية ، وأياً كان شكل التوقيع سواء بالفرمة أو بالبصم أو بالختم ، وسواء وقع بنفسه أو بواسطة وكيل وإنما لا بد أن تكون الوكالة هنا خاصة طبقاً لنص المادة ٧٦ من قانون المرافعات المصري علي ضرورة وجود تفويض خاص بالتحكيم ، فلا تكفي الوكالة العامة لصحة ابرام اتفاق التحكيم والتوقيع عليه وإنما لا بد من التفويض الخاص في ابرام مثل هذا الاتفاق .

### المبحث الثالث

#### المزايا التي يحققها التحكيم

لاشك أن اللجوء إلى التحكيم بعيداً عن قضاء الدولة يجد مبرره في مزايا قد لا تتوافر في هذا القضاء بالرغم الانتقادات والنقائص التي تعرض لها نظام التحكيم فإنها لم تلبث أن تهاوت أمام الأهمية التي يقدمها هذا النظام ، فقد قيل بأن اتفاق التحكيم يؤدي بالفعل الى وجود محاكم حقيقية فوق القانون تفلت من كل رقابة ، وقيل أيضاً بأن تشكيل هيئة التحكيم يكون من خلال أفراد عاديين ليس لديهم خبرة في التصدي لأي نزاع خاصة المنازعات التجارية ، كل هذه الانتقادات لا تنال من أهمية التحكيم ٢ ، كما أن أغلب التشريعات في دول العالم تتجه الآن نحو تطبيق نظام التحكيم بصورة أكبر ليس فقط في منازعات العقود التجارية ، بل أيضاً في منازعات العقود الإدارية وفي مسائل الأحوال الشخصية ، وفي التعويضات الناتجة عن ارتكاب الجرائم ، وبالعموم كل المسائل التي يجوز فيها إنهاء النزاع صلحاً يجوز لأجلها اللجوء للتحكيم ، وهنا يكفى القول بأن للتحكيم مزايا يجب ذكرها ولا يجوز بحال إنكارها وهي :

**١- سرعة الفصل في النزاع :** وهي تأتي في مقدمة المزايا التي يطرحها نظام التحكيم من تقادي طرح النزاع على قضاء الدولة لكونه يتسم بالبطء والتعقيد في إجراءات التقاضي ٣ ، فالقضاء العادي يتسم بالتعدد في درجاته وبالتالي إمكانية الطعن على الحكم الصادر من أول درجة ، وكذلك الطعن بالحكم الصادر من محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض وهكذا فإن الحصول على الحكم البات القاطع لدابر الخلاف والذي يكون محلاً للتنفيذ قد يستمر لسنوات نتيجة الماطلة في فتح ثغرات باستغلال المهارات القانونية ، وهو ما يتنافى مع طبيعة الحياة التجارية والتي تتطلب السرعة في تداول الثروات ، ويؤدي

١ . التجاري المصري . (١) المادة ٢/١٠ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بإصدار قانون التحكيم

٢ . د حسني المصري المرجع السابق ص ٧٠٨

٣ . د حسني المصري - المرجع السابق ص ٩ (٢) د . محمود مختار بريري - المرجع السابق ص ٩ وما بعدها .

التحكيم الي تنقية البيئة التجارية سريعة ومرنة ويحافظ على العلاقة المستقبلية لأطراف النزاع ، لأن المحكم لا يدين بقدر ما يرجح وجهة نظر أو تفسير علي أخرى ، كما أن طريفي النزاع يرتضون مقدماً بالحكم الصادر سواء لصالح أو ضد طرف على طرف آخر ، وهكذا فإن للتحكيم أهمية في سرعة الفصل في المنازعات خاصة المتعلقة بالعقود التجارية ، كي يستطيع التاجر أن يستعيد رأسماله والذي يمثل عموده الفقري في حياته التجارية.

**٢- سرية الخصومة :** فالقاعدة في النظم القضائية هي علنية الجلسات والمرافعة وحتى النطق بالحكم وهي من الضمانات الجوهرية التي ينفرد بها القضاء العادي ، فالأمر عكس ذلك في نظام التحكيم ، فالأصل فيه أن تعقد الخصومة سرية ، أي الجلسات والمرافعات وحتى الحكم الصادر عن الهيئة بل وحتى نشر الحكم الصادر لا يجوز بأي حال إلا باتفاق الاطراف المتنازعة ، ذلك أن نظام التحكيم يخضع في تطبيقه لمبدأ سلطان الإرادة ، وبالتالي فلا تتعقد الخصومة علنية إلا باتفاق الطرفين ، وعليه فإن الأصل في نظام التحكيم السرية مالم يتفق أطراف النزاع علي جعله علنية من غير الخصوم ، وتحقق مزية السرية المحافظة على أسرار المشروعات التجارية وما يتصل بها من حجم الأعمال والمركز المالي للمشروع وهي معلومات لا يجب افشاؤها كي لا يسبب ضرراً بالخصوم ، ويظهر جلياً مزية السرية في المعاملات التجارية الدولية ، ذلك أن هناك معاملات دولية تعتبر سرية بياناتها هي كل رأسمالها ، والأمثلة على ذلك في عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية في مجال تصنيع الدواء وتصنيع الأقمار الصناعية وصناعة السيارات وغيرها فإن إفشاء سرية هذه المعلومات يرتب ضرراً بطريفي الخصومة ، لذلك تحقق هذه الميزة حماية المعلومات التي تحويها هذه العقود محل النزاع.

**٣- التخصص في موضوع النزاع :** فإذا ترك المشرع لأطراف النزاع الحرية المطلقة في اختيار المحكمين، فعلة ذلك هو اختيار الأنسب لفض النزاع مما هو أهل للتخصص ، فإذا كنا بصدد قضاء الدولة فإن اختيار القضاة لا يرجع لإرادة طريفي النزاع وإنما السلطة القضائية باعتبارها جزءاً من سيادة الدولة ، ويشترط فيمن يعين قاضياً أن يكون خريجاً لإحدى كليات الحقوق ، والأمر يختلف بصدد اختيار المحكمين، فلا يشترط فيهم دارستهم للقانون وإنما يرجع التخصص الى نوع النزاع ، فقد يكون طبياً أو محاسبياً أو متعلقاً ببرمجيات الحاسوب أو عقود توريد وغيرها فتكون وسيلة التحكيم أقرب لفهم النزاع وبالتالي صدور حكم أقرب للعدالة وفيه حسم للنزاع قاطع لدابر الخلاف لا يقبل الطعن عليه ، لأن القاضي غالباً ما يفتقر هذه الخبرة أو لا تتوافر فيه ، أي نعم يعاونه في الفصل في القضايا خبراء متخصصون ، إلا أن تخصص المحكم يكون أسرع وأفضل في إصدار حكمه باعتباره أقرب للنزاع ولكن يرجع الى وجود اتفاق صريح بذلك مدرج بالاتفاق ( شرطاً أو مشارطة ) ولا يقبل من أي منهم بعد ذلك الاعتراض متى بدأت إجراءات الخصومة ١ .

١ . فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « إذ كان الثابت في الأوراق تضمن اتفاق التحكيم أن يكون المحكمون من التجاريين المتخصصين في حالة عدم الاتفاق على غير ذلك ، بما مؤداه صحة وجواز تعيينهم من غير أهل التجارة ، شريطة الاتفاق على ذلك صراحة أو ضمناً ، وإذ كانت الطاعنة قد علمت بتعيين المحكم المرجح وشخصيته بتاريخ ٢٨ من يناير سنة ٢٠٠٧ ، وسبق للمحكم الذي اختارته المشاركة في هذا التعيين ، واستمرت في الحضور أمام هيئة التحكيم حتى صدور حكمها بتاريخ ٢٠ من يناير سنة ٢٠٠٨ دون أن تتمسك بهذا الدفع رغم تمكنها من ذلك ، بما يُعد موافقة ضمنية منها على تشكيل هيئة التحكيم ، ونزولاً عن حقها في التمسك باشتراط أن يكون المحكمون من رجال التجارة ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه في هذا الخصوص يكون على غير أساس . ( الطعن رقم ٩٥٤٠ لسنة ٨٠ق - الدائرة المدنية جلسة ٢٠١٢/١١/١٣ م )

٤- **قلة النفقات أو المصروفات** : من المزايا التي يتمتع بها التحكيم الاقتصاد في المصروفات إذا ما قورنت بالقضاء العادي<sup>١</sup> التي تستدعيها الخصومة أمامه من رسوم قضائية وأمانة الخبير وأتعاب المحاماة ومصروفات الطعن على الأحكام الصادرة ٠٠٠٠ الخ ، وقد اعترض البعض على ذلك بأن المصروفات باتت في الوقت الحالي باهظة خاصة إذا كان التحكيم دولياً لانتقال المحكمين من دولة الى أخرى ، إلا أنه يمكن الرد على ذلك بأن المصروفات تأتي على حجم النزاع وأهميته ، وعموماً فإن اختيار النفقات أو المصروفات إنما يرجع أولاً لاتفاق الطرفين لأنهما أقدر على تحديد مصالحيهما الاقتصادية<sup>٢</sup>.

٥- **مزايا أخرى** : يعد التحكيم وسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية ، فالمستثمر الأجنبي الذي يرغب في توظيف أمواله داخل الدولة يسعى الى ضمان أسباب الحماية وضمن تحقيق الأرباح عن طريق اللجوء الى التحكيم وذلك لأنه غالباً ما يجهل البيئة التشريعية في الدولة المضيفة ، ويرغب في الحيادية والنزاهة والشفافية في المحكمة .

كما تعد آلية التحكيم وسيلة لتفادي المنازعات قبل حدوثها ، أي أن لها دوراً وقائياً ، فلا يقتصر دورها على علاج ما قد ينشأ من منازعات بعد حدوثها ، ولكنها أيضاً لها وظيفة وقائية ، فقد قيل وبحق بأن التحكيم التجاري وبخاصة التحكيم التجاري الدولي لم يعد الآن سلعة يجب استظهار محاسنها بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية ، ولم يعد دوره قاصراً على فض المنازعات بعد نشوبها ، بل أصبح في نظر الكثير من أعضاء المؤتمرات الدولية للتحكيم وسيلة فعالة يمكن استخدامها لتقادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات ابرام عقود التجارة الدولية طويلة الأجل التي تتعلق بالتصنيع أو نقل التكنولوجيا أو المشروعات المشتركة<sup>٣</sup>.

## الفصل الأول

### حكم التحكيم

**تمهيد** : يُعد الحكم الصادر من هيئة التحكيم المحصلة النهائية لسلسلة من الإجراءات التي اتبعتها الهيئة أثناء نظر النزاع وبالفصل في جميع المسائل المطروحة ، كما يشمل الحكم أيضاً جميع الأحكام الأخرى التي تصدرها الهيئة بصورة مؤقتة أثناء نظر الخصومة وكذلك الأحكام التفسيرية والتكميلية في مسائل لم يشملها الحكم النهائي والأحكام الصادرة بتصحيح الأخطاء المادية في الحكم النهائي ، وهي جميعاً تدمج مع بعضها لتنفذ مرة واحدة ، فالحكم الصادر يمثل بالنهاية النتيجة لصالح أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر ، والمتعين تنفيذه من خلال المنطوق الذي صدر به الحكم طالما كان صحيحاً غير متعارض مع أسبابه ، وتوافرت فيه الشروط الموضوعية والشكلية فيصير حائزاً لقوة الأمر المقضي ، وهو ما يقتضى منا التعرض لتعريف حكم التحكيم وبيان الشروط الموضوعية والشكلية لصحة الحكم الصادر .

١ . د . حسنى المصري - المرجع السابق ، صفحة ٨

٢ . د . عاشور مبروك - التحكيم - دار الفكر والقانون - الطبعة الأولى ٢٠١٠م ، هامش ص ١٠

٣ . د . عاشور مبروك - المرجع السابق ، هامش ص ١٧

## المبحث الأول

### التعريف بحكم التحكيم وتحديد المقصود به

لم يتعرض قانون التحكيم المصري لتعريف حكم التحكيم وإنما اقتصر فقط على تحديد مضمون الحكم وشكله والتوقيع عليه وتنفيذه ، وتصدى القانون النموذجي للأمم المتحدة ( الأونسيترال ) لتعريفه فقد عرفته المادة ٢/٢٢ بما يلي : « يصدر قرار التحكيم كتابة ، ويكون نهائياً ، وملزماً للطرفين ، ويتعهد الطرفان بالمبادرة الى تنفيذه بدون تأخير» وبالنظر الى هذا التعريف نجد أنه تعريف واسع وشامل ، وكان النص المقترح هو « إن كلمة حكم تحكيمي يجب أن تفهم على أنها حكم يفصل في كل الموضوعات المطروحة على المحكمة التحكيمية ، وكذلك يعتبر حكم تحكيم كل قرار صادر عن المحكمة التحكيمية ، ويعالج أي موضوع في الأساس أو الاختصاص أو أي موضوع آخر يتعلق بالإجراءات » ، وفى تعريف لمحكمة استئناف باريس « اعتبرت أن حكم التحكيم هو الذي يفصل في النزاع ، وأما الأحكام الأخرى التي لا تفصل في النزاع فلا يعتبر حكماً تحكيمياً . وقد اختلفت كلمة الفقهاء حول تعريف حكم التحكيم ، فالأول يرى بأنه الذي يفصل في كل النزاع والحكم الذى لا يفصل في النزاع فلا يعتبر حكماً تحكيمياً ، ويرى الثاني بأن حكم التحكيم هو الذي يفصل نهائياً في جزء منه يعتبر حكماً تحكيمياً .

وفى ضوء ما سبق يقصد بحكم التحكيم، القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء كان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزءاً منها ورفضت الجزء الآخر ( طالما كان اتفاق التحكيم صحيحاً شرطاً كان أو مشاركة بشروطه الموضوعية والشكلية ) . ففي النزاع المعروض على هيئة التحكيم، قد يطلب أحد الطرفين طلبات معينة يرفضها الآخر كاملة، بل ويتقدم بدعوى متقابلة. وبعد تبادل المذكرات وتقديم المستندات ، تحجز الهيئة الدعوى للحكم ، وتصدر حكمها النهائي في كل طلبات الطرفين مرة واحدة، وهذا هو الحكم النهائي الشامل ٢. وإذا كان المعروض على هيئة التحكيم أكثر من نزاع، يمكن لهيئة التحكيم تسوية هذه النزاعات بحكم واحد، أو الفصل بينها وإصدار حكم تحكيم نهائي، في كل نزاع على حدة، ما دام بالإمكان ذلك ، وقد تتصل هيئة التحكيم ببعض طلبات أحد الطرفين كمسألة أولية، في حين ترجى البت في الطلبات الأخرى لتفصل بها في وقت لاحق. ومثال ذلك، أن يقوم (أ) بمطالبة (ب) بمليون جنيه فيقر الأخير بأن ذمته مشغولة بمائة ألف جنيه فقط دون فوائد، وينازع بالباقي والفوائد ، فيطلب (أ) الحكم له بالمائة ألف جنيه بقرار أولي نهائي، وتستجيب هيئة التحكيم لذلك. وفي وقت لاحق، تصدر قرارها النهائي بباقي المطالبة. في هذا الفرض، نكون أمام حكمي تحكيم، يجب أن يتوفر في كل منهما شروط الحكم، كما

١. الأستاذ ياسين غانم المحام - حكم التحكيم في القوانين العربية ومراكز التحكيم العربية والاتفاقيات الدولية محاضرة في المعهد القضائي بالقاهرة بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٣م
٢. وبالمقارنة، قضي في الكويت بأن العبرة في تكيف الحكم لمضمونه وليس لمجرد ذكر أنه حكم تحكيم. لذا، إذا كانت الأوراق المقدمة على أنها حكم تحكيم، عبارة عن صور فوتوستاتية لمستندات تتعلق بالنزاع، ولا تحتوي بأي شكل من الأشكال على مضمون الحكم من أسماء المحكمين وتوقيعهم وأسباب الحكم ومنطوقه، فإن مثل هذه الأوراق لا تعتبر حكماً (تميز الكويت، طعن ٤١٩ تجاري، تاريخ ١٩٩٧/٦/٢٢، عدد ٢٥، ص ٥٧).

يخضعان للقواعد الخاصة بأحكام التحكيم، من حيث تصديقها وتنفيذها أو الطعن بها. ومن ناحية أخرى تصدر هيئة التحكيم قرارات كثيرة أثناء الإجراءات، ويشمل ذلك مختلف القرارات الوقتية أو الجزئية أو الإجرائية، مثل القرارات الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ومكان التحكيم، والاستماع للشهود، واللجوء للخبرة، ولغة التحكيم بما في ذلك لغة البيانات وكيفية تقديمها، وتبادل المذكرات واللوائح وتواريخ تقديمها، والجدول الزمني للسير في إجراءات التحكيم. ومثل هذه القرارات، التي لا تمس موضوع النزاع لا تعتبر - ( كما نرى ) قرارات تحكيم، وبالتالي لا يشترط أن يتوفر بها شروط الحكم، كما أنه لا يجوز الطعن بها بصورة مستقلة عن الحكم النهائي، والمسألة بالنسبة للقرارات الإجرائية البحتة، متفق عليها ولا خلاف حولها، مثل القرار بقبول بيّنة أو رفضها، أو تحديد مواعيد لجلسات المحاكمة، أو تحديد لغة ومكان التحكيم، أو رفض أو قبول طلب أحد الطرفين بتقديم مذكرة.

وكقاعدة عامة، فإن هيئة التحكيم لها صلاحية الرجوع عن القرار الإجرائي البحت، بافتراض أن مثل هذا الرجوع له ما يبرره<sup>١</sup>، في حين ليس لها ذلك في حكم التحكيم النهائي كقاعدة عامة، ذلك أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي ولا يجوز الطعن فيه كقاعدة عامة ويتعين تنفيذه فور إعلان من صدر الحكم لصالحه، وهو ما نصت عليه المادة ٥٢/١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أنه « لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية » وقد صدرت عدة أحكام من محكمة النقض المصرية في هذا الشأن فصي حكم لها<sup>٢</sup> قضت بأن « المقرر أنه ولئن كان الأصل أنه متى حاز الحكم حجية الأمر المقضي فإن مناط التمسك به في المنع من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها ذات النزاع هو تقديم صورة رسمية من الحكم الصادر فيها والتمسك بأثره فور صدوره، فإذا استطلت تمسك الخصم به - في دعوى مقامة بالفعل - إلى أمد ينبئ عن تنازله عن الحق الثابت به فإنه يتعين عدم الاعتداد بأثره على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحققها اتساقاً مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن « من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه »، وكان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً، وكان قضاء محكمة النقض يحوز هذه الحجية في حدود المسألة التي تناولها ويمتنع على المحكمة المحال إليها عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية ويتعين عليها أن يقتصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق المسألة التي أشار إليها الحكم الناقض، كما يمتنع على الخصوم أن يعودوا إلى المناقشة في شأنها من جديد، وأنه متى فصل الحكم المحاج به في مسألة كلية شاملة امتنع النظر في مسألة فرعية متفرعة عنها ». ومن هنا تنتهي الخصومة بصورة طبيعية في حال التوصل إلى حكم فاصل وحاسم في موضوع النزاع بالصورة المتفق عليها بين الطرفين في كل المسائل المطروحة أمام الهيئة المشكلة بمعرفة الأطراف، ويعد الحكم صحيحاً إذا صدر بالأغلبية مقابل الأقلية الراضية أو صدر بإجماع الآراء، طالما أنه تم بالمداولة

١. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠م، فقرة ٤٣٣-٤٣٤.

٢. الطعن رقم ٧٦ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٧/٢/١٢م (٢) مجموعة أحكام النقض -

السرية بين أعضاء الهيئة والتي تسمح لهم بفحص أوجه النزاع ومناقشته شفهيًا وتبادل الرأي فيما بينهم مما يعطى للحكم الصادر قوة يتعذر معه الطعن عليه ، بكونه فاصلاً في النزاع بطريقة حاسمة أو صدر من محكمة واحد وبالشروط التي استلزمها المشرع لصحة الحكم شكلاً ومضموناً .

## المبحث الثاني الشروط التي يجب توافرها في حكم التحكيم

**أولاً الشروط الموضوعية :** ينبغي صدور حكم التحكيم فاصلاً في موضوع النزاع على نحو قاطع أو حاسم ، وذلك في ضوء قواعد القانون الموضوعي الذي اختاره أطراف النزاع ، سواء بالنسبة للإجراءات أو الموضوع طالما أنه لا يخالف قواعد النظام العام أو يصطدم بقواعد النظام داخل الدولة ، ويعد سبباً لبطلان الحكم إذا صدر وفقاً لقواعد قانون موضوعي آخر اختارته هيئة التحكيم خلافاً لقانون الإرادة حتى ولو كان هو القانون الذي كان سيطبقه القاضي لو عرض عليه النزاع ، فلا يعد حكماً فاصلاً في موضوع النزاع ما تصدره الهيئة من قرارات أو أحكام وقتية أثناء نظر النزاع ذلك أن مثل هذه الأحكام يمكن الحصول عليها أمام القضاء العادي فلا ينسحب عليها الأثر المانع لاتفاق التحكيم ، إلا إذا وردت عبارات صريحة في اتفاق التحكيم على قصر إصدار مثل هذه القرارات على الهيئة دون غيرها ، كما لا يعد حكماً فاصلاً في موضوع النزاع مجرد حث الأطراف على تنفيذ التزاماتهم على نحو معين ١ ، وصدور الحكم في موضوع النزاع يترتب عليه نتيجة قانونية وهي منع العودة الى طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء أو هيئة تحكيم أخرى إلا كان لأي من طرفي الخصومة الحق في التمسك بعدم جواز نظر موضوع النزاع لسبق الفصل فيه بحكم حاز حجية الأمر المضي .

### الشروط الشكلية في حكم التحكيم :-

١. **أن يصدر الحكم مكتوباً:** فقد تصدى المشرع المصري للحالة الشكلية للحكم الصادر من هيئة التحكيم ففي نص المادة ١/٤٢ من قانون التحكيم المصري « يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل الهيئة من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية » ، ويفيد النص بأن الكتابة لازمة لوجود الحكم لا لإثباته كي يحقق الحكم حجية الأمر المقضي ويكون واجب النفاذ ، فالحكم الصادر شفهيًا لا يكتسب به هذه الحجية ولا يكون قابلاً للتنفيذ ، و صدور الحكم مكتوباً كي يتمكن من صدر الحكم لصالحه من تنفيذه في مواجهة الصادر ضده الحكم ، ويجب أن يشتمل الحكم على جميع بيانات الخصوم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم ٢ .
٢. **توقيع المحكمين:** كما يجب أن يذيل الحكم بتوقيعات المحكمين ، فإذا صدر بالإجماع يجب أن يوقعه

١. د. محمود مختار بربري - المرجع السابق - ص ١٨٠ فقرة ١٠٩

٢. وفي حكم محكمة النقض المصرية بأن « حكم التحكيم . وجوب اشتماله علي صورة اتفاق التحكيم . خلوه منه بطلانه ولو ارفق بأوراق الدعوى التحكيمية » الطعن رقم ١٠٦٢٥ لسنة ٧٦ ق جلسة ٢٠٠٧/٢/٢٧ م .

جميع أعضاء الهيئة ، أما إذا صدر بالأغلبية فطبقاً للنص المذكور يكتفى بتوقيع الأغلبية ويكون الحكم صحيحاً منتجاً لإثره أي كونه يحوز الحجية ويتعين تنفيذه ، ولا يجوز الطعن عليه بالطرق المنصوص عليها بقانون المرافعات الا أن المشرع البحريني في المادة ١/٢١ علق صحة الحكم على شرط وهو أن يُذكر فيه أسباب عدم توقيع الأقلية وإلا أصاب الحكم البطلان ويعد سبباً لتحريك دعوى البطلان .

٣. **أن يصدر الحكم مسبباً :** يلزم أن يكون الحكم مسبباً إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك حسب نص المادة ٢/٤٣ من قانون التحكيم المصري ، والأمر خلاف ذلك في الأحكام الصادرة من المحاكم العادية إذ يجب أن يكون الحكم مسبباً وإلا كان باطلاً ، أما التسبب في أحكام التحكيم فلم يعد أمراً لازماً ، كما كان عليه الحال في ظل نص المادة ١/٥٠٧ من قانون المرافعات المصري حيث كان التسبب من مستلزمات صحة الحكم الصادر شأنه شأن الحكم القضائي ، فيجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي أحاطت بطلبات الخصوم ، فقد أكد عليها المشرع المصري والتشريعات المقارنة بأن الحكم يجب أن يكون مسبباً وإلا كان باطلاً إلا إذا اتفق الطرفان أو الأطراف على غير ذلك ، وبصدور الحكم تنتهي الخصومة إلا إذا انتهت لأسباب أخرى سردها المشرع ، كاتفاق الخصوم على إنهاء الخصومة لتوصلهما الى اتفاق ، أو تعذر الهيئة لصدور حكم فاصل في موضوع النزاع فتصدر الهيئة حكمها بإنهاء الخصومة .

٤. أن يشتمل الحكم على بيانات معينة :- وهي ما حددتها المادة ٤٣ / ٣ من ذات القانون :

حسب نص المادة ٢/٤٣ من قانون التحكيم المصري والمادة ٣/٢/٢١ من قانون التحكيم البحريني ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بوجوب أن يشتمل الحكم على أسماء الخصوم وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم والأسباب التي استند اليها الحكم إذا كان ذكرها واجباً ، ومكان وتاريخ الحكم الصادر ١ وإلا يكون الحكم الصادر باطلاً يستوجب الطعن عليه وأخيراً المنطوق والذي يمثل عنوان الحقيقة والمعول عليه في تنفيذ حكم التحكيم والطعن على الحكم ، وهذه البيانات جميعاً لا تختلف كثيراً عن الحكم القضائي من وجوب اشتماله على مجموعة من البيانات الأساسية الكافية لمعرفة موضوع النزاع وطلبات الخصوم ودفعهم وغيرها من البيانات التي ذكرتها المادة ٢/٤٣ المشار اليها ، وهو ما رددته المادة ٤٥ من النظام الداخلي لغرفة تجارة وصناعة دبي بشأن التوفيق والتحكيم من وجوب اشتمال الحكم على بيانات أساسية وأن يكون مكتوباً ، والكتابة هنا لازمة لوجود الحكم وإلا لا يعتبر الحكم حكماً تحكيمياً ، كما يجب أن يذيل الحكم بتوقيع المحكمين سواء صدر بالأغلبية أو الأجماع وإذا صدر الحكم بالأغلبية يجب أن تبيّن الأقلية أسباب رفضها أو معارضتها للحكم ، وهو أيضاً ما تناولته المادة ٣١ من القانون النموذجي

١. جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١٠/١١/١٩٦٩م - مجموعة القواعد القانونية س ٢٥ ص ١٢٣٤ - بأن « بطلان الحكم لخلوه من تاريخ إصداره إنما ينبسط أثره حتماً الى كافة أجزائه بما في ذلك المنطوق الذي هو في واقع الحال الغاية من الحكم والنتيجة التي تستخلص منه وبدونه لا يقوم للحكم قائمة ، وذلك لما هو مقرر من أن الحكم يكون مجموعاً واحداً يكمل بعضه بعضاً فإذا أحال الحكم المطعون فيه في منطوقه الى منطوق الحكم المستأنف . مع أنه باطل لخلوه من تاريخ إصداره يكون قد انصرف أثره الى باطل وما بنى على باطل فهو باطل ، مما يؤدي إلى استقالة البطلان إلى الحكم المطعون فيه ذاته بما يعيبه ويستوجب نقضه »

للأمم المتحدة (الأونسيترال) والتي تطبق قواعده مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي من وجوب الحكم اشتماله على ما يلي:-

- توقيع المحكمين الذين أصدره مع بيان أسباب عدم توقيع الأقلية .
- أسباب القرار ، إلا إذا اتفق الأطراف على عدم لزوم ذلك أو كان القرار صادراً بتسوية تم اتفاق الأطراف عليها .
- تاريخ ومكان صدور الحكم ، ويعتبر الحكم صادراً في المكان المحدد باتفاق الأطراف أو المكان الذي تحدده الهيئة في حالة عدم الاتفاق .

### المبحث الثالث

#### حجية الحكم التحكيمي الصادر في النزاع

طبقاً لنص المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري « تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون » وكذلك المادة (١/٣٥) من المرسوم بقانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠ بالموافقة على نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية « يكون الحكم الصادر من الهيئة وفقاً لهذه الإجراءات ملزماً ونهائياً . وتكون له قوة النفاذ في الدول الأعضاء في مجلس التعاون بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة ، وطبقاً لنص المادة ٢٤ / ١ من المرسوم بقانون ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم البحريني بأنه « لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء ..... » وهي نفس المادة المنصوص عليها بقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ م وتعديلاته في عام ٢٠٠٦ م في المادة ١/٣٤ ( لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء ..... ) ، وطبقاً لنص المادة ٢٣٩ الفقرة الأخيرة من قانون المرافعات « ولا يقبل الاعتراض على الحكم الصادر في التحكيم » .

ومن جماع النصوص المتقدمة يمكن القول بأن الحكم الصادر من هيئة التحكيم يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ، وتبقى هذه الحجية للحكم ما بقى الحكم قائماً وتنتهي ما انتضى الحكم القائم ، وقد عرّف العديد من الفقهاء الحجية ، فمنهم من عرفها بأنها عنوان الحقيقة أي لا يجوز إعادة طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء ، وعرفها آخرون بأنها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس والتي تؤكد بأن الحكم الصادر كان صحيحاً شكلاً وموضوعاً وبالتالي لا يجوز الطعن فيه إلا بالطرق المقررة للطعن في مثل هذا الحكم ، وتتفق هذه الآراء جميعاً في أن هذه الحجية لها جانبان ٣ ، الأول :- إيجابي ويعني أحقية من صدر الحكم لصالحه في التمسك بهذه الحجية ، والثاني :- سلبي : وتعني الامتناع عن طرح النزاع مرة أخرى أمام جهات الاختصاص ، وعن الحجية في الأحكام لم يتناول المشرعان المصري والبحريني

- ١ . د أحمد السيد صاوي - الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م - الطبعة الثالثة - ٢٠١٠م ص ٤٠٥ وما بعدها
- ٢ . د أحمد هندي - قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم - دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٥م ص ٥١٦ وما بعدها .
- ٣ . د محمد وليد هاشم المصري - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني - جامعة البحرين ٢٠٠٦م ص ٣٥٥ وما بعدها

في قانون التحكيم التجاري تعريفاً محدداً لهذا الأمر الذي يدعونا الرجوع الى مفهوم الحجية في قانون الإثبات المدني ، ففي نص المادة (١٠١) من قانون الإثبات المصري « الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم بذات الحق محلاً وسبباً وتقتضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها « فالحجية إذا هي الصفة الغير قابلة للمنازعة فيه فيما بعد ، فيمتنع على من أصدر حكمه أن يعدل عنه ، والقاعدة أن الحجية للمنطوق وحده الذي فصل فيما طلبه الخصوم ، إلا أن هذا ليس معناه أن تثبت الحجية لكل أجزاء المنطوق ، إذ قد تغفل المحكمة بعض طلبات الخصوم ومن ثم فإن الحجية لا تنصب إلا فيما فصل فيه دون أن تتعدى فيما لم يفصل فيه سواء أكان ذلك راجعاً الى عدم عرضها على القضاء وإما لأن الخطأ من المحكمة بنسيان بعض الطلبات التي طرحت أمام المحكمة وأغفلتها عن غير عمد ، إلا أن حجية حكم التحكيم ليست من النظام العام ومن ثم يجوز لأطراف النزاع اللجوء الى هيئة أخرى للفصل من جديد في طلباتهم دون أن تحكم الهيئة الجديدة بعدم جواز نظر النزاع لسابقة الفصل فيه ، واكتساب حكم التحكيم حجية الأمر المقضي منذ صدوره لا يعنى اكتسابه القوة التنفيذية ولا يعنى عده سنداً تنفيذياً ، أي لا يمكن تنفيذه جبراً إلا بعد صدور أمر من المحكمة المختصة بتنفيذه حسب نص المادة ٥٦ من قانون التحكيم المصري ، إلا أن رأياً في الفقه يرى أنه يجوز للمحكمة أن تعمل الحجية من تلقاء ذاتها ، بل يتعين أن يدفع به الخصوم ، ويرجع ذلك لكونها من النظام العام وهو ما يؤيده العديد من الفقهاء في إعمال الحجية كما هو الشأن في أحكام القضاء<sup>١</sup> وهنا تختلف الحجية التي تتصف بها أحكام التحكيم عن الأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي في أن الحجية تعنى طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات أنها تمثل صفة للأمر المقضي به في الحكم وتبدو فاعليتها خارج نطاق الخصومة وتثبت للحكم بمجرد صدوره حتى ولو كان الحكم قابلاً للطعن فيه ، بينما قوة الأمر المقضي في الحكم تبدو فاعليتها داخل الخصومة للدلالة على ما يتمتع به الحكم من إمكانية أو عدم إمكانية الطعن فيه بالطرق المحددة لذلك ، بمعنى أن حجية الحكم يكون معها الحكم يقبل فيه الطعن بالطرق العادية ، بينما الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي لا يقبل الطعن بطرق الطعن العادية سواء صدر بالأصل غير قابل لها أو أصبح كذلك فيما بعد بانتضاء مواعيد الطعن أو برفض الطعن .

## الفصل الثاني

### الطعن على الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم

#### تمهيد :

الزم المشرع هيئة التحكيم عندما تتجلى سلطتها في نظر النزاع وانتهاءً بصدور حكمها الفاصل في موضوع النزاع أن يكون الحكم الصادر فاصلاً في الموضوع على نحو قاطع ، وعلى ذلك لا يعد حكم تحكيم مجرد حث الأطراف على الصلح أو التزامهم بتنفيذ ما ورد بالعقد أو إصدار أحكام وقتية أو الفصل في

١ . د . عبد الفتاح مراد - شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي - بدون تاريخ أو ناشر ص ١٨١ وما بعدها

بعض الطلبات المقدمة من طرفي النزاع ، إنما حكم التحكيم هو الذي ينحسم به دابر النزاع تماماً ، فاصلاً في كل الطلبات التي عرضت على الهيئة ، ولا يحتاج الحكم الصادر الى تصحيح أو تفسير أو أحكام تكميلية في بعض الطلبات التي أغفلها الحكم ، صادراً طبقاً للقانون الموضوعي ١ الذي اتفق عليه أطراف النزاع وطبقاً للإجراءات الشكلية التي تطلبها قانون التحكيم ، وهى أن يكون الحكم الصادر مكتوباً موقعاً عليه من المحكمين الذين نظروا النزاع صادراً بإجماع آراء أعضاء الهيئة أو بالأغلبية في حالة تعدد أعضاء الهيئة وبيان أسباب رفض الأقلية لعدم التوقيع والحكم الصادر كان مسبباً مشتتلاً على البيانات التي يلزم أن يشتمل عليها الحكم من أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم أيضاً وصورة من اتفاق التحكيم الوارد بالعقد شرطاً كان أو مشاركة وملخصاً لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومذيل بمنطوق الحكم أي النتيجة النهائية التي انتهت إليها هيئة التحكيم وموقعاً عليه من أعضاء الهيئة .

فإذا صدر الحكم على هذا النحو كان صحيحاً سليماً يستوجب تنفيذه ، وليس هناك مجال للطعن علي الحكم بحسبان أنه صدر حائزاً لقوة الأمر المقضي والتي تؤسس على الموافقة المسبقة من أطراف النزاع علي الحكم الصادر سواء ضد أو في صالح أحد الأطراف ، وبهذا يكون المشرع المصري بالمادة ١/٥٢ من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أغلق الباب في الطعن على الحكم الصادر عن الهيئة وأقام نوعاً من الحصانة على أحكام التحكيم وهى حصانة لا تتوافر حتى في أحكام القضاء العادي التي تخضع للطعن عليها سواء بالطريق العادي كالمعارضة والاستئناف ، أو الغير العادي كالتماس إعادة النظر أو النقض ، وتمتد هذه الحصانة ليس فقط الى أحكام التحكيم المحلي بل الى أحكام التحكيم الدولي ، لذلك لا يتصور الطعن عليه سوى بطريق واحد طبقاً لقانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، المادة ١/٣٤ من قانون التحكيم البحريني ٩ لسنة ١٩٩٤ وهو طريق الطعن بالبطلان لأسباب حصرها المشرع ، تمكّن من خلالها من صدر ضده الحكم الطعن فيه بالإلغاء ، وقد اتخذت بعض التشريعات موقفاً بشأن الطعن في تلك الأحكام بغير طريق البطلان ، كالطعن بالاستئناف ، أو الطعن بالتماس إعادة النظر ، وبداية سوف نتعرض في المبحث الأول للطبيعة الخاصة للطعن على حكم التحكيم والطعن بالبطلان ثم نتبعه في المبحث الثاني : الطعن على أحكام التحكيم بغير طريق البطلان .

## المبحث الأول

### الطبيعة الخاصة للطعن على حكم التحكيم والطعن بالبطلان

نص المشرع المصري والبحريني أنه لا يجوز بحال الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية كالمعارضة والاستئناف أو بالنقض ، وذلك لأن قابلية الحكم للطعن فيه بأي منهما يتعارض مع طبيعة التحكيم ويفرغه من كل قيمة ، وأهمها السرعة في الفصل في النزاع ويجعل التحكيم شأنه شأن التقاضي أمام القضاء العادي ، وفي هذه الحالة لا جدوي من اللجوء الي التحكيم ، لأنه في الحالين يطول أمد النزاع بفتح باب الطعن بأنواعه المختلفة ، لذلك فإن مزايا التحكيم من سرعة الفصل في النزاع وعدم قابلية الطعن في الحكم الصادر تعد من المبررات الرئيسية للهروب من

١ . د عبد الفتاح مراد - شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي بدون تاريخ ص ١٨١ وما بعدها

اللجوء للتقاضي للقضاء العادي ، ولكن هذا لا يعني أن الحكم الصادر لا يجوز فيه الطعن على الإطلاق، ذلك أن الطعن يمثل الصورة الرئيسية في الرقابة على الأحكام الصادرة سواء من هيئة تحكيم أم من قضاء الدولة ، إلا أن الطعن في أحكام التحكيم لها طبيعة ذاتية تخرجه من القواعد العامة في الطعن علي الأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية وقد حصرها المشرع سواء في مصر أو البحرين في حالات محددة حصراً ، لذلك سنتناول هنا البحث عن الطبيعة الخاصة للطعن في حكم التحكيم في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني الطعن بالبطلان علي أحكام التحكيم .

## المطلب الأول الطبيعة الخاصة للطعن على أحكام التحكيم

الطعن على الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم لا يمثل صور الطعن المعروفة في قانون المرافعات سواء العادية أو غير العادية وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة (١/٥٢) من قانون التحكيم التجاري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث نصت على أنه « لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طرق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية » وفي المادة ١/٢١ من قانون التحكيم البحريني « لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم ..... » ، وهو ما يمثل خروجاً عن القواعد العامة التي تحكم عملية الطعن في الأحكام وهو ما يعد طريقاً خاصاً للطعن في أحكام التحكيم نصت عليه التشريعات المختلفة التي تنظم نظر النزاع أمام هيئات التحكيم اسوة بالقانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ( الأونسيترال ) لعام ١٩٨٥م والمعدل في عام ٢٠٠٦ بأن الطعن في أحكام التحكيم يتم بالإلغاء وهو طريق خاص من طرق الطعن ، حيث نصت المادة ٢٤ من قانون التحكيم البحريني على أنه « لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين ٢،٢ من هذه المادة ، وهو نفس ما قرره قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في عام ١٩٨٥م وتعديلاته عام ٢٠٠٦م ، وهو ما لم ينص عليه المشرع المصري صراحة حيث ورد في المادة (٥٢) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ « لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: -..... » وعلى ذلك أطلق المشرع على الدعوى دعوى البطلان بينما في القانون البحريني يطلق عليها دعوى الإلغاء كما في القانون النموذجي (الأونسيترال) إلا أن الهدف المشترك هو إلغاء الحكم الصادر من هيئة التحكيم في نزاع نظر أمامها لأسباب عددها المشرع على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال بمعنى أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الطعن في أحكام التحكيم لأسباب أخرى غير تلك الواردة في القانون بمعنى آخر فإن أسباب الطعن التي وردت في قوانين التحكيم استثناء من أسباب الطعن طبقاً للقواعد العامة ومن ثم لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها ، فليس طعننا فيما فصلت فيه الهيئة ، أي ليس متعلقاً بموضوع النزاع وإنما لأسباب يرى معها المشرع أنه من الأجدر إلغاء هذا الحكم لكون الإلغاء يحقق مصلحة الخصوم أكثر مما لو تم تنفيذ هذا الحكم ، وقد تتحقق مصلحة تعدى مصلحة الخصوم كالمصلحة العامة في الدولة التي صدر فيها الحكم ماساً بالنظام العام ، لذلك فإن الطعن في أحكام التحكيم له طبيعته الخاصة إلا أن المحكمة التي تنظر الطعن قد حددها المشرع المصري بحسب

نوع التحكيم فإذا كان التحكيم محلياً فيكون الاختصاص بنظر الطعن لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم دولياً فيكون اختصاص محكمة استئناف القاهرة مالم يتفق طرفاً أو أطراف النزاع على محكمة استئناف أخرى ، وفى القانون البحريني فقد جعل المشرع من محكمة الاستئناف العليا المدنية الاختصاص بنظر الطعون المقدمة إليها لإلغاء أحكام التحكيم في المنازعات التجارية الدولية .

وفى قانون المرافعات البحريني فقد جاء المشرع بالمادة ٢٤٢ على أنه « يجوز استئناف حكم المحكمين طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ محضر إيداع أصل الحكم إلى المحكمين ، ويرفع الاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة . ومع ذلك لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا كان المحكومون مفوضين بالصلح أو كانوا محكمين في استئناف أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف» . وتلك هي الجهات التي حددها المشرع سواء في مصر أو بالبحرين والتي يطعن أمامها في أحكام التحكيم ، بالرغم من اختلاف طريقة الطعن في أحكام التحكيم عن طرق الطعن في القواعد العامة - أي الطعن بالإلغاء لحكم التحكيم ، إلا أن الطعن يتم أمام محكمة الاستئناف إذا كان التحكيم دولياً ومحكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحاكم المختصة أصلاً بنظر النزاع . وقد حصر المشرع سواء في مصر أو بالبحرين أسباب الطعن بالبطلان لإلغاء حكم التحكيم وأفرد لها نصوصاً قانونية خروجاً على القواعد العامة في قانون المرافعات في جواز الطعن على الأحكام الصادرة سواء أمام محكمة أول أو ثاني درجة في المسائل المختلفة حتى لو كان ذات النزاع ونظر أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع سواء الطعن بالطريق العادي بالمعارضة أو الاستئناف أو بالطريق غير العادي كالتماس إعادة النظر أو النقض ، وهذا يرجع الى الطبيعة الخاصة الى أسباب الطعن في حكم التحكيم ، وإن كان المشرع البحريني أجاز الطعن بطريق الاستئناف فإن المشرع المصري خرج على هذه القاعدة وحصر أسباب الطعن على حكم التحكيم في الطعن على الحكم بالبطلان.

## المطلب الثاني الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم

يهدف أطراف النزاع من اللجوء الى التحكيم لتفادي اللجوء الى قضاء الدولة ، لكون الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم غير قابلة للطعن عليها - ولسرعة الفصل في النزاع بهيئة مشكلة بمعرفة الأطراف وبالقانون الموضوعي المتفق عليه وهو مما لا يستقيم مع الطعن في الأحكام الصادرة عن الهيئة ، وإذا كانت القوانين الوطنية تبني الطعن على هذه الأحكام فيكون ذلك في أضيق نطاق ممكن ، فهناك تشريعات أخرى لا تسمح بالطعن مطلقاً ولا يكون لمن صدر ضده الحكم سوى اللجوء الى الطعن بالبطلان بدعوى البطلان الأصلية بالأسباب التي حصرها المشرع .

### حصر أسباب الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم :

تنص المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري في مقدمتها على أنه « لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا

في الأحوال الآتية .....»

وتنص المادة ١/٣٤ من قانون التحكيم البحريني :-

٢- لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة «٦» أن تلغى أي قرار تحكيم إلا إذا ..... » وهو نفس ما رده قانون الأونسيترال في المادة ٢/٣٤ ، وهو ما يعنى أن الأسباب الخاصة بالطعن على أحكام التحكيم وردت على سبيل الحصر لا المثال فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها وإنما يتعين عدم الخروج عليها وعدم جواز الطعن لأي سبب آخر غير وارد ضمن أسباب الطعن وهو ما يسمى بالطابع الحصري لأسباب الطعن على أحكام التحكيم تأسيساً على خطأ المحكمين في تطبيق القانون الموضوعي أو تفسير شروط العقد ، فالملاحظ أن أسباب الطعن تنصب هنا على الناحية الشكلية دون الموضوعية أي لا يمس ما تم الفصل فيه من قبل المحكمين فلا يجوز الطعن عليه إلا إذا اتفق أطراف النزاع على أحقية الطرف الخاسر في حكم التحكيم من الطعن على الحكم الصادر بالاستئناف ويكون الحكم الصادر من قبل محكمة الاستئناف هذا قابلاً للطعن عليه بطريق النقض أو التمييز .

وفي ضوء ما سبق فإن الطعن على حكم التحكيم الصادر في منازعة يتم في حالتين :- الأولى :- وهي قانونية والمحددة على سبيل الحصر كما ورد ذكرها في المادة ٥٢ من قانون التحكيم المصري والمادة ٢/٣٤ من قانون التحكيم البحريني وبالتالي لإرادة الأطراف الحرية في الاتفاق على عدم الطعن والثانية :- وهي اتفاقية ، وفيها اتفاق بين طرفي أو أطراف الخصومة على الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم ، إلا أن الملاحظ هنا أن الحالة الأولى والتي يكون فيها الطعن والمنصوص عليه قانوناً يكون الطعن فيها بطريق الإبطال لإلغاء حكم التحكيم ، أما في الحالة الثانية فيكون الطعن فيها بطريق الاستئناف ويتفق الطرفان على عدم سلوك طريق الطعن بالبطلان ، ويستفاد ذلك من نص المادة ٢٤٢ من قانون المرافعات البحريني ١ عندما وضعت كقاعدة عامة بجواز الطعن في حكم المحكمين طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الصادرة من المحاكم وقد استنتت المادة المشار إليها حالتين لا يجوز فيها بطريق الاستئناف وهما: ١- إذا كان المحكومون مفوضون بالصلح وصدر الحكم على هذا الأساس ٢- إذا نزل الخصوم صراحة عن حق الاستئناف ، وهذا النص لا يقابله في القانون المصري وبناءً عليه لا يجوز الطعن بطريق الاستئناف في حكم المحكمين بعد وهو ما يستفاد من نص المادة (٥٢) من قانون التحكيم التجاري المصري بقولها : « لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية » وذلك بعد إلغاء نص المادة (٥١٢) من قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م والمادة (٨٤٩) من قانون المرافعات القديم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ . وبهذا النص يكون المشرع قد أوصد الباب أمام أي طعن من طرق الطعن العادية وهي الاستئناف والمعارضة، الطرق غير العادية كالتماس إعادة النظر والتي كانت مقررة بالمادة (٥١١) من قانون المرافعات والتي ألغيت بصدر قانون

١ . وفي ذلك قضت محكمة التمييز البحرينية في حكم حديث لها بأنه « يجوز استئناف حكم المحكمين طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم بالمادة (٢٤٢) من قانون المرافعات ، وكان النص في المادة (٢٢٨) من ذات القانون على أن تتضى محكمة الاستئناف إما برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وإما بقبوله وتعديل الحكم المستأنف أو إلغاءه وإصدار حكم بديل في موضوع الدعوى » الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٢٠٠٦م جلسة ١٩ نوفمبر ٢٠٠٧م

التحكيم الجديد رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وذلك بعدما تحددت الأسباب الحصرية التي يكون لأى من طرفي الخصومة اللجوء إليها طعناً على الحكم الصادر من هيئة التحكيم . وأسباب الطعن في حكم المحكمين وردت على سبيل الحصر في كلا القانونين المصري والبحريني وما قضت به محكمة النقض المصرية « أن أسباب بطلان حكم المحكمين وردت على سبيل الحصر في المادة (٥٣) وأن الخطأ في احتساب مدة التقادم لا يعتبر من تلك الأسباب ، وإذا قضى الحكم المطعون فيه ببطلان حكم المحكمين لهذا السبب يعد خطأ في تطبيق القانون « ١ (١) ، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، والتي يكون لأى من طرفي النزاع اللجوء إليها لرفع دعوى البطلان .

**في قانون التحكيم البحريني :** فقد نصت المادة ٢٤ من القانون على أن :-

١. « لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم ، إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين (٢،٣) من هذا المادة .

٢. لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة ٦ أن تلغى أي قرار تحكيم إلا إذا :

أ- قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت :

- أن أحد طرفي اتفاق التحكيم المشار اليه في المادة «٨» مصاب بأحد عوارض الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له ، أو بموجب قانون دولة البحرين في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلاً ذلك . أو

- أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته ، أو

- أن قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشمل اتفاق العرض على التحكيم أو أنه يشتمل على قرارات في مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق ، على أنه من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم ، أو - أن تشكل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفاً لاتفاق الطرفين ، ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها ، أو لم يكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق مخالفاً لهذا القانون ، أو

ب- وجدت المحكمة :- أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون دولة البحرين . - أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لدولة البحرين . - لا يجوز تقديم طلب إلغاء بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسلّم الطرف صاحب الطلب قرار التحكيم أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد قدم بموجب المادة ٣٢ إذا كان قد قدم مثل هذا الطلب . - يجوز للمحكمة عندما يطلب منها إلغاء قرار تحكيم أن توقف إجراءات الإلغاء إن رأت أن الأمر يقتضى ذلك وطلبه أحد الطرفين لمدة تحددها هي كي تتيح لهيئة التحكيم فرصة الاستئناف السير في إجراءات التحكيم أو اتخاذ أي إجراء آخر من شأنه

في رأيها أن يزيل الأسباب التي بنى عليها طلب الإلغاء .

**وفى قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م : حسب نص المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري .**

- ١- « لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية :  
أ. إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.  
ب. إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.  
ج. إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم وقت تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج إرادته .  
د. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع .  
هـ. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو اتفاق الطرفين .  
و. إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير خاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها .  
ز. إذا وقع بطلان في حكم التحكيم ، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم .
- ٢- وتقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .

وتلك هي الأسباب الحصرية للطعن على حكم المحكمين بالبطلان - وهي مأخوذة من قانون الأونسيترال- ووردت بالقانونين المصري والبحريني ومن ثم فلا يجوز بحال الطعن على أحكام المحكمين بالبطلان بغير هذه الأسباب ، وإذا حدث وتم الطعن لأسباب أخرى فيتمتع على المحكمة التي تنظر الطعن أن تحكم برفض الدعوى ، كرفع دعوى بطلان تأسيساً على سوء تفسير نصوص العقد أو نصوص القانون الواجب التطبيق طبقاً لاتفاق الأطراف ، وذلك لأنها ليست من بين الأسباب التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في كلا القانونين ، وإذا تم الطعن فيكون بأحد الأسباب المشار إليها بالمواد السابقة ، كالطعن على حكم المحكمين الذي استبعد تطبيق قانون الإرادة أو أن الاتفاق بشأن الإحالة للتحكيم كان باطلاً أو سقط بانتهاء مدته ، أو لم يوجد اتفاق أصلاً على الإحالة للتحكيم ، لم يبلغ الطرف الآخر بالإحالة الى هيئة التحكيم أو لم يعلن إعلاناً صحيحاً ومن ثم يتعذر عليه تقديم دفاعه ، أو أن تشكيل الهيئة جاء مخالفاً للقانون أو الاتفاق بين طرفي النزاع وهي تمثل نفس الأسباب المذكورة في القانون البحرينى وجاء أهمها في حالة إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام ، أو يتعارض مع السياسة العامة في الدولة ، وفي الحالة الأخيرة فقط تقضى فيها المحكمة بالبطلان من تلقاء ذاتها ، فلا تحتاج الى طعن من أحد طرفي النزاع لأن الحكم الصادر لا يمس مصلحة أي من الطرفين في النزاع وإنما يمس أو يتعارض مع مصلحة الدولة ، الأمر الذي يجعل للدولة حقاً في الطعن على حكم المحكمين لمخالفته للنظام العام .

وفى ضوء ما سبق وحسب نص المادة ٢٤ من قانون التحكيم البحريني في الفقرة الأولى منه على أن: لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم «.....» وحسب الفقرة الثانية من ذات المادة لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة «٦» أن تلغى قرار التحكيم «.....» وحسب نص المادة (١/٥٢) من قانون التحكيم المصري «لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ووفقاً لهذه النصوص فإن الأحكام أو القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم تتمتع بنوع من الحصانة لا يجوز المساس بها سواء كان تحكيمياً وطنياً أو دولياً ، وهذا يعنى أن أحكام التحكيم تسمو على أحكام القضاء تلك التي تخضع للطعن والمراجعة الشكلية والموضوعية ، وهذا لا يعنى أن القرارات الصادرة من هيئة التحكيم خالية من أي عيوب ذلك أن هيئة التحكيم تتألف من أشخاص طبيعيين والوارد أنه قد يخطئ في حكمه بلا شك ، فليس معنى أن المشرع عندما نص على حجية الأحكام التي تصدر من الهيئة واتسامها بطابع التنفيذ أي صيرورتها بآلة لا تقبل الطعن بأي حال من الأحوال ، ففكرة الطعن تتبني على حماية المحكوم عليه من خطأ المحكم عندما يخطئ في تطبيق القانون سواء الإجرائي أو الموضوعي بحسبان أنه يستمد سلطاته من اتفاق أطراف النزاع الذين فرضوا عليه القانون الإجرائي والقانون الموضوعي ، أو تركوا للهيئة حرية اختيار القانون الأنسب للنزاع وطالما استقرت الهيئة على القانون الموضوعي والإجرائي يعنى أن الخطأ في مخالفة تطبيق القانون الواجب التطبيق الأمر الذي يستوجب الطعن عليه ، وطبقاً للقواعد العامة يقصد بالطعن : إتاحة الفرصة للمحكوم عليه لإصلاح الخطأ بتعديل الحكم أو الغائه ، وقابلية الحكم للطعن فيه بالطرق التي حددها القانون توفق بين فكرة الحجية التي تقضى باحترام الحكم تحقيقاً للمصلحة العامة وبين مصلحة الفرد التي تقتضى إشباع غريزة العدالة في نفسه بتصحيح ما شاب الحكم الصادر من أخطاء فهي ترمى إلى ضرورة احترام الحكم وفى نفس الوقت عدم إهدار حجيته إلا على النحو الذي رسمه القانون . ويتوقف الطعن على حكم أو قرار التحكيم على قابلية الحكم أو القرار للطعن عليه من عدمه ، فقدت نصت المادة (٢٤٢) من قانون المرافعات البحريني على أنه «يجوز استئناف حكم المحكمين طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ محضر إيداع أصل الحكم إلى المحكمين ، ويرفع الاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة ، وهذا يعنى أن الطعن على الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم وإن كانت تقبل الطعن خلافاً للقواعد العامة ، إلا أن المشرع حرصاً منه على حماية حجية هذه الأحكام حصر أسباب الطعن ١ ، ومن ثم لا يجوز الخروج عليها ، أو الطعن عليها لغير الأسباب التي أوردتها المشرع حصراً ، وإلا يعد الطعن غير مقبول . ومع ذلك لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح أو كانوا محكمين في استئناف ، أو كان

١ . د . محمود مختار بريري : المرجع السابق ص - ٢٥٢ وما بعدها ، وفى نفس المرجع أحكام النقض الصادرة في ١٢/١/٢٠٠٠م الطعن رقم ٦٥٢٩، ٦٥٣٠ لسنة ٦٢ق وردت بمجلة المحاماة العدد رقم (١) لسنة ٢٠٠١م ص ٢٣ وقد قضت الأحكام بـ « أسباب البطلان وردت على سبيل الحصر ، وبالتالي يكون خطأ ابطال حكم التحكيم تأسيساً على الغلط في احتساب مدة التقادم لأنه لا يعد سبباً للبطلان » ، وفى نفس المرجع يشير الى حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ٢٩/١/٢٠٠٢م حكم رقم ٢٧ لسنة ١١٩ق « حيث قضى بعدم اعتبار الخطأ في القانون سبباً للبطلان نظراً للطابع الحصري الوارد بالمادة ٥٢ من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤م »

الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف» وتتفق القوانين التي تسمح بالطعن على الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم على أنه لا يجوز استئناف الأحكام إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح فقط ، وهذا يعنى الطعن بالاستئناف على الأحكام الصادرة بالقانون ، ولا يجوز الطعن على الحكام الصادرة بالصلح ، ويرجع هذا التفسير لا إلى الاتفاق على الإحالة للتحكيم وإنما إلى طبيعة الحكم ذاته ، فإذا كان مفوضاً بالحكم بموجب قانون ما وأصدر حكمه صلحاً فإن الحكم لا يكون قابلاً للطعن فيه ، والعكس صحيح إذا كان مفوضاً بالحكم بموجب الصلح وأصدر حكمه بالقانون فيكون قابلاً للطعن عليه بالاستئناف ، ونخلص إلى أنه إذا كانت القاعدة جواز الطعن بطريق الاستئناف على أحكام التحكيم طبقاً لنصوص المواد (٢٤٢) من قانون المرافعات البحريني والمادة (٢٤) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني إلا أنه ينبغي استبعاد أحكام التحكيم الصادرة بالصلح وليس بالقانون فالعبرة بالحكم ذاته بعيداً عن اتفاق الأطراف. وهذه ليست الوحيدة لاستبعاد الطعن على حكم التحكيم ، فقد يتفق أطراف النزاع على عدم استئناف الأحكام الصادرة أو أنهم نزلوا صراحة عن الطعن بالاستئناف ومن ثم إذا لم يكن متاحاً لأطراف النزاع الطعن على حكم التحكيم فيصير الحكم واجب النفاذ على اعتبار أن الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي.

## المبحث الثاني الطعن على أحكام التحكيم بغير طريق البطلان

### أولاً الطعن بالاستئناف :

القاعدة أنه لا يجوز الطعن على أحكام المحكمين النهائية بطرق الطعن العادية أو غير العادية في القانون المصري كالمعارضة والاستئناف وغير العادية كالتماس إعادة النظر، إلا أن قانون المرافعات البحريني أجاز الطعن بالاستئناف في أحكام المحكمين شأنها شأن الأحكام الصادرة من محاكم الدولة ففي نص المادة ٢٤٢ من قانون المرافعات البحريني « يجوز استئناف حكم المحكمين طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ محضر إيداع أصل الحكم إلى المحكمين ، ويرفع الاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة . ومع ذلك لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح أو كانوا محكمين في استئناف أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف » ولا يقبل الاستئناف ، والطعن بالإلغاء أيضاً طبقاً لنص المادة ٣٤ من قانون التحكيم البحريني للأسباب التي أوردتها حصراً ، والمحكمة المختصة : طبقاً للقانون المصري والتي يجوز الطعن بالبطلان أمامها هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وذلك إذا كان التحكيم محلياً ، أما إذا كان التحكيم دولياً فتكون محاكم الاستئناف هي المختصة بنظر الطعون التي ترفع إليها من أي من طرفي النزاع ، والمحكمة المختصة طبقاً للقانون التحكيم وقانون المرافعات البحريني هي محكمة الاستئناف العليا المدنية بالنسبة للأحكام الصادرة من المحكمين ، والملاحظ أنه مع وجود النصوص المنظمة للطعن على أحكام المحكمين في قانون التحكيم ظل العمل بالنص الخاص بالطعن على أحكام المحكمين في قانون المرافعات البحريني ، ويقصد الحكم محل الطعن بالإلغاء لتوافر سبب من أسباب الطعن بالبطلان والمحددة حصراً هو القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع ،

سواء كان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزءاً منها ورفضت الجزء الآخر طالما كان اتفاق التحكيم صحيحاً شرطاً كان أو مشاركة بشروطه الموضوعية والشكلية .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز الطعن على الأحكام الفاصلة في جزء من الطلبات أو القرارات الوقتية والتي تصدر أثناء سير الخصومة ، بعبارة أخرى هل يجوز الطعن على الأحكام الوقتية أو في جزء من الطلبات منفصلاً عن الحكم النهائي أي دون الانتظار لصدور حكم فاصل في كل أوجه النزاع؟

مدى جواز الطعن على القرارات الوقتية أو الفاصلة في جزء من الطلبات التي تصدرها الهيئة :- طبقاً لنص المادة (٤٢) من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤م « يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل الحكم المنهى للخصومة كلها » والملفت للنظر أن هذه الأحكام جميعاً تصدر قبل الحكم النهائي ، أي في مرحلة سابقة على صدور الحكم النهائي الفاصل في الموضوع أي المنهى للخصومة ، ولا يعني هذا أن الحكم الصادر جزء من الحكم النهائي وإنما هي أحكام منفصلة عنها ولا تتعلق بها وإنما تصدر في مسائل فرعية تمهيداً لإصدار الحكم النهائي ، وهذه الأحكام لا يجوز الطعن عليها إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة حيث تنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات المصري بأنه « لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة » والمقصود بالحكم المنهى للخصومة كلها أي الحكم الذي يفصل في موضوع الدعوى برمتها، أو ينهي الخصومة بغير حكم في موضوعها ، أما الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة فلا يجوز الطعن عليها استقلالاً فور صدورها ، وإنما يتعين الانتظار لحين صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ليظعن فيها مع الحكم النهائي بظعن واحد ، ويرجع السبب في ذلك لمنع تقطيت النزاع الواحد وتوزيعه بين المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية والمحكمة التي تنظر الطعن وما يترتب على ذلك من إطالة أمد التقاضي وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص بأنه « إذا موضوع الخصومة قد تحدد بطلبات المطعون عليهم وهي « تكليف المصفي بتصفية أعمال الشركة ومراجعة حساباتها وأن يدفع كل مستحق حقه في نتيجة التصفية بعد اعتماد تقريره من المحكمة بحكم نهائي ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على إعادة الأمور إلى الخبير لإتمام عملية التصفية وتوزيع الأرباح وفقاً لنسب معينة ، فإن هذا الحكم لا تنتهي به الخصومة كلها ومن ثم لا يجوز الطعن فيه استقلالاً .» كما قضت محكمة النقض المصرية بأن « الطعن في الحكم الصادر بوقف الخصومة لا يمزق الخصومة ولا يؤخر سيرها ، بل على العكس قد يؤدي في حالة نجاحه إلى تعجيل الفصل فيها ١ » استثناءً من القاعدة السابقة وهي عدم جواز الطعن على الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى فإن المشرع خرج على هذه القاعدة إما لانتهاء العلة من هذه القاعدة ، وإما لمصلحة الطاعن الجدية للطعن على تلك الأحكام وهي الأحكام الوقتية والمستعجلة

١ . راجع د محمود مختار بربري - المرجع السابق ص ١٥٦ فقرة ٩٧ . د أحمد السيد صاوي - المرجع السابق ص (٢٥٢ وما بعدها )

-نقض مدني - الحكم الصادر في ٢٢ أبريل ١٩٩٠م الطعن رقم ١١٧٧ لسنة ٥٥ ق ، وراجع في ذات المعنى د . أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - القاهرة - ٢٠١١ م ص ١٠٤٢ - فقرة ٦٠١ .

نظراً لأن هذه الأحكام لا تؤثر على الحكم الموضوعي ومن ثم يجوز الطعن عليها استقلالاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بوقف الدعوى لا يؤثر على الحكم في الموضوع بل يعجل من الحكم الصادر في الموضوع ولا داعي للانتظار حتى يزول السبب المعلق عليه الإيقاف ، وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لقانون المرافعات والذي نظم عملية الطعن على الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا أنه بالبحث في قانون التحكيم التجاري - سواء البحريني أو المصري لم نجد نصاً مماثلاً يجيز الطعن على هذه الأحكام استقلالاً عن الحكم الأصلي بل يجب الانتظار حتى يتم الطعن على الحكم الأصلي ، لأنه يتضمن ضمناً الطعن على تلك الأحكام. وبمراجعة قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته فقد نص في المادة (٢١٤) منه على أن « لا يجوز الطعن بالاستئناف في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها أمام محكمة الدرجة الأولى وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والقابلة للتنفيذ الجبري ، واستئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قبلت صراحة .....» ويبدو واضحاً ما أخذ به المشرع البحريني وسائر المشرع المصري في ذلك من عدم جواز الطعن على الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا بصور الحكم المنهي للخصومة ، لأن الطعن على الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً الطعن على جميع هذه الأحكام ، وخرج المشرع البحريني أيضاً عن هذه القاعدة كما فعل المشرع المصري ، وأجاز الطعن على بعض الأحكام أثناء سير الدعوى كالأحكام المستعجلة أو الوقتية أو الأحكام الصادرة بوقف الدعوى أو الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري ، وبالرجوع الى المادة (١٧) من قانون التحكيم البحريني نصت على أنه « يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أياً من الطرفين بناءً على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة لموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير» وبالرغم من النص على ذلك إلا أن قانون التحكيم خلا من النص على الطعن على هذه الأحكام أثناء سير النزاع وهذا يعنى الرجوع الى القواعد العامة في قانون المرافعات وتطبيق قاعدة عدم جواز الطعن على الأحكام التي تصدرها الهيئة أثناء نظر النزاع إلا بصور القرار النهائي الفاصل في موضوع النزاع ، لأن هذه الأحكام تعد من قبيل الأحكام المنظمة لسير الخصومة أو محاولة لحصر مواضع الخلاف في المسائل الجوهرية مع البت في المسائل الفرعية التي استوفت ما يكفي لإمكان اصدار حكم فيها قبل الفصل النهائي في النزاع.

ومن كل ما سبق فإننا نرى إزاء سكوت المشرع سواء المصري أو البحريني بأن :- « الطعن على القرارات التي تتخذها هيئة التحكيم أثناء سير الخصومة واللازمة لصدور القرار النهائي الفاصل في موضوع النزاع فإنه يتعين تطبيق القواعد العامة في قانون المرافعات في شأن مدى الطعن على القرارات الوقتية أو القرارات الفاصلة في جزء من النزاع وتطبيق قاعدة عدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير نظر النزاع أمام هيئة التحكيم مع استثناء الحالات الواردة في قانون المرافعات

ثانياً : الطعن بالنقض على الاحكام الصادرة من محكمة الاستئناف :- وبتحديد محكمة الاستئناف المختصة بنظر ما يرفع اليها من طعون في أحكام المحكمين سواءً من هيئة التحكيم أو محكمة الدرجة

الثانية إذا كانت تنظر طعنًا في حكم تحكيم محلي طبقاً لأحكام القانون المصري ، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز الطعن بالنقض أو بطريق التمييز على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في شأن الدعاوى المرفوعة لبطلان أحكام التحكيم ؟ أجابت على ذلك محكمة النقض المصرية في حكم حديث ١ لها بأن :- « مفاد نص المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات ، وعلى ما جرى به العمل في قضاء هذه المحكمة بأن الطعن بطريق النقض في الحالات التي حددتها هذه المادة على سبيل الحصر جائز - كأصل عام - في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف وكان الحكم المطعون فيه قد صدر من محكمة الاستئناف فإن الطعن فيه بطريق النقض في تلك الحالات يكون جائزاً ولا وجه لما تثيره المطعون ضدها من عدم جواز الطعن فيه بهذا الطريق عملاً بنص المادة (٥٢) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ إذ إن تطبيق هذا النص مقصور على أحكام التحكيم ذاتها ولا يمتد إلى الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف في الدعاوى المقامة بشأن بطلانها ، إذ لم يوجد نص يمنع الطعن عليها بطريق النقض فإنها تظل خاضعة للأصل العام الوارد في المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات سائلة البيان ويكون الطعن فيها بطريق النقض جائزاً » .

### الفصل الثالث

#### تنفيذ حكم التحكيم وبيان أثر الطعن على تنفيذه

**تمهيد :** إن تنفيذ الحكم أياً ما كان طبيعة هذا الحكم هو الهدف المرجو من إجراءات المحاكمة و الدفاع للخصومة و محاولة الفوز بأكبر قدر من المكاسب لذا يمكن اعتبار لحظة التنفيذ هي أعلى قمة للخصومة التحكيمية حيث لا يوجد بعدها شيء ، طبقاً لأحكام قانون التحكيم المصري أو البحريني ، ولقد نظمت المواد ٥٦ ، ٥٨ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، والمادة ٣٥ من قانون التحكيم التجاري البحريني إجراءات التنفيذ لحكم التحكيم و الناظر الى هذه المواد يجد هناك اختلاف بين إجراءات التنفيذ المعتادة و المنصوص عليها في قانون المرافعات المصري و تلك المنصوص عليها في قانون التحكيم سائلة البيان ، فالطبيعة المركبة للتحكيم في كونه اتفاقي النشأة قضائي الوظيفة تكشف عن أن ما تقوم به هيئة التحكيم من أعمال تتمثل في حسم ما يطرحه عليها أطراف النزاع من مسائل متنازع عليها ، بمقتضى السلطات القضائية التي يمنحها لها اتفاق التحكيم ، يدخل في وظيفة الدولة الأساسية و هي وظيفة القضاء ، رغم أن هذه الهيئة لا تدخل ضمن الهرم القضائي للدولة ، فلا تعد درجة من درجات التقاضي ، وإنما تتمتع باستقلال في تشكيلها و الإجراءات التي تتبعها عن محاكم لدولة ، ولكن افتقار أعضائها ، وهم أفراد عاديون لسلطة الأمر ، يعني عدم قابلية الأحكام التي يصدرونها للتنفيذ الجبري ، مما يستلزم تدخل قضاء الدولة لإصدار أمر بتنفيذها ، للارتقاء بها إلى مصاف قضاء الدولة في حالة عجز المحكوم له تنفيذه طواعية و اختياراً .

#### المحكمة المختصة بالتنفيذ :

**أولاً في القانون المصري :** إذا كان التحكيم محلياً أي اجري داخل مصر وبقانون غير قانون

التحكيم المصري فيتطلب لتنفيذه رفع دعوى بالإجراءات المعتادة في قانون المرافعات وينعقد الاختصاص بهذه الدعوى للمحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها . أما إذا كان التحكيم يخضع لأحكام قانون التحكيم المصري فإنه يكفي استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم من رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى وتختلف هذه المحكمة وفقاً لنوع التحكيم. وإذا كان التحكيم يتمتع بصفة التحكيم التجاري الدولي ، ينعقد الاختصاص لرئيس محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر ، وبعبارة أخرى إذا كان النزاع يتمتع بالصفة الدولية سواء نظر النزاع في مصر أو خارج مصر فإن تنفيذ حكم التحكيم ينعقد لمحكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف ١ . وفى حكم حديث لمحكمة النقض في شأن تنفيذ الأحكام الأجنبية ٢ جاء فيه « إذا طلب المحكوم له تنفيذه - حكم تحكيم أجنبي غير خاضع لأحكام قانون التحكيم المصري - في مصر ، فإن عليه أن يرفع دعوى بالإجراءات المعتادة وفقاً لنصوص قانون المرافعات المصري » المادة ٢٩٦ وما بعدها « واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي انضمت إليها مصر بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ الصادر في ٢/٢/١٩٥٩ . « وأصبحت تشريعاً نافذاً بها اعتباراً من ١٩٥٩/٦/٨ أوجبت المادتان الأولى والثانية منها - اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية - اعتراف كل دولة متعاقدة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فيها والتي يحددها قانونها الداخلي ، ما لم يثبت المحكوم ضده في دعوى تنفيذ حكم التحكيم توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة الخامسة فقرة أولى من الاتفاقية ، وهى (أ) نقص أهلية أطراف اتفاق التحكيم أو بطلانه (ب) عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو استحالة تقديمه دفاعه لسبب آخر (ج) مجاوزة الحكم في قضائه حدود اتفاق أو شرط التحكيم (د) مخالفة تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءاته لاتفاق الطرفين أو لقانون البلد الذى تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق (هـ) صيرورة الحكم غير ملزم للطرفين أو إلغائه أو وقفه ، أو يتبين لقاضى التنفيذ - طبقاً للفقرة الثانية من المادة المشار إليها - أنه لا يجوز قانوناً اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع ، أو أن تنفيذ الحكم يخالف النظام العام ويترتب على توافر أي من هذه الأسباب أن تقبل المحكمة الدفع وترفض إصدار الأمر بالتنفيذ ، ولكن ليس للمحكمة أن تقضى ببطلان حكم التحكيم فهذا القضاء يخرج عن اختصاصها ، وإذا قدم المدعى عليه في دعوى الأمر بالتنفيذ طلباً عارضاً يطلب فيه الحكم ببطلان حكم التحكيم المطلوب الأمر بتنفيذه ، فعلى المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها بهذا الطلب لخروجه من ولايتها . لما كان ذلك وكانت الدعوى الراهنة مقامة بطلب بطلان حكم التحكيم محل التداعى وليس بطلب إصدار الأمر بتنفيذه ، وكان ذلك الحكم قد صدر في الخارج ولم يتفق الطرفان على خضوعه للقانون المصري ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم النظر متقدماً للبيان وقضى بعدم اختصاص

١ . وفى ذلك تنص المادة ٥٦ من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أن « ينعقد الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الخاضعة لهذا القانون لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إلا إذا تعلق الأمر بتحكيم تجارى دولي سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فينعقد الاختصاص لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف ، ويجوز لرئيس المحكمة ندب أحد قضاة المحكمة لإصدار أمر بالتنفيذ .....

٢ . « الدوائر التجارية - الطعن رقم ٩١٢ / ٧٣ بتاريخ ٢٣-٢-٢٠١٠ مجموعة أحكام النقض المصرية

القضاء المصري بنظر دعوى بطلانه ، يكون قد وافق القانون

**ثانياً : وفى القانون البحريني :** فإن تنفيذ القرار الصادر من هيئة التحكيم من اختصاص المحكمة المدنية الكبرى ١ ، والملاحظ أن المشرع البحريني لم يفرق بين ما إذا كان التحكيم بشأن نزاع محلى أو نزاع دولي ويتم تنفيذه بالبحرين فكلهما يتم تنفيذه من محكمة واحدة فقط وهى المحكمة المدنية الكبرى بعكس الموقف المصري من تنفيذ الحكم بحسب ما إذا كان نزاع محلى أو نزاع دولي ، فإن كان محلياً تختص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بتنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم ، أما إذا كان الحكم الصادر في نزاع دولي فإن محكمة استئناف القاهرة تفرد بتنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم ، إلا أن تنفيذ الحكم مرهون بعدم الطعن عليه وصدور أمر من محكمة الطعن بوقف التنفيذ لأسباب جديّة يبيدها الطاعن وتقبلها المحكمة ، وفى ذلك تنص المادة ( ٥٧ ) من قانون التحكيم المصري على أنه : « لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جديّة وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره ، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي ، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر » وهو ما رده المشرع البحريني في المادة ٢/٣٥ من قانون التحكيم البحريني على أنه : « لا يقبل طلب تنفيذ تحكيم وفقاً لإحكام هذا القانون إلا بعد انقضاء ميعاد . إلا أن تنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم قد يكون اختياراً أي يخضع لإرادة الطرفين أي ودياً إذا اتفق المحكومون على ذلك ، بعد صدوره وكان خالياً من العيوب ، وهذا التنفيذ يبدو أكثر تواتراً واتفاقاً وطبيعية التحكيم ، ويفترض التنفيذ الاختياري قبول المحكوم عليه الحكم . وقد يكون هذا القبول صراحة كإرسال خطاب يتضمن قبول المحكوم عليه لحكم للمحكّمين ، وقد يكون ضمناً لتنفيذ الحكم قبل الأمر بتنفيذه ، شريطة ألا تثير التصرفات والأعمال التي يقوم بها المحكوم عليه أدنى شك حول تنفيذ الحكم ، وأن يكون على علم بأن الحكم غير نافذ ومن الممكن الطعن فيه ، ويرى البعض ٢ أن لحظة تنفيذ الحكم تمثل بالنسبة لنظام التحكيم لحظة الحقيقة ، كما يقول البعض اللحظة التي تظهر بوضوح فيها قيمة وأثر كل ما تم اتخاذه في عملية التحكيم بداية من الاتفاق عليه واختيار المحكّمين ومكان التحكيم وإجراءاته وغير ذلك . ويوضح البعض أن رفض تنفيذ حكم التحكيم طواعية واختيار سيرته عليه ضياع الوقت أمام القضاء في طلب أمر التنفيذ والتظلم منه ، فضلاً عن ذلك تضييع المال الذي سينفق في إجراءات تنفيذية قضائية قد لا يعني الخاسر من ورائها سوى تكبد المزيد من التكاليف المتمثلة في أعاب المحامين ومصروفات التقاضي في النهاية سوف يتم تنفيذ الحكم جبراً بعد نقضي أسرار النزاع وانتهاك السرية التي هي من أهم مكاسب التحكيم ، وإذا لم يتم تنفيذ حكم المحكّمين تنفيذاً اختيارياً لمطالبة المحكوم عليه أو لسوء نيته ، فلا مناص

١ . تنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ١٩٩٤م على أنه « ١ - يكون قرار التحكيم ملزماً ، بصرف النظر

عن البلد الذى صدر فيه ، وينفذ بناءً على طلب كتابي يقدم إلى المحكمة الكبرى المدنية ..... »

٢ . د . عزت البحيري . تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي . دراسة مقارنة . الناشر : دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٩٧م ص ٧ د . عاطف محمد الفقى ، د . عصام الدين القسبي . النفاذ الدولي لأحكام التحكيم (دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي

الاتفاقي والقانون المقارن) الناشر : دار النهضة العربية للنشر والتوزيع . القاهرة سنة النشر : ١٩٩٢م بند ٩ ص ٢

من اللجوء إلى التنفيذ الجبري . لذلك سوف يتم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين :- الأول ويتناول التنفيذ الجبري لحكم التحكيم وفى المبحث الثاني : أثر الطعن على الحكم على تنفيذه .

## المبحث الأول

### التنفيذ الجبري لحكم التحكيم

يفترض تنفيذ الحكم تنفيذاً جبرياً أن المحكوم ضده رفض تنفيذ الحكم طواعية واختياراً رغم خلو الحكم من أي عيوب تلحق به ، أيأ كان سبب عدم التنفيذ من جانب المحكوم عليه سواء لمماطلته أو سوء نيته أو عدم إمكان التنفيذ من جانبه ، فلا مفر هنا من اللجوء الى التنفيذ الجبري للحكم الصادر على المحكوم ضده ، إلا أن التنفيذ الجبري يحتاج الى بعض الشروط يستلزم توافرها كي يمكن للمحكوم لصالحه تنفيذه ، الأول : - أن يكون الحكم الصادر حائزاً لقوة الأمر المقضي ، الثاني : - صدور أمر من قاضي التنفيذ بتنفيذ الحكم . المطلب الأول :- حيازة الحكم قوة الأمر المقضي . المطلب الثاني :- صدور أمر بتنفيذ حكم التحكيم .

## المطلب الأول

### حيازة حكم التحكيم قوة الأمر المقضي

يشترط أن يكون حكم المحكمين حُكم إلزام حائز لقوة الأمر المقضي ، وطبقاً لنص المادة ٥٥ من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المصري ، تحوز أحكام المحكمين طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي ، وتكون واجبة النفاذ بمرعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون وطبقاً لنص المادة ٥٢ من نفس القانون علي أنه ( لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ) ولذلك فإن هذه الأحكام تحوز قوة الأمر المقضي في رأى البعض بمجرد صدورها ولكن هذا القول مؤداها تنفيذها بمجرد صدورها ، ولكن المشرع نص في المادة ٥٨ من نفس القانون علي أنه -١- لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد أنتضى . وفي المادة ٣٥ / ٣ من قانون التحكيم البحرينى ٩ لسنة ١٩٩٤ « لا يقبل طلب تنفيذ قرار تحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون إلا بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى الإبطال دون رفعها أو بصور حكم بعدم قبولها أو رفضها » وفي المادة ٢٤ من ذات القانون « لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم «٠٠٠٠٠» وعلى ذلك فإن الشرط الاساسي لتنفيذ الحكم في مواجهة المحكوم عليه أن يكون الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي ، والتي تعطى للمحكوم لصالحه الحق في التمسك بحجية هذا الحكم إذا قام الطرف الآخر برفع دعوى أمام القضاء في نفس الموضوع وفيما فصل فيه الحكم وكانت الدعوى مؤسسة على ذات السبب الذى استتدت اليه دعوى التحكيم ١ ، وللمحكمة الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بشرط أن يتمسك المحكوم له بهذا الدفع ، وإذا سكت عن الدفع يعنى أنه تنازل ضمناً عنه ورضى بإعادة طرح النزاع مرة أخرى أمام قضاء الدولة ، ويرجع ذلك الى أن الحجية ترتبط بمصلحة الخصوم وليس

١ . د . محمود مختار بريري - المرجع السابق ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ فقرة ١٥٤ .

٢ . د . محمد عيد القصاص - حكم التحكيم في القانون المصري والمقارن - دراسة تحليلية دار النهضة العربية ٢٠٠٢م ص ١٧٧

بالمصلحة العامة أو متعلقة بالنظام العام ٢ ، كأحكام قضاء الدولة والتي تحوز حجية الأمر المقضي بعد فوات ميعاد الطعن مثلاً ، وهذه الحجية تمنع نظر ذات النزاع أمام القضاء عن ذات الموضوع ولذات السبب والاشخاص ، وللقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه حتى ولو تنازل عنها الخصوم لأنها متعلقة بالمصلحة العامة وليس بمصلحة الخصوم ، باعتبار أن القضاء أحد مرافق الدولة ويؤدي مصلحة عامة تتمثل في استقرار المراكز القانونية .

**نطاق الحجية في حكم التحكيم :** حكم التحكيم هو المحصلة النهائية للفصل في النزاع في أوجه الخلاف بين المحكّمين ولا بد أن يكون الحكم قاطعاً لدابر الخلاف ويمنع عرضة مرة أخرى على المحكمة المختصة وإلا يكون إصدار حكمها بعدم جواز نظر الدعوي لسبق الفصل فيها طالما أن حكم التحكيم حاز لحجية الأمر المقضي ، ومن المتفق عليه أن حكم المحكّمين ليس له حجية الشيء المقضي إلا فيما يتعلق بالمنازعة التي حسمها فينبغي إذا أن تكون المنازعة قد حسمت ، فالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، وتدرج تحت هذه الطائفة كافة الأحكام المرتبطة المنازعة كالأمر باتخاذ إجراء تحقيقي وهذه الأوامر أو الأحكام تعتبر طوارئ إجرائية أو الأحكام الصادرة باتخاذ تدابير مؤقتة أثناء سير الخصومة ليست لها حجية الشيء المقضي ، يبدو أن الأمر يدق بالنسبة للأحكام المختلطة فمن الملائم البحث حول النقاط التي حسمها حكم المحكّمين بدون أن نعلق أهمية محددة على هيكل الحكم ، ولا ينبغي في الواقع الأخذ في مجال التحكيم بالتعريف الحر في الأحكام المختلطة الواردة في قوانين المرافعات ، فأحكام المحكّمين المختلطة يبدو أكثر تواتراً في العمل التحكيمي كما أن تحديد المسائل التي حسمت والتي تحوز حجية الأمر المقضي ليس دائماً بالأمر السهل ، فإذا كان الحكم مختلطاً أي فصل بشكل قطعي في كل أو بعض النزاع واقترن بإجراء من إجراءات التحقيق كندب خبير مثلاً لتقدير تعويض قضي به الحكم فإنه يتمتع بالحجية ولا يجوز للمحكّم أن يعود وينظر هذا النزاع ، كما يجب أن يكون المحكّم قد فصل في النزاع أو جزء منه بحكم صريح أو ضمني ، وأن يكون المحكّم قد احترم مبدأ مواجهة ، كما ينبغي للتمسك بالحجية وحدة الأشخاص والمحل والسبب طبقاً للقواعد العامة لأحكام محاكم الدولة .

### **آثار حجية حكم التحكيم :**

للحجية في مجال التحكيم أثر سلبي وآخر إيجابي ، شأنها شأن الأحكام القضائية الحائزة على حجية الامر المقضي ، فالأثر السلبي للحجية يمكن دراسته من عدة زوايا : فمن وجهة النظر الإجرائية ، يستفيد حكم المحكّمين الحائز على حجية الأمر المقضي بقرينة الصحة أو المشروعية التي تتزايد أهميتها مع مرور الوقت كما أن حكم المحكّمين له قوة الشيء المقضي بعد شهر من إعلانه ، مذليلاً بالصيغة التنفيذية ، وأنه يمنع المنازعة فيه الا بطرق الطعن الخاصة به ، فعندما لا تمارس هذه الطرق فإن القرار لا يحتمل أن يكون مثاراً للشك فيه مرة ثانية : فعدم تنفيذ حكم المحكّمين لا يترتب عليه إمكانية رفع دعوى فسخ ، وأخيراً فمن الوجهة الإيجابية ، تجيز حجية الأمر المقضي للطرف المحكوم له الاحتجاج بالقرار ، فالطرف الذي اعترف له الحكم بحقوقه ، يمكنه على وجه الخصوص التمسك بالمقاصة القانونية إذا توافرت شروطها وعدم تمتع الحكم بقوة الإلزام قبل تذييله بالصيغة التنفيذية تقيد الى حد كبير من إمكانية تنفيذه . ولا يمكن للمحكّم له بمقتضى حكم المحكّمين أن يقوم بتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير قبل الحصول على

أمر بتنفيذه وبدون استئذان المحكمة ، لعدم تمتع حكم المحكمين قبل الأمر بتنفيذه بحجية الشيء المقضي به لأن حجز ما للمدين لدى الغير يبدأ دائماً كتدبير تحفظي أي كحجز تحفظي حتى الحكم بصحة أصل الدين ، فينبغي التسليم بأن حكم المحكمين الذي لم يصدر أمر بتنفيذه يمكن إجراء حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضاه ، ويعد سندا كافياً لأجل إعلان الحجز الى المحجوز لديه ، وهذا الحل سبق الأخذ به فيما يتعلق بالأحكام الأصلية .

### مدى امتداد حكم التحكيم للغير

يجرى القضاء حتى قبل قانون التحكيم الجديد على أن (أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المقضي به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض طالما بقى الحكم قائماً ولم يطعن عليه ١، وهذا القضاء قننه المشرع في المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري حيث نصت على أنه ( تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ) ومقتضى حجية الحكم هو تقييد الخصوم بمضمون القرار التحكيمي على نحو يحول بينهم وبين تجديد المناقشة والتنازع حول ذات المسألة المقضي فيها بإجراءات مبتدأه سواء أكان ذلك بطريق مباشر أم غير مباشر ٢ فالحجية وفقاً للوظيفة التي تؤديها هي وصف يلحق بمضمون الحكم أي بم يقرره من قضاء، وتدل على تقييد الخصوم والقضاء بهذا المضمون خارج إجراءات الخصومة التي صدر فيها الحكم ٢ والواقع أن حجية الشيء المقضي يجب تناوله من ثلاث زوايا :- الأولى: يتعلق بأثر حكم التحكيم تجاه الخلافات التي ثارت بين الأطراف أنفسهم في هذه الحالة يثبت للحكم حجية سلبية تقتصر على الحيلولة دون طرح النزاع مرة ثانية أمام القضاء فإذا ما تم طرحه، عليه أن يقضى بعدم قبوله لسبق نظر النزاع (م ١١٦ مرافعات مصري )، ويترتب على صدور الحكم من المحكمين انقضاء الحق في التحكيم وكذلك الحق في الدعوى تأسيساً على قاعدة منع مباشرة الدعوى مرتين لذات لموضوع والسبب والاشخاص . الثانية: ويتعلق بأثر حكم التحكيم على المنازعات التي يمكن أن تثور فيما بعد ، والواقع أنه طبقاً لنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات المصري ؛ ( أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ونظراً لأن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من الطعون المنصوص عليها في قانون المرافعات ( م ١/٥٢ من قانون التحكيم ) وعلى ذلك فإن أحكام المحكمين تكتسب بمجرد صدورها ليس فقط حجية الشيء المقضي إنما أيضاً قوة الأمر المقضي، وطبقاً لهاتين المادتين فإن أحكام المحكمين ليست لها فقط أثر

١. د. عبد الحميد المنشاوي - التحكيم الداخلي والدولي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م ١٩٩٤ . دون طبعة. الإسكندرية. منشأة المعارف. ١٩٩٥ . ص ٧٨
٢. د. محمود مختار بريري - المرجع السابق ص ٢٥٥ فقرة ١٥٤ ويرى « أن الحجية في فقه المرافعات أن الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة ، وهذا يعني أنه لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيساً على ذات السبب بين ذات الأطراف وفي ذات الموضوع »
٣. د. محمد نور شحاته - مفهوم الغير في التحكيم - دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٦م القاهرة ص ١٦٧.
٤. قانون الإثبات المصري الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م

سلبى وإنما أيضاً أثر إيجابي تتناول كل الدعاوى الأخرى التي يمكن أن ترفع بمسائل متفرعة عن المسألة الأساسية المقضي فيها ويتمثل هذا الأثر الإيجابي في التزام القاضي أو المحكم بالفصل في الدعاوى التي ترفع بمسائل فرعية على وجه يتفق مع ما سبق أن قضى به في خصوص المسألة الأساسية ومن ناحية أخرى إذا كانت الحجية تحول دون الخصوم ودون التمسك ببطلان الحكم الصادر خارج الإجراءات كوسيلة لإسقاط حجيته توصلوا إلى إعادة طرح المسألة المقضي فيها مرة ثانية أمام القضاء للفصل فيها من جديد فإن التمسك ببطلان حكم المحكمين يعد استثناءً يرد على حجيته فإذا ما قضى بالبطلان تجرد الحكم من حجته ولكن لا يترتب على ذلك انقضاء الحق في التحكيم فيجوز طرح النزاع مرة ثانية على هيئة تحكيم أخرى. والثالثة ويتعلق بأثر حكم التحكيم تجاه الغير ويثير هذا الوجه جدلاً حول نطاق الأثر الملزم للحجية ليتناول الغير الذي لم يكن طرفاً في الخصومة كالكفيل لأحد طرفي النزاع والمحكوم ضده ، وهذا الجدل يمتد بجذوره حتى إلى حجية الحكم الصادر من قضاء الدولة فهل تمتد حجية حكم التحكيم إلى الكفيل باعتباره من الغير أم أنها حجية نسبية تقتصر فقط على طرفي المحكمين ولا تمتد إلى الغير .

### مدي امتداد حجية حكم التحكيم في مواجهة الكفيل :

غياب الكفيل عن إجراءات التحكيم لا يعنى أن الحكم الصادر في خصومة التحكيم بين كل من الدائن والمدين لا ينتج أدنى أثر تجاهه فهذا الحكم يمكن الاحتجاج به أيضاً في مواجهته، وهنا يثور التساؤل حول معرفة ما إذا كان للكفيل أن يطعن على حكم التحكيم أم لا ؟ يجري القضاء على أنه يمكن للكفيل أن يتمسك بحكم التحكيم الصادر بين الدائن والمدين ، كما يمكن الاحتجاج به في مواجهته وهذا القضاء مؤسس على مبررات تؤكد بأنه يجب عدم اعتبار كفيل أحد أطراف التحكيم من الغير بالنسبة لإجراءات التحكيم . بيد أنه إذا كانت الحلول التي أتى بها القضاء صحيحة فإن الأسباب التي بنيت عليها تعد خاطئة فأسباب هذه الأحكام خلطت بين حجية الشيء المقضي به والاحتجاج به رغم الفارق الواضح بينهما فحجية الشيء المقضي تتضمن وتتطوي على ثبات الحكم بين أطرافه ، في حين أن الاحتجاج، ويقصد به آثار الحكم الخارجية وتمثل امتداد آثار الحكم في وسط قانوني بأن يفرض على الغير مركزاً قانونياً متولداً عن الحكم فالحكم في الحدود التي ينطوي على تعديل في البنية القانونية يمكن أن يحتج به في مواجهة الجميع فحكم التحكيم الصادر ضد المدين وأمره بالوفاء يعد بمثابة واقعة تفرض على الكفيل. فالكفيل ليس بطرف في إجراءات التحكيم ومن ثمة فإنه لا يلتزم بما ورد في حكم التحكيم ولا يمكن اعتبار هذا الحكم سنداً تنفيذياً في مواجهته ولا يستطيع الدائن أن يستصدر أمراً بتنفيذه في مواجهته حتى يمكن الحصول على دينه وإنما عليه اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على دينه تأسيساً على الالتزام المتولد من عقد الكفالة ، بمعنى أن التزام الكفيل بأن يدفع ما ثبت قضاء في مواجهة المدين الأصلي مرجعه عقد الكفالة وليس حجية الشيء المحكوم فيه . وهذا الحل هو الذي انتهت إليه محكمة استئناف باريس في ١٩٦٤/٥/٢١ ، فبعد أن قضت بأن حكم التحكيم الصادر في مواجهة المدين لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكفيل قضت بأن المحكمة التجارية هي المختصة بتقرير مدى التزام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن ، حتى لو كان حكم التحكيم مشمولاً بأمر التنفيذ بمعنى أن قضاء الدولة وليس محكمة التحكيم هو المختص بأن

بأمر الكفيل بالوفاء بالدين للدائن ، اللهم إلا إذا وجد شرط تحكيم في عقد الكفالة ولكن لا يمكن للكفيل أن يتعرض لما قضى به حكم التحكيم في مواجهة المدين لأنه قضى فيه بصفة قاطعة من قبل المحكمين . وسبق وأن عبرت محكمة استئناف باريس في ١٩٦٠/١/٤ . عن هذا الحل بطريقة أكثر وضوحاً حيث قضت بأن القضاة الذين ينظرون طلب التعويض المقدم ضد الكفيل لهم الحق في تقدير ما إذا كان حكم التحكيم يشكل معطيات واقعة تخوله إلزام الكفيل بتعويض مساو للمبلغ الذي قضى به حكم التحكيم تجاه الشركة المكفولة « وبالرغم من المركز القانوني للكفيل خارج نطاق الخصومة والذي لا يعطيه الحق في الطعن على الحكم الصادر فإن له في الطلب المقدم في مواجهته أمام قضاء الدولة أن يتمسك بالدفاع المستمدة من عقد الكفالة لأجل الإفلات من التزامه بالضمان . فان الحكم التحكيمي الصادر بين الدائن والمدين يحتج به في مواجهة الكفيل باعتباره بالنسبة لإجراءات التحكيم ولكن مركز الكفيل كضامن يمنعه من الطعن في الحكم بطريق الاعتراض الخارج عن الخصومة ، فالكفيل كالمؤمن الذي يحتج المضرور في مواجهته بالحكم الصادر ضد المؤمن له ، فالمؤمن لم يكن طرفاً في الخصومة ، والحكم الصادر في مواجهة المؤمن له يعتبر بمثابة تحقيق للمخاطر المؤمن عليها ، سواء من حيث المبدأ أو من حيث النطاق فالمؤمن فبالرغم من أنه يتمتع بمركز الغير فإنه ليس له الحق في الطعن عن طريق الاعتراض الخارج عن الخصومة على فرض النص عليه إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر مبنى على غش أو تواطؤ فالحكم الصادر في مواجهة المدين الأصلي يعد بمثابة تحقيق المخاطر المضمونة بوساطة الكفيل ، ومن ثمة يوجد سبب للتردد في حرمان الكفيل من الاعتراض الخارج عن الخصومة ولذلك فإننا نرى أن المشرع لم يحالفه التوفيق بإلغاء الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام المحكمين كما كانت تنص عليه المادة ٥١١ من قانون المرافعات المصري الملغاة .

## المطلب الثاني صدر أمر بتنفيذ حكم التحكيم

لا يكفي أن يحوز الحكم الحجية حتى يمكن تنفيذه وإنما لا بد أن يصدر أمر من القضاء بتنفيذ حكم المحكمين وعلّة استلزام الأمر هي أن حكم المحكمين قضاء خاص لا يستمد أي قوة من السلطة العامة ، والأمر وحده هو الذي يرفعه إلى مرتبة أحكام المحاكم . فحكم المحكمين عمل صادر من قضاء خاص ينبغي إخضاعه لرقابة قضاء الدولة ، كما أنه ليس للمحكمين سلطة الأمر التي يتمتع بها قضاء الدولة ، ولذا فإن أمر التنفيذ هو الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانوناً ، ويأمر بمقتضاه بتمتع حكم المحكمين بالقوة التنفيذية ، وبدون هذا الأمر لا يتمتع حكم المحكمين بهذه القوة ، لأن الحكم ، يستمد حجيته من اتفاق الخصوم على التحكيم . ويختص بإصدار أمر التنفيذ إذا كان التحكيم داخلياً ، رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو من يندبه لذلك من قضااتها ، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً مما يخضع لقانون التحكيم المصري ، فإن هذا الاختصاص يكون لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو لرئيس محكمة استئناف أخرى يكون الأطراف قد اتفقوا على اختصاصها بنظر مسائل التحكيم ، أو من يندبه رئيس محكمة الاستئناف من مستشاري المحكمة (م ٩ ، ٥٦ من قانون التحكيم) وبهذا النص يكون المشرع قد سلب قاضي التنفيذ سلطة إصدار مثل هذا الأمر . ، وعليه ينبغي التعرض لبيان إجراءات استصدار أمر التنفيذ كمرحلة أول ، والفرع الثاني :- حدود وسلطة القاضي مصدر الأمر ، الفرع الثالث : التظلم من أمر تنفيذ حكم التحكيم ، الفرع الرابع : المنازعة في تنفيذ حكم التحكيم .

## الفرع الأول إجراءات استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم

يتم استصدار الأمر بالتنفيذ، في شكل أمر على عريضة بناء على طلب من ذوى الشأن أي بعريضة من نسختين متطابقتين مشتملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار في البلد التي بها مقر المحكمة المقدمة إليها العريضة مع المستندات المؤيدة للطلب المادة (١٩٤) مرافعات مصري ) ويجب أن يرفق بطلب التنفيذ ما يلي : أصل الحكم أو صورة موقعة من أعضاء الهيئة ، والمقصود بالصورة الموقعة الصورة التي تسلمها هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين موقعة من المحكمين الذين وافقوا على الحكم. وصورة من اتفاق التحكيم ، والمقصود صورة من ورقة أو أوراق الاتفاق، سواء أكان هذا الاتفاق في شكل مشاركة مستقلة أو في شكل شرط يتضمنه العقد الأصلي بين الطرفين ( م ١٠/١ من قانون التحكيم المصري ) أو في شكل إحالة إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم ( م ٢/١٠ من قانون التحكيم ) وأخيراً فقد يكون الاتفاق في شكل رسائل أو برقيات أو فاكسات متبادلة بين الطرفين. صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة ٤٧ من هذا القانون . ومن الجدير بالذكر أن من صدر الحكم لصالحه هو الذي يقوم بالإيداع وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة والمشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون، وعلي محضر المحكمة أن يحرر محضراً بهذا الإيداع ، ويجوز لكل من طر في التحكيم وليس فقط من قام بالإيداع الحصول على صورة من هذا المحضر، هذه الصورة هي التي يجب تقديمها للأمر بالتنفيذ، ولا يكفى إرفاق صورة ضوئية من هذا المحضر ، فإن صدور أمر التنفيذ مرهون بتقديم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ من المحكوم له في حكم التحكيم سواء كان طرفاً في الخصومة أو ليس طرفاً فيها. مثل صدور حكم بأداء مبلغ لصالح الغير في حالة الاشتراط لمصلحة الغير. فيجوز لهذا الأخير أن يودع الحكم ويطلب استصدار أمر بالتنفيذ ١ ولم تحدد المادة (٥٦) تحكيم مصري من يقدم طلب استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم صراحة إلا أنه يفهم ضمناً أن من صدر الحكم لصالحه أن يتقدم بطلب تنفيذ الحكم ٢ الصادر تنفيذاً جبرياً إذا لم يتم تنفيذه طواعية واختياراً، على أن يقدم طلب الأمر بالتنفيذ من ذوى الشأن ولم يقصر تقديم مثل هذا الطلب على الخصوم فقط ٣. ولم يحصر المشرع المصري مكنة تقديم الطلب في طرف من أطراف الخصومة . بل قررها بصيغة عامة تسمح لكل طرف من أطراف خصومة التحكيم التقدم بهذا الطلب طالما كانت هناك فائدة عملية تعود على مقدمه فيقدم من صاحب المصلحة أياً كان ، وبالرغم من أن المشرع المصري لم يحدد صراحة الشكل الذي يجب أن يصدر فيه الأمر بالتنفيذ والإجراءات المتبعة في ذلك ، الأمر الذي يفهم معه من نصوص القانون المصري أنه يصدر في صورة أمر على عريضة تقدم إلى القاضي من المحكوم لصالحه طبقاً للقواعد العامة في نظام الأوامر على العرائض أي يصدر بعريضة من نسختين متطابقتين مشتملة على وقائع الطلب وأسانيده مرفقاً به المستندات المؤيدة للطلب المادة (١٩٥) مرافعات . وإذا قدم على خلاف ذلك أي قدم

١ . د . فتحي والي . قانون التحكيم في النظرية والتطبيق . المرجع السابق ص ٤٨٤

٢ . د . محمود مختار بريري - المرجع السابق ص ٢٧٢ فقرة ١٦٢

٣ . استئناف القاهرة د/٩١ تجاري جلسة ٢٩/٥/٢٠٠٢م الدعوى رقم ١٥ لسنة ١١٩ق .

بيد أن المشرع لم يشأ أن يترك المسألة خاضعة لكافة القواعد العامة في إجراءات استصدار الأوامر على عرائض ، وإنما رسم لذلك بعض الإجراءات والإشكال الخاصة التي يجب مراعاتها

بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى. فإنه يكون غير مقبول شكلاً لرفعه بغير الطريق الذي رسمه القانون ، أما القانون البحريني فقد نصت المادة ٢/٢٥ من قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ « على الطرف الذي يستند إلى قرار تحكيم أو يقدم طلباً لتنفيذه أن يقدم القرار الأصلي الموثق حسب الأصول أو صورة منه مصدقة حسب الأصول، واتفق التحكيم الأصلي المشار إليه في المادة « ٧ » أو صورة له مصدقة حسب الأصول. وإذا كان قرار التحكيم غير صادر باللغة العربية وجب على ذلك الطرف تقديم ترجمة له إلى هذه اللغة مصدقة حسب الأصول ». فالمحكوم له في ظل هذا القانون كالقانون المصري أن يستصدر أمر التنفيذ بناءً على طلب من المحكوم له دون شكل خاص ويرفق به من المستندات ما يدل على إيداع الحكم أو صورة مصدقة منه ، فلم يتمسك المشرع بضرورة التنفيذ بأصل الحكم وإنما أكتفي بالصورة ، وصورة من اتفاق التحكيم . وإذا كان التحكيم قد أجري بلغة غير العربية فينبغي عليه أن يتقدم بالحكم أو صورة منه مترجمة الى اللغة العربية مصدقة حسب الأصول . أمّا بخصوص الميعاد الذي يقدم طلب بتنفيذ حكم التحكيم خلاله فلم يحدد المشرع المصري أو البحريني ميعاداً يتمتع بانقضائه طلب هذا الأمر . وعلى ذلك فإنه لا يوجد حد أقصى لطلب الأمر بتنفيذ هذا الحكم ، وإنما يبقى قائماً ما بقى الحق الذي صدر به حكم التحكيم ذاته قائماً ولم يسقط فقد نصت المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري على أنه لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى وميعاد رفع دعوى البطلان هو تسعون يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه المادة (١/٥٤) من قانون التحكيم المصري ، وفي المادة ٢٤/ب/٢ من قانون التحكيم البحريني « -لا يجوز تقديم طلب إلغاء بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسلّم الطرف صاحب الطلب قرار التحكيم أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد قدم بموجب المادة « ٢٢ » ، إذا كان قد قدم مثل هذا الطلب « والميعاد في القانون المصري هو تسعون يوماً والبحريني ثلاثة أشهر وهو ميعاد تنظيمي للطعن على قرار التحكيم ، ويبقى الحق في طلب التنفيذ قائماً ما لم يطعن على الحكم ويوقف التنفيذ بالاستجابة لطلب المحكوم ضده بوقف التنفيذ .

## الفرع الثاني

### حدود وسلطة القاضي مصدر الأمر

يمارس القاضي وهو ينظر في إصدار أمر التنفيذ سلطة ولائيه بياشراها دون مواجهة بين الخصوم ، فإنه ينظر الطلب بعد التحقق من صحة المستندات المقدمة إليه ، وله في هذا الخصوص سلطة محدودة فهو لا يتولى تحقيق القضية التي صدر فيها حكم التحكيم أو يعيد نظرها ، وإنما تقتصر سلطته على التأكد من المشروعية الظاهرة للحكم . فهو بياشرف رقابة ظاهرية ، فيتحقق من تسبب الحكم من عدمه وتأكده من خلوهذا الحكم من العيوب لإجرائية ، وما إذا كان الحكم في ظاهرة يخالف النظام العام أو خالياً من توقيع المحكمين(١) (١) ، وعلى العكس لا يجوز للقاضي مصدر الأمر أن يبحث إجراءات التحكيم ، وما قدمه

١ . وقضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن الأمر الصادر من قاضي المور الوقتية والذي يعتبر بمقتضاه حكم المحكم واجب النفاذ طبقاً للمادة (٨٤٤) من قانون المرافعات الملقى يقصد به مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذه من حيث التثبت من وجود مشاركة التحكيم ، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع أم عند كتابة الحكم دون أن يخول قاضي الأمور الوقتية حق البحث في الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون . (نقض مدني جلسة ١٥/٩/١٩٧٨م . الطعن رقم ٥٢١ لسنة ق السنة ٢٩ الموسوعة الذهبية ص ٤٧٢) .

الخصوم من مذكرات أو دفاع في القضية ، كما لا يجوز له بحث موضوع النزاع أو أن يراقب خطأ المحكم أو يبحث في مدى صحة أو بطلان الحكم . وبعبارة أخرى فللقاضي الأمر بالتنفيذ أن يبحث الشرعية الشكلية لحكم المحكمين ، أي مدى صحة حكم المحكمين من ناحية الشكل ، فيجب أن يتأكد من خلو الحكم من العيوب الإجرائية ، فلا يمكن إصدار أمر بالتنفيذ إذا كان العمل المطلوب الأمر بتنفيذه يتمثل في مجرد تقرير الخبر أو مجرد إبداء الرأي ، فالعمل يجب أن يكون له مظهر حكم المحكمين (١) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية « - حكم المحكمين ، اكتساب قوة الأمر المقضي طالما بقي قائماً ليس للقاضي عند الأمر بالتنفيذ التحقيق من عدلته أو صحة قضاائه في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد . ولكن إذا كان العيب الشكلي ظاهراً في حكم المحكمين ، علي سبيل المثال عدم توقيع المحكمين ، فعلى القاضي أن يرفض الأمر بالتنفيذ ، لأنه لا يوجد ثمة إمكانية للطعن في الحكم بالبطلان . وتثور صعوبة في حالة غياب الأسباب وخاصة إذا كان حكم التحكيم صادر بالصلح . ولكن ليس للقاضي أن يرفض إصدار أمر التنفيذ علي أساس خطأ المحكمين في تكييف الوقائع أو خطئهم في تطبيق القانون عليها ، أو عدم كفاية الأسباب أو لعدم صحتها أو تعلق الأسباب بالموضوع ، فمثل هذه الأمور لا تخضع لتقديره ، كما أن القاضي الأمر بالتنفيذ لا يمكنه تعديل حكم المحكمين ، ولا تكمله حيثياته . فإذا كان اتفاق التحكيم صحيح ، فإن ذلك يقتضي من القاضي الأمر بالتنفيذ التأكد من قابلية النزاع للتحكيم ، وأهلية كل خصم في التحكيم وعلى وجه الخصوص التأكد من أهلية الأشخاص المعنوية العامة لأن تكون طرفاً في التحكيم ، ومن وجود الرضا الصحيح صادرا منهم ، وأن اتفاق التحكيم توافرت فيه المقضيات الشكلية التي استلزمها القانون وخاصة في الحالة التي يتخذ فيها اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم ، والتأكد من غياب الموانع التي تمنع من اشتراط هذا الشرط ، كما أنه على القاضي الأمر بالتنفيذ عليه عند إصدار أمر بتنفيذ حكم المحكمين أن يتأكد من أن الحكم صدر من هيئة مشكلة تشكيلة صحيحاً وفقاً لاتفاق الخصوم ، وأنه نتيجة لخصومة سيرت بوساطة أولئك الذين منحهم الخصوم هذه المهمة ، سواء أكان هذا الاختيار قد تم بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة أي بالتحكيم المؤسسي ، عن طريق إحدى هيئات التحكيم الدائمة أو حتى عن طريق تدخل قاضي الدولة في القوانين التي تجيز مثل هذا التدخل . فقاضي التنفيذ لا ينبغي عليه أن يأخذ في اعتباره واقعة التدخل في القرار القضائي الذي انتهى بتشكيل المحكمة التحكيمية . كما تمتد سلطة قاضي التنفيذ للتأكد من أن حكم المحكمين صدر في الميعاد الذي حدده اتفاق التحكيم أو نص عليه القانون ، ولم يصدر بعد فوات الميعاد . وعليه فلا يجوز للقاضي أن يرفض إصدار أمر التنفيذ على أساس خطأ المحكمين في تكييف الوقائع أو خطأهم في تطبيق القانون عليها . ولما كان كذلك ، وكان الأمر بالتنفيذ لا يعد مجرد إجراء مادي يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية ، وإنما هو أمر ولائي لا يصدره القاضي إلا بعد التأكد من توافر شروطه التي تطلبها القانون بعد النظر في اختصاصه من عدمه ، فإن المشرع المصري وضع بعض ضوابط الرقابة التي يفرضها قاضي التنفيذ على حكم التحكيم في المادة (٢/٥٨) من قانون التحكيم المصري وهي : ١- أن حكم التحكيم لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع ، لأن ذلك يخل بحجية الأحكام . ٢- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية ، كما إذا كان محله مسألة لا يجوز فيها التحكيم كالمسائل الجنائية . ٣- أنه قد تم إعلانه إعلاناً

١ . الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض المصرية .

صحيحاً للمحكوم عليه ، إذ من تاريخ هذا الإعلان يبدأ ميعاد دعوى البطلان . وترتيباً على ما سبق فإن القاضي مصدر أمر التنفيذ يلعب دوراً مزدوجاً على حكم التحكيم في هذا الخصوص ، فهو يراقب الحكم رقابة ظاهرية ١ دون التعرض لموضوع النزاع ، ثم يتأكد أن الحكم لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع ، وأنه لا يتضمن ما يتعارض مع النظام العام ، وأنه قد أعلن للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً ، فضلاً عن تحققه من خلو الحكم من أسباب البطلان . يبقى التساؤل عن أثر إصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين من القاضي المختص ، هل هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي بصدور الأمر بالتنفيذ عليه بوضع الصيغة التنفيذية أم لا ؟ بما في ذلك من أهمية ، حيث أنه قد يفهم بمفهوم المخالفة أنه في حالة عدم قبول طلب أمر التنفيذ فلن يحوز الحكم الحجية ؟ في الحقيقة لم يتعرض المشرع المصري لذلك صراحة في القانون المرافعات في السابق ، وعلى العكس من ذلك كان موقف المشرع المصري في القانون الجديد ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، و مماثلاً لموقف المشرع البحريني الذي نص صراحة على أن حكم التحكيم يحوز الحجية في النزاع الذي فصل فيه حتى قبل صدور الأمر بالتنفيذ ، وفي حالة رفض الأمر بالتنفيذ ، فإن ذلك لا يؤثر على حجية الحكم وهذا أمر بديهي ، وهو ما يتفق مع رأي الفقه ٢ في ذلك بأن حكم التحكيم لا يحوز حجية الأمر المقضي فحسب وإنما أيضاً قوة الأمر المقضي ، والتفرقة بينهما ليست في الدرجة وإنما تتعلق بفكرتين مختلفتين ، فالحجية تنصرف الى المستقبل وخارج الخصومة التي صدر فيها الحكم ، أما القوة فأهميتها تكون داخل الخصومة للدلالة على ما يتمتع به القرار من قابلية أو عدم قابلية للطعن عليه بطريق معين .»

### الفرع الثالث

#### التظلم من أمر تنفيذ حكم التحكيم

تنص المادة ( ٢/٥٨ ) من قانون التحكيم المصري بأنه «لا يجوز التظلم في الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم ، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره» وبهذا يكون المشرع قد فرق بين صدور قبول أمر بالتنفيذ فلا يجوز التظلم منه وبين صدور رفض أمر التنفيذ ، فيجوز التظلم من هذا الرفض خلال الثلاثين يوماً المذكورة ، غير أنه بتاريخ ٢٠٠١/١/٦م قضي بعدم دستورية تلك الفقرة من المادة (٥٨) المذكورة وبموجب هذا الحكم أصبح القرار الصادر من القاضي سواء بالأمر بالتنفيذ أو برفض الأمر قابلاً للتظلم فيه ٣ ، إلا أنه يتعين ملاحظة أن الأمر الصادر برفض التنفيذ يكون ميعاد التظلم فيه محكوماً بنص

١ . ولا يوجد ما يمنع القاضي مصدر أمر التنفيذ من بسط رقابته الظاهرية على كل ما لا يتعارض مع طبيعة القرار الولائي الذي يصدره ، وهذا هو ما قضت به محكمة النقض المصرية . أنظر : د . محمد على راتب . قضاء الأمور المستعجلة . المرجع السابق ص ١٧٥ ، د . محمد نور شحاته . الرقابة على أعمال المحكمين . المرجع السابق ص ٢٧٢ . دار النهضة العربية - القاهرة - سنة النشر ١٩٩٣م - ١٤١٣هـ

٢ . د . محمود مختار بريري - المرجع السابق - ص ٢٥٥ فقرة ١٥٤

٣ . لقد سببت المحكمة الدستورية حكمها بأن هذا النص يمنحه الطرف الذي يتقدم بطلب تنفيذ حكم المحكمين الحق في التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ لتثبت توافر طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم على الضوابط المنصوص عليها في القانون ، وحرمان الطرف الآخر مكنة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ يكون قد ميز بين حقوق المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية ، بما يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون وعائقاً لحق التقاضي مخالفاً بذلك أحكام المادتين (٤٠٠، ٦٨) من الدستور القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ ق بتاريخ ٢٠٠١/١/٦م الجريدة الرسمية العدد ٢ في ٢٠٠١/١/١٨م .

المادة (٥٨) تحكيم المشار إليها أي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر ، أمّا الأمر الصادر بالتنفيذ فإن ميعاد التظلم منه يخضع للقواعد العامة بالنسبة لميعاد التظلم من الأوامر على العرائض المنصوص عليها بقانون المرافعات (١٩٧) مرافعات) أي خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر ١، وكذلك الحال بالنسبة للمحكمة المختصة فيكون في حالة الأمر بالتنفيذ الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويطبق عليها قواعد المرافعات ، أمّا الأمر الصادر بالرفض يكون الاختصاص للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) تحكيم . وعلى ذلك يتم التظلم من أمر التنفيذ وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، ويجب أن يكون التظلم مسبباً وليست هناك أسباب محددة للتظلم . وتبدأ بالتظلم خصومة بين طرفين تتعلق بدعوى وقتية يعتبر الحكم فيها عملاً قضائياً بالمعنى الصحيح وليس أمراً على عريضة ٢، ويجب أن يقدم الطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر برفض التنفيذ المادة (٥٨) فقرة (٢) من قانون التحكيم المصري ، أو عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر بالتنفيذ المادة (١٩٧) مرافعات مصري على نحو ما أوضحنا ، ويختلف بذلك الأمر مع القانون الفرنسي والذي حدد بالمادة (١٤٨٩) مرافعات أن التظلم يكون خلال شهر من تاريخ إعلان الأمر وليس من تاريخ صدوره ٣ .

أما في قانون التحكيم البحريني فقد خلا من النص المقابل أي التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ من المحكوم ضده أو رفض التنفيذ المنصوص عليه بالمادة ٣٦ من قانون التحكيم البحريني ٩ لسنة ١٩٩٤م ، لذلك لا مفر من اللجوء الى القواعد العامة في قانون المرافعات بشأن التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ أو رفضه .

### سلطة المحكمة المختصة بنظر التظلم :

إذا حدث تظلم من الأمر ، سواء صدر بالتنفيذ أو برفض التنفيذ ، فإن المحكمة التي تنظر التظلم تكون لها السلطة الكاملة في تأييد الأمر بالرفض أو تعديله أو إلغائه ( المادة (١٩٩) فقرة (٢) مرافعات مصري) وتكون لها سلطة قضائية بالنسبة لتوافر أو عدم توافر الشروط اللازمة لتنفيذ حكم المحكمين ، بالتالي فإن سلطة القاضي الذي ينظر التظلم لا تتجاوز سلطات القاضي مصدر التظلم ، ولهذا فإن المحكمة التي تنظر التظلم ليس لها أن تقضي بتأييد الأمر أو إلغائه استناداً إلى توافر أو عدم توافر سبب من أسباب بطلان الحكم . وإذا قضت المحكمة بقبول التظلم من الأمر بالرفض منها فلها أن تقضي بإلغاء الأمر وتصدر هي أمراً بتنفيذ حكم المحكمين ٤ ، ويصدر هذا الأمر الأخير في الحكم الصادر في التظلم ، حيث أن الحكم

١ . د . فتحي والي . قانون التحكيم في النظرية والتطبيق . مرجع سابق ص٤٩٤ وما يليها . الطبعة الاولى - منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة ٢٠٠٧م

٢ . د . فتحي والي . قانون القضاء المدني المرجع السابق ص ٨٥٧ .

٣ . ويؤيد الفقه ما ذهب إليه المشرع المصري في هذا الخصوص لأن الامر يصدر عادة في ميعاد قصير في اليوم التالي لتقديم الطلب المادة(١٩٥) من قانون المرافعات المصري ويجب بالتالي على طالب الأمر أن يتابع قلم كتاب المحكمة التابع لها القاضي المختص خلال هذه الفترة القصيرة كي يعرف مصير طلبه . وأيضاً لأن اشتراط إعلان الأمر بفتح الباب لمشاكل معقدة تثيرها عملية الإعلان وتامامها ومدى صحتها ، وهو ما من شأنه أن يعطل عملية تنفيذ أحكام المحكمين ويضيع وقت المحكمة ويعود بالسلب على مصالح الأطراف . أنظر : د . أحمد هندي . تنفيذ أحكام المحكمين . المرجع السابق ص ١١٩ .

٤ . استئناف القاهرة د/٩١ تجاري جلسة ٢٩/٥/٢٠٠٢م في الدعوى رقم ١١٦ لسنة ١١٩ق .

الصادر في التظلم هو حكم قضائي وقي تطبق بشأنه القواعد العامة للأحكام الوقتية. ١ ويقبل الحكم الصادر في التظلم الاستئناف دائماً باعتباره حكماً صادر في مادة وقتية في ميعاد خمسة عشر يوماً ، وإذا صدر الحكم من الاستئناف من محكمة الاستئناف فيجوز الطعن فيه بالنقض وفقاً للقواعد العامة ٢ أخيراً يكون أمر التنفيذ نافذاً نفاذاً معجل بقوة القانون رغم قابليته للتظلم منه ، ويجرى بدون كفالة ما لم ينص الأمر على تقديم كفالة المادة (٢٨٨) مرافعات ، ويسقط أمر التنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره إذا لم ينفذ ويجوز استصدار أمر جديد وفقاً للمادة (٢٠٠) مرافعات ، ويلاحظ في هذا الخصوص أنه بصدور أمر التنفيذ ووضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم لا يسقط الأمر حتي ولو تقاعس المنفذ عن تنفيذ الحكم . وبوضع الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي يكتمل الحكم باعتبار الأمر جزءاً مكماً لحكم المحكمين . وبعد وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم تنفيذاً للأمر بالتنفيذ ، تسلم الصورة التنفيذية لحكم التحكيم إلى من صدر لصالحه الأمر ويجري تنفيذ حكم التحكيم كما يجري تنفيذ أي سند تنفيذي .

## الفرع الرابع المنازعة في تنفيذ حكم التحكيم

انتهينا فيما سبق أن أحكام المحكمين تحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدورها المادة (٥٥) تحكيم ، ولكنها لا تعتبر سندات تنفيذية تقبل التنفيذ الجبري إلا بإصدار الأمر بتنفيذها المادة (٥٦) تحكيم ، وبعد صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم اكتملت مقومات الحكم ، وأصبح واجب النفاذ . بوضع الصيغة التنفيذية ، وبالتالي يخضع لما للأحكام القضائية من تنظيم بشأن النفاذ الجبري وبالتالي يجوز لمن صدر ضده أمر التنفيذ أن يستشكل في التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في منازعات التنفيذ . ويجب مراعاة أن منازعات التنفيذ لا تهاجم الحكم التحكيمي ٢ ، وإنما توجه إلى إجراءات التنفيذ ، وتنازع في صحتها . فيجب أن تُبنى تلك المنازعات . (الإشكالات) . على وقائع لا حقة على صدور الحكم ، والأ كانت غير مقبولة . وبناءً على ذلك فإنه لا يجوز التمسك أمام قاضي التنفيذ ببطلان حكم المحكم لقيام حالة من الحالات التي تجيز رفع دعوى البطلان ، وذلك عند نظر الإشكال أو رفعه لهذا السبب ٤ إلا أن محكمة

- ١ . فتحي والي . الوسيط في قانون القضاء المدني . المرجع السابق ص ٨٥٧ : د . احمد السيد صاوي . الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . المرجع السابق ص ٦٥٤ : د . أحمد أبو الوفا . التحكيم الاختياري والإجباري ص ٢٨٣ . ٢٨٤ د . محمود السيد التحيوي . نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي . المرجع السابق ص ٧٨ .
- ٢ . المادة (٢٢٠) من قانون المرافعات المصري يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أي كانت المحكمة التي أصدرتها . أنظر : د . فتحي والي . الوسيط في قانون القضاء المدني . المرجع السابق ص ٨٥٧ .
- ٣ . ما لم يكن هذا الحكم منعدماً فيمكن عندئذ مهاجمة الحكم ذاته عن طرق منازعات في التنفيذ ، حيث لا يرتب الحكم أثراً لعمل قضائي فلا يكون له حجية ، مما يسمح للمحكوم عليه المنازعة في تنفيذه باعتباره مجرد واقعة قانونية بحته . أنظر : د . فتحي والي التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية . المرجع السابق ص ٦٢٠ : د . وجدي راغب . النظرية العامة للعمل القضائي . رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس ١٩٦٧م المرجع السابق ص ٤٠٢ وما يليها .
- ٤ . د . احمد أبو الوفا . التحكيم الاختياري والإجباري الناشر - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٧م ص ٢٨٦ وما بعدها : د . أحمد شرف الدين . سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم بدون ناشر ، سنة النشر : ١٩٩٧م ص ١٤ هامش ١٠ .

النقض المصرية أجازت رفع إشكال التنفيذ استناداً إلى توافر حالة من حالات البطلان يكون فيها القاضي تحسس الأوراق دون المساس بأصل الحق المتعلق بصحة أو بطلان الحكم ، وذلك في حالتين . الأولى : أن يكون ميعاد دعوى البطلان لازال ممتداً . الثانية : أن تكون الدعوى ببطلان الحكم رفعت ولم يفصل فيها . ففي كلتا الحالتين يمكن لقاضي الإشكالات أن يوقف التنفيذ مؤقتاً لحين الفصل في دعوى البطلان ، أما غير كلتا الحالتين ، فلا يجوز اللجوء الي الإشكال استناداً إلى توافر حالة من حالات البطلان . وحيث إن إشكالات التنفيذ ليست طريقاً من طرق الطعن فأسبابه تُبنى على وقائع حدثت بعد صدور الحكم باستثناء الحكم المندم وعلى الرغم من ذلك فقد ينصب الإشكال على حكم المحكم أو على الأمر بتنفيذه . فيجوز بالتالي رفع إشكال في تنفيذ الحكم التحكيمي لسبب يرجع إلى أمر التنفيذ فقد يصدر أمر التنفيذ من قاضي الأمر ، ولكنه يكون باطلاً لعدم تحقيقه للشروط والضوابط التي نظمها المشرع بصدد إصدار هذا الأمر المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري . ويقدم الإشكال في تنفيذ أحكام المحكمين دائماً إلى قاضي التنفيذ إذ إنه صاحب الاختصاص النوعي في هذا الخصوص ، فهو المختص بالفصل في منازعات التنفيذ جميعها الموضوعية منها والوقائية المادة (١/٢٧٥) مرافعات في حين أن قانون التحكيم لم يتضمن عكس ذلك . والجدير بالذكر في هذا المقام أنه طالما يجوز لمن صدر ضده أمر التنفيذ أن يستشكل في التنفيذ ، وفقاً للقواعد العامة في الإشكالات ، فإنه يترتب على مجرد رفع الإشكال الأول وقف تنفيذ الحكم سواء قدم الإشكال بالإجراءات المعتادة أو أمام المحضر (٢١٢) مرافعات . وعلى ذلك ، فإن جواز المنازعة في تنفيذ حكم المحكم تُعد دليلاً لا جدال فيه عن ولاية القضاء على التحكيم ، حيث لا يمكن أن يترك حتى بعد صدور الحكم بعيداً عن تلك الولاية ، وهذا ما يؤكد دور قاضي التنفيذ في نظر إشكالات تنفيذ حكم المحكم .

### المطلب الثالث

#### تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي الغير خاضع للقانون المصري

قضت محكمة النقض المصرية ١ . بأنه « إذا طلب المحكوم له تنفيذه - حكم تحكيم اجنبي غير خاضع لأحكام قانون التحكيم المصري - في مصر ، فإن عليه أن يرفع دعوى بالإجراءات المعتادة وفقاً لنصوص قانون المرافعات المصري » المادة ٢٩٦ وما بعدها « واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي انضمت إليها مصر بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ الصادر في ١٩٥٩/٢/٢ وأصبحت تشريعاً نافذاً بها اعتباراً من ١٩٥٩/٦/٨ .» أوجبت المادتان الأولى والثانية منها - اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية - اعتراف كل دولة متعاقدة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فيها والتي يحددها قانونها الداخلي ، ما لم يثبت المحكوم ضده في دعوى تنفيذ حكم التحكيم توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة الخامسة فقرة أولى من الاتفاقية ، وهي (أ) نقص أهلية أطراف اتفاق التحكيم أو بطلانه (ب) عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو استحالة تقديمه دفاعه لسبب آخر (ج) مجاوزة الحكم في قضائه حدود اتفاق أو شرط التحكيم (د)

مخالفة تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءاته لاتفاق الطرفين أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق (هـ) صيرورة الحكم غير ملزم للطرفين أو إلغائه أو وقفه ، أو يتبين لقاضي التنفيذ طبقاً للفقرة الثانية من المادة المشار إليها أنه لا يجوز قانوناً الالتجاء إلى التحكيم لتسوية النزاع ، أو أن تنفيذ الحكم يخالف النظام العام ويترتب على توافر أي من هذه الأسباب أن تقبل المحكمة الدفع وترفض إصدار الأمر بالتنفيذ ، ولكن ليس للمحكمة أن تقضى ببطالان حكم التحكيم فهذا القضاء يخرج عن اختصاصها ، وإذا قدم المدعى عليه في دعوى الأمر بالتنفيذ طلباً عارضاً يطلب فيه الحكم ببطالان حكم التحكيم المطلوب الأمر بتنفيذه ، فعلى المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها بهذا الطلب لخروجه من ولايتها . لما كان ذلك وكانت الدعوى الراهنة مقامة بطلب بطلان حكم التحكيم محل التداعي وليس بطلب إصدار الأمر بتنفيذه ، وكان ذلك الحكم قد صدر في الخارج ولم يتفق الطرفان على خضوعه للقانون المصري ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم النظر متقدم البيان وقضى بعدم اختصاص القضاء المصري بنظر دعوى بطلانه ، يكون قد وافق القانون .

**تنفيذ حكم التحكيم في ضوء اتفاقية نيويورك:** نصت المادة الأولى من الاتفاقية في أولى فقراتها على سريان القواعد التي تضمنتها على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها ... كما تسرى أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه فيها . ويتضح من هذا النص اتساع دائرة ما يعتبر حكماً أجنبياً ، فمن الممكن أن يعتبر كذلك حتى لو كان صادراً في الدولة نفسها التي يراد تنفيذها فيها ، إذا كان هذا الحكم لا يمكن اعتباره حكم تحكيم وطني وفقاً لقانون هذه الدولة ، مثال ذلك الحكم في نزاع بين أطراف أجنبية وكان متعلقاً بمعاملة تجارية ذات طابع دولي تنفذ في الخارج ، فقد اعتبر هذا الحكم حكماً أجنبياً يخضع لاتفاقية نيويورك في ظل القضاء الأمريكي ، ويمكن أيضاً امتداد الاتفاقية لأحكام التحكيم التي تصدر في مصر من هيئة تحكيم دائمة ، إذ أضفى القانون على هذه الأحكام صفة (الدولية) فهي لا تعتبر أحكام تحكيم وطنية إذا كانت متعلقة بمصالح التجارة الدولية. وتسمح الاتفاقية للدول الموقعة بالتحفظ بصددها نصوصها المنظمة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، وذلك باشتراط عدم إعمالها إلا بالنسبة لأحكام المحكمين الصادرة في دولة أخرى متعاقدة أي اشتراط المعاملة بالمثل ، أو أن يقتصر التزامها بالاعتراف وتنفيذ الأحكام على ما يصدر في منازعات ناشئة عن علاقات قانونية عقدية أو غير عقدية بشرط أن تكون تجارية وفقاً لقانونها الوطني. وقد وقعت مصر على الاتفاقية بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ الصادر في ١٩٥٩/٢/٢ دون إبداء أي تحفظات. وقد أرست الاتفاقية بشأن أحكام التحكيم الأجنبية مبدأ (المعاملة الوطنية) ما يعنى التزام الدول الموقعة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لقواعد المرافعات السارية فيها دون تمييز أو إخضاع هذه الأحكام الأجنبية لشروط أكثر تشدداً أو لرسوم أكثر تكلفة بدرجة ملحوظة عن الشروط الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية. ويجب على من صدر الحكم لصالحه ، كي يحصل على الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم أن يتقدم بطلبه مرفقاً به ما يلي : أ- أصل الحكم الرسمي أو نسخة معتمدة منه. ب- أصل اتفاق التحكيم أو نسخة معتمدة منه.

ج- تقديم ترجمة رسمية أو معتمدة أو بواسطة مترجم تم حلفه اليمين ، وذلك إذا كان الحكم صادراً بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها ، ويسرى ذلك على اتفاق التحكيم (مادة ٤) ويقدم طلب التنفيذ بمرفقاته للجهة المختصة وفقاً لقانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها وفقاً لنص المادة (٢٩٧) مرافعات، وتختص بالطلب المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى وذلك على أساس أننا نواجه حكم تحكيم صدر في الخارج ، أو لا يعتبر وطنياً وفقاً للقانون المصري ، وفي الوقت نفسه لا يخضع لقانون التحكيم الجديد ولا لاختصت بالطلب المحكمة الاستئنافية كما جاء بالمادة ٩ من قانون التحكيم المصري ، ولا تستطيع المحكمة رفض طلب التنفيذ ، لوجود خطأ في تحصيل الوقائع أو في فهم وتطبيق القانون أو عدم ملائمة الحكم ، فهي ليست جهة استئناف ، وإنما ينحصر اختصاصها في إصدار الأمر بالتنفيذ أو رفض طلب التنفيذ وهي لا تملك الرفض إلا إذا أثبت الخصم المراد التنفيذ ضده توافر إحدى الحالات الآتية : أ- عدم أهلية أطراف اتفاق التحكيم أو أحدهم ، طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم ، أي قانون الجنسية وفقاً للقانون المصري والقوانين اللاتينية بصفة عامة ، وقانون الموطن بالنسبة للنظم الأنجلو أمريكية. ب- عدم صحة اتفاق التحكيم وفقاً للقانون الذي اتفق الأطراف على سريانه على هذا الاتفاق ، فإذا لم يحدد هذا القانون فتقدر صحة أو عدم صحة الاتفاق وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم وهو ما قضت به محكمة النقض في حكم حديث لها بأن « . - حكم المحكمين الأجنبي المطلوب تنفيذه في دولة القاضي. افتراض صدوره استناداً إلى اتفاق تحكيمي توافرت له مقومات وجوده وصحته . أثره ، وقوع عبء إثبات انعدام هذا الاتفاق أو عدم صحته على عاتق من يطلب تنفيذ الحكم ضده ، المرجع في ذلك - عدا الادعاء بانعدام أهلية أطراف الاتفاق - إلى القانون الذي أختره الأطراف ليحكم اتفاقهم على التحكيمي أو ليحكم العقد الأصلي الوارد اتفاق التحكيم في إطاره. أو إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم عند عدم وجود هذا الاختيار وفقاً لقاعدة إسناد موحدة دولياً م ١/١٥ أ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ التي انضمت إليها مصر بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ م ١ »

## المبحث الثاني أثر الطعن علي تنفيذ حكم التحكيم

القاعدة العامة في المادة ١/٥٢ من قانون التحكيم المصري بأنه لا يجوز الطعن على حكم التحكيم باعتباره حائزاً لحجية الأمر المقضي ، وكذا قوة الأمر المقضي والذي يتعن تنفيذه فور صدوره بالإجراءات التي رسمها المشرع في مواجهة من صدر ضده الحكم في حال عدم الاستجابة الى التنفيذ الاختياري أو الاتفاقي ، وترجع هذه القاعدة أهميتها في التحكيم لتحقيق مزية السرعة في الفصل في النزاع والتي لا تتوافر في قضاء الدولة ، والذي تتعدد درجاته ، ويصعب معه الحصول على حكم حائز لقوة الامر المقضي إلا بعد استنفاد كافة طرق الطعن ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، ذلك أن الحكم الصادر أياً كان لا يخلو من العيوب ، ومن غير المنطقي ترك الحكم هكذا لأن ذلك يجافى العدالة ، فقد أجاز المشرع

١. ( الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧ - مجموعة أحكام النقض المصرية )

للمحكوم ضده أن يطعن على الحكم لأسباب محددة حصراً لو توافرت في الحكم لأصبح معيباً ، فالحكمة من الطعن هو الرقابة على صحة الأحكام الصادرة وتحقيق عدالة متوازنة بين طرفي الخصومة ، فصدور الحكم بدون مداولة مثلاً يكون معيباً ويستوجب الطعن عليه ، فالمشرع طبقاً لنص المادة ٤٠ من قانون التحكيم المصري ، بصدور الحكم بالأغلبية بعد المداولة التي تحددها الهيئة ، توقيع الحكم دليل على صحة ذلك ، وارسال الموافقة من جانب أحد أعضاء اللجنة على الحكم لا تعد مداولة وبالتالي يكون الحكم معيباً (١) ، كما أن عدم توقيع بعض الأعضاء على الحكم مع بيان أسباب عدم التوقيع يفتح المجال للمحكوم ضده بالطعن على الحكم الصادر ، وهناك أسباب أخرى ولكنها تتسم بالطابع الحصري ، بمعنى أنه لا يجوز الطعن على الحكم بغير هذه الأسباب . وعلى فرض أن الحكم الصادر كان معيباً ويستوجب الطعن طبقاً لأحد الأسباب الحصرية والتي عدتها المادة ١/٥٢ من قانون التحكيم المصري ، وتقدم المحكوم ضده بالطعن خلال الميعاد القانوني وهو تسعون يوماً حسبما نصت المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري على أنه لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى وميعاد رفع دعوى البطلان هو تسعون يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه المادة (١/٥٤) من قانون التحكيم المصري ، وفى المادة ٣٤/ب/٣ من قانون التحكيم البحرينى « -لا يجوز تقديم طلب إلغاء بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسلّم الطرف صاحب الطلب قرار التحكيم أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم الطلب الذي كان قد قدم بموجب المادة « ٢٢ » ، إذا كان قد قدم مثل هذا الطلب » فالسؤال الذى يطرح نفسه هل يجوز تنفيذ حكم التحكيم المعيب والمطعون عليه خلال الميعاد المحدد بالمواد المشار إليها ، بعبارة أخرى هل يتأثر الحكم المطعون عليه ويمنع تنفيذه في مواجهة المحكوم عليه أم لا ؟ وهل يختلف الوضع إذا كان التحكيم دولياً ويتم التنفيذ في مصر أو البحرين ؟ من المعلوم بأن تنفيذ حكم التحكيم طبقاً لنص المادة ٥٦ من قانون التحكيم المصري « يختص رئيس المحكمة المشار إليها بالمادة ( ٩ ) من هذا القانون أو من يندبه من قضااتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ، ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلى:

١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه ، ٢- صورة من إتفاق التحكيم ٢- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها ٠٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة ( ٤٧ ) من هذا القانون . وبالرجوع لنص المادة ٩ من هذا القانون « يكون الاختصاص

١ . وجاء في حكم محكمة النقض إذ كان الثابت بالأوراق أن الهيئة التي أصدرت حكم التحكيم بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/٢٨ المكونة من ثلاثة أعضاء أحدهم عن الشركة المحكّمة والآخر عن الشركة المحكّم ضدها وثالثهم معين محكماً مرجحاً ورئيساً للهيئة قد وقعوا ثلاثتهم على هذا الحكم ، وهو ما يكفى وحده لإثبات أن المداولة قد تمت بينهم على الوجه الصحيح ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وذهب في قضائه إلى عدم إتمام المداولة على سند من الخطاب المرسل من رئيس الهيئة إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في ٢٠٠٦/١٢/٢٨ بعد أجل الحكم إلى موعد آخر ، وهو ما لا يدل بذاته مجرداً على عدم إتمام المداولة ، إذ قد يكون مرده تأجيل النطق بالحكم لأي سبب آخر ، وقد أغفل كذلك ما أورده الخطاب الآخر المرسل إلى ذات المركز بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٣ والذي تضمن أن الهيئة قد أتمت دراسة كافة المذكرات والمستندات المقدمة من طرفي النزاع ، كما أتمت جانباً كبيراً من المداولة في شأن النزاع برمته وهى بصدد إصدار حكمها النهائي في الدعوى المطروحة ، وهو ما أثبتته حكم التحكيم الموقع من كافة أعضاء الهيئة على النحو سالف البيان ، وإذ رتب الحكم المطعون فيه على ما تقدم قضاؤه ببطلان حكم التحكيم ، فإنه يكون معيباً بالفصوص في التسبب والفساد في الاستدلال اللذين استجراه إلى مخالفة القانون (١) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٠١٦٦ لسنة ٧٨ قضائية جلسة ٢٠١٣/٢/١٤

بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً ، سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ، مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم ، ويفهم من هاتين المادتين أن الاختصاص بالتنفيذ لأحكام التحكيم في منازعة وطنية تجارية ينعقد للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان دولياً ، فتختص محكمة استئناف القاهرة بتنفيذه أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها أطراف النزاع .

## المطلب الأول وقف تنفيذ حكم التحكيم

حسب نص المادة ٥٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لا يقبل حكم المحكمين الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، ولكن يمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه لأسباب معينة تنص عليها المادة ٥٧ من نفس القانون لا يترتب علي رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم المحكمين وإنما يتم هذا الوقف بحكم من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان، وذلك بالشروط الآتية: أولاً: أن يطلب مدعى البطلان وقف تنفيذ الحكم في نفس صحيفة دعوى البطلان، ولا يحق لطالب الوقف أن يطلب وقف التنفيذ لا قبل ولا بعد رفع الدعوى. كما أنه ليس للمحكمة أن تقضى بوقف التنفيذ من تلقاء نفسها، ومن الجدير بالإشارة أن هذا الشرط هو ذات الشرط الواجب توافره في طلب وقف التنفيذ أمام محكمة النقض ، ولكن هناك اختلاف واضح بين وقف التنفيذ لحكم التحكيم أمام المحكمة المختصة ووقف التنفيذ أمام محكمة النقض ، ففي الحالة الأولى يلاحظ أن طلب وقف التنفيذ يتعلق بحكم غير نافذ أصلاً ، لأن المادة ٥٨ تنص على أنه لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان الحكم قد انقضى، وفي الحالة الثانية : طلب وقف التنفيذ أمام محكمة النقض يتعلق بحكم نافذ أصلاً ثانياً: أن يكون الطلب مبيناً علي أسباب جدية، وعلي الطالب أن يبين هذه الأسباب في طلبه، وله أن يوضح وهذا يعني أن مجرد التقدم بطلب الأمر بتنفيذ الحكم الي المحكمة المختصة مستوفياً مستندات لا يعني إمكانية إصدار هذا الأمر فور تقديمه ، فقد قيد المشرع القاضي المختص بإصدار الأمر بقيد زمني ؛ إذ أوجب عليه عدم إصدار الأمر بالتنفيذ إلا بعد فوات ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم ، وهو تسعون يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه مضافاً إليه طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات ميعاد المسافة وإمكانية امتداده بسبب العطلة الرسمية وإمكانية وقفه بسبب القوة القاهرة ، والحكمة من انتظار فوات ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم قبل إصدار الأمر التريث وعدم التسرع في تنفيذ حكم مهدد بالبطلان ، الأمر الذي يقتضي انتظار نتيجة الحكم على المحكمة التي تحكم بالبطلان - فيصبح الأمر بالتنفيذ لا محل له . حلاً للتناقض بين عدم قابلية حكم التحكيم للتنفيذ إلا بفوات ميعاد دعوى البطلان ونفاذ حكم التحكيم ولو رفعت دعوى البطلان والقاعدتان تبدوان مناقضتين كما نصت عليها المادتان ٥٧ ، ٥٨ من قانون التحكيم المصري فيما يتعلق بوقف تنفيذ حكم التحكيم : فالقاعدة الأولى مردها صريح حسب نص المادة ٥٨ من قانون التحكيم

المصري وحاصلها : أن مجرد التقدم بطلب الأمر بتنفيذ الحكم الي المحكمة المختصة مستوفياً مستنداته لا يعني إمكانية إصدار هذا الأمر فور تقديمه ، فقد قيد المشرع القاضي المختص بإصدار الأمر بقيد زمني ؛ إذ أوجب عليه عدم إصدار الأمر بالتنفيذ إلا بعد فوات ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم ، وهو تسعون يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه . ، القاعدة الثانية : مردها صريح نص المادة ٥٨ من قانون التحكيم المصري وحاصلها : أنه لا يترتب علي رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم . وقد حاول المشرع التخفيف من أثر هذا التناقض التشريعي ، فنص علي أنه يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً علي أسباب جديّة تقدرها المحكمة ، وعلي ضوء ذلك فإنه يتعين أن تتضمن صحيفة دعوى البطلان طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم ، فلا يلتفت الي هذا الطلب إذا قدم مستقلاً عن صحيفة الدعوى ، كما أن مجرد تقديمه لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم ، وإنما المسألة جوازيه للمحكمة فقد تأمر المحكمة بالوقف إذا رأت علي ضوء أسباب البطلان احتمال الحكم به ، أما إذا رأت أن أسباب البطلان لا يرجح معها الحكم البطلان فإنها لا تستجيب لطلب الوقف وهي مسألة تقديرية للمحكمة ، وحتى لا تطول الفترة التي تفصل فيها المحكمة في طلب وقف التنفيذ ، أوجب المشرع على المحكمة الفصل في الطلب خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره ولا يترتب علي مخالفة. والحكم بوقف التنفيذ لا يسري فقط على الأحكام الوطنية أي في الأحكام التي صدرت في منازعات تجارية أو مدنية وطنية، وإنما أيضاً على الأحكام الدولية أي التي صدرت من هيئات تحكيم خارج مصر أو البحرين ، مع اختلاف الإجراءات التي يلتزم بها الأمر بوقف التنفيذ حسبما طبقت الهيئة القانون المصري أو البحريني من عدمه ، فتكون المحكمة المختصة بوقف التنفيذ لحكم تحكيم دولي صدر طبقاً لقانون التحكيم المصري ، محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها طرفي النزاع ولكن بالإجراءات التي نص عليها هذا القانون ، أما إذا كان الحكم صادراً وفقاً لقانون أجنبي فإن محكمة استئناف القاهرة هي المختصة أو أي محكمة أخرى يتفق عليها الطرفان ولكن بالإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات ، ويستوي في ذلك أن يكون الأمر بوقف التنفيذ شخصاً من أشخاص القانون العام أو الخاص ، فلم تفرق المواد ٣٠٢، ١ من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في باب الأحكام العامة بين ما إذا كانت المنازعة بين أشخاص القانون الخاص أم العام ، عندما حددت نطاق سريان هذا القانون فقد جاءت الصياغة عامة ، بالرغم من أن بعض التشريعات الوطنية تمنع أن لجوء أحد أشخاص القانون العام الي التحكيم ويستوي أن تكون محكمة تحكيم خاصة أو هيئة تحكيم وطنية أم

١ . قضت محكمة النقض المصرية بأن « النص في المادة ٥٧ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن « لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى ، وكان الطلب مبنياً على أسباب جديّة وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره ...» يدل على أن مجرد رفع دعوى بطلان حكم المحكمين لا يؤدي إلى وقف تنفيذه . إلا أنه يجوز لمحكمة البطلان بناء على طلب المدعي في صحيفة الدعوى ، وتوافر أسباب جديّة أن توقف تنفيذ حكم المحكمين ، ويجب أن تفصل في هذا الطلب خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة ، على أن هذا الميعاد تنظيمي يراد به حث المحكمة على الفصل في طلب وقف التنفيذ دون تأخير ، فلا يترتب على مخالفته بطلان أو سقوط . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه لم يخالف هذا النظر ، فإن النعي يكون على غير أساس . ( الطعن رقم ٩٥٤٠ لسنة ٨٠ق - الدائرة المدنية - جلسة ٢٠١٢/١١/١٣ م )

دولية ، إلا أن أغلب التشريعات الوطنية لا تمنع ذلك ، وأخذاً بهذا الغالب ، فإن لأشخاص القانون العام سواء الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة الحق في اللجوء الى المحكمة الوطنية طلباً لتنفيذ حكم صدر لصالحها ، أو وقف تنفيذ لحكم صدر ضدها لتوافر سبب من أسباب الطعن على الحكم بالبطلان لترجيح الغاؤه .

### مدى جواز تنفيذ الحكم الصادر في بعض الطلبات أو الأحكام الوقتية

قد يترأى لهيئة التحكيم أثناء سير الخصومة أن تصدر أحكاماً مؤقتة أو أحكاماً في بعض الطلبات في الخصومة المطروحة ، وهو أمر متروك تقديره لهيئة التحكيم ، فإذا كان النزاع مثلاً يتعلق بتعويض عن أضرار أصابت البضاعة أثناء نقلها ولم يكون هناك مثار نزاع مطروح سوى تحديد مقدار التعويض فللهيئة أن تحكم بتعويض مؤقت لحين الحكم بالتعويض النهائي المحدد من قبل الخبير المنتدب لتحديد مقدار التعويض ، وهذه الاحكام كلها يجمعها أن تصدر في مرحلة سابقة على إصدار الحكم النهائي المنهى للخصومة كلها ، فالهيئة قد تنهى بعض المسائل الفرعية والتي تقدر بأنه لا جدوى من الانتظار لحين الفصل النهائي في كل مواطن النزاع المطروحة على الهيئة ، ولكن السؤال المطروح وهو طالما أن الهيئة أصدرت حكمها في المسائل المطروحة ، وأبدت رأيها بشأنها بصورة نهائية ، فهل هذه الاحكام يمكن تنفيذها استقلالاً عن الحكم النهائي الفاصل في باقي المسائل المطروحة ؟

بالرجوع لنص المادة (٤٢) من قانون التحكيم المصري « يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها » ويقصد بحكم التحكيم هنا هو الحكم المنهى لكافة أوجه الخلاف قاطعاً لدابر الخصومة ، وهو الذي يحوز حجية الشيء المقضي به ، وكما سبق أن أشرنا (١) ١ ومن المتفق عليه أن حكم المحكمين ليس له حجية الشيء المقضي إلا فيما يتعلق بالمنازعة التي حسمها فينبغي إذا أن تكون المنازعة قد حسمت ، فالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، كالأمر باتخاذ إجراء تحقيقي وهذه الأوامر أو الأحكام تعتبر طوارئ إجرائية أو الأحكام الصادرة باتخاذ تدابير مؤقتة أثناء سير الخصومة ليست لها حجية الشيء المقضي ، أما الأحكام المختلطة فمن الملائم البحث حول النقاط التي حسمها حكم المحكمين بدون أن نعلق أهمية محددة على هيكل الحكم ، ولا ينبغي في الواقع الأخذ في مجال التحكيم بالتعريف الحر في للأحكام المختلطة الواردة في قوانين المرافعات ، فأحكام المحكمين المختلطة يبدو أكثر تواتراً في العمل التحكيمي كما أن تحديد المسائل التي حسمت والتي تحوز حجية الأمر المقضي ليس دائماً بالأمر السهل ، فإذا كان الحكم مختلطاً أي فصل بشكل قطعي في كل أو بعض النزاع واقترن بإجراء من إجراءات التحقيق كندب خبير لتقدير تعويض قضى به الحكم فإنه يتمتع بالحجية ولا يجوز للمحكم أن يعود وينظر هذا النزاع ، كما يجب أن يكون المحكم قد فصل في النزاع أو جزء منه بحكم صريح أو ضمني ، وأن يكون المحكم قد احترم مبدأ المواجهة ، كما يكون للمحكوم له التمسك بالحجية ( وحدة الأشخاص والمحل والسبب ) طبقاً للقواعد العامة لأحكام محاكم الدولة . ونظراً لكون

١ . راجع ص ٢٩ من نفس البحث .

هذه الاحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي الا بصدرور الحكم النهائي ، فانه لا يجوز الطعن عليها منفصلاً عن الحكم النهائي الجامع لكل هذه الاحكام ، ويمنع تنفيذ هذه الاحكام منفصلة عن الحكم النهائي ، لكونها لا تحوز الحجية الا به .

## المطلب الثاني تنفيذ حكم التحكيم رغم الطعن عليه

انضمت مصر لاتفاقية نيويورك بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ الصادر في ٢/٢/١٩٥٩ دون إبداء أي تحفظات. وكما سبق الإشارة الى أن الاتفاقية قد أرسيت بشأن أحكام التحكيم الأجنبية مبدأ ( المعاملة الوطنية) ما يعنى التزام الدول الموقعة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لقواعد المرافعات السارية فيها دون تمييز أو إخضاع هذه الأحكام الأجنبية لشروط أكثر تشدداً أو لرسوم أكثر تكلفة بدرجة ملحوظة عن الشروط الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية ، وقد جاءت الاتفاقية بالمادة الخامسة والتي نصت على أنه « ( لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على : أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضي به ، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق . »

وهذا يعنى أنه طبقاً لاتفاقية نيويورك يكون لمن صدر ضده حكم تحكيم في منازعة ذات صبغة دولية أن الطعن على الحكم طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات إذا أثبت أن الهيئة تجاوزت بسلطاتها الممنوحة لها بموجب الاتفاق الى الفصل في مسائل لم يشملها الاتفاق وله أن يطلب وقف تنفيذ الحكم لتوافر السبب الجدوى الداعي لوقف التنفيذ وهو التجاوز في الفصل في مسائل لم يشملها الاتفاق والتي تعد أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ١/٥٢ من قانون التحكيم المصري فقرة (٥) والتي يكون لأى من طرفي الطعن بموجبها في الحكم الصادر ، وبالتالي يكون للطاعن هنا طلب وقف التنفيذ وعلى القاضي المختص الاستجابة لوقف التنفيذ لحين الفصل في الطعن المقدم ، الا أن اتفاقية نيويورك والتي انضمت اليها كل من مصر والبحرين والتي باتت جزء من التشريعين أتت بالمادة الخامسة /١/أ بأنه يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالرغم من الطعن عليه ، بشرط أن يتمكن قاضى التنفيذ من فصل باقي أجزاء الحكم الغير متفق علي حلها بهذا الطريق لأن الحكم الفاصل فيما اتفق عليه لا غبار عليه في تنفيذه ، أما مالم يتفق عليه فيبقى لحين الغاؤه بموجب الطعن عليه ، ولكن إذا تعذر على قاضى التنفيذ الفصل بينهما ، فعليه أن يصدره أمره بوقف التنفيذ ، كما إذا فصل في مسألة تحديد قيمة البضاعة لكى تتوصل الى تحديد مقدار التلفيات الحاصل بها ، لتتمكن من تحديد مقدار التعويض ، فالهيئة لم يُطلب منها الفصل في تحديد قيمة البضاعة ، ولكنها انتدبت خبير لذلك لكى تصل الى طلب أحد الخصوم بتحديد مقدار الخسائر في البضاعة وتحديد معها مقدار التعويض ، وهما مسألتان لا يمكن فصلهما عن بعض لذلك يتعذر على قاضى التنفيذ وقف التنفيذ للحكم الصادر ، ولكن إذا كان الحكم يشمل تحديد مقدار الفائدة عن التأخير في

السداد ولم يطلبه الخصوم ، أمكن فصل هذه المسألة عن غيرها من المسائل الأخرى وبالتالي تنفيذ باقي المسائل التي تم الفصل فيها والتي طلبها الخصوم .

## النتائج

- أحكام التحكيم تتفق مع أحكام القضاء العادي أنها صادرة في خصومة بين طرفين أو أكثر في مركز قانوني واحد ، وينبغي توافر الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب توافرها في الأحكام طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات في كلا الحكمتين ، ويخضع تنفيذهما لمحكمة واحدة وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع .
- أحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المضي بمجرد صدورها أي لا تقبل الطعن عليها ، بعكس أحكام القضاء العادي التي تقبل الطعن عليها فور صدورها .
- الطعن على أحكام التحكيم له طبيعة خاصة ، بمعنى أن المشرع وفر لها أسباباً خاصة للطعن عليها ليست المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وهي محددة حصراً ، وبغيرها لا يستطيع من صدر الحكم ضده أن يطعن على الحكم بدونها .
- حدد المشرع سواء في مصر أو بالبحرين المحكمة التي يتم الطعن أمامها ، في البحرين محكمة الاستئناف العليا المدنية ، أما في مصر فهي محكمة استئناف القاهرة إذا كان التحكيم محلياً أو أي محكمة استئناف أخرى يختارها الطاعن إذا كان التحكيم دولياً .
- استقر القضاء المصري على جواز الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف في شأن الطعون المرفوعة إليها في أحكام التحكيم باعتبارها محكمة قانون ، تراقب فقط صحة تطبيق القانون ، دون التعرض للموضوع ، والحكم الصادر من محكمة الاستئناف ينفصل عن حكم التحكيم ، وبالتالي لا غبار على محكمة النقض أن تنظر تلك الأحكام .
- الطعن على حكم التحكيم يشمل الحكم النهائي لجملة الأحكام التي صدرت في شأن المسائل المعروضة على الهيئة بحكم واحد ، فلا يقبل أن يتم الطعن على جزء من الحكم أو في الأحكام المؤقتة والتي صدرت قبل الحكم النهائي أو الأحكام التفسيرية أو المكملة أو المصححة للحكم النهائي ، وإنما يقتصر الطعن على الحكم النهائي القاطع لدابر الخلاف .
- يكون لكل من المحكوم له أو المحكوم عليه الطعن على الحكم الصادر إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة ، بينما يقتصر الطعن على حكم التحكيم على المحكوم ضده إذا تعلق بمصلحته فقط ، ويكون للمحكوم له وحده الطعن على الحكم إذا كان متعلقاً به شخصياً ، كأن يكون ناقص الأهلية أو إرادته كانت معيبة في اتفاق التحكيم .
- وقف التنفيذ حكم التحكيم رغم الطعن عليه يستلزم أن يدرج في صحيفة الطعن إلى محكمة الطعن ، ولا يجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ الحكم من تلقاء نفسه وإنما بناءً على طلب الطاعن ولأسباب جدية تقدرها محكمة الطعن ، ويختلف وقف تنفيذ الحكم أمام محكمة الطعن عن وقف التنفيذ أمام محكمة النقض أو محكمة التمييز ، إذ في الحالة الأولى نحن بصدد حكم لم ينفذ ، أم الحالة الثانية

- فنحن بصدد حكم تم تنفيذه بالفعل .
- تعنى حجية حكم التحكيم فيما فصل فيه أنه لا ينبغي الرجوع فيه مرة أخرى بتحريك دعوى جديدة أمام القضاء في ذات الموضوع لذات الأشخاص ولنفس السبب ، ويكون للقاضي عندئذ الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، أي أن حكم التحكيم شأنه شأن أحكام القضاء في أعمال حجية الأحكام ، ويزيد حكم التحكيم بأنه حائز لقوة الأمر المقضي ، أي غير قابل للطعن عليه ، ويتعين تنفيذه ، حتى ولو صدر في تحكيم دولي .

# القضاء الإداري البحريني بين إعادة الهيكلة وإدارة التغيير

الدكتور طارق عبدالحميد توفيق سلام  
أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة المملكة - مملكة البحرين

## المقدمه

القضاء صرح الدول ، وإلعدل أساس الملك ، والعدل فى الإسلام عدل مطلق لقوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ) ، ولاجرم أن ذلك من دعائم الاستقرار وقد شمل العدل أموراً عديدة منها الشهادة والمعاملات والحكم والقضاء . ٢

ومن المسلم به أن للدولة حقوقاً وعليها واجبات ومن أهم هذه الحقوق إقامة العدل بين الرعية والفصل بالقسطناس المستقيم وذلك بسند الحديث الذى روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ( أن المقسطين عند الله على منابر من نور الله الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم وما ولوا ) ٣ .

ولقد تبوأ القضاء فى الإسلام مكانة سامية سبق بها تشريعات العالم فى نظمه وحكمه لأنه تشريع متكامل يشد بعضه بعضاً أساسه عقيدة ، وأخلاق ، وشعائر ، وأحكام عملية لقوله تعالى ( لا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ ) ٤ .

وقد اتجهت مملكة البحرين إلى تنظيم القضاء تنظيمياً واحداً وفى بعض التسميات موحداً يجمع بين طياته كافة المنازعات العادية والادارية على حد سواء مما حدا بنا أن نبحت فى أمر جديد يجعل من هذه المملكة التى شرفت بالاسلام قديماً مع ارسال أوائل الرسل اليها من رسول الله صلى الله عليه وسلم على يد العلاء بن الحضرمى وتطور النظام القضائي فى البحرين على مراحل قديماً - وحتى الإحتلال البريطاني - والقضاء المحلى إلى العصر الحديث حيث تم انشاء أول محكمة نظامية فى عام ١٩٣٧ هـ .

وقد نص دستور البلاد فى عام ٢٠٠٢ فى مادته الأولى/ أ على أن مملكة البحرين عربية اسلامية مستقلة

- ١ . سورة النحل الايه ٦٠
- ٢ . د محمد أنس قاسم جعفر مبادئ نظام الحكم فى الاسلام دراسه مقارنه ٢٠٠١ بدون ص ٢٢
- ٣ . الامام النووى - رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - مراجعة الشيخ محمد على الصابونى - تحقيق محى الدين جراح - مؤسسة مناهل الوفاء بالمملكة العربية السعوديه بدون ص ٣٥٤
- ٤ . سورة فصلت الايه ٤١
- ٥ . المجموعه الدستوريه دستور مملكة البحرين الامانه العامه ٢٠٠٨ ص ٩

ذات سيادة تامة شعبها جزء من الأمة العربية ، واقليمها جزء من الوطن العربي الكبير ، ولا يجوز التنازل عن سيادتها أو التخلي عن شئ من اقليمها ١ .

لذلك التأسيس نود في بحثنا تحقيق نتيجة ،وبذل عناية في مقارنة قانونية من خلال منظور اسلامى أرسى قواعده الرسول صلى الله عليه وسلم وسار عن نهجه الخلفاء والتابعون وتغير من مرحلة القضاء الموحد الى القضاء الحديث ( المزدوج ) والنموذج الغربى الذى طبق فى القضاء الفرنسى وكثير من الدول الغربية بزعمهم أنه من بنات أفكارهم مع أن جذوره من شريعتنا الغراء . وقد انتهجت بعض الدول العربية والاسلامية هذا المنهج واثبت فاعليته لذا نحرص على تقديم هذا النموذج من خلال دراسة الشرع والقانون وعلم الادارة الحديثه لتفعيل ذلك على أرض الواقع فى لؤلؤة الخليج العربى ( مملكة البحرين ) .

### مشكلة الدراسة :

فى هذا الصدد تتور اشكالية فى كيفية استقلال القضاء الادارى وفصله عن القضاء العادى وانشاء قضاء متخصص للمنازعات الاداريه على غرار مجلس الدولة الفرنسى والمصرى وتتور اشكالية أخرى فى عملية اعادة هيكلة البناء القضائى - وادارة التغيير التى يمكن لها أن تملك ذلك باصرار من خلال قيادتها الرشيدة وقدرتها على الانفاق المادى وترسيخ روح الولاء والالتزام . وتتجلى فى هذه الدراسة أهمية تحقيق الرقابة القضائية لتحقيق الانضباط المنشود داخل إدارات - وأجهزة السلطة التنفيذية والمحافظة على مقدرات الدولة ومكتسباتها وحماية المال العام وتحقيق ضمانات الحقوق والحريات وحجب الإدارة عن الإنحراف - أو التعسف فى استخدام الحق والتى حرص ميثاق العمل الوطنى ودستور البلاد فى عام ٢٠٠٢ م، وتعديلاته فى ٢٠١٢م على تحقيق هذه الحماية القانونية وأخيراً ليحظى القضاء الإدارى أن يرسخ له بين الهيئات القضائية فى ضوء أصالة النص وسماحة التطبيق .

### منهجية الدراسة :

إعتمدت فى هذه الدراسة على المنهج العلمى الموضوعى و الإستقرائى الذى يتمثل فى استعراض الآراء القانونية والفقهية والقضائية المتعلقة بموضوع الدراسة . ثم يتلوه المنهج التحليلي أو التأسيلي المقارن وهو مكمل للمنهج السابق ومفاده تحليل الآراء القانونية ،وتطبيقاتها فى النظام الواحد- الموحد والمزدوج والمقارن ومحاولة تطبيق هذه الدراسة على الواقع البحرينى .

### خطة البحث

لذلك قمت بتناول البحث فى فصلين على الوجه التالى :

الفصل الأول : القضاء الإدارى بين الشرع والقانون

المبحث الأول : القضاء الإدارى فى الإسلام .

المطلب الأول النظام القضائى الإسلامى ودوره فى التنمية .

١ . أنظر تفصيلا حسين عبدالرحيم الشويخ تنظيم السلطة القضائية وفقا لتشريعات مملكة البحرين دار العصمه ٢٠٠٩ ص

المطلب الثاني خصائص القضاء الإداري الإسلامي .

المبحث الثاني : القضاء الواحد .

المطلب الأول : القضاء الواحد في الدول الانجلوسكسونيه .

المطلب الثاني تطبيقات النظام الواحد في الدول العربية .

المبحث الثالث : القضاء المزدوج .

المطلب الأول : القضاء المزدوج في فرنسا .

المطلب الثاني : تطبيقات النظام المزدوج في الدول العربية .

الفصل الثاني : إعادة هيكلة القضاء الإداري البحريني

المبحث الأول : مفهوم إعادة الهيكلة .

المطلب الأول : مفهوم إعادة الهيكلة

المطلب الثاني : إعادة الهيكلة لتنمية الموارد البشرية

المبحث الثاني : إعادة الهيكلة لتنمية الموارد البشرية

المطلب الأول : مفهوم إدارة التغيير

المطلب الثاني : إدارة التغيير تطوير لجودة الأداء

المبحث الثالث : مستقبل القضاء الإداري البحريني

المطلب الأول : تطوير الجهة القضائية .

المطلب الثاني تحسين الأداء القضائي

## الفصل الأول

### القضاء الإداري بين الشرع والقانون

شريعة الله لاتقبل التجزئة لأنها شاملة لكل جوانب الحياة لقوله تعالى ( مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءُ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ) ١ ، والقضاء أقدم سلطات الدولة وأقدم الوظائف التي عرفتها البشرية وقد تطور القضاء عبر هذه العصور للفصل في كافة المنازعات حتى أصبح من أركان الدولة الشرعية أو

القانونية وأحد عناصرها المهمة ٢ .

عرف الاسلام القضاء الاداري وأطلق عليه قضاء المظالم وسن له قواعد أرست المجتمع وحقق للسلطة التنفيذية هيبتها واحترامها وحيادها وكذلك استطاع توفير ضمانات الحقوق والحريات للأفراد ، ولأن الشريعة الاسلامية تقبل حوار الفكر المعارض في ظل المشروعية بحياد تام من خلال هذه الدراسة للقضاء الإداري في النظام الانجلوسكسوني والنظام الفرنسي فسوف نتناول هذا الفصل في ثلاثة مباحث نرد

١ - سورة يوسف الايه ٤٠

١ - د محمد عبد الحميد أبو زيد وضع القانون الاداري في الاسلام والدوله الحديثه دراسه مقارنة دارالنهضة العربيه ١٩٩٥

المبحث الأول القضاء الإداري في الإسلام وفي المبحث الثاني القضاء الموحد في النظام الانجلوسكسوني وتطبيقاته ونهاية المطاف في القضاء المزدوج وتطبيقاته في النظام الفرنسي والدول العربية .

## المبحث الأول القضاء الإداري في الإسلام

إن الفكر الإسلامي يتميز بشموله وصلاحيته لحماية المجتمع بأسره ١ ، والقضاء ٢ ركن من أركان الشريعة الإسلامية ومسلك من مسالكها لتحقيق العدل ودرء المفساد و له تاريخ قديم . فكانت ولايته في الأمم السابقة قبل الحكم البابلي ممثلة في الكهنة الذين يقومون به في جلسات تعقد في المعابد وتبرم الأحكام باسم الآلهة ٣ ثم تطور القضاء في العصر البابلي مع توحيد البلاد في عصر الملك حمورابي الذي فصل بين السلطة الدينية والسلطة المدنية ٤ . ولقد خالف النظام القضائي المجتمع القبلي في إرجاء الجزية العربية لأنه اعتمد على محاور ثلاثة تمثلت في شيخ القبيلة ومعاونيه ( مجلس القبيلة ) ثم حكومة القبيلة ٥ ، وعندما جاءت الشريعة الإسلامية تحققت العدالة بين الناس لان مصدر التشريع فيها ثابت لا يمكن ان يتغير او يتبدل لقوله تعالى ( وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ) ٦

وهكذا ثبت بالقطع واليقين أن الأحكام الفقهية تمثلت بالرجوع إلى المصادر التالية :

- ١ . إرجاع الأحكام الى القرآن والسنة مباشرة أو بالقياس على نصوصها .
- ٢ . الاسترشاد الى الأعراف الحسنة - وأقوال الصحابة والاستصحاب والاستحسان وشرع من قبلنا ليصلح لكل زمان ومكان ٧.

وتتبع أهمية القضاء في النظام الإجتماعي الإسلامي إشرافه على سلوك الأفراد، وما يربطهم من علاقات لضبط السلوك المخالف شرعا وقانونا ، ثم إصدار العقوبات لكل من خرج عن الطاعة وهذا ما يميز النظام الإسلامي في السيادة الشرعية التي تطبق على الحاكم والمحكوم، وأن الامه التي لا قضاء فيها لاحق فيها ولاعمل فيها ٨.

- ١ . دحمدي أمين عبدالهادي الفكر الإداري الإسلامي القاهرة دار الفكر العربي ١٩٧٦ ص ٢٠
- ٢ . القضاء : الحكم - عمل القاضي ورجال القضاء الهيئة القضائية التي يوكل اليها بحث الخصومات للفصل طبقا للقوانين - وما يقضى به الله على عباده المعجم الوجيز ( مجمع اللغة العربية ) ج م ع طبعة وزارة التربية والتعليم ١٩٩٢ ص ٥٠٦ .
- ٣ . لم يعرف القضاء المتخصص ولم تكن له ابنية مخصصه د خيرى خاطر د احمد هيكل تاريخ القانون مطبعة جامعة البحرين ٢٠٠٦ ص ١٧٨
- ٤ . د صوفى ابوطالب تاريخ النظم القانونية والإجتماعية دار النهضة العربية ج م ع جزء ٢ النهضة والشرائع السامية بدون ص ٨٨
- ٥ . د عبد الكريم محمد عبد الكريم تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية عند العرب قبل الإسلام وفي بلاد النهرين ٢٠٠٢ م ص ٤٧
- ٦ . سورة المائدة الاية ٤٩
- ٧ . د خيرى خاطر د احمد هيكل مرجع سابق ص ٦٠
- ٨ . الأحكام الظنية منها تشريعات تنفيذية وأخرى تنظيمية أنظر تفصيلا د محمد عبد الحميد أبو زيد وضع القانون الإداري في الإسلام والدولة الحديثة مرجع سابق ص ٥-٩

تتجلى الأحكام في الشريعة الإسلامية من حيث ثبوتها فمنها قطعي الثبوت ، وهو ما ثبت بنص من القرآن الكريم والسنة المتواترة وإجماع الأمة وهذه الأحكام التي لا يمكن مخالفتها أو الخروج عليها ، والثانية الأحكام الظنية التي تعتمد على اجتهاد الأمة لتواكب التشريعات في أي عصر من العصور وفي أي زمان كان ١ .

إذا العدالة من أهم دعائم السعادة التي يسعى إليها البشر في الشهادة والمعاملات والحكم والقضاء وتظهر هذه القيمة بين الرعيه في الحكم والقضاء فعن عياض بن حمار رضى الله عنه قال سمعت رسول الله (أهل الجنة ثلاثة ذو سلطان مقسط موفق ، ورجل رحيم رقيق القلب لكل ذى قرب ومسلم وعفيف متعفف ذو عيال ) رواه مسلم ٢ .

إذا العدل قوام الملك ودوام الدول ومن حق الأمة أن تحتكم الى الشريعة وأن يدفع كل فرد بما يلحقه من ظلم ويعارضه لأنه لا يمكن أن تصادر حقوق الأفراد في الدفاع عن مطالبهم ، فالعلاقة دائماً علاقة رقابة مستمرة تحقق كافة الضمانات وبالتالي تحقق مصالح الشعب وأهدافه المنشودة في ظل المشروعية ٣ . وسوف نوضح هذا الأمر في مطلبين أحدهما النظام القضائي الإسلامي ودوره في التنمية ، والثاني في خصائص القضاء الإداري في الإسلام.

## المطلب الأول

### النظام القضائي الإسلامي ودوره في التنمية

جاءت الشريعة الإسلامية لتحكم الناس في أحوالهم ويحكموها في شؤون دنياهم وأخراهم فوضعت مبادئ عامة بضوابط لتناسب الزمان والمكان ويسير على منوالها الحاكم والمحكوم ٤ ، ويحقق النظام القضائي الإسلامي دوره الحقيقي للتنمية المنشودة من خلال محورين هما :

المحور الأول : النظام القضائي وشرعية تصرفاته .

المحور الثاني : تفعيل المبادئ الإسلامية لتحقيق القضاء العادل.

وسوف نتناول توضيح المحورين على النحو التالي :

### المحور الأول : النظام القضائي وشرعية تصرفاته :

تخضع الإدارة في الإسلام إلى مبدأ الشرعية الإسلامية التي يسير على منوالها الحاكم والمحكوم من خلال سيادة أحكامه التي جاء بها القرآن الكريم والسنة المطهرة باعتبارهما المصدرين الأساسيين لهذه الشريعة الغراء ٥ .

- ١ . المرجع السابق نفس الإشارة ص ١٣
- ٢ . الامام النووي رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين مراجعة النسخ محمد على الصابوني - تحقيق محي الدين جراح - مؤسسة مناهل الوفاء حديث رقم ٦٦١ ص ٣٥٤
- ٣ . د عبد الهادي الجوهري وآخرون دراسات في علم الاجتماع بدون ١٩٧٩ ص ٨٨
- ٤ . د محمد عبد الحميد ابوزيد مرجع سابق ص ١٢٢
- ٥ . د أعاد على حمود القيسي القضاء الإداري وقضاء المظالم الطبعة الثانية ٢٠١٠ دار وائل للنشر - عمان ص ١١

وقد إعترف الإسلام بحق الأفراد في حرياتهم ومنحهم حقوقاً سبق بها كل التشريعات الوضعية إلا أنها مقيدة بما جاء في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ١ في ضوء هذه الشرعية.

ويلتزم الحاكم والمحكوم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تطبيقاً لقوله تعالى ﴿ وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ ٢ .

وتتحقق التنمية بالرقابة الفعالة في صورتها الثلاث المحاسبة الفعالة لأنها أمانة يلتزم بها الحاكم والمحكوم لقوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ ٣ ، ورقابة الأمة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، واخيراً رقابة القضاء بصورة عامة ٤ .

### المحور الثاني : تفعيل المبادئ الإسلامية لتحقيق القضاء العادل:

يتجلى استقلال القضاء استقلالاً كاملاً لأن أحكام الشارع الحكيم واضحة ومبادئه سامية سار على منوالها السلف الصالح في طرق اختيار القضاة لمباشرة صلاحيتهم بصورة عامه حتى بين الفصل بين الحاكم ورعيته في الخصومات ٥، وقد عبرت عن كثير من الآيات القرآنية نذكر منها .

قوله تعالى ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ) ٦ ، وقوله تعالى ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾ ٧ .

وبالتالي تتميز هذه المبادئ بأنها تجعل عقيدة القضاة تابعة لأحكام الشرع دون هواهم فيصبح العدل والحق سمة من السمات الواضحة التي تحجب القضاة عن المؤثرات الخارجية وتلزمهم بسرعة الفصل في المنازعات وهذا الأمر يجعل من تلك المبادئ تجسيدا للحضارة الإسلامية ٨ ، لأن الناس أعلم بشؤون دنياهم مادامت لا تخالف الشارع الحكيم، وهذا ما يؤكد تقدم وتطور حضارة المسلمين لأنه ينهي عن التبعية المطلقة في الفكر والسلوك وأن المرجعية لهذه المبادئ التي تحترم عقل الانسان وتفكيره هي الشريعة الاسلامية ٩ .

١ . محمد أنس قاسم جعفر مبادئ نظم الحكم في الإسلام دراسه مقارنه ٢٠٠١ دارالنهضة العربيه ص ٢٠

٢ . سورة آل عمران الآية ١٠٤

٣ . سورة النساء الآية ٥٨

٤ . د أعاد على حمود القيسي مرجع سابق ص ١٣

٥ . د محمد يوسف موسى نظام الحكم في الإسلام مرجع سابق ص ١٩٢

٦ . سورة النساء الآية ٥٩

٧ . سورة النساء الآية ١١٥

٨ . د محمود محمد عوض سلامه الحاكم وحدود طاعته في النظام الإسلامي كمبيوستار بليبس ١٩٩٧ ص ١٣٢

٩ . د محمد رمضان بطيخ تطور الفكر السياسي الإسلامي في دولة الإمارات العربية مؤسسة العين للإعلان والتوزيع والنشر ابوظبي بدون ص ١٢٦ ، فضيلة الامام جاد الحق على جاد الحق بيان للناس من الازهر الشريف ج ٢ مطابع وزارة الاوقاف

١٩٩٣ ص ٥٨

## المطلب الثاني خصائص القضاء الإداري في الإسلام

القضاء بين الناس في حكوماتهم ومنازعاتهم من الأعمال جليلة القدر لأن الغاية منها تحقيق مصالح العباد ومنافعهم ودرء المفسد وذلك تحقيقاً لإقامة العدل والمعروف ومنايذة الظلم والمنكر ويتجلى من خلال محورين أساسيين أولهما الأساس الدستوري للقضاء الإداري وثانياً الأساس الشرعي للقضاء الإداري وسوف نوضح المحورين بإيجاز ثم نتطرق الى خصائص القضاء الإداري في الإسلام.

### المحور الأول : الأساس الدستوري للقضاء الإداري الإسلامي :

تخضع الإدارة في الإسلام إلى مبدأ الشرعية الإسلامية حيث يلتزم الحاكم والمحكوم بنصوص الشريعة الغراء ، فلا يجوز التعدي على حقوق الأفراد وحررياتهم حيث يعد الأساس الذي يقوم على مبدأ الشرعية ١ إنطلاقاً من الإلتزام بقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ ٢ وقوله تعالى ﴿ مَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَأَبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِن سُلْطَانٍ إِنِ الْحُكْمُ لِلَّهِ أَمْرًا أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمَ وَلَكِن كَثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ ٣ وبالتالي يتسم القضاء الإداري في الإسلام بالشرعية الإلزامية التي تعد في فقه القانون المعاصر دستورية واجب التمسك بها دون مخالفة لأنها لا يمكن أن تتبدل أو تتغير لأنه تنزِيل رب العالمين ليس من وضع الإنسان بل هو تشريع وتقنين غنى بالنظم وثبات القواعد التي تصلح لتنظيم علاقات الأفراد في أي مجتمع ٤ .

### المحور الثاني : الأساس الشرعي للقضاء الإداري في الإسلام :

اجتهد العلماء على مر العصور في استنباط الأحكام والتشريعات من القرآن والسنة ومن الطبيعي أن هذا القضاء في الإسلام سمي بولاية المظالم الذي يختص في كافة المنازعات المتعلقة بين الحكام ورجال الدولة ٥ الإسلامية عندما يعتدون على حقوق وحرريات الأفراد لذلك يلزم رفع الظلم وتحقيق العدل ونسوق بعض الأدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة على النحو التالي :

### أولاً : الأدلة من القرآن الكريم :

- ١ ( في هذا المعنى نظام الحكم الإسلامي أقر مبدأ مسؤولية الحاكم من اول عهد الإسلام وان عهد مائة الحكام كانت تتولاها جهة قضائية خاصة عرفت بديوان المظالم ) لمزيد من التفصيل راجع د محمد فؤاد مهنا مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية طبعة معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٢ ص ٣٢ ، د محمد انس قاسم جعفر مبادئ نظم الحكم في الإسلام مرجع سابق ص ٢٥ ، د إعاد على حمود القيسى القضاء الإداري وقضاء المظالم مرجع سابق ص ١٢ ، د عبد الحكيم حسن العلي الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام دار الفكر العربي ١٩٧٤ ص ٦٣٥
- ٢ سورة النساء الآية ٥٩
- ٣ سورة يوسف الآية ٤٠
- ٤ انور العمروسي مرجع سابق ص ١٢
- ٥ د محمد يوسف موسى نظام الحكم في الإسلام العصر الحديث للنشر والتوزيع بدون الطبعة الثالثة ١٩٨٨ ص ١٩٢

﴿قوله تعالى ( إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ) ١﴾

﴿قوله تعالى : ( فَتِلْكَ بَيُوتُهُمْ خَاوِيَةٌ بِمَا ظَلَمُوا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ) ٢﴾

### ثانياً : الأدلة من السنة المطهرة

﴿عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ( السلطان ظل الله في الأرض يأوي إليه كل مظلوم من عباده فإن عدل كان له الأجر وكان على الرعية الشكر وإن جار أو خان أو ظلم كان عليه الوزر وكان على الرعية الصبر ) ٣ .﴾

﴿عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ( الظلم ظلمات يوم القيامة ) ٤ .﴾

وبعد عرض كل من الأساس الدستوري والشرعي نتطرق لتوضيح خصائص القضاء الإداري في الإسلام من خلال توضيح هذه المفاهيم :

- ١ . القضاء الإداري جزء من الحكم .
- ٢ . القضاء الإداري الإسلامي قضاءً مستقل .
- ٣ . يتسم القضاء الإداري بالتنسيق والتكامل والتكافل للحقوق والحريات .
- ٤ . تنوع خصوصية الاداري من حيث الإلغاء والتعويض والتفسير .
- ٥ . اختيار القاضي وتحديد صلاحياته .
- ٦ . تميز القضاء الإداري الإسلامي عن نظيره المعاصر .

وبناءً على ذلك سوف نوضح هذه العناصر على الوجه التالي :

### أولاً: القضاء الإداري جزء من الحكم :

القضاء جزء لا يتجزأ من رسالة الحكم وسياسته ٥ ومن أهم دعائم السعادة التي يسعى إليها البشر، لأنه يحقق العدالة في الشهادة والمعاملات والحكم وأحد المبادئ المهمة لتنظيم الحكم الإسلامي، وسار على ذلك الخلفاء والولاة لأنه قوام الملك ودوام الدول ٦ . ويعتبر هذا المبدأ امتثالاً لقوله تعالى ( الَّذِينَ أَنْ مَكَانَهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ ) ٧ ) وبالتالي وضع الإسلام المنهج القويم بأحكامه القطعية التي تثبت دعائم الحكم والتشريعات الظنية لتواكب

- ١ . سورة النحل الايه ٥٠
- ٢ . سورة النمل الآية ٥٢
- ٣ . حديث حسن رواه احمد والطبري مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي دار الكتاب بيروت ١٩٦٧ ج ٥ ص ٢١٥
- ٤ . صحيح البخارى ٦ ص ٢٥
- ٥ . ابو الأعلى المودودي - الحكومة الإسلامية ترجمة احمد ادريس - دار المختار الإسلامي ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م ص ١٢٤
- ٦ . الشيخ محمد الغزالي حقوق الانسان من معالم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة طبعة ٣ دار التوفيقية النموذجية ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م ص ٢٢٩ ، د محمد انس قاسم جعفر مبادئ نظم الحكم في الإسلام مرجع اسابق ص ٢٢-٢٣
- ٧ . سورة الحج الآية ٤١

## التشريعات المعاصرة ١.

### ثانياً: القضاء الإداري قضاءً مستقلاً :

يعتبر القضاء الإداري قضاءً مستقلاً عن القضاء العادي وهذا ما ثبت من خلال الثوابت التاريخية التي استقرت في المجتمعات الحديثة وعرف النظام الإسلامي استقلاله من خلال ولاية المظالم ٢ التي عرفت باستتباب الأحكام وارساء نظرياته وابتداع الحلول في كافة المنازعات الإدارية التي يجمع التشابه بينها وبين القضاء الإداري حديثاً ٣ ، وقد أبرز الفقه الإسلامي حالات عديدة للتعدي من الولاية على الرعية وظلمهم حتى اطلق عليها الغصوب السلطانية ٤ ، وقد ثبت في مواضع عديدة تعدي الحكام وجورهم وكذلك تم متابعة العمال في ما يجوبونه من أموال وهو ما أشبهه بديوان المحاسبة ( الجهاز المركزي للمحاسبات ) ٥ ، ومما سبق يتضح أن القضاء الإداري في الإسلام مستقل عن نظيره القضاء العادي لما له من اختصاصات واضحة ومحددة .

### ثالثاً: يتسم القضاء الإداري بالتنسيق والتكافل والتكامل للحقوق والحريات :

يعتبر القضاء النظامي شاملاً لما يحدث من جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال مغايراً بذلك القضاء الإداري الذي يمس هيبة الدولة وسلطانها ٦ ، لذلك كان لزاماً على الحكام أن يحترموا الدولة والحفاظ على مقدراتها ومكتسباتها بتنسيق كامل والحفاظ على حقوق الأفراد وحررياتهم ومنع تعدي الولاية وعسفهم بالرعية في اتخاذ كافة الإجراءات القضائية من الإثبات والتحري في جمع الأدلة واتخاذ الحيطة والحذر فيما يرفع الى الولاية من خلال دلائل وبراهين ٧ ، كما شمل قضاء المظالم حالات عديدة رفع العمال شكاوهم مثل منع صرف رواتبهم أو تأخرها على خلاف ما يقضى به الشارع الحكيم كما شمل التنسيق الإشراف

١. الإسلام يعتمد على العقل والمنطق وحمل الشعوب شرقاً وغرباً تشريعات واضحة متطورة وحمل لواء الشريعة الى مختلف البلدان وقد قرر مؤتمر القانون الدولي المقارن المنعقد في لاهاي ١٩٢٧ حضارة الإسلام بتشريعاته الواضحة واهم مصادره المجمع عليها القرآن والسنة والإجماع والقياس - سورة النحل الاية ٥٠
٢. لمزيد من التفصيل ولاية المظالم - ديوان المظالم - نظارة المظالم - مجلس المظالم - قضاء المظالم حيث ثبت ذلك جلياً للفصل في كافة المنازعات التي تتعلق بين السلطة والإدارة وعمالها سواء بالغبن والتعدي مما يكفل لها الاستقلال راجع د ابراهيم حسن العيلي الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام مرجع سابق ص ٩٨ - المستشار عمر الشريف: نظم الحكم والادارة في الدولة الاسلامية مطبعة معهد الدراسات الاسلاميه ١٤١٠-١٩٩٠ ص ١٤٥
٣. د محمد عبدالحميد ابوزيد وضع القانون الإداري في الإسلام والدولة الحديثه دراسته مقارنه دار النهضة العربية ٥١٤١٥-
- ١٩٩٥م ص ١٢ ، د نصر فريد واصل السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام للطبعة الاولى ١٩٨٩ ص ٧٢
٤. د صبحي الصالح النظم الاسلاميه دار العلم للملايين ط ١٠ ١٩٩٦ ص ٢٢٥
٥. ثبت ان الخليف عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يعقد في موسم الحج مؤتمراً ويعرف منه سره الولاية والرعية للمراقبة وتحقيق العدل لمزيد من التفصيل راجع ظافر القاسي نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي - الكتاب الثانى السلطة القضائية دار النقاش ط ٤ ١٩٩٢ ص ٥٧٠
٦. يذكر الماوردى في هذا الصدد ان المنصور رضى الله عنع بلغه عن جماعه من كتاب الدواوين قاموا بالتزوير في بعض المستندات فقدمهم للمحاكمه التاديبية وهو اشبه بالجهات الرقابيه الحديثه ( الرقابه الإداريه ، المحاكم الإداريه ) لمزيد من التفصيل راجع الماوردى مرجع سابق ص ٧٢- د ماجد الحلو القضاء الإداري دار المطبوعات الجامعيه اسكندريه ١٩٩٤ ص ١٦٣
٧. د محمد انس قاسم جعفر ولاية المظالم في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية مرجع سابق ص ٢٨

على تنفيذ الأحكام القضائية ١ ، فحقق بذلك القضاء الإداري في الإسلام التكافل وحماية حقوق الإدارة والعاملين فيها وذلك لأن هذا الأمر يرجع الى دقة المنهج القرآني وسنة النبي صلى الله عليه وسلم .

#### رابعاً: تنوع خصوصية القضاء الإداري الإسلامي من حيث الإلغاء والتعويض والتفسير :

عرف القضاء الإداري الإسلامي ٢ فكرة الإلغاء حيث تعرض الى مفهوم القرار وتفسيره وأطلق عليه صك التعيين - امر التقيد وهي مترادف في الوقت المعاصر فكرة القرار الإداري لأن العبرة بالمقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني ٣ ، وقد ذكرت كتب التراث عن وقائع عديدة لإلغاء القرار ٤ ، وقد طبق الفقهاء ولاية التعويض لأنها تتعلق بمركز شخصي يلزم تعويضه عما أصابه من أضرار ومن القضايا الشهيرة ما حدث من خالد بن الوليد عندما قتل أفراداً من قبيلة جذيمة بعد دخولهم الإسلام على أن ذلك خدعة منهم فاستكر ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم وأرسل علياً بن أبي طالب كرم الله وجهه لرفع المضسدة وتعويضهم ٥ ، وبالتالي شمل الأمر ولاية التعويض والتأديب ومن تطبيقاتها قيام الرسول صلى الله عليه وسلم بعزل العلاء بن الحضرمي عامله على البحرين لما تقدم أهل البحرين بشكواهم في وفد عبد قيس ٦ ، وبالتالي استطاع فقهاء الشريعة الإسلامية تفعيل ذلك كما هو معمول به في الدول ذات القضاء الإداري المزدوج ٧.

#### خامساً: إختيار قاضي المظالم وتحديد صلاحيته :

يعتبر منصب القاضي من أجل المناصب وأرفعها قدراً بل أعظم الولايات لذلك يشترط فيه هذه الصفات ( ان يكون مسلماً ، عاقلاً ، بالغاً ، حراً ٨ ، سلامة الحواس والاعضاء ، توليته بطريق مشروع ، رجلاً ) ٩ . ويلزم لهذا القاضي من صفات خاصه تمكنه من إتخاذ القرار على نحو سليم .  
والحق أن من هذه الصفات القوة ، والأمانة ، والعلم بالأحكام الشرعية ، واسرار التشريع ، وأن يكون صالحاً موثقاً فيه ، ومتمتعاً بمواهب عقلية ذكاءً وفطنة ونزاهة واستقلالاً في رأيه وقوة الملاحظة وقدرته على الاستدلال والاستنباط متحكماً في عواطفه ١٠ .

- ١ . د اباد على حمود القيسي القضاء الإداري وقضاء المظالم مرجع سابق ص ٢٨ ، د سامي جمال الدين دعاوى التسويه منشاه التعارف اسكندريه ١٩٨٥ ص ٧٢
- ٢ . د عبدالحميد الرافي القضاء الإداري بين الشريعة والقانون دارالفكر المعاصر بيروت - لبنان ط ١ ١٩٨٩ ص ١٧٨
- ٣ . الماوردى مرجع سابق ٨٠ - د صلاح الدين فوزى القانون الإداري مكتبة الجلاء الجديده لمنصوره ١٩٩٢ ص ٥١٠
- ٤ . لمزيد من التفصيل راجع دعوى اهل سمرقند ، دعوى الكسور الماوردى مرجع سابق ص ٧٤ د سعيد الحكيم : الرقابه على اعمال الاداره في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعيه دار الفكر العربي ط ١٩٨٧ ص ١٢٩
- ٥ . ابن هشام السير النويه ج ٤ مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ص ٥٥
- ٦ . د سليمان الطماوى القضاء الإداري ( قضاء التعويض ) دار الفكر العربي ١٩٨٧ ص ٢١٧
- ٧ . د أعاد على حمود مرجع سابق ص ٢٧
- ٨ . حسين عبدالرحيم الشويخ تنظيم السلطة القضائية وفقاً لتشريعات مملكة البحرين دار العصمه ط ١ ٢٠٠٩ ص ١٩-٢٢
- ٩ . اختلف الفقهاء ففي تولية المرأه فذهب مالك والشافعي واحمد بن حنبل الى عدم الاجازة بينما ذهب ابوحنيفه الى جواز ذلك انظر تفصيلا القاضي محمد عرنوس تاريخ القضاء في الإسلام مرجع سابق ص ٨٦
- ١٠ . انظر تفصيلا الماوردى الاحكام السلطانية مرجع سابق ص ٧٢ د نصر فريد واصل السلطة القضائية ونظام في الاسلام دراسه مقارنة مع النظم الوضعيه مطبعة الامانه ط ١ ١٩٨٩ ص ٧٢

## سادساً: تمييز القضاء الإداري الإسلامي عن نظيره المعاصر

جاء الإسلام فى أعقاب الديانات السابقة وبنزول القرآن وهدى رسوله صلى الله عليه وسلم استطاع الإسلام أن يرسخ قواعد ملزمه لجميع من تبعه مع توفير كافة الضمانات لحقوق الانسان ١ ومما لاشك فيه أن بيت القصيد الذى أود أن أدلف اليه أن إقامة العدالة بين الناس أمر مقدس، وهذا ما جعل القضاء النظامي بصورته العامة والقضاء الإداري بصورته الخاصة يسير على هذا النهج تطبيقاً لقوله تعالى ( لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ) ٢

ولا جرم ان القضاء الإداري يتمتع بخصوصية في مراقبة الأعمال والإجراءات نستطيع أن نوجزها فيما يلى :

- التنظيم القضائي الذى شمل الإدارة وشرعية تصرفاتها وتنظيم الرقابة واختيار قاضى المظالم وتحديد اختصاصاته ٣.
- التحقيقات والتحريات ومشاورة الأمر والتروي في اتخاذ القرار من باب الحيطة والحذر ٤.
- سلطات التفسير والإلغاء والتأديب والتعويض ٥.
- سلطات القضاء في مراقبة كافة القرارات الإدارية وعدم تحصن أي منها وذلك تحقيقاً للرقابة القضائية وعدم النيل منها ٦ .

## المبحث الثاني القضاء الواحد

سبقت الشريعة الاسلامية دول الغرب فى تأسيس القضاء الواحد والذى بدأ فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى عهد عبدالملك بن مروان ٧ وقد كتبت فيه روائع القصص فى العدل وسرعة الفصل بين المتقاضين ٨ وذلك لحرص الحاكم والمحكوم على احترام المشروعية وتخير الحاكم لولاية -الولايات أصح المسلمين على أساس من القوة والأمانة ٩ ثم عرف القضاء آنذاك القضاء المزدوج بعد اتساع الفتوحات

١. د عبد الحميد حشيش مبادئ القانون الإداري مكتبة القاهرة الحديثة بدون ص ١٦٥، د اسماعيل البدو القضاء الإداري جزء الثاني دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٢ ص ٧، د مصطفى أبوزيد فهمى القانون الإداري الجزء الأول طبعه ٣ سنة ١٩٩٠ ص ٣٦
٢. سورة الحديد الآية ٢٥
٣. د فؤاد النادي المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي دار الكتاب الجامعي القاهرة ١٩٨٠ ص ٧٣
٤. انظر تفصيلا د سليمان الطماوى القضاء الإداري - قضاء الإلغاء دار الفكر العربي ١٩٨٦ ص ٣١٥، د ماجد الحلو القانون الإداري دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٤ ص ٥٩
٥. د مصطفى محمود عفيفي فلسفة العقوبات التأديبية واحترامها الطبعة الثانية بدون ٥٩
٦. د اعاد على حمود القيسي القضاء الإداري وقضاء المظالم مرجع سابق ص ٢٥-٢٨
٧. د محمد عبد الحميد أبوزيد مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه دراسه مقارنه النسر الذهبى للطباعة ٢٠٠٤ ص ٢٣٠
٨. انظر تفصيلا الماورى الأحكام السلطانية مرجع سابق ص ٨٧ وما بعدها
٩. كان الفصل فى القضاء قاصرا على الخصومات المدنيه اما القصاص والحدود للخلفاء وولاه الامصار وكذلك العقوبات التأديبية للخليفة وعامله د محمد عبد الحميد أبوزيد مرجع سابق ص ٢٣٢-٢٥٠

الاسلامية .

من الثابت أن القضاء الواحد له أصول اسلامية قائمة على أصول ثابتة من الكتاب والسنة ومن ورع القضاء وحيادهم واستقلالهم لأن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة لأن ذلك كله مقيد بالمصلحة التي تتوخاها الشريعة الغراء .

لهذا يمكن أن نعرف القضاء الواحد : بأنه هيكل قضائي واحد له ولاية النظر على كافة المنازعات سواء كانت متعلقه بالأفراد أوبالإدارة باستثناء ما ورد بنص صريح ١ .

وإذا ولينا وجهنا شطر التشريع الوضعي في النظام الأنجلوسكسوني نجد ان له اصولاً لايمكن أن تحيد عنها هذه الدول لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتناول فيه القضاء الواحد في الدول الأنجلوسكسونيه والمطلب الثاني تطبيقات هذا النظام .

## المطلب الأول

### القضاء الواحد في الدول الانجلوسكسونية

تتسم السلطة القضائية في انجلترا ٢ بطابع من الإكبار والاستقلال وذلك لعدم تطاول السلطتين التشريعية والتنفيذية على فرض السيطرة على السلطة القضائية.

وتكمن المشكلة الأساسية في هذا المدخل هو تعارض وجود هيئتين قضائيتين داخل انجلترا لعدم وجود مبرر لذلك يخرج الأفراد أو بعضهم من ولاية القضاء الطبيعي ومن الإستثناء لمبدأ سيادة القانون وتحقيق الضمانات الحقيقيه للأفراد في الحقوق والواجبات ٣، حيث تم اجراء هذه التجربة وانشاء محاكم ادارية استثنائية وذلك على أساس الإعتقاد السائد فيما يلي :

- الملك لا يخطئ ولا يمكن أن يقاضيه أحد أمام أي محكمة.
- العلاقة بين الموظف والادارة علاقته تعاقدية والدولة لاتسأل عن اخطاء موظفيها ؛ وذهب بعض الفقهاء الى أن الامور دائماً لاتستقر على وضع معين فالتغير سنة كونية ونتيجة لتطور وازياد تدخل الدولة في شتى مجالات الحياه وكثرة وجود المشكلات ومحاولة ايجاد حلول لها بما يتلاءم مع امتيازات الدولة الحديثة الا أنه مازال الفكر المسيطر على اختصاص المحاكم الادارية أنه ما وجد ذلك الا ضروره كمتطلبات الحياه الاجتماعيه والصناعيه كمحكمة الصناعات ( براءة الاختراع ) ، ثم تخضع بعد ذلك لرقابة القضاء العادي ٥ .

١ . د فاروق خماس القضاء الاداري مرجع سابق ٩٠

2. 5- STREET (H.) & BRAZIER ( R ): Constitutional and administrative LAW . penguin

BOOKS London. 1981

٢ . د محمد عبد الحميد ابوزيد رقابة القضاء لاعمال الاداره مرجع سابق ص ٢٤٣ ، د فؤاد العطار القضاء الاداري دارالنهضة العربيه ٦٧-١٩٦٨ ص ٩٩ . د محمد انس قاسم جعفر الوسيط في القانون العام ( القضاء الاداري ) ط ٢ دارالنهضة العربيه القايره ١٩٩٠ ص ٦٤ .

٤ . انظر تفصيلا د محمود حافظ القضاء الاداري دراسه مقارنه ط ٧ دار النهضه العربيه القايره بدون ص ٦٦ ، د محمود عاطف البنا الوسيط في القانون الاداري ط ٢ دار النهضه العربيه ١٩٩٩ ص ٦٠ .

٥ . د سليمان الطماوي القضاء الاداري الكتاب الاول ٧٦ مرجع سابق ٨٧، د فاروق خماس القضاء الاداري مرجع سابق ٩٠-٩٤، د اعاد على حمود القيسى القضاء الاداري وقضاء المظالم مرجع سابق ص ٩٠

## المطلب الثاني

### تطبيقات القضاء الموحد في الدول العربية

تعتبر السلطة القضائية في نظام القضاء الموحد ولاية كاملة واختصاصاً شاملاً لجميع أنواع المنازعات ١ وسار على هذا النهج كثير من الدول ٢ وسوف نلقى الضوء بإيجاز على هذا النظام القضائي في مملكة البحرين والمملكة العربية السعودية في فرعين مستقلين.

## الفرع الأول

### النظام القضائي الواحد في مملكة البحرين

اسلفنا القول ان توضيح مفهوم القضاء الواحد ابتداءً في أول عهد الدولة الاسلامية ثم النموذج المثالي لها في التشريعات المعاصرة متمثلاً في النظام الانجلوسكسونيه، وقد سارت مملكة البحرين على هذا النهج بداية من دستور البلاد في ٢٠٠٢ وسوف نوضح الطبيعة القانونية لهذا النظام على النحو التالي :

### الطبيعة القانونية للقضاء الموحد في مملكة البحرين :-

يعتبر دستور ٢٠٠٢ مملكة البحرين المحدد لكافة الاختصاصات قد تلاحظ من خلال دراسته أنه جاء خالياً من فكرة ازدواج السلطة القضائية ٣ .  
نظم المشرع نظر القضاء العادي منذ ١٩٧١ الفصل في جميع الخصومات عدا أعمال السيادة وبالتالي جاء خالياً من تحديد محكمة مختصة للمنازعات الادارية إلا للمحكمة الكبرى المدنية بدائرة ادارية .  
مارس القضاء البحريني نظر الدعاوى الادارية على مرحلتين :

**المرحلة الأولى :** قبل صدور المرسوم بقانون ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ وكان ذلك تفعيلاً للمرسوم بقانون ١٣ لسنة ١٩٧١ وكان الاعتماد على المعيار الشكلي ؛.

**المرحلة الثانية :** بعد صدور المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ كاد القاضى أن يقترب من نظر المنازعات تفعيلاً للمعيار الموضوعي ٥ إلا ان ذلك في ولاية قضائية واحدة .  
ولاشك أن مملكة البحرين سارت على منهج النظام الانجلوسكسوني باتباع القضاء الواحد بالرغم من أنها أخذت بالدراسة الموضوعية للمنازعات الإدارية أخيراً إلا أن هذا المسلك وإن كان محموداً إلا أن التخصص

1. I-DICEY ( A.V ) Lntroduction to the study of the law of the constitution. First edition .Macmillan & Co. Ltd. London.1959

٢. اعتنقت الولايات المتحدة الامريكه هذا النظام القضائي لتمتع النظام الامريكى بسلطات واسعه متا انجلترا ،وسارت على نفس النهج وعدم مسؤولية الاداره حتى صدور قانون ١٩٤٦ المسمى Tort Claims Act انظر تفصيلا د محمد كامل عبيد الرقابة على أعمال الاداره دار النهضه العربيه القايره ٢٠٠٥ ص ١٨٨-٢٠٦ انظر تفصيلا د محمد كامل عبيد الرقابة على أعمال الاداره دار النهضه العربيه القايره ٢٠٠٥ ص ١٨٨-٢٠٦ The Federal

٣. نظم الدستور السلطه القضائيه في المواد ١٠٤، ١٠٦، ١٠٥ انظر تفصيلا الدستور مرجع سابق ص ٥٦، ٥٧

٤. انظر تفصيلا د فاروق احمد خماس القضاء الادارى وتطبيقاته في مملكة البحرين مرجع سابق ص ١٠٠

٥. الدعوى ٠٢/٢٠١٢/٨٠٩٧/٧ وتاريخ الحكم ٠٧/٠٧/ ٢٠١٢ خاصة القرارات الاداريه بالجمعيات السياسيه . رقم الدعوى ٠٢/٢٠١١/٠٥٥٧٨/١ وتاريخ الحكم ٢٨/٠٢/٢٠١٢ الطعن في قرار من خلال المواعيد وفي محل القرار ، والدعوى رقم ١٧/٢٠١١/١١٤/٩ وتاريخ الحكم ١٨/٠٨/٢٠١١ الطعن في القرار بعد فوات مواعيد الطعن وتحصن المركز القانوني .

الدقيق يجعل من التنسيق والتكامل والدقة والابداع طريقاً حقيقياً لسرعة الفصل فى المنازعات خاصة بعد دخول المملكة فى كافة المجالات وقد حظيت باحترام على المستوى المحلي والدولي فى تفعيل قانون العمل والرقابة الدستورية.

## الفرع الثانى

### القضاء الموحد فى المملكة العربية السعودية

بادئ ذى بدء لابد من الاشارة الى أن المملكة العربية السعودية كان اهتمامها الأول تطبيق الشريعة الاسلامية فى المنطقة العربية فى كافة المجالات لأنه لاشريعة بغير شريعة الله لأن الشرع كان ابتداءً من الله ونظمها سبحانه وتعالى لتكون الشريعة الحاكمه ١ لقوله تعالى ( وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ) ٢ .

### الطبيعه القانونيه للقضاء الموحد فى المملكة العربية السعوديه:

تم الاعلان عن انشاء صندوق للشكايات للفحص والتدقيق فى ذلك الأمر تحقيقاً للعدالة على أن يلتزم الشاكي بأدب عرض شكواه دون السب والقذف ٣ .

وقد استهدفت المملكة العربية السعودية تحقيق التوازن بين الشريعة فيما ورد بشأنها النصوص القطعية التى لايمكن الخروج عليها والأحكام الظنية التى تركت مجالاً واسعاً للإجتهد تحقيقاً للصالح العام .  
وإذا ولينا شطر وجوهنا شطر المراسيم الملكية نجد الآتى :

- ١ . بتاريخ ١٧ / ٩ / ١٣٧٤ هـ صدر ديوان المظالم بالمرسوم الملكى رقم م . ٨٧٥٩ /
- ٢ . بتاريخ ١ / ١١ / ١٣٧٥ هـ اصدر رئيس الديوان القرار ٣٥٧٠ / ١ / بشأن النظام الداخلى ؛  
وتحقيقاً لهذه المراسيم سار القضاء فى المملكة ابتداءً على نهج القضاء الموحد كجهة تحقيق تابعة لجلالة الملك للتحقق من كل شكوى والتحقيق فيها وارسال النتيجة النهائيه الى الوزير المختص مع ارسال صورة أخرى الى ديوان رئيس الوزراء وارسال النتيجه النهائيه الى ديوان جلالة الملك لاصدار امره السامى موضوع التقرير .

- ١ . د على محمد جريشه المشروعية الاسلاميه العليا رساله دكتوراه ١٩٧٥ مكتبة وهبه القايره ص ٢٩
- ٢ . سورة الشورى الايه ١٠
- ٣ . ( ان صاحب الجلاله يعلن للناس كافة ان من له ظلامه على كائن من كان من كان موظفا او غيره او كان كبيرا او صغيرا ثم يخفى ظلامته فانما اثمه على نفسه وان كان ممن له شكاية فقد وضع على باب دار الحكومه صندوق للشكاوى مفتاحه لدى جلالة الملك فليضع صاحب الشان شكايته فى ذلك الصندوق وليثق الجميع انه لايمكن ان يلحق بالمشكى أى ذنب بسبب شكايته المحققه من اى موظف كان ويجب ان يراعى فى الشكاية مايلى :  
- ينبغى تجنب الكذب فى الشكاية ومن ادعى بدعوى كاذبه يجازى بكذبه  
- لا تقبل الشكاية المغفله من الامضاء ومن فعل ذلك عوقب على عمله وليعلم الناس كان ان باب العادل للجميع على السواء الناس حكمهم صغيرهم وكبيرهم - قامه واحدا حتى يبلغ الحق مستقره والسلام ) جريدة ام القرى العدد الصادر ٢٦ / ١١ / ١٣٤٤ هـ المشار اليه د محمد عبدالحميد ابو زيد رقابة القضاء لاعمال الاداره مرجع سابق ص ٢٦٤
- ٤ . - انظر تفصيلا د محمد عبدالحميد ابو زيد وضع القانون الادارى فى الاسلام والدوله الحديثه دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٨٨

ومن نافذة القول نستطيع أن نجمل ما سبق في أن هذا الديوان يعد كجهه استئنافية للتصدى وبذل الجهد في منع جور الولاة وظلمهم ، فيعد كجهة ادارية أو مجلس ادارى له اختصاص مقيد يحتاج الى تصديق من جلالة الملك بل تعدت الأمر إلى الإهتمام بقضايا فساد المال العام والرأى العام خاصة (مقاطعة اسرائيل) تطبيقاً للمرسوم الملكى ٢٨ فى ٢٥/٦/١٣٨٢ هـ . ١

وقد ثار الجدل عن مزايا هذا النظام القضائى الموحد وعيوبه مما نستطيع أن نوجزها فيما يلى :

### مزايا نظام القضاء الواحد :

يعد هذا النظام أكثر الانظمة اتفاقاً مع المشروعية للمساواة بين المواطنين والاداره والخضوع لنظام موحد ٢ يتميز أيضاً بالبساطة وسهولة الإجراءات حيث يخلو من التعقيدات واشكالات التنازع ٣ .

### عيوب نظام القضاء الموحد :

لايراعى هذا النظام الموحد حمايه الكافيه للأفراد لان الاداره لها من الحيل ما يجعلها تلجأ الى كثير من الأعمال ، وتضفى عليها ثوب المشروعية والحصانة ، فتصبح بمنأى عن الرقابة ٤ .

تحقيقاً للمصلحة العامة كثيراً لايهتم القضاء الموحد بطبيعة المنازعة الادارية والتي تختلف عن منازعات الافراد لاختلاف الهدف فيطبق قواعد ممثله فى جميع المنازعات فيحث الجور لمصالح الأفراد ٥ .

تطبيقاً لبعض اراء الفقهاء انه نظام الاداره بواسطة القضاء فيتدخل القضاء فى اعمال الاداره فيلزمها باعمال يعيده عن فكرة الرقابه القضائيه ٦ .

يجعل هذا النظام غالباً تقرير المسؤولييه ضد الموظفين دون الدوله مما يرهقهم ماديا خاصة فى قضايا التعويض ٧ .

ولاجرم أنه باستعراض نظام القضاء الموحد تلاحظ ان عيوبه تفوق حسناته مما حدا بنا ان نفرد للقضاء المزدوج مبحثاً مهتدين بتطبيقاته فى فرنسا ومصر وأخيراً نهجت المملكة العربية السعوديه هذا المسلك مخالفة ما اقرته فى القضاء الموحد لتحقيق العدالة وسرعه الفصل فى المنازعات الاداريه خاصة بعد اتساع تدخل الدول فى شتى المجالات وتحقيق رفاهية المجتمع .

- ١ . د انور رسلان القانون الادارى السعودى - نظم الاداره العامه ونشاطها دراسه مقارنه ١٤٠٨ هـ ص ٣٣
- ٢ . د سليمان الطماوى القضاء الادارى مرجع سابق ٨٩
- ٣ . د اعاد على حمود القيسى القضاء الادارى وقضاء المظالم مرجع سابق ص ٨٢
- ٤ . د محمد كامل عبيد الرقابه على أعمال الاداره مرجع سابق ص ٢٠٩
- ٥ . د محمد أنس قاسم جعفر الوسيط فى القانون العام القضاء الادارى ١٩٩٢ ص ١٤٢
- ٦ . د محمد كامل عبيد الرقابه على أعمال الاداره مرجع سابق ص ٢١٠
- ٧ . د محمد عبد الحميد ابوزيد رقابة القضاء لاعمال الاداره دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٢٥٠-٢٥٣

## المبحث الثالث القضاء المزدوج

اتسعت رقعة البلاد الاسلاميه نتيجة الفتوحات الاسلاميه ونظراً لذلك تعددت الأنشطة وتعددت الولايات فكان من اوائل هذه الولايات - القضاء - ومن الثابت أن من أفرد له يوماً مستقلاً لنظر المظالم هو عبد الملك بن مروان وعين له القاضى أبوادريس ١ فكانت ولاية المظالم بجوار ولاية القضاء العادى وسار على هذا النهج خلفاء المسلمين تحقيقاً للعدل بكل صوره الى أن تجلت هذه الولايات فى عصر أمير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز رضي الله عنه الذي اتسمت بالعدل حتى ان الذميين انصفوا من ظلم الامويين ٢. وسار على هذا النهج خلفاء العصر العباسى، وهكذا ظهر القضاء المزدوج كل فى اختصاصاته، وهذا بصورة محايد ان المسلمين الاوائل هم من شرعوا للبشرية هذا النهج القضائى ولهم سبق على القضاء الفرنسى بما له من اليات خاصه .

وسوف ننفرد لهذا القضاء مطلبين احدهما فى القضاء المزدوج فى فرنسا والثانى فى تطبيقات القضاء المزدوج فى جمهورية مصر العربية والمملكه العربيه السعوديه .

## المطلب الأول القضاء المزدوج فى فرنسا

أحست الانظمة القضائية فى فرنسا بحاجتها الى شرعية القضاء الادارى ٢ حتى يصبح مستقلاً عن نظيره القضاء العادى فعمدت الى انشاء جهتين قضائيتين :-

**الاولى :** جهة القضاء العادى والذى يختص بالفصل فى كافة المنازعات التى تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الأفراد والإدارة ؛ بوصفها شخصاً معنوياً خاصاً ه .

**الثانيه :** جهة القضاء الادارى والذى يعد هيئة قضائية مستقلة مختصة بالفصل فى كافة المنازعات الاداريه الا ما استثنى بنص قانونى .

وتتكون جهة القضاء الادارى من مجموع المحاكم الاداريه وعلى رأسها المحكمة الاداريه العليا ، فى حين يتألف القضاء العادى من محاكم مختلفه يوجد على قمته محكمة النقض او التمييز ٦ .

- ١ . د محمد عبد الحميد ابوزيد وضع القانون الادارى فى الاسلام والدوله الحديثه دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٥٨
- ٢ . روى ان رجل ذمى من اهل حمص جاء الى امير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز فقال يا امير المؤمنين أسالك كتاب الله ، قال وما ذلك قال العباس بن الوليد بن عبد الملك اغتصب ارضي - والعباس جالس - فقال العباس ما يقول : اقطعها يا امير المؤمنين الوليد بن عبد الملك وكتب لى بها سجلا فقال ما تقول يا ذمى فقال يا امير المؤمنين أسالك كتاب الله عز وجل فقال عمر نعم كتاب الله احق ان يتبع من كتاب الوليد بن عبد الملك وامر العباس بالرد
- انظر تفصيلا ابن كثير البدايه والنهايه جزء ٩ ص ٢١٢ والمشار اليه د محمد عبد الحميد ابوزيد مرجع سابق ص ٦٠
3. DRAN (Michel).Le contro`le juridictionnel et iagarante des libetes publiques The`se. Montpellier.1966.Re`e`dition. L.G.D.J.paris.1968.
- ٤ . د اعاد على حمود القيسى القضاء الادارى وقضاء المظالم مرجع سابق ص ٩٢
- ٥ . د محمد عبد الحميد ابوزيد رقابة القضاء لاعمال الاداره دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٢١٠
- ٦ . د محمد كامل عبيد الرقابه على أعمال الاداره مرجع سابق ص ٢١١

وبالتالى يستند هذا النظام القضائي الى مصدرين أساسيين أحدهما تاريخي ١ ، والثانى سياسى ترتب عليه الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الاداريه ٢ ، وكذلك تخلى الاداره القضائيه عن الاداره العامه من أجل توفير ضمانات الحقوق والحريات ٣ .

وجدير بالذكر أن القضاء المزدوج فى فرنسا أصبح صاحب الولاية العامه فى اقصية الاداره واصبحت رقابته على مشروعية القرارات الاداريه الصادره من الإدارة والوقوف على اسباب الالغاء والتعويض والتأديب دون تدخل من الاداره او تدخل القضاء فى ملاءمة اصدار هذه القرارات وذلك لتحقيق التوازن بين اعمال السلطه التنفيذيه وتحقيق ضمانات الحقوق والحريات للأفراد فى ظل المشروعية .

والحق ان النظام الدستورى حقق مبدأ الفصل بين السلطات تطبيقاً للقانون ١٦-٢٤ أ ب ١٩٧٠ فى مادته ١٣ ( الوظائف القضائيه مستقله وتظل منفصله عن الوظائف الاداريه وليس للقضاء ان يعرقل باي صوره كانت أعمال الهيئات الاداريه أو أن يستدعي رجال الاداره للمثول امامه لمقاضاتهم بسبب قيامهم باداء وظائفهم ) ٤ .

## المطلب الثانى

### تطبيقات القضاء المزدوج فى الدول العربيه

تعتبر السلطه القضائيه فى نظام القضاء المزدوج ولاية كاملة واختصاصاً شاملاً كل على حده فاخص القضاء الادارى بالفصل فى جميع المنازعات الاداريه ،وسار القضاء العادى على ماضيه فى جميع المنازعات باستثناء المنازعات الاداريه ،وسوف نلقى الضوء بايجاز على تطبيق هذا النظام القضائى فى جمهوريه مصر العربيه والمملكه العربيه السعوديه فى فرعين مستقلين .

## الفرع الأول

### القضاء المزدوج فى جمهوريه مصر العربيه

استطاعت مصر ان تسير التطور القانونى والتطبيق القضائى بعد تجربتها فى النظام القضائى الموحد مغايره ذلك بإنشاء مجلس الدوله المصرى على غرار نظيره الفرنسى .

١ . د سامى جمال الدين الرقابه على اعمال الاداره منشأة المعارف اسكندريه ط ١٩٨٢ ص ٢٥٧

٢ . د سليمان الطماوى القضاء الادارى مرجع سابق ٩٢

3. Virginie(S. j ).La conciliation des droit de`l'hommes et des Liberte`es en drpit public Franc.ais. these limoges 1995 p116

٤ . تم التطور القانونى فى فرنسا فى اعقاب الثورة الفرنسيه حيث كان مجلس الدوله ابتدأ رقابه على المنازعات الاداريه وكنها مقيده بالتصديق على ذلك وبصدور القانون ٢٤ مارس ١٨٧٢ اصبح لمجلس الدوله كيانه المطلق دون الحاجه الى تصديق من رئيس الدوله وارتدى ثوبه الجيد المستقل باحكامه دون تغل من اى جهة أنظر تفصيلاً - د محمد كامل عبيد الرقابه على أعمال الاداره مرجع سابق ص ٢١٨ ، د محمد عبد الحميد ابوزيد رقابه القضاء لاعمال الاداره دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٢٥٦

- اعيد تنظيم المجلس عدة مرات بالقوانين المتتاليه ٩ لسنة ١٩٤٩ - ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ - القانون ٥٥ لسنة ١٩٥٩ واخيرا القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ واخير عدل القانون الاخير بالقانونين ٥٠ لسنة ١٩٧٣ - ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ د محمد كامل عبيد الرقابه على أعمال الاداره مرجع سابق ص ٢٢٤ .

وبالتالى مرت مصر بعد أن تدارك المشرع القصور فى تشريعاته التى ضيقت من الرؤيه الحقيقيه لمفهوم القضاء الادارى ، فلم يكن مفهوماً انذاك فكرة الفصل بين السلطات والحكم اشبه بالدوله البوليسيه ، وفى عام ١٨٧٥ انشئت المحاكم المختلطه للفصل بين المنازعات بين المصريين والاجانب وكان للمحاكم نظر الدعاوى دون اعمال السياده ١ .

وسارت مصر على النظام الموحد رغبة من الدول صاحبة الإمتيازات الأجنبية وذلك بناءً على نصوص لاأحتى ترتيب المحاكم المختطه والاهليه وعندها تم انشاء مجلس الدوله المصرى بالقانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ولكن اختصاصها كان مقيداً ومحدوداً ٢ لأن الولاية العامة للمحاكم العادية .

استمر مجلس الدوله الى أن أصبح هيئة قضائية مستقله للفصل فى جميع المنازعات الاداريه ٣ وفى الدعاوى التأديبيه ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى ؛ .

وقد بات القضاء الادارى صرحاً من صروح القضاء الشامخ ه الذى يستطيع التوازن بين اعمال السلطة التنفيذيه وتحقيق كافة الضمانات للافراد فى حقوقهم وحررياتهم .

## الفرع الثانى

### القضاء المزدوج فى المملكة العربية السعودية

استطاعت المملكة العربية السعودية أن تساير التطور من أجل تحقيق الانضباط المنشود فى أعمال السلطة التنفيذيه وحماية حقوق الافراد وحررياتهم خاصة بعد اتساع انشطة المملكة بشكل ملحوظ فى المنطقة العربية والعالميه وتحقق سنة الكون فى التطور والتغير وفرض السيطرة القضائيه على جميع هذه الاعمال الاداريه إلا ما استثنى بنص ووضع القواعد المنظمه لها .

صدر المرسوم الملكى رقم م ٥١ / بتاريخ ١٧ / ٧ / ١٤٠٢ ه بإعادة نظام ديوان المظالم لسائر الانشطه المتعدده لاداره خاصة المتعلقة بالقرارات الاداريه والعقود الاداريه وبالتالي تحول النظام القضائى من النظام الموحد الى النظام المزدوج وجعل منه ديواناً لقضاء الإلغاء والتعويض والاحكام النهائيه وغير القابله للطعن وواجبة التنفيذ ٦ .

يعتبر نظام المظالم فى المملكة العربية السعوديه وتطبيقاته الدليل القاطع على ان الاسلام بما فيه من مرونة قابل للوفاء بحاجة المجتمعات الاسلاميه المعاصره بل فى كل زمان ومكان وان هذا النظام - النظام

- ١ . د سعاد الشرفاوى القضاء الادارى دار النهضه العربية طبعه ١٩٨٤ ص ٢٢٠
- ٢ . اختصاص مجلس الدوله بالتعويض عن قرارات اداريه محدده - والتعويض عن اعمال ماديه للاداره ايضا محدوده للغايه وكذلك التعويض عن القرارات المعيبه انظر تفصيلا محكمة القضاء الادارى ٢٦ ٥ - ١٩٤٨ مجموعة المبادئ القانونيه ١٥ عاما ج ١ ص ٢٠٠ - د محمد عبدالحميد ابوزيد رقابة القضاء لاعمال الاداره دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٢٨٦
3. BURDEAU(G): Remarques Sur la classification des fonction e`tatiques` .R.D.P..1945
- ٤ . نشأت حسن الدستور المصرى البدرى للتوزيع بدون ص ٥٩
- ٥ . القضاء الادارى المصرى وتنظيمه وتشكيله القضائى ( المحكمه الاداريه العليا - القضاء الادارى - الاداريه - هيئة مفوضى الدوله - التأديبيه ) قسم الفتوى والتشريع انظر تفصيلا د فاروق احمد خماس القضاء الادارى وتطبيقاته فى مملكة البحرين مرجع سابق ص ١٢٠ - ١٢٨
- ٦ . د انور رسلان القانون الادارى السعودى تنظيم الادارة العامه ونشاطها دراسه مقارنه ١٤٠٨ ه ص ٢٣

الاسلامى - يفضل عن جميع النظم المستعاره من الدول الاجنبيه ١  
ولاشك ان هناك اختلافاً بين النظام القضائي الموحد ونظيره المزدوج فى تحقيق غايته من تحقيق التوازن  
بين اعمال الاداره والرقابه عليها مع حصول الافراد على كافة الضمانات لحقوقهم وحريةهم مما يلزم  
تقييم النظام القضائي المزدوج .

### مزايا النظام القضائي المزدوج :

نستطيع أن نلمس محاسن النظام من عدة نواح على التفصيل التالى :  
القضاء المزدوج يحقق الشرعيه الاداريه لتحقيق الانضباط المنشود فى اعمال الإدارة ومراقبة اعمالها  
بحياد تام وتوفير الضمانات لحماية الحقوق والحرية ٢ .  
يتميز هذا النظام بسرعة الفصل فى الموضوع لدراية القاضى الادارى بكافة جوانب المنازعات الاداريه  
وتخصه فى هذا المجال اتاح له سرعة الاستنباط والابداع وانزال العقوبات بما يتلاءم مع المخالفات ٣ .  
استطاع النظام المزدوج ان يرسخ للقانون الادارى قواعد قانونيه مثل نظرية الظروف الاستثنائية والمرافق  
العامه ونظرية الامير والعقود الاداريه ٤ .  
وضع الاسس القانونيه والدستوريه التى شيد عليها هذا الصرح بما يتلاءم مع روح القانون العام ٥ .

### عيوب النظام القضائي المزدوج :

وجهت بعض الانتقادات لهذا النظام يمكن توضيحها والردعليها على النحو التالى :  
يحقق هذا النظام محاباه ومجامله للسلطة التنفيذية مما يعد تعدياً على حقوق الافراد ٦ .  
والرد على هذا المنطق بأن القضاء يحقق العدالة لأنه يتعامل من خلال التوازن بين المصلحه العامه  
والمصلحه الخاصه دون تعسف او انحراف فى استخدام السلطه لما له من سلطه تقديرية فى تحديد العقوبه  
وملاءمتها ٧ .  
يناقض القضاء المزدوج مبدأ الفصل بين السلطات دستورياً وتشريعاً ٨ .  
والرد على هذا ان الفصل بين السلطات متوافر بكافة ضماناته الدستوريه والتشريعيه ولايمكن الغلو فيها  
لأن استقلال الاعضاء متحقق بنص الدستور لان مجلس الدوله هيئه قضائيه مستقله والتشريعات القانونيه  
تبين استقلال اعضاء كل جهة قضائيه على حده .

- ١ . د محمد عبدالحميد ابوزيد رقابة القضاء لاعمال الاداره دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٢٧٢
- ٢ . د محمد كامل عبيد الرقابه على أعمال الاداره مرجع سابق ص ٢٢٠
- ٣ . د سليمان الطماوى القضاء الادارى مرجع سابق ٩٢
- ٤ . د اعد على حمود القيسى القضاء الادارى وقضاء المظالم مرجع سابق ص ٨٢
- ٥ . د محمد أس قاسم جعفر الوسيط فى القانون العام القضاء الادارى مرجع سابق ص ١٤٥
- ٦ . د محمد كامل عبيد الرقابه على أعمال الاداره مرجع سابق ص ٢٢٢
- ٧ . د خالد المحمود السلطه التقديرية للاداره والرقابه عليها رساله دكتوراه كلية حقوق جامعه حلب سوريا ٢٠٠٨ ص ١٦٤
- ٨ . د اعد على حمود القيسى القضاء الادارى وقضاء المظالم مرجع سابق ص ٩٦

دائماً يؤثر هذا النظام مشاكل عديده فى التنازع بين الموضوعات بين القضاء العادى والادارى ١ مما يهدر حقوق الافراد ٢ .

والرد يكمن فى أن التخصص دائماً لا يؤثر مشاكل لأن القانون وضع الحالات التى لا يتطرق فيها القضاء الادارى مثل الجنائيات ومسائل الحريات الشخصية ، وقد تحقق الفصل فى مسائل التنازع بانشاء محكمة التنازع مختصة لذلك ٣

الأخذ بهذا النظام المزدوج يصاحبه بطء شديد فى الاجراءات والفصل فى المنازعات ٤ .  
والرد على ذلك الامر واضح جلي فى عدم صحته بل يتحقق ذلك مع تطبيق النظام الموحد بسبب كثرة المنازعات وتنوعها .

ومما لاشك فيه ان الحق يظهر جلياً فى أن كلاً من النظامين الموحد والمزدوج له محامد ومساوئ الا أن محاسن النظام القضائى المزدوج اكدت نجاحه مما دفع كثيراً من الدول للإقتداء بهذا النهج وقد تلاحظ لنا تجربته فى جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية .

## الفصل الثانى

### اعادة هيكلة القضاء الإداري البحريني

يعتبر القضاء داخل مملكة البحرين قضاءً واحداً حظى بالمشروعيه ، ويجمع بين جنباوته القضاء العادى والادارى داخل المحكمه المدنيه الكبرى ، ومن خلال هذه الدراسه يمكن ان تجمع المملكه بين الحسنيين رفاهية المجتمع وضمانات الحقوق والحريات ٥ التى تشهدها فى دستور البلاد ٢٠٠٢ والفصل بين السلطات خاصه السلطه التنفيذيه وعلاقتها بالافراد وخاصة ان مملكة البحرين تعتبر تاجاً على الرؤوس فى منطقة مجلس التعاون الخليجى خاصة والمنطقه العربيه والعالم الغربى بصورة عامه فى تفعيل كثير من القوانين مثل قانون العمل ، وقانون المرور .

كما أن مملكة البحرين من أوائل الدول التى دخلها الاسلام و التى أرسل لها الرسول صلى الله عليه وسلم الرسل فكانت منارةً وفتحاً على اهلها ، وبنص دستورها فى مادته الاولى انها مملكة عربية اسلامية مستقلة . وسبق توضيح هذا المنهج الاسلامى للقضاء المزدوج ٦ وامتيازاته للدولة والافراد مما حدا ان نقترح اعادة هيكلة القضاء الادارى فى ضوء الشريعة الغراء والقانون .

وبناءً على ماتقدم سنتناول هذا الفصل فى ثلاث مباحث على النحو الاتى :

المبحث الأول : مفهوم إعادة الهيكلة

1. 1- Duez ( p ) : Esguisse d' une definition realiste des droit publics individus. Me'langes Carre de Malberg. Recueil sirey 1933 p 111

٢. د محمد عبد الحميد ابوزيد رقابة القضاء لاعمال الاداره دراسه مقارنه مرجع سابق ص ٢٥٨

٣. د اعد على حمود القيسى القضاء الادارى وقضاء المظالم مرجع سابق ص ١٢٦-١٤٠

٤. د سامى جمال الدين الرقابه على اعمال الاداره مرجع سابق ص ٢٥٧

٥. د عبدالعزيز محمد سلمان الحق فى التفاضى وطرق تحريك الدعوى الدستوريه بحث مقدم لمجلة الرقابه الدستوريه السنه الثالثه العدد ٢٠١٠ تصدرها اتحاد المحاكم والمجال الدستوريه والعربيه ص ٢١٩

٦. انظر تفصيلا الفصل الاول من هذا البحث ص ١-١٨

المبحث الثاني : إعادة الهيكلة لتنمية الموارد البشرية

المبحث الثالث : مستقبل القضاء الإداري البحريني

## المبحث الأول

### المطلب الأول: مفهوم إعادة الهيكلة

تعددت تعريفات إعادة الهيكلة وتبوعت الآراء الفقهية حول تحديد ماهيتها وأهميتها من خلال المشتغلين بعلم الإدارة العامة وسوف نبين التعريف اللغوي ثم نتطرق للمعنى الاصطلاحي ثم نلقى الضوء على ماهية إعادة الهيكلة وأهميتها .

#### أولاً التعريف اللغوي :

جاءت من الضخم في كل شئ - البناء المشرف - وفي الهندسة الميكانيكية الدعامة التي تركيب منها أجزاء المحرك - الهيكل العظمى : مجموع العظام التي يقوم عليها بناء الجسد (ج) هياكل - وهياكل الفراغنة بيوت ضخمة كانت تخصص لعبادة الالهة ١ .

#### ثانياً: التعريف الاصطلاحي :

إعادة الهيكلة تغير جوهرى فى الهياكل الاداريه والمالية للمنظمه من خلال انظمه اداريه تحل محل القديم وأندماج بين الوحدات اوالغاء وحدات او تغيير بهذه المؤسسة ٢ .  
وذهب بعض الفقهاء الى انها إعادة ترتيب الاختصاصات والعلاقات والاوزاع الداخليه والخارجيه بالمؤسسه بما يتفق مع الظروف الحاليه والمستقبليه بما يؤدى الى رفع الفاعليه لتحقيق رساله المؤسسة ٣ .  
ولاجرم ان تحرص السلطات الحاكمه على وجود اجهزه متخصصه حتى تحقق التوازن المنشود بين الاداره وسطوتها وتوفير ضمانات الافراد وحقوقهم وحررياتهم ٤ . لايرب ان التخطيط العلمى لهذه المؤسسات خاصه المؤسسة القضائيه وتتبع إعادة هيكلتها وبيان ادواتها ووسائلها لان التغيير غايه ساميه بعد دراسته وترتيب الاولويات وتحقيق المصلحه العامه والمصلحه الخاصه كما ان التغيير سنه كونه فالماء الراكد لايبعث الا على الكريه بينما التجديد فيه الحياه والنماء .

والحقيقه من خلال الدراسه السابقه فى جمهوريه مصر العربيه والمملكه العربيه السعوديه من إعادة البنين واقامة الصرح القضائى وفق المعايير الحديثه والاصاله الاسلاميه القديمه لاجدر بمملكه البحرين ان تحذو مثلهما ليحقق لها مجدا جديدا يضاف الى رصيدها السابق من الرياده والتحول نحو الجوده

- ١ . المعجم الوجيز طبعة وزارة التربيه والتعليم مجمع اللغة العربيه ج.م.ع. طبعة عام ١٤١٣هـ ص ٥١
- ٢ . د احمد ماهر تطوير المنظمات الدليل العلمى لإعادة الهيكلة والتميز الادارى وإدارة التغيير الدار الجامعيه اسكندريه ج م ع طبعة ٢٠٠٧ ص ٥٥٨ .
- ٣ . د محمد محمد ابراهيم الاداره وإعادة الهيكلة فى المشروعات العامه والخاصه مكتبة عين شمس ٢٠٠٤ ص ١٦٧
- ٤ . انظر تفصيلا نصوص الدستور فى باب الحقوق والواجبات من ماده ١٧ حتى ماده ٣١ دستور مملكة البحرين الامانه العامه ٢٠٠٨ ص ١٦-٢١ .

الشامله ١ .

وبالتالى يمكن تحديد اعاده الهيكله للسلطه القضائيه بانها مجموعة الاجراءات التى تستهدف تعديل الهياكل الموحد فنيا واقتصاديا وماليا مع اعاده التصميم للهيئات القضائيه الاداريه بصوره مستقله بهدف تحقيق حسن الاداء وتحقيق العداله مسترشدا بهدى الدول المطبقه لهذا النظام مع تقرير مشروعيتها بالنص الدستورى .

## المطب الثانى

### إعادة الهيكلة لتنمية الموارد البشرية

تمثل الضغوط الشديده من سوء توزيع العاملين داخل الدول نوعين من البطاله ،بطاله طبيعيه بسبب عدم توفير البنود المالىه ، وعدم وجود التخصصات الشاغره لهذه الوظائف ، والنوع الثانى يكمن فى البطاله المقنعه بسبب سوء استخدام الاداره فى هذا التوزيع حسب الاحتياجات الحقيقيه مما جعل هذه الضغوط ترهق كاهل السلطه التنفيذيه فى ايجاد فرص عمل حقيقيه مما ادى الى بطء الاجراءات تارة وتدهور الانظمه الاداريه وتحديات الراى العام تارة اخرى وفى نهايه المطاف تلاحظ عدم تفعيل الرقابه وضعفها ٢ .

ويمكن وضع تصور لمجموعه من الخطوات فى اطار علمى حتى يحقق الاستفاده المثلى من الفرص المتاحه لتحسين الاداء والنهوض بمؤسساتنا وتنمية الموارد البشريه وذلك على النحو التالى :

١ . التخطيط للهيئۃ القضائيه الجديده

٢ . التنظيم الدقيق للهيئۃ القضائيه .

٣ . التوجيه والقياده

٤ . الرقابۃ وتحديد المسؤوليۃ

وسوف نلقى الضوء على هذه المحاور لاهميتها ولتحقيق الغايه المرجوه من اعاده الهيكله داخل الصرح القضائى .

### اولاً: التخطيط للهيئۃ القضائيه الجديده :

يعد التخطيط منهجاً لحل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية داخل المؤسسات وذلك بوضع برنامج مستقل لتحقيق اهداف معينه خلال مده محدده عن طريق حصر الامكانيات المتاحه وتكريسها بوضع الاهداف موضع التنفيذ ٢ .

وتجدر الاشاره الى ان التخطيط اداه للتنظيم الشامل لموارد المجتمع ويجعل للرقابه وجودا والتزاما باحكام

١ . يلزم لبناء المؤسسة واعادة الهكله للوصول للجوده من التعرف على طبيعه النشاط وتحديد علاقتها بالسلطه ثم تكوين الاقسام الجيده ووحداتها التنظيميه انظر تفصيلا د على عبدالهادى مسلم - د ايمن على عمر علم تحليل وتصميم منظمات الاعمال

مدخلى اعاده الهيكله واعاده الهندسه الدارالجامعيه اسكندريه ج م ع ص ١١٨

٢ . د احمد ماهر تطوير المنظمات الدليل العلمى لاعاده الهيكله والتميز الادارى وادارة التغير مرجع سابق ص ٥٦٢

٣ . د ماجد الحلوعلم الاداره العامه دار المطبوعات الجامعيه اسكندريه ١٩٨٥ ص ٥١

الدستور ١ ويحقق الاهداف ٢ بوضع هذه الخطط مع اصدار الاوامر بالتنفيذ الذى لايتحقق الا بحسن استخدام الموارد البشرية ٣ .

ويتحدد نطاق الحماية التشريعية لهذه الموارد البشرية والتنظيم القانونى ٤ الذى يكفل لها الوجود الواقعى وكفالة ممارستها لانه يعتبر احد الضمانات المهمة لهذا التخطيط .

ولاجرم ان اهمية التخطيط للهيئته القضائيه الجديده يظهر بصوره واضحه جليه اذا وضعنا فى الاعتبار ان هذا التخطيط يؤدى الى ايجاد فرص عمل و توفير ضمانات حقوق الافراد وحررياتهم واستقرار المجتمع والعداله فى المجتمع البحرينى مما يؤدى الى سرعة الفصل فى المنازعات ومحاكمة الافراد امام قاضيهم الطبيعى المتخصص فى القضاء الادارى خاصة وان المخالفات الاداريه بلغت الكثير داخل كافة المؤسسات . اذاً يكمن التخطيط فى اقرار الخطة وتنفيذها ٥ وغاية اخرى تبلغ اهميتها فى المحافظه على الاقتصاد القومى لان اساسه العداله الاجتماعيه ،وقوامه التعاون بين النشاط العام والنشاط الخاص ، وهدفه التميمه الاقتصاديه وفقا لخطة مرسومة ،وتحقيق الرخاء للمواطنين وذلك كله فى حدود القانون ٦ .

## ثانياً : التنظيم الدقيق للهيئة القضائية :

التنظيم ٧ وظيفه اداريه معقده ولايمكن اهمالها لان به يتم توزيع المهام والسلطات ، ولايتم التقدم فى اى مؤسسه وتحقيق اغراضها الابتباع افضل اساليب التنظيم لانه يحدد وينسق الجهود البشرى لتحقيق الاهداف المقرر تنفيذها فى ضوء السياسات المرسومه بكفاءه وفى اسرع وقت ممكن مع التوازن فى التكاليف ٨ المقرر اعتمادها .

وترجع أهمية التنظيم لأنه يحقق ما يلى :

- زيادة الفاعليه الاداريه .
- الاستفاده القصوى من الموارد البشرىه .
- التنسيق والتوازن بين الانشطه المختلفه .
- سهوله الاتصال .
- المساعده فى تدعيم نمو الهيئته واتساع نشاطها .

- ١ . المجموعه التشريعيه الامانه العامه ٢٠٠٨ ص ١٤
- ٢ . انظر تفصيلا د-مصطفى عفيفى مبادئ واصول علم الاداره العامه ط ١ ١٩٩٠ ص ٧٠ ، د محمد انس قاسم جعفر - د محمد عبد الحميد ابوزيد مبادئ الاداره العامه القاهره دار الثقافه العربيه ٩٨-٩٩ ص ٨١
- ٣ . د احمد امين عامر ادارة الدوله - مدخل فى الاداره العامه مكتبة الجلاء القاهره ١٩٨٦ ص ١٠٠
- ٤ . م ١٢/ ب تكفل الدوله توفير فرص العمل للمواطنين وعدالة شروطه المجموعه التشريعيه الامانه العامه ٢٠٠٨ ص ١٥
- ٥ . د سعاد نايف برنوطى الاداره اساسيات - ادارة الاعمال ط ٤ ٢٠٠٨ دار وائل الاردن ص ٢٣١-٢٥٦
- ٦ . المجموعه التشريعيه الامانه العامه ٢٠٠٨ مرجع سابق ص ١٤
- ٧ . تم استخدام التنظيم تارة بصورة فعل ( بمعن التفاعلات والعلاقات الضرورىه ومن ثم يعد واجب اساسى يشمل جميع الجوانب الثابته والمستقره للهيئته الجديده ) زتارة اخرى فبى صورة اسم ( بمعنى منظمه - هيئته - كيان الخ،،،،) انظر تفصيلا- د سعاد نايف برنوطى الاداره اساسيات - ادارة الاعمال مرجع سابق ص ٢٧٦
- ٨ . د محمد انس قاسم جعفر - د محمد عبد الحميد ابوزيد مبادئ الاداره العامه مرجع سابق ص ٨٣

• زيادة مجال تمرين القاده وتممية خبرتهم ١ .  
إذاً التوجيهات الخاصة بالتنظيم الادارى لهذه الهيئة يحقق التوازن بين المسؤولية والتخصص ويحقق رفاهية المجتمع من خلال احساس الفرد بان هذه الجهة من دقة تنظيمها يساعده فى حصوله على حقوقه وهذه أسمى غايات الدوله .

### ثالثاً : التوجيه والقيادة :

تعد عمليتى التوجيه والقيادة فى حياة اى منظمه أو مؤسسة هى عملية متعددة الابعاد لذلك يلزم توضيح المعنى لكلا منهما ثم بيان اهميتها .

**اولا : التوجيه :** هى عملية التعامل مع العامل الانسانى الصرف وهى معقده بسبب الخصائص المميزه للانسان التى تجعلها الاداره من أولى اهتمامها لتحقيق الصالح العام ٢ . فالتوجيه ملازم للتخطيط والتنظيم فيشمل التحفيز والتحفيز وحسن التواصل .

**ثانياً : القيادة :** هى مسئولية الاداره وقدرتها على خلق رابط وجدانى بين العاملين مع الالتزام بالمسئولية والقدرة على التصرف فى المواقف فى ظل مشروعيه النص القانونى وملاءمته ٣ .

فالقيادة تتطلب المشاركة او الاشتراك فى صنع القرارات وتحقيق هذا من خلال تدريب قائد للمهام واخر فى بناء الجماعه حتى يحظى بالسلوك القىادى الذى يحقق رفاهية ونجاح هذه الهيئة أو المؤسسة .

ومما لاشك فيه أن عمليتى التوجيه والقيادة تتطلب السلوك الادارى والتنظيمى على حد سواء فى ظل المشروعيه لتحقيق العمل بطريقه أفضل مع توفير الجهد والمال ٤ .

لكل هذه الاعتبارات تتضح معالم اعادة هيكلة الجهاز القضائى داخل مملكة البحرين لتحقيق فعالية التوجيه والقيادة ورفع كفاءة الاداء واحداث تغيرات جذريه لرفع معدلات الكفاءه والفاعليه داخل الاجهزه القضائيه على المستوى الادارى والفنى من خلال ابتكار جهاز قضائى جديد يحقق للمجتمع خدمات قضائيه بطريقه واضحه ومتخصصه وسريعه فى الاداء ودعماً للمساءلة والمحاسبه وتطبيقاً لمبدأ الإثابة والتحفيز للمميزين والعقاب للمقصرين فى أعمالهم .

### رابعاً : الرقابة وتحديد المسئولية :

#### أولاً: الرقابة فى اللغة :

تعد الرقابة ه فى اللغة - المراقبة وعمل من يراقب الكتب والصحف مثل التشريعات - من يلاحظ أمراً - الحارس ومن اسماء الله الحسنى الرقيب وهو الحافظ الذى لا يغيب عنه شيء .

١ . انظر تصميلا د هشام عبدالمنعم عكاشه - د عبدالعليم مشرف الوسيط فى الاداره العامه ج ١ دار الالفى القانونيه بالمنيا ج م ع ص ١٧٦ - ١٧٧

٢ . د على محمد منصور مبادئ الاداره الاسس والمفاهيم القايره ١٩٩٩ ص ٢٨٢

٣ . د سعاد نايف برنوطى الاداره اساسيات - ادارة الاعمال مرجع سابق ص ٢٥٨

٤ . د محمد انس قاسم جعفر - د محمد عبدالحميد ابوزيد مبادئ الاداره العامه مرجع سابق ص ٢٠٠

٥ . المعجم الوجيز مجمع اللغة العربيه مرجع سابق ص ٢٧٢-٢٧٣

## ثانياً: الرقابة فى الإصطلاح :

النشاط الذى تقوم به الادارة لمتابعة وتنفيذ السياسات الموضوعه وتقييمها والعمل على اصلاح ما قد يعترىها من ضعف حتى يمكن تحقيق الأهداف المنشودة ١ ، وتعتبر عملية الرقابة من أهم الوظائف لصحيح المسار ،ومعالجة القصور والانحرافات لتحقيق هبة الهيئة – المؤسسة بأسلوب يدفع العاملين الى تحسين الأداء وتطوير وتحقيق السياسة العامة للدولة ٢ .

وقد تعددت تعاريف الرقابه الا أنها لاتخرج عن هذه المفاهيم :

الرقابه أحد مكونات العمل الادارى وأكثرها إرتباطاً بالخطة الموضوعه فلارقابه بدون تخطيط تعمل الرقابة على إصلاح مواطن الضعف والقصور .

تهدف الى الوصول الى تحقيق الأهداف المنشودة من خلال العملية الادارية ٣ .

ولتحقق الرقابة الطريق الممهده لها إلا بالالتزام العملى وتوزيع الاختصاصات من خلال أحكام وقواعد

القانون ٤ مع ترك قدر من الحرية فى تنفيذ هذه الأعمال فى إطار المشروعية ه

وتؤثر فى عملية الرقابة عوامل متعددة تشريعية وادارية ، وعوامل بيئية ، وعوامل سياسية واقتصادية وهى

تختلف من بلد لآخر حسب النظام الذى يطبق إلا أن الغاية متفقة فى الالتزام بحدود القانون ٦ .

ونهاية المطاف للرقابه أهداف غاية فى الدقة وبتحقيقها تتجلى أهمية إعادة الهيكلة و يمكن حصرها فى

الالتزام بالعمل الادارى حيث يحدد فى إطار مشروعية القانون وحدوده ، تحديد أسباب انحراف الجهة

الادارية وتحديد المعوقات ووضع حلول تنفيذية وجزائية ، بث روح الهمة من خلال الالتزام بالمصلحة العامة

وحماية المال العام ، استخدام أساليب التوجيه واتخاذ القرار على كافة المستويات والبعد على المصالح

الخاصة ، احترام حقوق العاملين وعدم الجور والظلم واستغلال المناصب ، ضمان خدمة المواطن العام

والحفاظ عن النشاط الحكومى بعيدا عن الاهواء والميول السياسيه ٧ .

بتحقيق إعادة هيكلة القضاء البحريني وتخصص قضاء يحكم منازعات الادارة سوف يعيد علاقة جديدة

بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية تمتد الى عمق الكيان الادارى فى استخدام وتنمية السياسات

الاستراتيجية ، والترشيد فى اتخاذ القرارات ، وتوجيه الأداء ، بإتجاه الأهداف المحددة للنهوض بالصرح

القضائى والمحافظة عليه .

## المبحث الثانى

### إعادة الهيكلة لتنمية الموارد البشرية

تستطيع مملكة البحرين استخدام آلية علمية حديثة لتطوير العمل القضائى من خلال إعادة

- ١ . د حسن توفيق الاراه العامه الهيئه العامه لشؤون المطابع القايره ١٩٨٤-١٩٨٥ ص ١٩٧
- ٢ . د محمد عبد الحميد ابوزيد رقابة القضاء لاعمال الاداره مرجع سابق ص ٢
- ٣ . د هشام عبد المنعم عكاشه - د عبد العليم مشرف الوسيط فى الاداره العامه مرجع سابق ٣٧٢
- ٤ . الفتوى ٢٧-٢-٢١٥ الجمعيه العموميه للفتوى والتشريع بمجلس الدول المصرى ١٩-٦-١٩٩٦
- ٥ . د ثروت بدوى القانون الادارى دارالنهضة العربيه ٢٠٠٥ ص ٢٥٦
- ٦ . د حسين عبدالعال محمد الرقابه الاداريه على الجهاز الادارى للدوله بين علم الاداره والقانون الادارى رساله دكتوراه جامعه عين شمس ٢٠٠٢ ص ٧٢ .
- ٧ . د هشام عبد المنعم عكاشه - د عبد العليم مشرف الوسيط فى الاداره العامه مرجع سابق ٢٨٢

الهيكلية، وإدارة التغيير على المستوى المادي والبشرى ١ ، وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين نتناول في الأول إدارة التغيير، والثاني التغيير لتطوير لجودة الأداء.

## المطلب الاول مفهوم إدارة التغيير

التغيير هو عملية مستمرة بالمنظمة أو المؤسسة وتحليل المعلومات المدرجة لاستنباط التصرفات الحالية المطلوبة للمستقبل ، ولا يتم ذلك الا بمجموعة من الاجراءات التي تقوم على أسس ادارية معتمدة ومن خلال ادخال عنصر أو مجموعة عناصر جديدة لإحداث التوازن القانوني والبيئي .  
ويكمن التغيير في أنه وسيلة لتحقيق مستقبل أفضل في ضوء تحديد المشكلات وإيجاد حلول لها ووضع المبررات التي يمكن إجمالها على النحو التالي ٢ :-

- التغيير لمواجهة مشكلات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية
  - إثبات الذات وإظهار القوة .
  - تخفيف حدة الروتين والعمل بروح الفريق الواحد.
  - إظهار قيمة الوقت وتقليل الجهد وزيادة الإنتاج.
  - مواكبة التقدم العلمي في جميع المجالات.
  - تحسين الأداء .
  - جعل العمل داخل المؤسسة في منافسة مشروعة.
- ولا جرم أن استخدام إدارة التغيير آلية حديثة داخل المؤسسة القضائية يحقق كثيراً من ثمرات التطور إدارياً على مستوى العاملين ، وفتياً على مستوى القضاة والمستشارين ويتم برفع الروح المعنوية وذلك بمنح صلاحيات للعاملين لاظهار قدراتهم على الابداع والتميز وتحقيق العدالة .  
ويضاف إلى ما سبق من ثمار إدارة التغيير إحساس المتقاضين في مجال العمل الإداري إنهم أمام مؤسسة متخصصة في مجال نزاع فيبعث على إحساسه بتقوية عنصر المراقبة وبث الروح المعنوية في الحصول على كافة حقوقه وتوفير كافة الضمانات التي تحقق العدالة.

## المطلب الثاني إدارة التغيير لتطوير جودة الاداء

اتضح أهمية التطوير العلمي والتكنولوجي في كافة مجالات العمل ولكي تحظى المؤسسة بالتغيير للوصول إلى جودة الأداء خاصة الهيئات القضائية يلزم تحديد محورين أساسيين وهما تجديد المؤسسة ومستويات ودرجة التغيير الممكنة وسوف نوضحهما على الوجه التالي .

١ . د محمد محمد ابراهيم الاداره واعادة الهيكلة في المشروعات العامه والخاصه مرجع سابق ص ١٨٠

٢ . د على عبد الهادي مسلم - د ايمن على عمر قراءات في علم وتصميم منظمات الاعمال مرجع سابق ص ٣١٨

## أولاً : تجديد المؤسسة :

الهيئة القضائية صرح شامخ في كثير من بلدان العالم يفخر بها ، ولتحقيق ذلك الاستقرار على المستويين الداخلي والدولي تحتاج ادارة التغيير الى مبررات عديدة خاصة انظمة المعلومات حتى يتم إعادة الهيكلة ووضع رؤية جديدة شاملة متكاملة للمؤسسة الجديدة ( الرؤية والرسالة ونظم المعلومات ) ١ . ويتم تجديد المؤسسة من خلال العناصر المادية والبشرية الأولى تكمن في وضع بنود لها من خلال وزارة العدل وكذلك تمويلها من خلال ميزانية المملكة والثانية تكمن في إعادة هيكلة وتوزيع الموظفين مع زملاء جدد من خلال مسابقات وبالتالي يتم فتح مجالات للقضاء على جزء من البطالة التي تعد من معوقات الدول في شتى المجالات ٢ .

في ضوء ما سبق يتم التنسيق من خلال التخطيط والتدريب للموظفين وتطوير مواردهم وإعادة توزيعهم لتحقيق أهداف المؤسسة الجديدة وطموحاتها .

## ثانياً: تجديد المؤسسة ومستويات ودرجة التغيير الممكنة:

تعتبر عملية التغيير داخل الأجهزة الإدارية من الأمور التي تعيد فيها البناء والحياة بدلاً من الرتابة والروتين اللذين دائماً يبعثان على الملل وللقضاء على ذلك يمكن استخدام آليات جديدة داخل مملكة البحرين فيجعل منها صرحاً قضائياً ثانياً متخصصاً في المنازعات الادارية وضمانة جديدة من ضمانات الحقوق والحريات .

ولتجديد المؤسسة القضائية من خلال إدارة التغيير يفترض أن تتم من خلال محاور أربعة نوجزها على النحو التالي ٣ :

## أولاً: التغييرات الحتمية :

يمكن أن تضع مملكة البحرين موضوع التغيير القضائي على النحو السابق شرحة أمراً حتمياً للتحسن والتطوير الدائم في تقديم خدمة قضائية متخصصة .

## ثانياً : التغيير الاستراتيجي :

تحتاج هذا المفهوم الى وضع الية جديدة أمام السلطة التنفيذية واحساسها من خلال موقع المسؤولية الجدية في اتخاذ القرار وعدم اللامبالاة في ذلك لأن الرقابة الجديدة متخصصة سواء على القسم القضائي أو قسم الفتوى والتشريع ٤ .

## ثالثاً : التغيير التنظيمي :

يعد هذا الأمر من المقومات الأساسية لأنه يلزم بتدخل قانوني واصدار تشريع بذلك ومن خلاله يمكن

1. <http://islamfin.go-forum-net/t1794-topic=7/4/20111>

٢ . د محمد عبدالفتاح مشكلات تطبيق المراجع الاداريه كأداة لرفع كفاءة الاداء رسالة دكتوراه كلية تجارة عين شمس ج م ع ص ٦

٣ . د احمد ماهر تطوير المنظمات الدليل العلمى لاعادة الهيكلة والتميز الادارى وإدارة التغيير مرجع سابق

4. <http://www.almotmaiz.net/club/mkal/9.htm>=7/4/2011

تقسيم النظام القضائي الجديد الى قسمين الأول يشمل التنظيم القضائي والثاني يحتوى قسمي الفتوى والتشريع.

وقد تلاحظ كم الأعمال الملقاة على عاتق هيئة التشريع والإفتاء القانوني من قيامها بأعمال كثيرة من خلال نهوضها بأعمال كثيرة ومتنوعة ومنها الفتوى والصياغة لمشاريع القوانين المقدمة من السلطة التنفيذية لعرضها على البرلمان، بالإضافة الى مراجعة عقود الدولة والمعاهدات الدولية. ويمكن أن تحقق إعادة الهيكلة وادارة التغيير بأساليب قانونية تتناسب مع مجتمع مملكة البحرين وآليات خاصة من تحقيق التغيير التنظيمي ١ ، ليحقق الصرح القضائي الذي تفخر به المملكة في ظل ريادتها وحكومتها الرشيدة .

### رابعاً : التغيير الفردي :

يعد التغيير الفردي نمطاً وسلوكاً للقيادة وطريقة تفكير جديدة مع وجود رابط مشترك من القيم السامية التي تجمع أعضاء الهيئة القضائية في بوتقة واحدة لتغيير سلوك الأفراد في كافة الإدارات ، وترسيخ مفاهيم الرقابة بكافة أنواعها ٢ ، لأن التعامل مع موظفي الجهات الادارية بكافة جهاتها يحتاج إلى فطنة وذكاء للقضاء على انحراف السلطة والتعسف في استخدام الحق لتحقيق العدل الذي يعد أساساً لدوام الملك .

لاجرم أن التغيير الذي نحن بصددده داخل الصرح القضائي يتطلب قيادة مثالية من صفوة المسؤولين داخل مملكة البحرين ، ومن الضروري فهم ثقافة التغيير في ضوء إعادة الهيكلة لتطوير العمل للوصول الى تحسين مستوى العاملين بها من خلال الترغيب في العمل بنظام المكافآت للمبدعين والمبتكرين لأنه إحدى دعائم نجاح التغيير، وكذلك العقاب للخارجين عن حدود القانون .وعلى الجهة القضائيه أن تبذل كل الجهود لحماية حقوق الافراد وحررياتهم وصون كرامة المرافق العامه ودوام سيرها بانتظام وإطراد دون معوقات .

## المبحث الثالث

### مستقبل القضاء الإداري البحريني

تحظى مملكة البحرين باحترام وتقدير المجتمع الدولي بأسره ، فقديمًا كانت تسمى عروس الخليج العربي ،وهي ذات تاريخ وحضارة قديمة ٣ وسبق في منطقة الخليج للتقدم والازدهار ولهذا نرى أن في تبنى مثل هذا المشروع القضائي أن يحقق لمملكة البحرين تاريخاً جديداً يضاف إلى ماضيها بعد إتساع تدخل الإدارة الحديثة في جميع مجالات الحياة مما أدى ذلك الى رفع الكفاءة ومنح هذه الادارة آلية وبدائل

١ . د فريد راغب النجار ادارة التغيير الاستراتيجي العربي لمواجهة الازمه الماليه العالميه الدار الجامعيه اسكندريه ج م ع ٢٠٠٩ ص ٢٧٢

2. [www.ituarabic.org/docl/pr1%201-unil=7/4/20112](http://www.ituarabic.org/docl/pr1%201-unil=7/4/20112)

٣ . أنظر تفصيلا كانت مقر لحضارة دلمون ومركز ديني للساموريين والاشوريين والبابليين وكذلك كشفت النار عن حضارة اليونانيون في عصر الاسكندر الاكبر

جديدة حتى لا تستخدم سلطاتها وسلطوتها في اتخاذ القرارات مما قد يحجب بحقوق الأفراد- ويتعسف في استخدام الحق ولتحقيق هذه الضمانة الدستورية لنجاح الهيئة الجديدة والأخذ بفكرة القضاء المزدوج لفخر عظيم وتاج على الرؤوس يضاف الى رصيد مملكة البحرين في التطوير وحركة التنوير بإستخدام أساليب العلم الحديث والتراث القديم والإصلاح التي تولاها جلالة الملك عاهل البلاد منذ إستفتاء الشعب على دستوره وميثاقه الوطني .  
ومن ثم نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الأول تطوير الهيئة القضائية ونفرد الثاني لتحسين الأداء القضائي.

## المطلب الاول تطوير الهيئة القضائية

التطوير داخل الصرح القضائي البحريني من خلال تحويل النظام القضائي الواحد الى نظام القضاء المزدوج ولايتم ذلك إلا من خلال نقل هذه الفكرة وتطبيقاتها الى قالب تشريعى تطبيقى يحدد الاختصاصات وبين التنظيم الدقيق لهذه الجهة الجديدة ١ .

ويقوم تطوير الجهاز القضائي على أسس اختيار الوسائل المتاحة ونمط التعامل بها والمادة القانونية المراد نقلها من نظام الى نظام آخر وهذا يتطلب السرعة والجدية لأهمية هذا الأمر وتأثيره على المجتمع البحريني والمنطقة بأسرها ويتطلب ذلك الإهتمام بنقل الكفاءات الادارية والقضائية بغية تحقيق التقدم والإزدهار ٢ .

ويحتاج تطوير الهيئة القضائية إلى اصدار التشريع المنظم لكل الاجراءات من بداية العمل حتى اصدار أحكامه وعدم تقاعس السلطة التنفيذية عن تنفيذ الاحكام ،ويلزم لذلك تحديد مده زمنييه واضحه لتنفيذ هذا المشروع لتعدد ايجابياته على الفرد والمجتمع مع توفير المستلزمات الماديه من ابينيه ومايلزمه تعيينات لهذه الوظائف الجديده ٣ .

ولاجرم أن استقلال القضاء الاداري لايعنى قطع الصلة بين القانون الإداري والقوانين الأخرى فالجميع من نبع واحد وغاية القانون واحدة لتحقيق الصالح العام والخاص وحماية الحقوق والحريات وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع .

ولكن يتجلى تطوير الهيئة القضائية في استقلالها بالرقابة على الجهات الإدارية وهذا يعنى منح الصرح القضائي الجديد ما حظيت به المحكمة الدستورية بمملكة البحرين من فرض رقابتها على القوانين واللوائح ،وتتفرغ الجهة الجديدة من فى فرض رقابتها على قرارات الإدارة إغناءً وتعويضاً ، شأن الدول التي تهج القضاء المزدوج .

١ . د سعد نايف برنوطى الاداره اساسيات - ادارة الاعمال مرجع سابق ٤١٨

٢ . محمد عبد الحميد ابو زيد وضع القانون الادارى فى الاسلام والدوله الحديثه مرجع سابق ص ١٨٢

٣ . د سيد الهوارى الاداره الاصول والاسس العلميه القاهره مكتبة عين شمس ١٩٨٧ ص/٧٠١

٤ . حسين عبد الرحيم الشويخ تنظيم السلطه القضائيه وفقا لتشريعات مملكة البحرين مرجع سابق ص ٢٠٢

وفى مجال التطوير يمكن بداية وضع تصور لهيكل القضاء الإداري البحريني بصورة مشابهة لمجلس الدولة المصرى والذى يتكون من ثلاثة أقسام : القسم القضائي وقسم الفتوى وقسم التشريع ، ونحاول القاء الضوء عليها بايجاز على النحو التالى :

### أولاً القسم القضائي :

يضم هذا القسم خمس هيئات المحكمة الادارية العليا ١ محكمة القضاء الادارى ٢ المحاكم الادارية ٣ المحاكم التأديبية ٤ هيئة مفوضي الدولة ٤ التي تعتبر من الأسس المهمة التي شيدت على صرحها اعمال القضاء الإداري مثل :-

- تحضير القضايا وتهيئتها للمرافعة - ايداع التقارير - المذكرات
- تسوية النزاع بالثوابت القضائية للمحكمة الادارية العليا
- الفصل فى طلبات الاعفاء من الرسوم القضائية ٥

يعتبر هذا تصور مبدئي للقسم القضائي وفى حالة التطبيق يمكن الاستعانة بالقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ لمجلس الدولة المصرى ، كما يمكن دمج بعض المحاكم لخطوه أولى لتفعيل هذا المشروع مثل محكمة القضاء الادارى حيث تجمع بين طبيعتها اختصاص ( محكمة القضاء الإداري - الادارية - التأديبية ) مع الأخذ فى الاعتبار عند زيادة أعباء العمل يمكن العودة إلى ما أستقر عليه القضاء الإداري المصري .

### ثانياً قسم الفتوى :

يحقق القسم أهمية كبرى فى تسيير مرافق الدولة بانتظام واطراد وذلك لأهمية الفتوى القانونية ما دامت بأسانيدها الواضحة التى لاتقبل الإلغاء وقد صدرت من ادارة متخصصة ٦ .

### ثالثاً قسم التشريع :

يهتم قسم التشريع بصياغة مشروعات القوانين واللوائح ووضعها فى نطاقها وتوصيفها دون تعرض لمخالفة الموضوعات والخروج عن التفسير المحدد لها دون إضافة أو إخلال وبالتالي تستطيع السلطة التنفيذية

١. تعتبر على قمة القضاء الادارى وتستأنف أحكام محكمتى القضاء الادارى - التأديبية أمامها ويطعن أمامها ( مسائل مخالفة القانون ، الخطأ فى التأويل والتطبيق - بطلان الحكم فى الاجراءات - بطلان حكم حاز قوة الشئ المضى فيه ) د طعيمة الجرف رقابة القضاء لاعمال الاداره دار النهضه العربيه ج م ع ١٩٧٠ ص ٣٣٤
٢. محكمة أول درجة للمنازعات الاداريه ويدخل فيها مالم يرد بنص امام الاداريه العليا - التأديبية وتعد هيئه استئنافيه لاحكام المحكم الاداريه انظر تفصيلا د سعاد الشرقاوى الوجيز فى القضاء الادارى الطبعة الاولى ١٠٨٠ ص ١٤١
٣. تعد محكمه متخصصه بالفصل فى المنازعات الاداريه مثل المرتبات والمعاشات - لورثهم ،،،
٤. د سليمان الطماوى القضاء الادارى مرجع سابق ٢٤٤
٥. نظم المشرع تحديد اختصاصها على مستوى الوظيفة للعاملين المدنيين بالدوله ولها توصيف فى مراحل الدعوى - الاحاله الى المحكمه التأديبية للفصل فى الدعوى - الجهاز المركزى للمحاسبات - المرحله الثانيه فى مباشرة الدعوى انظر تفصيلا د محمد عبد الحميد ابوزيد مبداء المشروعيه وضمان تطبيقه دراسه مقارنه دار النهضه ٢٠٠٤ ص ٣٥٤
٦. وزع مجلس الدولة المصرى قسم الفتوى الى قسمين الادارات - لجان رؤساء الادارات ونظمها بالقانون ٦١ من قانون مجلس الدوله انظر تفصيلا د فؤاد العطار رقابة القضاء لاعمال الاداره ١٩٩٦ ص ١١٢

الاستفادة القصوى من هذا القسم قبل طرح مشروعات قوانينها لأخذ الموافقة والتصديق وبالتالي تنأى بذلك عن سلطات الانغاء .

ولاجرم أن تطبيق أحد الأمثلة التي أخذت بهذا النهج لا يمنع من التنسيق بين هذه الانظمة لوضع تصور حقيقى يتناسب مع مملكة البحرين لأن التطور دائماً يبدأ بفكرة تدرس دراسة موضوعية ولتحقيقها فى مملكة البحرين يلزم لذلك سن التشريع الملائم حتى يحظى التطبيق بالمشروعية.

## المطلب الثانى تحسين الأداء القضائى

يعد تحسين الأداء القضائى هو أحد ثمرات التطوير داخل مرافق مملكة البحرين ، الأمر الذى تتحقق به مصلحة الأفراد فى توفير ضمانات الحقوق والحريات ، ومصلحة الادارة فى تحقيقها الانضباط المنشود وحسن سير العمل .

يتحقق بتطوير الهيئة القضائية تحقيق طموح المجتمع البحرينى فى حل كثير من القضايا وسرعة الفصل فيها وعدم اطالة أمد النزاع خاصة ما يثار بشأن القرارات الادارية والغائها والتعويض عنها وتهذيب سلوك موظفى الإدارة بتوقيع العقوبات التأديبية التى تتحقق الردع العام والخاص .

كما أن التخصص يساعد على الابداع<sup>١</sup>، وتحسين العمل القضائى والأمثلة فى القضاء الاسلامى قد وضحت فى بحثنا فى الفصل الأول ، وكذلك فى التشريعات المقارنة غرباً وشرقاً بعد أن كانت تأخذ بالنظام القضائى الموحد لدليل واضح على ما يمتاز به النظام القضائى المزدوج . ولتحقيق تحسين الصرح القضائى يحتاج الى كثير مما يلى :-

- وضع الإطار القانونى لهذا التنظيم القضائى الجديد يحدد الاختصاصات والأهداف .
- توفير المناخ الذى تستطيع فيه ثقافة الرقابة الجديدة بكافة أنواعها أن تحظى بالقبول فى التطبيق بإرادة إدارة التغيير الحاسمة لتحقيق رفاهية المجتمع .
- وضع أسس لتوزيع الحوافز على الأداء الفعلى للعمل ولتشجيع العاملين على الابداع واظهار كافة الطاقات الكامنة .
- استحداث وحدات ادارية وقضائية متنوعة فى توزيع الأعمال حتى لا يثير عمل الموظف طيلة خدمته فى شق واحد كثير من الرتابة والملل ، فالتغيير سكونة الكون لتحقيق رفاهية المجتمع، وحث العاملين وتشجيعهم فى أعمالهم مما يحقق الصالح العام والخاص على حد سواء .
- تخصص القضاء فنياً فى قضائهم الادارى يساعد الكثير منهم فى الحصول على درجات علمية فى ذات المجال كما أنه يثرى المكتبة العربية والقانونية بالموسوعات القانونية عملياً ونظرياً .

١ . الابداع قديما كان يصدر من انسان يملك موهبته نادره لاتتوافر فى كثير من الناس ومع تطور العمل الادارى استطاع علم الاداره ان يثت ان الابداع يمكن ان يتحقق بوسائل متعددة تكمن فى تحديد المشكله - الاعداد والتحضير - مرحلة التخمير (ايجاد الحلول للمسائل المعقدة) - التفقق ( الالهام والشرقا والتبصر للوصول الى افضل الحلول ) التحقق ( التأكد من سلامة القرار وصلاحيته فى الواقع العملى ) انظر تفصيلا- د سعاد نايف برونوى الاداره اساسيات - ادارة الاعمال مرجع سابق ص ٢٩١-٢٩٢

- التخصص في مجال محدد يساعد على الإبداع في استنباط الأحكام التي لم يرد بها نص واضح مما يحقق التوازن والملاءمة بين المصالح المتعارضة في ضوء المشروعية.
- وأخيراً استحداث هيئة قضائية بمملكة البحرين للفصل في المنازعات الادارية يحقق الهدف المنشود لتنفيذ الرقابة وحجب انحرافات الإدارة وتجاوزاتها وتوفير كافة ضمانات الحقوق والحريات لأبناء هذا المجتمع والتعاون المثمر مع الاجهزة المالية في كشف حالات الفساد وتحديد أوجه القصور الإداري في الانفاق ومحاولة ترشيد الاستهلاك وتحديد كافة الضوابط القانونية .

## الخاتمة

عرضنا فيما سبق فكرة لمشروع مستقبلي لتطبيق النظام القضائي المزدوج وقد تناولنا الموضوع في فصلين الأول كان معنوناً بالنظام القضائي بين الشرع والقانون وتم من خلاله توضيح القضاء الإداري في النظام الإسلامي والنظام الانجلوسكسوني وتطبيقاته في مملكة البحرين وأخيراً النظام الفرنسي وتطبيقاته في فرنسا ومصر والمملكة العربية السعودية .

وقد تناولنا في الفصل الثاني كيفية تفعيل هذا النظام القضائي من خلال اعادة الهيكلة وادارة التغيير وذلك لتطوير النظام القضائي وتحسين الأداء القضائي .

وقد اسفرت هذه الدراسة عن بعض التوصيات :

- استقرار النظام القضائي الإداري في مملكة البحرين وذلك بعد اتساع أنشطة المملكة المتعددة .
- إتاحة فرص عمل جديدة من العاملين المدنيين وكذلك من الفنيين ( كادر خاص من القضاة ) .
- إتاحة الفرصة للقضاء الإداري في إثراء القانون الإداري بمفاهيم جديدة من خلال إستنباط أحكامه من خلال التخصص والإبداع وتحقيق العدالة واثراء المكتبة العربية بمؤلفات تخدم التخصص القضائي .
- توفير ضمانات الحقوق والحريات التي من أجلها انشئ دستور البلاد .
- إقامة صرح قضائي بمملكة البحرين لهو فخر يضاف الى ماضيها وحاضرها المشرف في ظل حكومتها الرشيدة .
- إتاحة الفرصة للتقاضى أمام درجات المحاكم الإدارية المتعددة ولجهة متخصصة اثبتت كل التجارب نجاحها في دول القضاء المزدوج.
- إتاحة الفرصة لهيئة التشريع والإفتاء القانوني القيام بعملها الأصيل من خلال مجلس الدولة البحريني في تحقيق أمانيه التي يصبو إليها بأقسامه المتعددة .

## قائمة المراجع

### أولاً : مراجع باللغة العربية:

- ابن هشام السيره البنويه ج ٤ مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٩٧٤
- ابو الأعلى المودودي - الحكومة الإسلامية ترجمة احمد ادريس - دار المختار الإسلامي ١٤٠٠ هـ
- ابواسحاق السيرازي - المهذب في فقه الغمام الشافعي ج ٢ مطبعة البابلي الحلبي مصر ط ١٩٧٦ م
- ابواسحاق السيرازي - المهذب في فقه الغمام الشافعي ج ٢ مطبعة البابلي الحلبي مصر ط ١٩٧٦ م
- الامام النووي - رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - مراجعة الشيخ محمد على الصابوني - تحقيق محي الدين جراح - مؤسسة مناهل الفؤاد بالمملكة العربية السعودية بدون
- الامام جاد الحق على جاد الحق بيان للناس من الأزهر الشريف ج ٢ مطابع وزارة الأوقاف ١٩٩٣
- حسين عبد الرحيم الشويخ تنظيم السلطة القضائية وفقاً لتشريعات مملكة البحرين دار العصمة
- د احمد امين عامر ادارة الدولة - مدخل في الادارة العامة مكتبة الجلاء القاهرة ١٩٨٦
- د احمد ماهر تطوير المنظمات الدليل العلمى لاعادة الهيكلة والتميز الادارى وادارة التغيير الدار الجامعية اسكندرية ج م ع طبعة ٢٠٠٧
- د اسماعيل البدوى القضاء الإداري الجزء الثاني دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٣
- د أياد على حمود القيسي القضاء الإداري وقضاء المظالم الطبعة الثانية ٢٠١٠ دار وائل للنشر - عمان
- د انور رسلان القانون الادارى السعودى تنظيم الادارة العامة ونشاطها دراسة مقارنة ١٤٠٨
- د ثروت بدوي القانون الإداري دار النهضة العربية ٢٠٠٥
- د حسن توفيق الاداره العامه الهيئه العامه لشؤون المطابع القاهرة ١٩٨٤-١٩٨٥
- د حسين عبدالعال محمد الرقابه الاداريه على الجهاز الادارى للدولة بين علم الاداره والقانون الادارى رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ٢٠٠٢
- د حمدي أمين عبد الهادى الفكر الإداري الإسلامي القاهرة دار الفكر العربى ١٩٧٦
- د خالد المحمود السلطه التقديرية للاداره والرقابه عليها رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة حلب سوريا ٢٠٠٨
- د خيرى خاطر د احمد هيكل تاريخ القانون مطبعة جامعة البحرين ٢٠٠٦
- د رمضان محمد بطيخ تطور الفكر السياسى الإسلامى فى دولة الإمارات العربيه مؤسسه العين للإعلان والتوزيع والنشر ابوظبى
- د سامى جمال الدين الرقابه على اعمال الاداره منشأة المعارف اسكندريه ط ١ ١٩٨٢
- د سامى جمال الدين دعاوى التسويه منشاه المعارف اسكندريه ١٩٨٥
- د سعاد الشرقاوى القضاء الادارى دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٤، ١٩٨١
- د سعاد نايف برنوطى الاداره اساسيات - ادارة الاعمال ط ٤ ٢٠٠٨ دار وائل الاردن
- د سعيد عبد الحكيم : الرقابه على اعمال الإدارة فى الشريعة الإسلاميه والنظم الوضعيه دار الفكر

- العربي ط ١٩٨٧ ٢
- د سليمان الطماوى القضاء الإدارى ( قضاء التعويض ) دار الفكر العربي ١٩٨٧
  - د سيد الهوارى الاداره الاصول والاسس العلميه القايره مكتبه عين شمس ١٩٨٧
  - د صبغى الصالح النظم الاسلاميه دار العلم للملايين ط ١٩٩٦ ١٠
  - د صوفى ابوطالب تاريخ النظم القانونية والإجتماعيه دار النهضه العربيه ج م ع جزء ٢ النهضه والشرائع الساميه بدون
  - د ظافر القاسي نظام الحكم فى الشريعه والتاريخ الإسلامى - الكتاب الثانى السلطة القضائيه دار النقاش ط ١٩٩٢ ٤
  - د عبد الحكيم حسن العيلى الحريات العامه فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام دار الفكر العربي ١٩٧٤
  - د عبد الحميد الرفاعى القضاء الإدارى بين الشريعه والقانون دار الفكر المعاصر بيروت - لبنان ط ١٩٨٩ ١
  - د عبد الكريم محمد عبد الكريم تاريخ النظم الاجتماعيه والقانونيه عند العرب قبل الإسلام وفى بلاد النهرين ٢٠٠٢ م
  - د عبد الهادى الجوهري واخرون دراسات فى علم الاجتماع بدون ١٩٧٩
  - د على عبد الهادى مسلم - د ايمن على عمر علم تحليل وتصميم منظمات الاعمال مدخلى اعاده الهيكله واعاده الهندسه الدار الجامعيه اسكندريه ج م ع
  - د على محمد جريشه المشروعيه الاسلاميه العليا رساله دكتوراه ١٩٧٥ مكتبه وهبه القايره
  - د على محمد منصور مبادئ الاداره الاسس والمفاهيم القايره ١٩٩٩
  - د فريد راغب النجار اداره التغيير الاستراتيجى العربى لمواجهة الازمه الماليه العالميه الدار الجامعيه اسكندريه ج م ع ٢٠٠٩
  - د فؤاد العطار القضاء الادارى دار النهضه العربيه ٦٧-١٩٦٨
  - د فؤاد النادى المشروعيه وضوابط خضوع الدوله للقانون فى الفقه الإسلامى دار الكتاب الجامعي القايره ١٩٨٠
  - د ماجد الحلو علم الاداره العامه دار المطبوعات الجامعيه اسكندريه ١٩٨٥
  - د ماجد الحلو القضاء الإدارى دار المطبوعات الجامعيه اسكندريه ١٩٩٤
  - د محمد أنس قاسم جعفر مبادئ نظم الحكم فى الإسلام دراسه مقارنه ٢٠٠١ دار النهضه العربيه
  - د محمد انس قاسم جعفر الوسيط فى القانون العام ( القضاء الادارى ) ط ٢ دار النهضه العربيه القايره ١٩٩٠
  - د محمد عبد الحميد ابوزيد مبادئ الاداره العامه القايره دار الثقافه العربيه ٩٨-٩٩
  - د محمد عبد الحميد ابوزيد مبدأ المشروعيه وضمان تطبيقه دراسه مقارنه التسر الذهبى للطباعه ٢٠٠٤

- د محمد عبدالحميد أبوزيد وضع القانون الإداري في الإسلام والدولة الحديثه دراسه مقارنه دارالنهضة العربيه ١٩٩٥
- د محمد عبدالفتاح مشكلات تطبيق المراجع الاداريه كأداة لرفع كفاءة الاداء رساله دكتوراه كلية تجارة عين شمس ج م ع
- د محمد فؤاد مهنا مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربيه طبعة معهد البحوث والدراسات العربيه ١٩٧٢
- د محمد كامل عبيد الرقابة على أعمال الاداره دار النهضه العربيه القايره ٢٠٠٥
- د محمد محمد ابراهيم الاداره واعادة الهيكله في المشروعات العامه والخاصه مكتبة عين شمس ٢٠٠٤
- د محمد يوسف موسى نظام الحكم في الإسلام العصر الحديث للنشر والتوزيع بدون الطبعة الثالثه ١٩٨٨
- د محمود حافظ القضاء الإداري دراسه مقارنه ط ٧ دار النهضه العربيه القايره بدون
- د محمود عاطف البنا الوسيط في القانون الإداري ط ٢ دار النهضه العربيه ١٩٩٩
- د محمود محمد عوض سلامه الحاكم وحدود طاعته في النظام الإسلامي كمبيوستار بلبيس ١٩٩٧
- د مصطفى أبوزيد فهمي القانون الإداري الجزء الأول طبعة ٣ سنة ١٩٩٠ ص ٣٦
- د مصطفى محمود عفيفي فلسفة العقوبات التأديبية واحترامها الطبعة الثانية بدون
- د نصر فريد واصل السلطة القضائية ونظام في الاسلام دراسه مقارنه مع النظم الوضعيه مطبعة الامانه ط ١ ١٩٨٩
- د هشام عبدالمنعم عكاشه - د عبد العليم مشرف الوسيط في الاداره العامه ج ١ دار الالفى القانونيه بالمنيا ج م ع
- الشيخ عبدالوهاب خلاف اصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي طبعة ١٩٤٩
- الشيخ محمد الغزالي حقوق الانسان من معالم الإسلام وإعلان الأمم المتحده طبعة ٢ دار التوفيقية النموذجية ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م
- الطبري مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي دار الكتاب بيروت ١٩٦٧ ج ٥
- الفتوى ٢٧-٢-٢١٥ الجمعيه العموميه للفتوى والتشريع بمجلس الدول المصري ١٩-٦-١٩٩٦
- المجموعه الدستوريه دستور مملكة البحرين الامانه العامه ٢٠٠٨
- المستشار عمر الشريف : نظم الحكم والاداره في الدوله الاسلاميه مطبعة معهد الدرسان الاسلاميه ١٤١٠-١٩٩٠
- المعجم الوجيز طبعة وزارة التربيه والتعليم مجمع اللغه العربيه ج.م.ع. طبعة عام ١٤١٣ هـ

## ثانياً المراجع الأجنبية: ١- المراجع الإنجليزية

1. DICEY ( A.V ) Intoroduction to the study of the law of the constitution. First edition .Macmillan & Co. Ltd. London. 1959.
2. STREET (H.) & BRAZIER ( R ): Constitutional and administrative LAW . Penguin Books. 1981.

## ٢- المراجع الفرنسية:

1. Bechtel ( M.F): Le Juge administatif Protecteur des droits et liberte`s R.F.A.D Juillet et Septectembre 1997
2. Burdeau (G): Les Libberte`s pupliques L.G.D.J Paris 1972.
3. BURDE4- DRAN (Michel):Le contro`le juridictionnel et ia garanite des libetes publiques The`se. AU(G): Remarques Sur la classification des fonctions e`tatiques`.R.D.P..19454-
4. DRAN (Michel):Le contro`le juridictionnel et ia garanite des libetes publiques The`se. Montpellier.1966.Re`e`dition. L.G.D.J.paris.1968
5. Duez ( p ): Esguisse d`une definition realiste des droit puplics individuls. Me`langes Carre
6. Mohamed salah Mohamed Mohamed : L`economie.de marche` et Les droits de L`homme.Revue inteernational de droit de L`homme No.2 1996
7. Virginie(S .j ):La concilaation des droit de`lhomeset des Liberte`es en drip public Franc. is. these Limoges 1995

## المواقع الالكترونيه على شبكة الانترنت

1. <http://islamfin.go-forum-net/t1794-topic=7/4/2011>
2. [www.ituarabic.org/docl/pral%201-unil=7/4/2011](http://www.ituarabic.org/docl/pral%201-unil=7/4/2011)
3. <http://www.almotmaiz.net/club/mkal/9.htm=7/4/2011>

# حماية المستهلك في ظل القانون البحريني رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك (دراسة مقارنة)

الدكتور باسم سعيد يونس  
أستاذ القانون الخاص المساعد  
بكلية الحقوق ، جامعة المملكة ، مملكة البحرين

المقدمه

يعد موضوع حماية المستهلك من الموضوعات التي تتمتع بأهمية كبيرة نتيجة ارتفاع الوعي لدى جمهور المستهلكين من جهة، واهتمام الحكومات بضرورة العمل على تفعيل هذه الحماية من جهة أخرى. فضلاً عما أفرزته التطبيقات العملية لكافة المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية في العالم بصفة عامة، وفي الدول النامية بصفة خاصة. مما انعكس إيجاباً باتجاه زيادة الاهتمام بالمستهلكين.

خاصة بعد الانفتاح الاقتصادي والاتجاه نحو الأخذ بنظام اقتصاديات السوق وتحرير التجارة والتي انعكست على السلوك الاجتماعي وعلى الممارسات الاقتصادية ومما ضاعف من أهمية موضوع حماية المستهلك، أن كل أفراد المجتمع مستهلكون، وأن هذه الحماية ليست حماية طائفية أو عنصرية، وتأسيساً على ذلك فإنها تعد ترجمة فعلية للمفهوم المعاصر لحقوق الإنسان، حيث تعتبر الحرية هدفاً يسعى الإنسان دائماً إلى بلوغه في كافة المجالات وفي ظل كل الظروف وهي لم تعد حريات وحقوق سياسية وفكرية، فحسب، بل امتدت لتشمل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، خاصة في أعقاب الحرب العالمية الثانية. وتتويجاً لذلك أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨، كما أقرت سنة ١٩٦٦ اتفاقية الحقوق السياسية والمدنية واتفاقية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وقد اهتم دستور مملكة البحرين المعدل عام ٢٠٠٢ بتقرير الحقوق الحريات بنوعيتها، الحقوق والحريات العامة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، حيث نص في البابين الثاني والثالث بعنوان «المقومات الأساسية للمجتمع وكذلك الحقوق والحريات والواجبات العامة»، ومن أهم هذه الحقوق الحق في الأمن، حماية الأمومة والطفولة، توفير الرعاية الصحية والرعاية الاجتماعية.

مما لا شك فيه أن الالتزام الفعلي بهذه الحقوق يتطلب حماية المستهلك بصفته إنساناً أولاً، وبصفته مواطناً ثانياً، وإن ذلك لا يتحقق إلا بتوفير حياة آمنة له ولكل أفراد أسرته، بحيث تكفل الدولة لهم حماية

النفس والمال وتوفر لهم حداً أدنى من الحياة الكريمة، فيحصلون على احتياجاتهم كمقابل للسعر العادل للمنتجات والخدمات التي تقدم لهم دون أية أضرار صحية، وذلك إعمالاً لمبدأ تحقيق أمن وفعاليات المنتجات والخدمات.

فحقوق المستهلك وضرورة حمايتها ليست أقل من حقوق المواطن إلى حقوق الإنسان إلى حقوق العمال إلى حقوق المرأة إلى حقوق الطفل إلى حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، إن لم تكن متداخلة مع جميع تلك الحقوق.

ولأن الاستهلاك أصبح ظاهرة وحقيقة محسوسة لدى الجميع، ونتيجة التقدم الكبير في مجال الإنتاج والتوزيع والدعاية والإعلان، كان هناك تقدم في أساليب الكذب والتضليل والخداع للمستهلك كي تخفى ما وراءها ليس على المستهلك البسيط فحسب؛ بل على أكثر المستهلكين علماً وثقافة، حتى باتت تطاردهم في أعمالهم ومنازلهم.

يضاف إلى ذلك كله، إننا في عالمنا العربي كلنا مستهلكون لسلع وخدمات منتجة محلياً أو تأتينا من دول طورت في أساليب غشها وخداعها بقدر ما تطورت في إنتاجها وخدماتها. ومما ضاعف من خطورة الأمر إننا نفتقد ثقافة المستهلك في كثير من الأحيان حيث تغلب علينا صور التظاهر قفزاً على حقيقة الاحتياجات الموضوعية.

ولعلنا من سريعي التأثير بما تطالعنا به الصحف والمجلات أو القنوات الفضائية بما تتضمنه من إعلانات عن سلع وخدمات صاغها المتخصصون لتخاطب كل الفئات والمستويات المادية والثقافية وتداعب المشاعر والأحاسيس لنرى كم يستحق المستهلك من الحماية.

لهذا لم يكن غريباً أن يصبح موضوع حماية المستهلك محط اهتمام الباحثين والفقهاء، وفرضت نفسها على المشرعين في معظم دول العالم، وصدرت من أجل ذلك المؤلفات وسُنت التشريعات.

وقد احتل الاتحاد الأوروبي مركز الصدارة بهذا الشأن، وأصدر العديد من التوجيهات للدول الأعضاء، فضلاً عن أن الأمم المتحدة قد تبنت في جمعيتها العامة بالإجماع المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك والتي اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي وصاغها في أربعة أقسام ٢. ورغم الاهتمام الدولي بموضوع حماية المستهلك، فإن الأمر لا زال لم يلق العناية اللازمة من المشرع العربي، فلم يصدر في أي بلد عربي قانون متكامل يتعلق بحماية المستهلك على غرار ما فعل بعض المشرعين الأوروبيين ٣، وإن كانت هناك بعض التشريعات التي صدرت في عدد من البلدان العربية إلا أنها لم ترق إلى المستوى الذي يكفل سبل الحماية اللازمة للمستهلك ٤ تأسيساً على بعض من الأسباب التي ترى أن القواعد العامة في نظرية الالتزام توفر

١. توجيه ١٩٧٩م، بشأن تحديد أسعار المواد الغذائية، وتوجيه ١٩٨٤ بشأن الدعاية الكاذبة أو المضللة، وتوجيه ١٩٨٥ بشأن المسؤولية عن أثار المنتجات المعيبة، وتوجيه ١٩٨٥ بشأن البيع في المنازل، وتوجيه ١٩٩٣ بشأن الشروط التعسفية.
٢. هذه الأقسام الأربعة هي: الأهداف، والمبادئ العامة، وتطبيق المبادئ على السلع والخدمات، والتعاون الدولي.
٣. أصدر المشرع الفرنسي قانون حماية المستهلك والذي تم تعديله مرات عدة آخرها كان عام ١٩٩٩م.
٤. مثلاً؛ القانون الذي صدر في مصر برقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ والمتعلق بحماية المستهلك، والقانون الذي صدر في المغرب رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٨، والقانون البحريني الذي صدر برقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٠٦٢ بتاريخ ٢٠١٢/٨/٢..... وغيرها من القوانين.

قدراً من الحماية للمستهلك بصفة عامة، دون الالتفات إلى ضرورة ملاحقة التطور الهائل في الحياة العامة التي أشارت الى مدى القصور في القواعد العامة لمعالجة الكثير من المشاكل التي أفرزتها العلاقة بين أطراف العلاقة في عقود الاستهلاك.

ولعل هذا البحث يساهم في تسليط الضوء على جوانب معينة من التقصير الذي تعاني منه تشريعاتنا الوطنية والتي نأمل أن يلتفت إليها مشرعنا العربي من أجل توفير مزيد من الحماية لحقوق المستهلكين.

### إشكالية الدراسة وخطة البحث:

ونحن نتحدث في هذه الدراسة عن حماية المستهلك في ظل أحكام القانون البحريني رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك تثار تساؤلات عدة، منها ما يتعلق بتحديد مفهوم المستهلك ومعايير تمييزه عن المهني، ومنها ما يتعلق ببيان النطاق القانوني لحمايته من خلال التعرف على الشرط التعسفي الذي ثار الخلاف بشأن تحديده فقهاً وقضاً.

الأمر الذي دعانا إلى تخصيص هذه الدراسة للتعرف على المستهلك وتمييزه عن المهني وإمكانية حمايته من الشروط التسفيسية التي يفرضها عليه بالعقود المبرمة بينهما خلافاً للقواعد التقليدية في القانون المدني التي لم تعد كافية لتأمين الحماية المطلوبة في ظل تصاعد النشاط الاقتصادي الذي يشهده عالمنا المعاصر.

**ولذلك قمت بتناول هذا البحث في فصلين على النحو الآتي:**

### **الفصل الأول: ماهية المستهلك وقانون حمايته.**

المبحث الأول: مفهوم المستهلك.

المبحث الثاني: تعريف المهني (المزود).

المبحث الثالث: الاختلاف الفقهي بشأن تحديد صفة حالات خاصة.

### **الفصل الثاني: النطاق القانوني للحماية المهنية للمستهلك.**

المبحث الأول: حماية المستهلك من التعسف.

المبحث الثاني: موقف القانون البحريني في مواجهة الشروط التسفيسية.

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

## الفصل الأول

### ماهية المستهلك وقانون حمايته

برزت مشكلة حماية المستهلك وفرضت نفسها على معظم التشريعات في دول العالم، ورغم أن الكثير من التشريعات<sup>١</sup>، جعلت من حماية المستهلك الفكرة المحورية في مجال العقود التي تبرم بين المهنيين الذين يقومون بتوزيع السلع والخدمات من جهة، والمستهلكين مقتني المنتجات والخدمات لأغراض غير مهنية وسعيًا لإشباع الحاجات اليومية له ولبن يعولهم.<sup>٢</sup>

١. مثلاً: التشريع الفرنسي لعام ١٩٩٩ المعدل.

٢. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة، مصر، سنة ٢٠٠٤، ص ٦٤.

فالمستهلك عندما يبرم عقداً مع المهني، لا يملك الخبرة التي يتمتع بها المهني الذي يتفوق عليه بميزتي الأفضلية الاقتصادية والقانونية مما يجعله دائماً في إطار دائرة الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، فالرغبة في الربح السريع دفعت العديد من التجار والمنتجين ومقدمي الخدمات لإتباع أساليب غير مشروعة للإثراء السريع باستخدام وسائل الغش والخداع المختلفة، مما دفع المشرعين إلى البحث عن السبل الكفيلة بتحقيق التوازن بين مصالح كلا الطرفين، وبرزت أهمية التعريف بالمستهلك التي تسعى التشريعات لحمايته والتي تثار الخلاف بشأنها.

إن البحث في هذه الأمور، يستلزم منا بيان مفهوم المستهلك والمهني (المزود) بوصفهما طرفي التعاقد أولاً، وأسباب حاجة المستهلك إلى الحماية ثانياً، مع تسليط الضوء على بيان موقف التشريع البحريني. ومن أجل ذلك سنتناول بيان هذه الموضوعات من خلال المباحث الآتية...

## المبحث الأول مفهوم المستهلك

المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد عن طريق الشراء أو الإيجار أو القرض أو التوريد أو المقاوله أو غيرها من العقود ويدخل في إطار هذا التعاقد، التعاقد على الخدمات سواء كانت خدمات مادية كالتنقل والصيانة أو ذهنية كالخدمات التي يقدمها المهندسون والأطباء والمحامون.

ويتم هذا التعاقد من خلال الطرق التقليدية المعروفة في التعاقد، كأن تتم عن طريق الهاتف أو الإعلانات أو من خلال الذهاب إلى المحلات والتعاقد مباشرة مع التجار أو غيرها من طرق التعاقد العادية. والطرف الآخر في التعاقد قد يكون تاجراً أو مهنياً فرداً أو شركة أو مؤسسة تجارية أو مهنية. ١

ولأن فكرة حماية المستهلك تتسم بحداتها، فإنه ومن الناحية القانونية ليس هناك إجماع حول تعريف المستهلك. فتحديد المقصود به يختلف بحسب المعيار الذي يأخذ به من بين معيارين، الأول ينظر إلى المستهلك على أنه شخص يتصرف خارج نطاق نشاطه التجاري دون اعتبار للغاية في هذا التصرف، بعكس المعيار الثاني الذي يعتد بالغرض أو الغاية من التصرف. لذلك فالمعيار الأول يوصف بأنه معيار واسع أما المعيار الثاني فيوصف بأنه معيار ضيق. ٢

ولأن الأصل في مصطلح المستهلك هو اقتصادي يستخدم في علم الاقتصاد، فهو بهذا المعنى يعتبر نشاطاً اقتصادياً يمارسه جميع الأفراد وفي كل مراحل أعمارهم، ومن ثم يأتي استخدام المشرعين لهذا المصطلح استخداماً حديثاً، مما يتعين علينا أن نعرض أولاً للمفهوم الاقتصادي للمستهلك ثم نعرض ثانياً لأهمية التحديد القانوني لمفهوم المستهلك قبل الخوض في التفاصيل القانونية لهذا المفهوم.

### أولاً : المفهوم الاقتصادي للمستهلك:

الاستهلاك بوصفه نشاطاً اقتصادياً يختلف عن بقية الأنشطة الاقتصادية الأخرى (كالإنتاج والادخار

١. د. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون سنة نشر، ص ٢٦.  
٢. د. علي حسن طرح البحور، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، ط ١، مصر، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٧، ص ١٠٢.

والاستثمار والتسويق.... أ الخ )، وعلى ذلك يمكن القول بأن كل أفراد المجتمع مستهلكون، وهم ليسوا جميعاً كذلك بالنسبة للأنشطة الاقتصادية الأخرى.

ولذلك يمكن أن يعرف المستهلك من الناحية الاقتصادية بأنه الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك، ومن الناحية التسويقية هو الشخص الذي يقوم بشراء السلعة أو الخدمة بغرض الاستخدام النهائي لها، وليس الاتجار بها ١. ووفقاً لذلك، يُعرف المستهلك بأنه ذلك الشخص الذي ينفق مبلغاً من المال مقابل الحصول على سلعة أو خدمة معينة. ٢

هذه هي المفاهيم الاقتصادية للمستهلك عند علماء الاقتصاد، أما المفاهيم القانونية، فهي التي جاءت على خلفية اهتمام التشريعات القانونية وموقف الفقهاء والقضاء في التحديدات القانونية لمفهوم المستهلك. لذلك نجد أن قوانين حماية المستهلك تدور حول المسائل المتعلقة باستخدام الأفراد للسلع والخدمات النهائية من أجل إشباع الحاجات الشخصية لهم. أما المفاهيم الاقتصادية فهي التي تدور حول المسائل المتعلقة باستخدام المشروعات الإنتاجية للمواد الخام أو للسلع نصف المصنعة بغرض تحويل هذه أو تلك إلى سلع صالحة للاستهلاك النهائي. ٣ وهذا يقتضي منا الوقوف عند أهمية التحديد القانوني لمفهوم المستهلك ثم عرض المفهوم على صعيد التشريع والفقهاء والقضاء.

### ثانياً: أهمية التحديد القانوني لمفهوم المستهلك:

اهتمت التشريعات القانونية في مختلف دول العالم بحماية المستهلك بالنظر إلى أنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية غير المتوازنة مع الطرف الآخر وهو التاجر الذي يتمتع بالقوة الاقتصادية ولديه الخبرة القانونيون والفنيون بخلاف المستهلك، مما يمكنه من فرض الشروط التي يراها مناسبة لتحقيق أغراض في الربح الفاحش والسريع. لذلك نجد أن الغاية الأساسية التي تسعى إليها قوانين حماية المستهلك هي حماية المستهلك بما تتضمنه من قواعد قانونية تطبق على العلاقات الناشئة بين المستهلك والمهني سواء كان هذا الأخير تاجراً أم بائعاً. بل يشتمل أيضاً على تلك القواعد التي من شأنها حماية المستهلك ولو بطريقة غير مباشرة كما في تلك القواعد التي تنظم المنافسة بين المنتجين أو القواعد التي تحظر الاحتكار أو الغش أو التضليل، ولما كانت هذه القواعد المستهلك بطريقة غير مباشرة، فإنها تعتبر جزءاً من قانون حماية المستهلك. ٤

ومن هنا تأتي أهمية التحديد القانوني لمفهوم المستهلك، فمن يعد مستهلكاً طبقاً لهذا المفهوم فهو الذي سيستفيد من أوجه الحماية، ومن لا يعد مستهلكاً تبعاً لذات المفهوم فهو خارج عن نطاق الحماية وبالتالي لا يستفيد من الأحكام القانونية التي تحمي المستهلك، لذلك كان تحديد مفهوم المستهلك أمراً مهماً وصعباً

١. د. نهلة أحمد قنديل، حماية المستهلك «رؤية تسويقية»، القاهرة، دار الهاني للطباعة والنشر، بدون سنة نشر، ص ١١.
٢. رجائي الدقي ومختار سعد، العلامة التجارية ودورها في حماية المنتج والمستهلك، الإسكندرية، مطبعة الاعتماد، سنة ٢٠٠٠، ص ٢٠٩.
٣. د. عبد الله عبد العزيز الصعدي، بحث بعنوان «حماية المستهلك في اقتصاد السوق» مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، والتي نظمها خلال الفترة ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٨، ص ٥.
٤. د. عبد الله عبد العزيز الصعدي، المصدر السابق، ص ٦.

في ذات الوقت، وتكمن الصعوبة في تحديد مدلول المصطلح نفسه، ولعل واضعي تشريع حماية المستهلك عند وضعه ترددوا بين معايير عدة يتم اعتمادها في تعريف وتحديد مصطلح المستهلك، وهم في ذلك متأثرون بالاختلاف الذي ثار بين الفقهاء بشأن تحديده. فمن هو المستهلك؟ هل كل شخص يقوم بشراء السلع والتعاقد على الخدمات يعد مستهلكاً، فعلى سبيل المثال، المستهلك بالنسبة للسيارة هو كل من يشتري أو يستخدم سيارة، والمستهلك بالنسبة للسكن هو كل من يشتري أو يستأجر سكناً وهكذا. وفي مجال الخدمات يكون المستهلك هو كل من يطلب أو تقدم له الخدمة، وبمعنى آخر؛ هل كل شخص مشتري بحاجة إلى الحماية يُعد مستهلكاً؟ أم أن حاجة المشتريين إلى الحماية تختلف وتتفاوت من شخص لآخر؟

حيث إن خبرة كل شخص في التعاقد على سلع معينة تختلف من شخص لآخر، وحيث تتفاوت خبراتهم ومن ثم تصبح الحاجة إلى الحماية متفاوتة تبعاً لتفاوت درجة الخبرة.

وبعد تردد طويل بين الأخذ بالمعيار الشخصي أم الموضوعي وهو الأفضل في تحديد المفهوم فقد استقرت التشريعات على تعريف المستهلك بالنظر إلى المعيار الموضوعي نظراً لما يترتب على الأخذ بالمعيار الشخصي في التعريف في عدم ضبط المفهوم واختلافه من شخص لآخر. لذلك فإن الاعتماد على المعيار الموضوعي في وضع المفاهيم والتعريفات يؤدي إلى وضع عناصر وضوابط محددة وكل من تتحقق فيه يعد مستهلكاً، وكل من تنتفي عنه لا يعد كذلك حتى وإن كان بحاجة إلى الحماية بالنظر إلى شخصه<sup>١</sup>.

وعلى أساس ما تقدم فإننا سنتناول في المطالب الآتية التعريف التشريعي والفقهي والقضائي للمستهلك.

## المطلب الأول التعريف الفقهي للمستهلك

انقسم الفقه بصدد تعريفه للمستهلك إلى اتجاهين: أولهما؛ وهو الغالب، يضيّق من مفهوم المستهلك، ويرى أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، أما الاتجاه الثاني وهو الاتجاه الموسع فيرى في المستهلك أنه كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أو استعمال أو استخدام سلعة أو خدمة خارج نطاق نشاطه المهني.

وسنتناول بيانها بشئ من التفصيل ...

### أولاً: المفهوم الضيق للمستهلك:

يتجه أغلب الفقهاء إلى تبني المفهوم الضيق للمستهلك، فتجدهم يُعرفون المستهلك بأنه كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على سلعة أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية، كما يعرفون المستهلك بأنه شخص طبيعي أو معنوي يكتسب أو يستعمل سلعة أو خدمة لاستعمال غير مهني. وكذلك يعرف المستهلك بأنه العميل المستخدم للخدمات أو المشتري لمنتجات لإشباع

١. إن المعيار الشخصي هو ذلك الذي ينظر إلى المفهوم كرابطة شخصية تجد جوهرها في أشخاصها، بينما يذهب المعيار الموضوعي إلى أبعد من ذلك، حيث ينظر إلى المفهوم من ناحية موضوعية لا كرابطة شخصية منفكة عن شخص طرفيها، وتختلط بمخلها وتصبح شيئاً موضوعياً مادياً مستقلاً: للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، يراجع: د. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٢، ص ٣ وما بعدها.

حاجاته الخاصة أو حاجات الأشخاص الذين يعولهم. ١  
وفي تعريف آخر للمستهلك هو الشخص الذي يبرم عقوداً مختلفة من شراء وإيجار وغيرها. من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها، كما هو الأمر بالنسبة للمنتج أو الموزع ودون أن تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها. ٢  
وفي داخل إطار أصحاب الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك يلاحظ فيه اتجاهات فرعية، أهمها:

١. فريق يرى في المستهلك الشخص الطبيعي الذي يتعاقد أو يتصرف بقصد إشباع حاجاته الشخصية وحاجات من يعولهم. فلا يدخل في مفهوم المستهلك بهذا التعريف من كان تعاقد له لأغراض تتعلق بمهنته أو بمشروع يملكه أو يديره أو خدمة يؤديها أو حرفة يحترفها.
٢. وهناك من يرى أن المستهلك من خلال ما يحصل عليه، فإن كنا في نطاق المنتجات يعتبر مستهلكاً من يحصل عليها أو يستخدمها بقصد إشباع حاجاته الخاصة وحاجة من يعولهم من الأشخاص. فلا يعد كذلك إن هو أعاد بيعها أو حولها أو استخدمها لأغراض مهنته أو حرفته، وعلى صعيد الخدمات يعد مستهلكاً من يستفيد من تلك الخدمات في صورة أعمال تمارس على أموال مملوكة له، كأعمال إصلاح لسيارته أو طلاء لمنزله أو في صورة خدمة يستفيد منها شخص آخر ومباشرة كعقد النقل. ٣
٣. ويرى البعض ٤ أن المستهلك هو من يقوم بإبرام العقود بهدف الحصول على احتياجاته الشخصية والعائلية من السلع والخدمات. وبذلك فإن أصحاب هذا الرأي أخرج من نطاق المستهلك من يقوم بعملية الاستهلاك دون أن يبرم العقود اللازمة لذلك. كأفراد أسرة المستهلك المتعاقد، واكتفى في حمايتهم بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

ومما يؤخذ على هذه التعريفات أنها حصرت مفهوم المستهلك في الشخص الطبيعي، ومن ثم أخرجت الأشخاص المعنوية من هذا المفهوم، على الرغم أن من بين الأشخاص المعنوية من يستحق الحماية الخاصة التي يتمتع بها الشخص الطبيعي وعلى رأسها تلك الأشخاص المعنوية التي تتولى القيام بأعمال خيرية ولا تبغي تحقيق الربح من وراء نشاطها. إضافة إلى ذلك؛ أن حصر الحماية فيمن تعاقد بقصد إشباع الحاجات الشخصية أو حاجة من يعولهم، إنما ذلك يؤدي إلى أن تتحسر الحماية عن أشخاص هم في أمس الحاجة لها على الرغم من أنهم لم يتعاقدوا.

١. د. حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦، ص ١٢.
٢. د. رمضان علي السيد الشرباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٢.
٣. يراجع في ذلك المنشور الفرنسي الصادر في ١٤ يناير ١٩٧٢ المتعلق بتطبيق النصوص الخاصة بضرورة وضع بطاقات الأسعار حيث عرف المستهلك بأنه (من استخدم المنتجات لإشباع احتياجاته الخاصة أو احتياجات الأشخاص المسؤول بأنه (من استخدم المنتجات لإشباع احتياجاته الخاصة أو احتياجات الأشخاص المسؤول عنهم وليس لإعادة بيعها وتحويلها أو استخدامها في مهنته). نقلاً عن د. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١١، ص ١٠.
٤. د. حسن عبد الباسط جميعي، المصدر السابق، ص ١٥.

ومن جهتنا نستطيع أن نقدم التعريف التالي للمستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبرم التصرفات القانونية للحصول على السلع أو الخدمات لغرض إشباع حاجاته الشخصية وحاجة ما يقضي العرف أو القانون بالالتزام نحوهم ولأغراض غير مهنية.

وخلاصة القول أن أصحاب الاتجاه الضيق يرون أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. وبذلك لا يعتبرون من يتعاقد من أجل إشباع حاجات تجارته أو مهنته مستهلكاً سواء كان تعاقد لإشباع هذه الحاجات بصفة مباشرة أو غير مباشرة ويتبنى هذا المفهوم قسم كبير من الفقه الفرنسي. ١

### ثانياً: الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك:

إن هذا الاتجاه يذهب إلى توسيع فكرة المستهلك لغرض بسط نطاق الحماية التي يتمتع بها الأخير لتشمل أكبر عدد ممكن. ٢

ولتحقيق هذه الغاية ذهب هذا الاتجاه إلى التخلي عن الفكرة الجوهرية التي سيطرت على الاتجاه السابق، والتي تعول على الطابع الشخصي لاستعمال السلعة أو الخدمة. وبذلك سعى أصحاب هذا الاتجاه لإدراج فئات أخرى من المتعاقدين تحت ظل هذا المفهوم، حيث أطلق أصحاب هذا الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك تعريفاً يدخل كل من يستعمل سلعة أو خدمة في دائرة المستهلكين وذلك بتعريف المستهلك بأنه (كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك) هو من يعولهم أو لاستعماله المهني، فيستوي لديهم من يشتري سيارة لاستخدامه الشخصي أو لاستخدامه المهني طالما أن السيارة سوف تستهلك في الحالتين، ويخرج من هذا النطاق من يشتري لإعادة البيع. ٣

ومن ثم يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن المستهلك هو المهني الذي يتعاقد خارج نطاق مهنته أو حرفته بالمعنى الدقيق حتى لو تم التعاقد لمصلحة الخدمة أو المهنة. ومن ثم قضى بأنه يعد مستهلكاً يجب حمايته بأئع المواد الغذائية الذي اشترى جهازاً لإطفاء الحريق ليضعه في متجره، ويختلف الأمر لو أنه كان قد اشترى صناديق لعرض تجارته أو نقل المواد الغذائية.

كما أن هذا الاتجاه يرى بأن صاحب المزرعة الذي تعاقد مع خبير لتقدير حجم الضرر الذي أصاب مزرعته على أثر حريق شب بها، قضى باعتباره مستهلكاً يجب حمايته بمقتضى القانون الذي يحمي المستهلك، على اعتبار أن عقد هذا المزارع في هذه الحالة يرتبط بأعمال أو احتياجات استغلاله. ٤

١. للمزيد من التفاصيل حول تأييد المفهوم الضيق. يراجع د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٦، ص ٨ وما بعدها.

٢. د. محمد عبده، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، سنة ٢٠٠٢، دار عمان، ص ٢٢.

٣. أول من نادى بالتوسع في مفهوم المستهلك هو الرئيس الأمريكي كيندي عام ١٩٦٢ حين قال بأنه لا توجد طبقتان من المواطنين (كلنا مستهلكون) وأن كل شخص طبيعي له صفة المستهلك في مناسبات عديدة من وجوده، حتى لو كان يمارس من ناحية أخرى نشاطاً مهنيًا فتكون له لأعمال أخرى صفة المستهلك.

٤. د. محمود عبد الرحيم الديب، المصدر السابق، ص ١٥ وما بعدها.

المهني في مجال لا يعود إلى اختصاصه ويقصد بالمستهلك هنا الشخص الطبيعي أو المعنوي سواء كان تاجراً أم غير تاجر يتعاقد مع أحد المهنيين سواء لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو للحصول على سلع أو خدمات لقاء مقابل مادي. ١

ويرى الفقه الفرنسي أنه حتى يمكن أن يشبه المهني بالمستهلك، فإنه لا يكفي أن يخرج العمل عن اختصاصه، وإنما يلزم أيضاً ألا يكون هذا العمل له رابطة مباشرة مع النشاط الذي يمارسه.

كما يرون أن تشبيه المهني المتعاقد خارج نطاق تخصصه بالمستهلك لا يصدق إلا بالنسبة للمهني الذي يمارس نشاطه في صورة المشروع الفردي، أي يقصرون امتداد وصف المستهلك إلى المهني الذي يعمل خارج نطاق تخصص على التاجر أو المهني الفرد. في حين أن المهني المعنوي يكون بحاجة إلى اعتباره مستهلكاً وتمتعه بالحماية الواردة في قانون الاستهلاك في حالة تعاقدته على أشياء خارج نطاق تخصصه مثل التاجر الفرد.

وطبقاً للمفهوم الواسع في تعريف المستهلك فإنه يعتبر مستهلكاً من يشتري أثاثاً أو سيارة لاستعماله الشخصي أو لاستعماله المهني، لأنهما في الحالتين سيهلكان ويتعرضان إلى الزوال والفاء إن عاجلاً أم آجلاً عن طريق الاستعمال، ولا يخرج من وصف المستهلك طبقاً لهذا المفهوم إلا من يشتري الشيء بقصد إعادة بيعه أو تحويله إلى سلعة أخرى لعدم استهلاك الشيء في هذا الغرض. ٢

وهناك من الفقه من يذهب إلى أبعد من ذلك، من خلال إعطاء المستهلك مدلولاً أكثر اتساعاً مما ذكر، فيعرفون المستهلك بأنه كل من يقوم باستهلاك السلع والخدمات. ٣

وقد تعرض هذا المفهوم الواسع للمستهلك إلى الانتقادات من كثير من الفقهاء، إذ طبقاً له يصبح كل شخص مستهلكاً سواء كان مهنيًا تاجرًا أم غير تاجر أم شخصاً عادياً، ومن ثم فإن حماية المستهلك تمتد لتشمل كل أفراد المجتمع. وبذلك يحمي أفراداً هم ليسوا بحاجة إلى الحماية كالتجار والمهنيين في تعاقداتهم على السلع والخدمات، فهو يحمي التجار في تعاقدتهم على شراء المواد الخام التي تدخل في صناعتهم وشراء البضائع التي يعيدون بيعها. فالمتعاقدون في هذه الحالة ليسوا بحاجة إلى الحماية لأنهم يقفون على قدم المساواة بالنسبة للطرف الآخر في التعاقد بخلاف المستهلك الذي يتسم بالضعف والذي من أجله جاءت قوانين حماية المستهلك لحمايته، فهذا الاتجاه الواسع يؤدي إلى الخروج عن الهدف الذي يتوخاه المشرع وهو حماية المستهلك الذي يكون غير متكافئ من الناحية الفنية أو الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر المهني في العلاقة التعاقدية. ٤ وإزاء ما تعرض له هذا الاتجاه من انتقادات عديدة، ظهر فريق من الفقهاء يدعو إلى الحلول الوسطية في تعريف المستهلك، فهو يرى أن فكرة المستهلك وكذلك

١. د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التفسيرية في عقود الاستهلاك، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩٧، ص ٣٤.
٢. د. محمد إبراهيم بنداري، نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، يناير، ٢٠٠٠، ص ٧١.
٣. د. أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، مركز بحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، سنة ١٩٩٣، ص ١٦.
٤. د. محمد إبراهيم بنداري، المصدر السابق، ص ٧١.

عقود الاستهلاك فكرة غير محددة ومرنة، مما يؤدي إلى مشاكل كبيرة عند وضعها موضع التطبيق. ويرى هذا الاتجاه أنه يمكنهم الاستعانة بفكرة حماية الطرف الضعيف بدلاً من حماية المستهلك، وبالتالي يكون الحديث عن عقود الطرف الضعيف بدلاً من عقود المستهلك استبعاداً لكل غموض، ويرى أنها فكرة يمكن أن تستوعب ما قد يستجد من تصرفات ناتجة عن التطورات التكنولوجية المتعاقبة والتي تضع الأفراد المتعاقدين في موطن الضعف والجهل، ويستوي عندئذ أن يكون هذا الطرف الضعيف مجرد مستهلك عادي أو مهني.<sup>١</sup>

ومع بساطة وسهولة فكرة الطرف الضعيف إلا أنه من الصعوبة بمكان الأخذ بهذه الفكرة، إذ أنها تصطدم بمعوقات مهمة، فهي إذا كانت تذهب إلى أن المستهلك هو كل طرف ضعيف في التعاقد مقارنة بالطرف الآخر فهي بذلك تؤدي إلى عدم تحديد الأطراف التي ينطبق عليها قانون حماية المستهلك إلا بعد صدور القانون وبمناسبة تطبيقه وهذا مما لا يتفق مع القواعد والمبادئ العامة التي تقضي بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع قبل إصداره، كما تتطلب هذه الفكرة بحث كل حالة على حدة لتحديد ما إذا كان أحد أطرافها يتسم بالضعف ومن ثم يعتبر مستهلكاً أم لا؟ وهذا أمر صعب. بالإضافة إلى ذلك أن فكرة الطرف الضعيف يكتنفها الكثير من الغموض. إذ يثور التساؤل عن المقصود بالطرف الضعيف؟ هل هو الضعيف من الناحية الاقتصادية؟ أم من الناحية القانونية؟ أم من حيث الخبرات الفنية؟ أم الضعيف في كل ذلك؟ وما الحل إذا كان الطرف ضعيفاً من جهة وقوياً من جهة أخرى هل يعتبر مستهلكاً أم لا؟ وما الحل إذا كان كلا الطرفين يتسم بالضعف، فمن منهما يعتبر مستهلكاً؟ وحينئذ من هو المستفيد من قانون حماية المستهلك.<sup>٢</sup>

لكل ما تقدم، يبدو أن الأوفق هو الأخذ بالاتجاه الوسط والذي نؤيده بدورنا، وهو الذي يوسع من نطاق الحماية ولكن في حدود معينة أي الذي يدخل المهني أو التاجر الذي يتعاقد لأغراض لا تدخل في نطاق تخصصه في مفهوم المستهلك، فالتاجر الذي يشتري أجهزة كمبيوتر لشركته التي تتخصص في المقاولات والتاجر الذي يشتري أجهزة تكييف لمصنعه الذي يتخصص في إنتاج المنسوجات والتاجر الذي يبرم عقد توريد وجبات غذائية للعمال الذين يعملون عنده في مصنع الملابس الجاهزة. في كل هذه الحالات يعتبر التاجر مستهلكاً، حيث أنه يتعاقد على أشياء لا تدخل في مجال تخصصه وهو بذلك يتسم بعدم الخبرة في محل العقد وبالتالي فهو بحاجة إلى الحماية. أما إذا تعاقد التاجر على أشياء تدخل في نطاق تخصصه فإنه لا يعتبر مستهلكاً فلا تشملها قواعد الحماية إذ هو يكون على قدم المساواة مع المتعاقد الآخر ولا يكون هناك أي احتمال لاستغلال الطرف الآخر له أو التحايل عليه، فمن يتعاقد على صفقة أقطان ليصنع منها ملابس قطنية لا يعتبر مستهلكاً، ومن يشتري الأخشاب يصنعها أثاثاً لا يعد مستهلكاً، وتاجر التجزئة الذي يشتري من تاجر الجملة ما يدخل في نطاق تخصصه لا يعد مستهلكاً. لأن مثل هذه التعاقدات تدخل في نطاق تخصص التاجر المشتري، وبالتالي هو ليس بحاجة إلى الحماية الواردة في قوانين الاستهلاك.

١. د. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ٧٦ وما بعدها.

٢. د. كوثر سعيد عدنان خالد: المصدر السابق، ص ٤٢.

والحكمة من ذلك أن الشخص المهني الذي يتعاقد على سلع أو خدمات تتعلق بأعمال مهنية يفترض أن تتوافر فيه الخبرة الكافية لحماية نفسه من الغش أو التضليل أو الخداع.<sup>١</sup> وبالعودة إلى القانون البحريني وما تضمنه من تعريف صريح للمستهلك، وكما أشرنا إليه سابقاً، وأجرينا المطابقة بين ما قيل من آراء واجتهادات بشأن الاتجاه الواسع أو الاتجاه الوسط الذي أيدناه. نجد أن المشرع البحريني قد حسم الأمر بالأخذ بالاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك وذلك عندما نص صراحة في تعريفه للمستهلك بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على المنتجات إشباعاً لحاجاته أو لحاجات التابعين له)، وهذا يعني أنه أخذ بمعيار الغرض من عقد الاستهلاك وهو إشباع الحاجات، والذي لا يمكن تفسيره إلا على أساس استهلاك السلعة أو الخدمة نهائياً. مما أوصد أبواب الاجتهاد لقبول أشخاص يتعاقدون لأغراض مهنتهم وخارج نطاق التخصص، وهذا يعني استبعاد أشخاص كثيرين هم بحاجة إلى الحماية التي يقرها قانون حماية المستهلك.

لذا نرى أنه من المناسب أن يلتفت المشرع البحريني إلى إجراء التعديل اللازم على تعريف المستهلك بما يحقق الغرض المنشود من القانون.

## المطلب الثاني التعريف التشريعي للمستهلك

سنعرض في هذا المطلب المقصود بالمستهلك وفقاً لكل من التشريع الفرنسي والمصري ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين.

### أولاً : تعريف المستهلك في التشريع الفرنسي:

يعتبر المشرع الفرنسي من أول المشرعين الذين اهتموا بحماية المستهلك، وأصدر من أجل حمايته العديد من القوانين، إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً للمستهلك، بل فضل ترك تلك المهمة للفقهاء والقضاء بما يضمن مرونة التعريف وتطوره وفقاً للمستجدات. في حين حرصت بعض التوجيهات الأوروبية على تعريف المستهلك. ومن ذلك التوجيه الأوروبي الصادر في ١١/٥/٢٠٠٥ بشأن الممارسات التجارية غير المشروعة والذي يعرف المستهلك بأنه «الشخص الطبيعي الذي يتصرف لغايات لا تدخل في نطاق نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الحر».

ويتضح من هذا التعريف أنه يقصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي فقط، كما يقصر وصفه على من يتعاقد لتلبية حاجاته الشخصية وليس المهنية أو الحرفية. وهكذا نجد أن التعريف اتجه نحو الأخذ بالاتجاه الضيق لفكرة المستهلك. كما سنبينه لاحقاً. ويعرف القرار الوزاري الصادر في ١٤/١/١٩٧٢ في فرنسا بشأن تنظيم الإعلان عن الأسعار للسلع المستهلكة، المستهلك بأنه من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع الحاجيات الشخصية له ولن يعولهم، وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها

١. د. رمزي فريد مبروك: حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، سنة ٢٠٠٢، ص ١٥.

في إطار نشاطه المهني. وعلى صعيد التشريعات الأوربية، نجد أن المشرع الأسباني عرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يمتلك أو يستخدم، بوصفه المستهلك النهائي للأموال المنقولة أو العقارية.<sup>١</sup> ويتضح من هذا التعريف أنه يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي وكذلك يتضمن استهلاك السلع والخدمات، طالما أنه يوصف المستهلك بالمستهلك النهائي للأموال. ومعنى ذلك أنه يخرج من نطاقه الأشخاص الذين يشترون لإعادة البيع.

## ثانياً : تعريف المستهلك في التشريع المصري:

حرص قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ على تعريف المستهلك بأنه «كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص»<sup>٢</sup>. ويستفاد من هذا التعريف أن المشرع المصري حصر مفهوم المستهلك في الشخص الذي يتعاقد من أجل الاستهلاك الشخصي أو العائلي. وبمعنى آخر أنه ركز على الغرض من التعاقد وهو قضاء الحاجيات الشخصية للمستهلك وأفراد أسرته. ومن ثم فإنه لا يعد مستهلكاً من يتعاقد لأغراض ليست شخصية أو عائلية، كمن يتعاقد من أجل نشاطه المهني أو الحرفي أو التجاري ومن ثم يخرج من دائرة الحماية التي يقرها قانون حماية المستهلك. وبهذا يكون المشرع المصري قد اتجه للأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك؛ كما سنوضحه لاحقاً.<sup>٣</sup>

ومما يلاحظ على التعريف الذي أورده المشرع المصري أنه استخدم عبارة «كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات»، ثم استخدم عبارة «أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص» وهاتان العبارتان تشمل جميع التعاقدات ولا تقتصر على عقد البيع وحده وبالتالي فإن قواعد حماية المستهلك تمتد لتسري على جميع العقود التي يبرمها المستهلك سواء كانت عقد بيع أو إيجار أو قرض أو توريد أو غير ذلك من العقود. كما تقيد عبارة «كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات» امتداد مفهوم المستهلك إلى كل من يقدم إليه المنتج دون أن يكون قد تعاقد عليه مثل أفراد أسرة المتعاقد فيعد كل منهم مستهلكاً في مفهوم هذا القانون، ومن ثم يستفيد من الحماية الواردة في قانون حماية المستهلك.

وعليه نجد أن المشرع المصري إذا كان قد اتجه نحو الأخذ بالمعيار الذي يضيق في تحديد مفهوم المستهلك فيما يتعلق بالغرض من التعاقد وقصره على التعاقد لإشباع الاحتياجات الشخصية أو العائلة. إلا أنه قد توسع في مجال الحماية لتشمل جميع العقود التي يبرمها المستهلك سواء كانت عقود بيع أو إيجار أو قرض أو خدمات أو توريد أو غير ذلك من العقود، كما تشمل الحماية أفراد أسرة الشخص المتعاقد أو غيرهم

١. د. مصطفى أحمد أبو عمرو: الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر، ص ٨٧. وكذلك: د. كوثر سعيد عدنان، المصدر السابق، ص ٣٠.
٢. المادة الأولى، الجريدة الرسمية، العدد ٢٠ في ٢٠ مايو سنة ٢٠٠٦، وهو نفس التعريف الذي أوردته اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المادة ٦، الوقائع المصرية، العدد ٢٧١ في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٦.
٣. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر، ص ٨٧ وما بعدها. وكذلك يراجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ص ٢٢.

ممن تقدم إليهم أحد المنتجات. وأخيراً يُفهم من التعريف أن الشرط الوحيد اللازم تحققه في عقود المستهلك لإضفاء الحماية القانونية عليه هو أن يكون الغرض من هذه التعاقدات إشباع احتياجاته الشخصية أو احتياجات أسرته، وما سوى ذلك فيخرج من نطاق الحماية المقررة.

### ثالثاً - تعريف المستهلك في القانون الإماراتي:

لقد تناول قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ تعريف المستهلك في مادته الأولى بأنه «كل من يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل، إشباعاً لحاجاته الشخصية أو حاجات الآخرين». ومما يؤخذ على هذا التعريف هو أنه خلافاً للقانون المصري؛ يميز بين السلع والخدمات، كما أنه لا يميز بين كون التعاقد قد حصل على السلع والخدمات بمقابل أم بدون مقابل، وفي كل الأحوال فإن كل من يحصل على السلعة أو الخدمة يعتبر مستهلكاً ما دام يتعاقد على ذلك بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو مستلزمات الحياة اليومية لأسرته.

كما ويؤخذ على هذا التعريف أنه جاء غامضاً من حيث تحديد الحاجيات الشخصية ولم يستبعد الحاجيات التي لها علاقة بمهنته أو حرفته وهذا يعني أنه يعتبر مستهلكاً من يتعاقد على سلع وخدمات لها صلة بمهنته أو حرفته، وبذلك تضعف تشخيص الفواصل بين ما يعد مستهلكاً وبين ما يعد مهنيًا. فضلاً عن أنه لم يحدد مدى شمول مصطلح المستهلك للشخص الطبيعي والمعنوي أم أنه يقتصر على الشخص الطبيعي فقط والذي نعتقه كذلك لأن عبارة إشباع الحاجات الشخصية الواردة في التعريف لا يمكن تصويره إلا بصدد الشخص الطبيعي دون المعنوي، كما ويعاب على هذا التعريف أنه استخدم عبارة «أو حاجيات الآخرين» دون أن يوضح علاقتهم بالمستهلك.

وفضلاً عن ذلك، فإن من يكتسب وصف المستهلك ويتمتع بالحماية القانونية هو المتعاقد ذاته وليس باقي أفراد أسرته حيث أنهم من الغير وبالتالي لا يمكن إكسابهم وصفاً ناتجاً عن عقد رغم أنهم ليسوا أطرافاً فيه.<sup>٢٠</sup>

وإزاء هذا الاضطراب والغموض الذي شاب التعريف، نعتقد أن الضرورة تدعو إلى عدم تدخل المشرع في صياغة التعريفات والاتفات إلى أهمية حصر الجهود بشأن المسائل الإجرائية التي تتعلق بتحديد نطاق سريان القانون، أما فيما يخص المسائل الموضوعية، فالأولى أن يتولى تحديدها وتعريفها الفقه والقضاء وذلك من خلال الاستعانة برأي المتخصصين في كل مجال.

### رابعاً: تعريف المستهلك في القانون البحريني:

بصدور القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك تعتبر مملكة البحرين قد وضعت حجر الأساس

١. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، يراجع د. نوري حمد خاطر، عرض وتعليق على قانون حماية المستهلك الإماراتي، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة حماية المستهلك التي نظمتها كلية القانون، جامعة الإمارات، في الفترة من ٢٢-٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧، ص ٤٤٨.  
٢. د. أسامة أحمد بدر، رؤيا حول حماية المستهلك في القانون الفرنسي والمصري والإماراتي، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

وبدأت خطوة مهمة سيتم البناء عليها مستقبلاً لقانون حظي باهتمام دول العالم، حيث عرف المستهلك بأنه «كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على المنتجات إشباعاً لحاجاته أو لحاجات التابعين له»<sup>١</sup>. وبنظرة متأنية لهذا التعريف نجد أنه يشترط لاكتساب صفة المستهلك، وبالتالي شموله بقواعد الحماية، أن تتوفر فيه ثلاثة عناصر:

١- أن يكون من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية الذين يحصلون على المنتجات، والأخيرة تشمل السلع والخدمات.<sup>٢</sup>

قد يبدو هذا الشرط بديهياً إذا ما نظرنا إلى أن إمكانية إبرام التصرفات القانونية لا تتم إلا بين شخصين أو أكثر، ومن ثم فمن غير المقصور أصلاً انتفاؤه إذا كنا نتحدث عن حماية المستهلك في نطاق هذه التصرفات، ولكن هذه البدهاية لا تنفي لزوم تحديد من تنطبق عليه هذه الصفة إذا لاحظنا أن مفهوم الشخص قانوناً قد يعني الشخص الطبيعي كما يعني الشخص المعنوي على حد سواء، وبهذا الشأن فقد اختلفت بعض التشريعات في بيان هذا التحديد إذ حصر جانب من هذه التشريعات شخص المستهلك بالشخص الطبيعي دون المعنوي كالتوجيه الأوربي رقم ٩٣/١٣ لسنة ١٩٩٣ على اعتبار أن الشخص المعنوي حتى على فرض احتياجه للحماية التي يكتسبها حامل صفة المستهلك، فإنه يملك من الإمكانيات والخبرات التي تتولى إدارته بما يمكنه من التعامل مع الطرف الآخر ليس بوصفه طرفاً ضعيفاً قليل الخبرة كحال الشخص الطبيعي، من جهة أخرى فإن أي إخلال يترتب عليه ضرر يصيب الشخص المعنوي من حيث الحقوق أو الالتزامات فإن تبعة هذا الإخلال تقع على عاتق من يمثل الشخص المعنوي قانوناً متى ما ثبت تسببه به.<sup>٣</sup>

في حين أطلقت بعض التشريعات معنى المستهلك من دون تقييده بالشخص الطبيعي، كما هو الحال في قانون حماية المستهلك القطري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨ وفي المادة الأولى، حيث عرفت المستهلك بأنه (كل من يحصل على سلعة أو خدمة، بمقابل أو بدون مقابل إشباعاً لحاجاته الشخصية أو حاجات الآخرين أو يجري التعامل أو التعاقد معه بشأنها). وإطلاق اللفظ بهذه الطريقة يبراد به لفظ عام من دون تحديد للفظ الشخصي، وهو إطلاق أيده أغلب الفقه مستندين في ذلك على أن افتراض وجود هذه الإمكانيات والخبرات لا يعني حتماً أنها موجهة لأغراض مهنية، إنما هي وسائل لممارسة الشخص المعنوي لصلاحياته القانونية وتمتعه بالأهلية التي من خلالها يستطيع إبرام تصرفاته القانونية والتي من المنطقي أن تكون عقود الاستهلاك من ضمنها؛ فضلاً عن ذلك أن وجود ممثل قانوني للشخص المعنوي يمكن أن يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالشخص المعنوي إذا تسبب خطأه بذلك لا يختلف عن حالة الممثل القانوني للشخص الطبيعي، كما لو كان وصياً أو دليلاً إذ أن هذا الأمر لا يحرم هذا الشخص الطبيعي

١. أصدرت مملكة البحرين القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك في الجريدة الرسمية رقم ٢٠٦٣ بتاريخ ٢٠١٢/٨/٣، وقد احتوى القانون المذكور على ٢٧ مادة موزعة على سبعة فصول تناولت فيه تنظيم القواعد المتعلقة بحماية المستهلك.

٢. حيث عرفت المادة الأولى من القانون البحريني المنتجات «السلع والخدمات عدا الأدوية والمستحضرات الصحية والأغذية الصحية المرخص باستيرادها من قبل الجهة المختصة في وزارة الصحة وتباع في الصيدليات والمراكز الصحية المرخصة، كذلك الخدمات التي يقدمها أصحاب المهن الحرة كالمهن الطبية والهندسة والمحاماة والمحاسبة والتأمين».

٣. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في جمعيات حماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

من اكتساب صفة المستهلك، فلماذا يحرم منها الشخص المعنوي رغم أن السبب في الحاليتين واحد. وعلى أساس ذلك فإن صفة المستهلك يمكن أن تمنح لكل من اكتسب الشخصية القانونية طبيعياً كان أم معنوياً، ما دام الأمر يتعلق بالحصول على السلع والخدمات بدون قصد تحقيق الأرباح. ١

٢- أن يتعلق محل العقد بالسلع أو الخدمات بحيث إن كل الأموال تصلح لأن تكون محلاً للتصرفات التي يقوم بها الشخص الطبيعي أو المعنوي في عقد الاستهلاك إذا تم استعمالها أو اكتسابها لغرض غير مهني وبغض النظر عما إذا كانت هذه المواد الاستهلاكية تتدثر من أول استعمالها أو يدوم استهلاكها لفترة طويلة، ويلاحظ بهذا الشأن أن السلع من حيث مفهومها لا تنحصر في نطاق معين إذ أنها تشمل المنقولات كافة بغض النظر عن قابلية تكرار استهلاكها لأكثر من مرة من عدمه فالملبوسات والأغذية تعد سلعاً شأنها شأن السيارات والأثاث الذي يستعمله المستهلك رغم اختلاف صفتها إذ تعد الأولى سلعاً قابلة للاستهلاك الفوري وتوصف الثانية بأنها سلع معمرة، كما يمكن لهذا المفهوم أن يتسع ليشمل الأموال غير المنقولة كالعقار إذ يعد سلعة عندما يتعلق الأمر بشرائه أو استئجاره لأغراض غير مهنية كالسكن فيه مثلاً، أما الخدمات على مختلف أنواعها فهي تصلح لأن تكون محلاً لعقد الاستهلاك بشرط ألا تستعمل لغرض مهني، باستثناء الخدمات التي أشارت إليها المادة الأولى من قانون حماية المستهلك سائفة الذكر.

٣- الغرض غير المهني، أي أن يكون الغرض شخصي أو عائلي:

أن التفرقة بين المستهلك والمهني مسألة ضرورية ومهمة إذ يتوقف عليها مدى انطباق قواعد حماية المستهلك من عدمها لذلك فإن المعيار الجوهرى للتفرقة بينهما يتمثل بالغرض من التعاقد، فيعتبر مستهلكاً كل من يحصل أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني أي لأغراض شخصية أو عائلية. ورغم ما لهذا العنصر من أهمية فإن الأمر يدق حين يشتري شخص سلعة أو خدمة لغرض مهني وغير مهني في نفس الوقت، أي بعبارة أخرى أن الاستعمال يكون استعمالاً مزدوجاً. والسؤال المطروح، هل أن الشخص بهذه الحالة يعد مستهلكاً أم لا يعد كذلك؟ هنا اتجه الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن الفرع يتبع الأصل فيكون الاستعمال الغالب للسلعة أو الخدمة هو المحدد لصفة المستهلك ٢، ويمكننا القول، بأن المعيار المعتمد هنا - هو معيار الصفة الغالبة في الاستعمال، وهنا يؤدي القضاء دوره بما يملكه من سلطة تقديرية، لأنه من الصعوبة بمكان وضع قواعد محددة للتفرقة بين الأمرين، وبالتالي يكون للقاضي سلطة رسم الحدود بين ما يمكن اعتباره غرضاً مهنيّاً أو غرضاً استهلاكياً، ويمكن له بهذه الحالة الاستعانة برأي أهل الخبرة وطرق الإثبات الأخرى.

وعلى أساس ما تقدم ذكره، يمكن القول بأن المشرع البحريني اعتمد معيار الغرض غير المهني بوصفه معياراً حاسماً للتمييز بين المستهلك والمهني لأنه في حقيقة الأمر يشكل قاعدة مهمة لقانون الاستهلاك بأكمله ما دام أن المستهلك المتعاقد هو الموضوع الرئيسي لقانون حماية المستهلك، لذلك فإن من يتعاقد بشأن نشاطه المهني لا يعد مستهلكاً مهما كان مركزه الاقتصادي. فتركيز المشرع البحريني على الغرض

١. د. مصطفى محمد الجمال، اكتساب صفة المستهلك، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠٠٢، ص ٩٩.

٢. د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٥٧.

من التعاقد وهو قضاء الحاجيات الشخصية للمستهلك وأفراد أسرته. كما هو واضح من العبارة الأخيرة من تعريفه للمستهلك (إشباعاً لحاجاته أو لحاجات التابعين له)، يعد الغرض الأساس في عقد الاستهلاك. وبعد هذا التحليل لتعريف المستهلك وبيان عناصره، يثور التساؤل الآتي: هل أن المشرع البحريني اعتمد المعيار الواسع في تعريفه للمستهلك أم أنه اعتمد المعيار الضيق له؟  
 وجواباً على ذلك؛ يمكن القول أنه اعتمد المفهوم الضيق لتعريف المستهلك، وبموجب ذلك فإن الحماية يجب أن تتوفر للمستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف الذي يسعى لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية أما المزود (المهني) وهو الطرف الثاني في العلاقة وإن كان يسعى للتعاقد خارج نطاق تخصصه فلا تشمله القواعد المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك بسبب اكتسابه للدراية والخبرة وأنه أقدر على الدفاع عن مصالحه التعاقدية من المستهلك.  
 لذلك تتجلى أهمية القانون البحريني بكونه جاء ملائماً للاتجاهات التي استقرت عليها معظم التشريعات الحديثة في هذا المجال.

### المطلب الثالث

#### المفهوم القضائي للمستهلك

لم تنج الأحكام القضائية من حالة التردد الذي كان يعاني منها الفقه في اتجاهاته من حيث عدم الاستقرار في الأخذ بأي من المفهومين الضيق أو الواسع للمستهلك، فقد درجت الأحكام القضائية تارة على الأخذ بالمفهوم الضيق وتارة أخرى اتجهت للأخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك، ووفقاً لذلك فقد عرفت محكمة باريس الكلية المستهلك بأنه كل شخص يدخل طرفاً في علاقة تعاقدية، للحصول على السلع والخدمات بهدف إشباع حاجاته الشخصية. وفي هذا اتجاه صريح للأخذ بالمفهوم الضيق وفي قرارات أخرى اتجهت للأخذ بالمفهوم الواسع وذلك من خلال تطبيق القانون الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ بشأن البيع في مجال الإقامة أو في منازل العملاء، فقضت بانطباق هذا القانون إذا كان البيع لا يتعلق بالنشاط الذي يباشره المشتري. مثل بيع جهاز إطفاء حريق لبائع أسماك، لأن هذا البيع لا يرتبط بأعمال أو احتياجات الاستغلال من جانب المشتري، وينطبق نفس الحكم في حالة البيع في محل إقامة المزارع وتعلق الأمر بعقد تقديم خدمة له بواسطة خبير عقب نشوب حريق سبب ضرراً لهذا المزارع، فقد اتجه واضع القانون الفرنسي لسنة ١٩٧٢ إلى حماية المتعاقد الذي يتم إغراؤه وجذبه إلى التعاقد في محل إقامته بوصفه مستهلكاً يفترض أن تعوزه الخبرة.<sup>١</sup>

ويلاحظ أن موقف القضاء الفرنسي حديثاً قد اتجه نحو الأخذ بالمعيار الضيق لفكرة المستهلك، وذلك في عام ١٩٩٣، فعلى سبيل المثال رفضت الغرفة المدنية الأولى بها وبتاريخ ٢٤ نوفمبر ١٩٩٣ تطبيق قواعد الحماية المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك في الدعوى التي كان محلها عقد بيع لشجيرات التفاح

١. للمزيد من التفاصيل في تطبيق القضاء لهذا القانون، يراجع د. كيلاني عبد الراضي محمود، مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي، بحث مقدم إلى مؤتمر تنظيم منافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، الفترة ٢٩-٣٠ مارس ٢٠٠٥.

بين المشتل وزارع هذه الشجيرات ويبدو أن الزارع هنا ، في رأي القضاء الفرنسي ، لا يستحق حماية قانونية من خلال تقنين الاستهلاك ، لأن وجود الحماية القانونية شئ ، أما تطبيقها الآلي بلا تبصر لكل المستهلكين شئ آخر ينبغي أن يتحدد في نطاق المستهلكين المعتدى على حقوقهم بكل إفراط .

وفي أحدث أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك ، فقد رفضت محكمة النقض اعتبار التاجر مستهلكاً بالنسبة لعقد توريد المياه الخاصة بمحله التجاري ، وذلك لوجود صلة مباشرة بين العقد ونشاط التاجر . ١

ومنذ سنة ١٩٩٥ تستعمل محكمة النقض الفرنسية صيغة جديدة (لا يعد مستهلكاً ولا يستفيد من القواعد الحمائية ذلك الذي يبرم عقداً يمثل رابطة مباشرة مع نشاطه المهني) ، وبمفهوم المخالفة تعني أن القواعد الحمائية تطبق عندما يكون للعقد رابطة غير مباشرة مع المهنة . ٢

وعلى مستوى بيان موقف القضاء البحريني من تحديد مفهوم المستهلك وأياً من المعايير - الضيق أو الواسع - تتبناها في قراراته .

نقول ، لقد كان من الصعوبة بمكان الحصول على أحكام قضائية صادرة تطبيقاً للقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك ، حيث أنه نظراً لحدائته ، فلم تضع المحاكم البحرينية مبادئ قانونية في شأنه . ولحين صدور قرارات قضائية ذات صلة بهذه المسألة فإننا نعتقد أن القضاء البحريني لا يمكنه - وهو بصدد تحديد مفهوم المستهلك ونميزه عن المهني - لا يمكن إلا وأن يعتمد الغرض من التعاقد لإضفاء صفة المستهلك من عدمه . وذلك لصريح المادة الأولى من القانون عندما عرفت المستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على المنتجات إشباعاً لحاجاته أو لحاجات التابعين له . وبذلك فإن القانون استبعد كل من يتعاقد لأغراض مهنته أو حرفته من الحصول على الحماية المقررة في قانون حماية المستهلك وما سواهم فإنهم مستهلكون يتمتعون بالحماية القانونية .

ومما ينبغي ملاحظته بهذا الشأن أن القانون جاء خالياً من النصوص التي تنظم كيفية اللجوء إلى القضاء وإجراءات التقاضي ، فضلاً عن عدم بيان دور الجهات غير الحكومية في حماية المستهلك ومنها مثلاً جمعية حماية المستهلك ودورها في تحريك الشكوى المدنية أو الجزائية والتي انتشرت تشكيلاتها وبيان أهميتها في معظم التشريعات الأوروبية أو العربية ، كما جاء القانون خالياً من تنظيم كيفية الحصول على التعويضات . لذلك فإننا نأمل من المشرع البحريني أن يعيد النظر في القانون من خلال إجراء المزيد من التعديلات والإضافات بما يحقق كفاءة وضممان الحماية الفعالة لشرائح كبيرة وواسعة من المجتمع .

## المبحث الثاني تعريف المهني (المزود)

المهني أو المزود هو المصطلح الذي يطلق على الطرف الثاني في العملية التعاقدية مقابل المستهلك ، سواء

١ . د. أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، ص ٨٥ ، مشار إليه في أ . عبد الله ذيب عبد الله ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، سنة ٢٠٠٩ ، ص ١٤ .

٢ . د. كوثر سعيد عدنان ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

تعلق الأمر بعقد بيع مدني أو تجاري أو بتقديم خدمة. فالعقود مع المنتجين والموزعين ومقدمي الخدمات من أصحاب المشاريع الخدمية ليست إلا عقود استهلاك تبرم بين المستهلك من جهة والمهني من جهة أخرى، ولا ضير في أن تمثيل المهني (المزود) في الشخص الطبيعي الذي يطلق عليه لقب تاجر أو يتمثل في الشخص المعنوي كالشركات.

لذلك فإننا سنتكلم في هذا المبحث عن المعنى القانوني للمهني (المزود) في المطلب الأول، وسنتناول بيان المعايير المعتمدة في التمييز بين المهني والمستهلك وذلك في المطلب الثاني.

## المطلب الأول المعنى القانوني للمهني

يعرف المهني بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل لأغراض حاجاته المهنية ويسعى إلى تحقيق الربح، وعلى سبيل الاحتراف، فاحتراف التجارة هو الذي يكسب الشخص صفة المهني، فتعريف المهني يرتبط بالعمل الذي يباشره، حيث تشترط القوانين للشخص سواء كان طبيعياً أم معنوياً أن تكون الأعمال التجارية التي يمارسها ويحترفها لاكتساب صفة المهني (المزود) هي الأعمال التجارية بحكم ماهيتها. ١ مما ينبغي ملاحظته بهذا الصدد، أنه ليس هناك بالضرورة تلازم بين صفة المهني والتاجر، إذ إن المهني في هذه الحالة هو من يتعاقد من خلال ممارسة مهنته وليسب الضرورة أن تكون له صفة تاجر، كالصيدلي مثلاً أو المدرس في القطاع الخاص. ٢

وعلى صعيد التشريعات الوطنية فقد عرف قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ في المادة الأولى منه المورد بأنه (كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق).

في حين أن المشرع البحريني عرفه في المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢، بأنه (كل من يقدم المنتجات سواء كان بائعاً أو تاجراً بالجملة أو بالتجزئة أو وكيلاً أو مصنعاً أو مقدم خدمة). ولا بد من الإشارة هنا إلى أن التعريفات ليست بالأمر السهل، فضلاً عن أنها ليست من مهمات المشرع، إنما الذي يتولى التعريف هو الفقه الذي اختلفت تعريفاته بشأنها.

لذلك نجد أن المشرع الفرنسي لم يورد تعريفاً للمهني منذ صدور القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٨، مما دفع الفقهاء إلى الإدلاء بدلوهم وفي ذلك اختلفوا وتعددت آراءهم كما يأتي:

١- ذهب البعض إلى أن المهني هو الشخص الذي يتصرف لحاجات وأغراض مهنته، وليس لأغراض الاستعمال أو الاستهلاك، بل يقصد من ذلك إلى إعادة بيع الأشياء أو توزيعها أو إعادة تركيبها أو تجميعها وذلك لأغراض وأهداف المهنة سعياً وراء تحقيق الأرباح.

١. د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة، ط١، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٨، ص ١٢١. وكذلك د.

جمال زكي، البيع الإلكتروني للسلع عبر شبكة الإنترنت، ط١، مصر، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٨، ص ٦٦.

٢. د. عمر أنجوم، حماية المستهلك في العقد المبرمة عن بعد، ص ٣٤.

٢- في حين ذهب رأي آخر إلى أن المهني هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتمتع بثلاثة من عوامل الأفضلية على من يتعاقد معه، فهو يتمتع بأفضلية من الناحية الفنية في المجال الذي يعمل فيه، فهو على دراية تامة بعناصر منتوجاته ومكوناتها ومميزاتها وعيوبها وما يمكن أن تتعرض له بعامل الزمن أو الاستعمال سواء كان يعمل في مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، كما يتمتع بأفضلية من الناحية القانونية، نتيجة كثرة اشتغاله بهذه المهنة أو الحرفة أو الخدمة واحتكاكه المستمر بالمستهلكين لها، مما يكسبه خبرة في التعامل من الناحية القانونية. إضافة لذلك فهو يتمتع بأفضلية اقتصادية في مواجهة المستهلك الطرف الضعيف، فهو في أغلب الأحوال محتكر للسلعة أو الخدمة التي يقدمها للآخرين.

هذه الميزات النسبية التي يتمتع بها المهني تشكل مصدراً من مصادر القوة التي بها يستطيع أن يفرض شروطه على المستهلك.

٣- وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن المهني هو الشخص الذي يكرس نشاطه الرئيسي والمعتمد بمهنته أياً كانت بقصد الحصول على الربح.

وعلى مستوى الفقه العربي، فقد اختار البعض تعريف الحرفي بأنه (ذلك الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يباشر حرفة تجارية أو صناعية أو فنية أو مهنية أو حرة أو زراعية أو مدنية على وجه الاحتراف ويمكن من خلال هذه الحرفة الحصول على السلع والخدمات وتقديمها للجمهور بمقابل مادي بهدف الحصول على الربح).<sup>١</sup>

ويلاحظ على هذا التعريف، أنه جاء مطولاً ويتضمن شرحاً مختصراً فضلاً عن أنه جاء متضمناً شرط احترام المهنة على خلاف ما يراه البعض. كما أسلفنا. بأنه لا يشترط التلازم بين صفة المهني واحترافه لهذه المهنة التي تعتبر شرطاً لاكتساب صفة التاجر وليس شرطاً للمهنة، كما في حالة مهنة الصيدلي الذي لا يعتبر تاجراً رغم احترافه المهنة.<sup>٢</sup>

## المطلب الثاني التمييز بين المهني والمستهلك

إن التمييز بين المهني والمستهلك يبدو واضحاً من حيث إن المستهلك يتصرف لأغراض تلبية احتياجاته الشخصية واحتياجات من يعولهم إذ يقتني بالأشياء سلعة كانت أم خدمات لسد تلك الحاجات، على خلاف المهني الذي يتصرف لتلبية حاجات مهنته أو حرفته، فهو يستأجر العقارات لأغراض تجارته، ويشترى السلع ويحصل على الخدمات في سبيل إعادة ترويجها على المستهلكين وإعادة بيعها، ويشترى المعدات والآلات ليستعملها في ممارسة مهنته، فهو بالطبع سيكون على خلاف المستهلك.

وعلى أساس ذلك فإن التمييز بين المهني والمستهلك هو الأساس في تطبيق القواعد الخاصة بحماية المستهلك، ويتجلى ذلك في أن المهني يتمتع دائماً بمركز أقوى في مواجهة المستهلك، بما لديه من خبرة

١. د. حمد الله محمد حمد الله، المصدر السابق، ص ٤٠.

٢. د. مساعد زيد عبد الله، الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، سنة ٢٠٠٧، ص ٤٦.

ودراية وقدرة مالية جعلته يتميز بأفضلية اقتصادية وقانونية ومهنية. فالهدف من حماية المستهلك هو إعادة التوازن في العلاقة بين المهني والمستهلك، وليست الغاية من وراء ذلك وضع قواعد تمكن المستهلك من اختراق العلاقة التعاقدية وإرباك النشاط الاقتصادي، فضلاً عن الغاية من التمييز بينهما ليس تقسيم المجتمع إلى طبقتين مختلفتين، فكل شخص يمكن وصفه بالمستهلك متى كان سعيه للحصول على السلعة أو الخدمة هي لأغراض سد احتياجاته المعيشية، وإن اكتسب من جهة أخرى صفة المهني، فالتاجر الذي يشتري ما يسد حاجاته المعيشية وحاجات أسرته يوصف بأنه مستهلك من هذه الجهة، فالعبرة من ذلك تكمن دائماً بالمرکز أو بالوظيفة الاستهلاكية لا بالمرکز أو الطبقة الفئوية التي ينتمي إليها الشخص. ذلك أن هذا التاجر أو المهني عموماً عندما يتعاقد خارج اختصاصه، يوجد في نفس الحالة (حالة عدم الدراية والخبرة) التي يوجد فيها المستهلك ومن ثم تستوجب حمايته من قوة الطرف الآخر، ولكن شريطة أن يكون المنتج أو السلعة التي اقتناها مخصصة للاستعمال الخاص أو الاستهلاك.

ومن خلال ما تقدم، تتجلى بوضوح معايير التمييز بين المهني والمستهلك ويمكن أن نوجزها بما يأتي:

١- معيار الاحتراف والمقصود به الأعمال التجارية التي يمارسها الشخص على سبيل الاعتياد والتكرار وبصورة دائمة ومستمرة واتخاذها مهنة للحصول على مصادر الرزق، وهنا يوصف الشخص صاحب الحرفة بالمهني أو المزود.

ويرى البعض ١ أن هذا الرأي غير صائب حيث إن الاعتياد وإن كان يقتضي تكرار العمل من وقت لآخر، إلا أنه يعد بمرتبة أدنى من الاحتراف فلا يكفي لاكتساب الشخص صفة التاجر القيام بالأعمال التجارية، بل يجب أن تمارس هذه الأعمال بصورة منتظمة ومستمرة بوصفها مصدراً للرزق.

٢- معيار الربح، فقد ذهب البعض إلى أن معيار الحصول على الربح من ممارسة عمل معين، يعتبر مهماً بمسألة تحديد صفة الشخص المهني بينما ذهب فريق آخر إلى القول بأن معيار الربح لا يكفي للوقوف على المفهوم القانوني، مستشهداً بذلك بما انتهت إليه لجنة تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي التي غضت النظر عن مسألة الربح عند الوقوف على مفهوم المزود، فضلاً عن أنه توجد العديد من الجمعيات التي تباشر أعمالها وتقدم سلعاً وخدمات دون أن تهدف إلى الحصول على الأرباح، كما استند البعض في تأييد استبعاد مسألة الربح عند الوقوف على صفة المزود إلى مصلحة المستهلك، حيث إن الاستناد إلى مسألة الربح يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام عمليات التضليل والخداع لتخلص المتعاقد مع المستهلك من الالتزامات بالتبصير وذلك بإثبات أنه لم يحقق ربحاً من جراء نشاطه ٢، ويرى البعض الآخر ٣، أن عامل الربح مهم في إضفاء صفة المهني على الشخص سواء كان طبيعياً أم اعتبارياً، وبالتالي يكون معياراً للتمييز بينه وبين المستهلك، على خلفية أن هدف تحقيق الربح عنصر جوهري في جميع الأعمال التجارية.

وبالعودة إلى قانون حماية المستهلك البحريني وللتعرف على المعيار الذي اعتمده المشرع في التمييز بين

١. د. مساعد زيد عبد الله، الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، سنة ٢٠٠٧، ص ٤٦.

٢. د. عبد الله ذيب عبد الله محمود، المصدر السابق، ص ٢١.

٣. من معايير التمييز المهني عن المستهلك، معيار التداول ومعيار المشروع. للمزيد من المعلومات حول هذين المعيارين يراجع: د. عثمان التكروري، الوجيز في شرح القانون الأردني، الجزء الأول، الناشر غير معروف، ١٩٩٢، ص ٣٦ وما بعدها.

المهني والمستهلك، فإن صراحة المادة الأولى من القانون - سائلة الذكر - تؤكد أنه اعتمد معيارين مهمين للتمييز بينهما، وهما:

١. معيار الغرض من التعاقد؛ ويتمثل هذا المعيار بأن الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه المستهلك من التعاقد هو إشباع حاجاته وحاجات التابعين له، وهذا ما يفهم من صراحة التعريف الذي أشرنا إليه سابقاً.
٢. معيار الاحتراف، وهو المعيار الذي يبدو واضحاً من تعريف المشرع البحريني للمزود في القانون ذاته وبالمادة الأولى عندما قال بأن المزود (كل من يقدم المنتجات سواء كان بائعاً أو تاجراً بالجملة أو بالتجزئة أو وكيلًا تجاريًا أو مصنعاً أو مقدم خدمة).

فهذا التعداد في الأنشطة تشترط الاحتراف والتكرار (الاعتياد المستمر على المهنة) الذي يشترطه القانون لإضفاء صفة التاجر. وحسناً فعل المشرع البحريني لأنه في هذا الاتجاه سيطلق يد القضاء في الاجتهاد ضمن مساحات واسعة تدخل في دائرة النشاطات الاقتصادية المتنامية بشكل هائل وسريع لأجل الوصول إلى وضع الحدود الفاصلة بين المهني والمستهلك وبالتالي تطبيق قواعد الحماية المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك.

### المبحث الثالث

#### الاختلاف الفقهي بشأن تحديد صفة حالات خاصة

بعد أن تناولنا تحديد الموضوع بالمستهلك من خلال التعرض للاتجاهين الواسع والضيق، وفضلنا الأخذ بالاتجاه الوسطي الذي يوسع من دائرة الحماية لشرائح اجتماعية، ولا يطلق العنان بشأنها بما يؤدي إلى انعدام الفواصل بين المهني والمستهلك، وعلى الرغم من ذلك فإن هناك بعض الحالات الخاصة لأشخاص ثار الخلاف الفقهي حول تحديد صفتهم كمستهلكين أم مهنيين لإمكان تحديد مدى شمولهم بالحماية المقررة في قانون حماية المستهلك.

وسنعرض بشئ من التفصيل لهذه الحالات ضمن المطالب الآتية:

#### المطلب الأول

##### المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه

أثير الخلاف في الفقه حول مدى تمتع المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه بصفة المستهلك من عدمه، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: فقد ذهب البعض إلى أن المهني الذي يتعاقد لأغراض مهنته لا يمكن أن يعد مستهلكاً في معنى قوانين حماية المستهلك سواء كان تعاقد ذات صلة بتخصصه أم لا. وحجتهم في ذلك أن المهني الذي يتعاقد لأغراض المهنة حتى لو كان خارج نطاق تخصصه لن يكون بحاجة إلى الحماية كما يحتاجها المستهلك وذلك لدرايته وسعة خبرته الأمر الذي يجعله أهلاً لتحقيق مصالحه وتقدير فوائدها. فضلاً عن ذلك فإن البحث في كل حالة عما إذا كان المهني المتعاقد لأغراض مهنته يفعل ذلك داخل تخصصه أم خارجه، ليست بالأمر السهل والمتيسر، فقد يأتي هذا الأمر متأخراً رغم أن الحاجة تدعو لمعرفة ذلك قبل الدخول في العقد

وليس بعد إبرامه، حتى يكون كل طرف على دراية تامة منذ البداية بما له وما عليه، والذي يحقق للأطراف ذلك لدى أصحاب هذا الرأي، هو المفهوم الضيق لمعنى المستهلك.

والمستهلك وفقاً لأصحاب هذا الرأي هو من يشتري مالاً لحاجاته الخاصة أو لحاجات نشاطه المهني في مجال لا يعود إلى اختصاصه ويشمل المستهلك الشخص الطبيعي أو المعنوي سواء كان تاجراً أم غير تاجر يتعاقد مع أحد المهنيين سواء لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو للحصول على سلع أو خدمات لقاء مقابل مادي، طالما أن محل العقد المبرم بينهما لا يدخل في محل نشاط المتعاقد مع المهني، ولم يكن لدى المتعاقد الخبرة أو العلم الكافي بأسرار النشاط الذي يقوم به المتعاقد الآخر (المهني).<sup>١</sup>

كما يرون أن تشبيه المهني المتعاقد خارج نطاق تخصصه بالمستهلك لا يصدق إلا بالنسبة للمهني الذي يمارس نشاطه في صورة المشروع الفردي، أي يقصرون امتداد وصف المستهلك إلى المهني الذي يعمل خارج نطاق تخصصه على التاجر أو المهني الفردي. في حين أن المهني المعنوي يكون بحاجة إلى اعتباره مستهلكاً وتمتعه بالحماية الواردة في قانون الاستهلاك في حالة تعاقدته على إشباع حاجات خارج نطاق تخصصه مثل التاجر الفردي.<sup>٢</sup>

وطبقاً لذلك فإنه يعتبر مستهلكاً من يشتري سيارة لاستعماله الشخصي أو لاستعماله المهني، لأنها في الحالتين ستهلك حتماً عن طريق الاستعمال، ولا يخرج من مفهوم المستهلك طبقاً لهذا الحال إلا من يشتري السلعة بقصد إعادة بيعها أو تحويلها إلى سلعة أخرى لعدم استهلاك الشيء في هذا الغرض.<sup>٣</sup>

ثانياً: اتجه بعض الفقه إلى القول بأنه ما دامت الحكمة من حماية المستهلك متأتية من جهله وعدم خبرته في مواجهة المهني الذي يتمتع بالخبرة والدراية، فهو متخصص يمتلك الإمكانيات الفنية والاقتصادية والقانونية، فإنه (أي المهني) يصبح مستهلكاً وجديراً بالحماية عندما يتعاقد لأغراض مهنته إلا أنه خارج نطاق تخصصه، كمن يشتري جهاز إطفاء الحريق ليضعه في محله المتخصص ببيع المواد الغذائية، لأنه في هذه الحالة سيكون شأنه شأن المستهلك العادي فهو لا يختلف أبداً عن صاحب منزل اشترى نفس الجهاز لتركيبه في بيته، أو محاسب اشترى جهاز حاسوب لاستعماله في مكتبه، فهو لا يختلف أبداً عن شخص اشترى ذات الجهاز لابنه الطالب في الجامعة.

وذهب آخرون إلى القول أن معيار عدم التخصص لكي يعتبر المهني مستهلكاً، لا يمكن اعتماده دائماً، بل اشترطوا لذلك عدم وجود علاقة مباشرة بين عقده ونشاطه المهني، وقد استدلوا في ذلك على ما قصده المشرع الفرنسي عند تعديله لقانون الشروط التعسفية عام ١٩٩٣ في المادة ١/١٣٢، حيث تحدث عن المهنيين وغير المهنيين معتبراً أن المصطلح الأخير مقصود من المشرع حتى يشمل المهنيين الذين يتعاقدون خارج تخصصهم وإن كان ذلك لمصلحة مشروعاتهم ومهنتهم. بل اعتبروا هذا اتجاهاً من المشرع نحو عدم موافقة محكمة النقض الفرنسية التي استلزمت عدم وجود أية علاقة بين عقد المهني ونشاطه حتى يمكن

١. جالك غستان جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية

للدراستات والنشر والتوزيع، ط١، سنة ٢٠٠٣، ص ٣٥٥.

٢. د. كوثر سعيد عدنان، المصدر السابق، ص ٤٠.

٣. د. محمد إبراهيم بنداري، المصدر السابق، ص ٧١.

أن يتمتع بصفة المستهلك. وعليه فلم يعد كافياً أن يكون تصرف المهني خارجاً عن نطاق تخصصه لكي يعامل معاملة المستهلك، بل يلزم ألا يكون لهذا التصرف أية علاقة بنشاط المهني أو مشروعه، ومن ثم أصبحت محكمة النقض الفرنسية تستلزم لحماية المهني من الشروط التعسفية عدم وجود علاقة مباشرة بين تصرف ونشاط المشروع، ويعتبر تصرف المهني ذا علاقة مباشرة بنشاطه أو مشروعه إذا كان في الدائرة الاقتصادية له من حيث التصنيع أو التوزيع أو التسويق أو الإعلان أو بالنشاط الخدمي الذي يمارسه المهني.<sup>١</sup>

ومن جهتنا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى القول بتوسيع دائرة الحماية للمهني واعتباره مستهلكاً يتمتع بالحماية بكافة التصرفات التي يبرمها باستثناء تلك التي لها علاقة مباشرة بنشاطه المهني، ففيه تتجسد الحكمة من قوانين حماية المستهلك، وهي عدم الخبرة والدراية والمعرفة في مواجهة مهني متخصص. والأخذ بهذا الاتجاه يعزز الجنوح إلى التمسك بالاتجاه الوسطي لتعريف المستهلك الذي تكلمنا عنه سابقاً.

## المطلب الثاني المدخر

الادخار هو جزء من الدخل يحتفظ به لوقت الحاجة، ولا يستهلك إلا عند الضرورة<sup>٢</sup>، ومن ظواهر الأمور يبدو أن المدخر يجب ألا يعد مستهلكاً، فلا تشملته قواعد الحماية المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك. إذ ان من الواضح أن تصرفات المدخر تختلف عن تصرفات المستهلك من حيث القصد والغرض الذي يبتغيه كل منهما، فإذا كان الأول يبحث من وراء ادخاره عن الإثراء وذلك باقتطاع جزء من دخله ويفضل عدم صرفه على الاستهلاك فإن الثاني (المستهلك) يفتقر بهدف إشباع حاجياته الضرورية حسبما تقتضيه ظروف معيشته. ولذلك يصعب الجمع ما بين مفهومي الادخار والاستهلاك. وعلى أساس ذلك؛ فإن المستهلك شخص يستخدم إمكاناته المادية لإشباع متطلباته الحالية، أما المدخر فهو على العكس يحتفظ بموارده المتاحة ويستثمرها ويوظفها لإشباع حاجاته المستقبلية وتلك هي النظرية الاقتصادية لكل منهما. أما لو نظرنا إلى المدخر والمستهلك من الزاوية القانونية المتمثلة بالهدف من تشريع قوانين خاصة بحماية المستهلك لتبين لنا أن حاجة المدخر للحماية لا تقل عن حاجة المستهلك، فكلاهما غير مهني وكلاهما يعمل خارج نطاق تخصصه وكلاهما يتعامل مع مهني محترف، بل ان المدخر يتعامل مع مهني بالغ الاحتراف وذي قدرة مالية واقتصادية وقانونية كالمؤسسات المالية، الأمر الذي يجعل المدخر في حاجة إلى الحماية تفوق حاجة المستهلك، فلا تأثير لاختلاف المعنى الاقتصادي لكل منهما. والاتجاه الراجح في الفقه والقضاء

١. للمزيد حول هذا الموضوع، يراجع: د. محمود عبد الرحيم الديب، المصدر السابق، ص ٢١، وما بعدها.
  ٢. حسب النظرية الاقتصادية يكون للادخار صورتين: الصورة الأولى؛ هي التي تظهر كعنصر من عناصر الأصول المكونة لرأس المال، وهو ما يصطلح على تسميته بالادخار المتحرك الذي يستغل لجني الأرباح، والصورة الثانية؛ وفيها تتخذ الادخار صورة الدين، ويقصد بها وضع جزء من المداخل جانباً للانتفاع بها في وقت لاحق. ويرى الباحثون بهذا الصدد أن الصورة الثانية من الادخار يعتبر المدخر فيها مستهلكاً، لأن الادخار ما هو إلا استهلاك مؤجل والمدخر يحتفظ بقدراته الشرائية للانتفاع بها في وقت لاحق.
- وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، يراجع د. مهدي منير، رسالة دكتوراه، بعنوان المظاهر القانونية لحماية المستهلك، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، المغرب، ٢٠١٣.

يرى استبعاد المدخر من نطاق حماية المستهلك ١ .

## المطلب الثالث المستهلك الإعتباري

الذي يطالع التشريعات القانونية الخاصة بحماية المستهلك، يجد بوضوح أن كثيراً منها قصرت صفة المستهلك على الشخص الطبيعي وإن كان البعض من تلك النصوص، خاصة تلك المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، لم يقصرها على الشخص الطبيعي الأمر الذي يجعل إفادة الشخص المعنوي منها ممكنة ٢. فحيث كان المشرع الفرنسي ابتداءً قد عول على الغرض من التصرف وهو إشباع الحاجات الشخصية دون العائلية فضلاً عن اقتصاره على الشخص الطبيعي، إلا أننا نجد أن التطور الطبيعي للقضاء الفرنسي في تعريف المستهلك قد وسع من وصف المستهلك ليشمل الأشخاص المعنوية بالإضافة إلى الأشخاص الطبيعية. وبهذا الصدد فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها الأولى المدنية حكماً حديثاً مهماً بتاريخ ٢٨ نيسان ١٩٨٧، والذي اعتبر شركة تجارية بوصفها مستهلكة وتستفيد من نصوص القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ المتعلق بحماية المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية رغم أنها شخص معنوي يباشر أنشطة تجارية في مجال العقارات.

وتتلخص وقائع القضية أن هذه الشركة تعاقدت على شراء جهاز إنذار مبكر لحماية أماكنها ثم تبين أنه معيب، ولما أرادت الشركة إبطال العقد المبرم بينها وبين البائع، اعتبرت المحكمة أن شروط العقد هي شروط تعسفية وبالتالي تعتبر كأن لم تكن وفقاً للقانون السالف الذكر. ورغم أن الشركة شخص معنوي مهني في مجال الأنشطة العقارية إلا أنه أجنبي فيما يتعلق بالتقنية الخاصة بنظام الإنذار، كما أنها بصدد العقد محل النزاع توجد في نفس الحالة من الجهل (عدم العلم) مثلها في ذلك مثل أي مستهلك آخر.

وتظهر أهمية هذا الحكم في أنها المرة الأولى التي أجازت فيها محكمة النقض الفرنسية اعتبار الشخص المعنوي - رغم أنه مهني - مستهلكاً يستفيد من التشريع الخاص بحمايته بعد أن كانت ترفض ذلك ٣ .

وتبين من هذا الحكم، أن القضاء الفرنسي أرسى قاعدة الأخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك منذ عام ١٩٨٧، فلم يعد وصف المستهلك قاصراً على الشخص الطبيعي، بل شمل الشخص المعنوي بشرط أن يكون تعاقدته خارج نطاق تخصصه لإمكان إفادته من نصوص الحماية ٤ .

وبالعودة إلى قانون حماية المستهلك البحريني نجد أن المشرع قد حسم هذه المسألة، وهذا الخلاف الفقهي حين عرفت المادة الأولى من القانون سالف الذكر أن المستهلك هو (كل شخص طبيعي أو اعتباري....).

١. د. مهدي منير، المصدر السابق، ص ١١٨ وما بعدها.
٢. التشريع الفرنسي الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ الخاص بالشروط التعسفية.
٣. للمزيد م التفاصيل حول هذا الموضوع، يراجع؛ د. أحمد محمد محمود، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، دراسة مقارنة، الناشر المكتبة العصرية، سنة ٢٠٠٨، ص ٥٦-٥٩.
٤. وكذلك د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤، ص ١٩ وما بعدها.
٥. رمضان الشرباص، حماية المستهلك، مصر، سنة ٢٠٠٩، ص ١٧ وما بعدها.

لذلك فإن الشخص المعنوي وفقاً لذلك يمكن أن يتمتع بوصف المستهلك إلى جانب الشخص الطبيعي بشرط ألا يسعى من وراء نشاطه أو تعاقدته مع الطرف الآخر إلى تحقيق الربح، بل فقط ينصب نشاطه في خدمة أعضائه فهو يحصل على السلع والخدمات لصالح أعضائه دون هدف الربح. فالجمعيات التعاونية والتقابات المهنية وهي تعمل في هذا الإطار إنما هي طرف ضعيف فنياً واقتصادياً وقانونياً في مواجهة الطرف الآخر المهني، وهي تعمل أيضاً خارج نطاق تخصصها، ومن ثم تطبق عليها كل معايير الحماية المقررة في قانون حماية المستهلك.

## الفصل الثاني

### النطاق القانوني للحماية المهنية للمستهلك

إن نطاق الحماية اللازم إسباغها على المستهلك يدخل مجالات لا تخضع لحصر، فهي تبدأ من الدعاية المضللة وحجب المعلومات والتلاعب بأسعار المنتجات الضارة بالصحة، والغالب في التصرفات القانونية أن المستهلك هو الطرف الضعيف، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار الكثير من العقود التي تخلو من التفاوض هي من عقود الإذعان، حيث يكون للمستهلك الحق في تعديل الشروط التعسفية أو إبطالها فضلاً عن أن إعطاء المستهلك العديد من الحقوق<sup>١</sup>، يبعث على الاعتقاد أن كثيراً منها تجعل إمكانية تعرضها إلى الإخلال من الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية، وهو المهني بحكم ما يتمتع به من ميزات مهنية وقانونية واقتصادية. أمراً متاحاً له (أي المهني)، مما دفع المشرعين والمهتمين بحماية حقوق المستهلك إلى التصدي لها بقواعد تشريعية تضمن إعادة التوازن في الحقوق والالتزامات بين الطرفين. ونظراً لكثرة المجالات اللازمة لحماية المستهلك والتي يبدو أن الشروط التعسفية تجد مجالها الرحب فيها، لذلك فإننا سنتناول بيان ماهية هذه الشروط وتعريفها وبيان عناصرها ومعايير تمييزها وموقف القانون البحريني من مواجهتها وذلك في إطار العلاقة بحماية المستهلك منها ضمن المباحث الآتية:

## المبحث الأول

### حماية المستهلك من التعسف

إن الحديث عن حماية حقيقية للمستهلك لا تأخذ بعدها الحقيقي دون الحديث عن حمايته من المهني ومن شروطه التعسفية التي يوردها في عقودها، حيث لا يكون في مقدور المستهلك رفضها نظراً لوضعية المهني المتميزة، وبالتالي تغيب إرادة المستهلك التي تعد مناط الالتزام.

١. أشارت المادة ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك البحريني أن القانون المذكور يهدف إلى حماية حقوق المستهلك وبصفة خاصة الحقوق التالية:

- ١- الحق في الصحة والسلامة عند استعماله للعادي للمنتجات.
- ٢- الحق في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليها.
- ٣- الحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات المتعدد قانوناً.
- ٤- الحق في الحصول على المعرفة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.
- ٥- حق احترام خصوصية المستهلك والحفاظ على معلوماته الشخصية وعدم استغلالها لأغراض أخرى.
- ٦- حق المستهلك في الحياة في بيئة صحية.

من هنا تأتي المخاوف التي يتعرض لها المستهلك وذلك فيما تحويه عقود الإذعان من شروط مفروضة قد تكون مجحفة بالطرف الضعيف في العقد، وقد تتمثل تلك المخاوف في شروط تعسفية يضعها المهني في العقد وإن لم تتوافر له خصائص عقد الإذعان إلا أن طرفيه ليسا في ظروف متكافئة تتيح لهما مناقشة بنود العقد وشروطه بحرية، مما يصبح معه الحديث عن اختلال التوازن بين طرفي العقد أمراً واضحاً، هنا تأتي الحاجة إلى حماية المستهلك من تلك الشروط.

لذلك سنتناول في هذا المبحث التعريف بالشرط التعسفي وخصائصه، وبيان معاييرها وذلك من خلال نموذج عقود الإذعان بقدر صلتها بالعقود الاستهلاكية وذلك ضمن المطالب الآتية:

## المطلب الأول الشرط التعسفي

إن التشريعات القانونية المعاصرة أولت أهمية كبيرة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فهي اعتبرت تعسفاً كل شرط لم يكن موضوع مفاوضات فردية بين المستهلك والمهني، حيث تهدف هذه الشروط أساساً للإضرار بمصالح المستهلك، ويترتب عليها انعدام العدالة وفقدان التوازن في المصالح بين حقوق والتزامات طرفي العقد<sup>١٠</sup>.

ومما لا شك فيه أن وجود الشرط التعسفي في العقد المبرم بين المهني والمستهلك تؤثر لا محالة على القوة الملزمة للعقد وتؤدي إلى عدم تنفيذه، ومن بين تلك الشروط التي يوردها المهنيون في عقودهم تلك الشروط التي تعفيهم من المسؤولية أو تخفف منها في حالة التأخر في تنفيذ العقد. ولأهمية ذلك ينبغي الوقوف عند تحديد الشرط التعسفي من حيث تعريفه وبيان خصائصه. وهذا ما سنتناول بيانه ضمن الفقرات التالية..

### أولاً: التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

نال تعريف الشرط التعسفي اهتماماً كبيراً في الوسط الفقهي، حيث عرفه البعض بأنه الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة، وقيل أنه الشرط الذي يفرضه المهني على غير المهني مستغلاً في ذلك سطوته الاقتصادية<sup>٢</sup> ويترتب عليه ميزة مفرطة للمهني ومجحفة للمستهلك. كما وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين.

وهناك اتجاه في الفقه ذهب إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه (ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة) ويضيف قائلاً أن هذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر حسب ظروف التعاقد

١. د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٤٩.

٢. وهذا ما نصت عليه المادة ١/٣٥ من القانون الفرنسي الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨، مشار إليه في د. محمد عبد الرحيم الديب، المصدر السابق، ص ٣٤.

وموضوعه وحالة طرفيه ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة، وينتهي إلى القول: أن أمر تقديرها يعود إلى محكمة الموضوع<sup>١</sup>، وهذا التعريف في نظر البعض<sup>٢</sup>، لم يأت بجديد حيث أورد تعريفاً آخر للشرط التعسفي بأن قال: (إن الشرط التعسفي ينقسم إلى شرط تعسفي بذاته، وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجه، وتكشف عنه ذات ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره، وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها، فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها، وعدم مراعاة روحها)<sup>٣</sup>.

ونعتقد من جهتنا أن هذا التعريف، هو تصنيف للشروط التعسفية وأقرب إلى التعداد منها إلى التعريف. في حين ذهب جانب آخر من الفقه العربي، وتحديدًا الجزائري إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه (ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقتضي به العدالة)<sup>٤</sup>.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء متفقاً مع حكم المادة ٥٨ من القانون المدني البحريني التي قررت أن القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط، يقوم بذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة. وفي مقابل ذلك فإن جانباً من الفقه العربي عرف الشرط التعسفي بأنه الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر. ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء غير محدد، ووفقاً له يمكن أن يعتبر تعسفياً شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها والشروط الجزائية وشروط إسناد الاختصاص، ولذلك يمكن وصفه بأنه تعريف عام. وذهب اتجاه آخر من الفقه العربي إلى تعريفه بأنه (في عقد مبرم بين مهني ومستهلك محرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني، يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط، بالنظر للميزة القاصرة على المهني، يؤدي إلى عدم التوازن في حقوق والتزامات والأطراف)<sup>٥</sup>.

### ثانياً: التعريف القانوني للشرط التعسفي:

عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة ٣٥ لسنة ١٩٧٨، المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات بأنه (في العقود الملزمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرمة، محددة أو منظمة ... الشروط المتعلقة ب.... حينما تبدو هذه الشروط مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة). ويستفاد من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد تعرض لمسألة تعريف الشرط التعسفي، حيث أن الاتجاه

١. د. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٢، ص ٤٣٦.
٢. د. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، سنة ٢٠٠٢، ص ٢٨.
٣. د. عبد الحكيم فودة، المصدر السابق، ص ٤٢٤.
٤. د. أحمد محمد الرفاعي، المصدر السابق، ص ٢١٢.
٥. د. السيد عمران، المصدر السابق، ص ٣٣.

السابق على صدور هذا القانون كان يتمثل في ترك مهمة التعريف للقضاء . غير أن هذا الأمر قد تغير فيما بعد للقناعة بأن ترك الأمر للقضاء سيستغرق وقتاً طويلاً لأجل أن يستقر القضاء على موقف محدد إزاء كل شرط أو نموذج من الشروط ١ .

واستناداً لمرسوم تنفيذي صادر لأغراض هذا القانون والذي اعتبر فيه شرطاً تعسفياً الشرط الذي يكون محله أو أثره إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه ٢ . وكذلك الشرط الذي يكون محله أو أثره يتضمن إلغاء أو نقض حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أيأ كانت ٣ .

ولم يتغير محتوى هذا التعريف عن المادة ٣٥ سالفه الذكر، بعد إصدار المشرع الفرنسي لقانون الاستهلاك سنة ١٩٩٥ إلا من حيث الشكل فقط، حيث عرف الشروط التعسفية بأنها تلك (التي يكون موضوعها أو في نتيجتها أن تخلق - على حساب غير المحترف أو المستهلك - عدم توازن ذي دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد) . ٤

وبهذا فإن المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في تعسفية الشروط هي تلك التي تفرض على المستهلك عن طريق تعسف الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين وما يترتب له عن ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة. ه أما المشرع الألماني، فيبدو أنه سلك مسلكاً أكثر منطقية في مجال الحماية من الشروط التعسفية، وذلك بموجب قانون سنة ١٩٧٦ المتعلق بالشروط العامة للعقود، وذلك عندما تبنى في المادة ١١ منه قائمة بالشروط التي اعتبرها تعسفية وأوجب بطلانها، كما وعرفت المادة الأولى منه الشروط المخلة بالتوازن العقدي، بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد (...).

ويستفاد من هذا النص أنه لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلك فقط، بل يمد الحماية إلى المهني كذلك ٦ وحتى التشريعات العربية التي تناولت تعريف الشرط التعسفي نذكر منها التشريع الجزائري حيث عرفت المادة ٣ من القانون المتعلق بالممارسات التجارية لسنة ٢٠٠٤ الشرط التعسفي بأنه (كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد).

ويستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري، لم يقصر مفهوم الشرط التعسفي على عقود الاستهلاك، إنما امتد ليشمل عقود المهنيين وبذلك يتفق مع المشرع الألماني من هذه الجهة.

- ١ . د. أحمد محمد الرفاعي، المصدر السابق، ص ٢١٣.
- ٢ . المادة ١ من مرسوم ٢٤ مارس ١٩٧٨ الصادر بالتطبيق لقانون ١٠ يناير ١٩٧٨، إلا أن هذه المادة قد أُنغيت من قبل مجلس الدولة الفرنسي في ٣ ديسمبر ١٩٨٠، وكان سبب الإلغاء تجاوز الحكومة لسلطاتها وذلك لتحريمها الشروط الواردة بطريق الإحالة، وهذا ما لا يدخل في اختصاصها. نقلاً عن د. أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢١٣.
- ٣ . المادة ٢ من مرسوم ٢٤ مارس ١٩٧٨ السابقة.
- ٤ . المادة ١/١٣٢ من القانون سنة ١٩٩٥.
- ٥ . د. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٧، ص ٢٩.
- ٦ . د. محمد بودالي، المصدر السابق، ص ١٨.

أما المشرع البحريني، فلم يتبن تعريفاً محدداً للشروط التعسفية، إنما اكتفى ببيان ذلك في إطار القواعد العامة الواردة في القانون المدني والتي تتجلى واضحة في عقود الإذعان، التي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر احتكاراً فعلياً أو قانونياً شيئاً يعد ضرورياً للمستهلك<sup>١</sup> ويصدر الإيجاب عادة إلى جميع الناس وبشكل مستمر ويغلب أن يكون مكتوباً والشروط التي يميلها الموجب شروط لا تناقش وأكثرها لمصلحته، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر<sup>٢</sup>. وحيث إن الأثر الإيجابي المحدود الذي تقدمه النظرية التقليدية لعقود الإذعان في مجال حماية المستهلك مرتبط بكثرة الشروط التي يجب أن تتوافر في العقد حتى يكون من عقود الإذعان، مما يجعل الكثير من العقود المختلة التوازن سلبياً تجاه المستهلك ولا تصنف بصفتها عقود إذعان حسب المفهوم التقليدي وبالتالي لا يستفيد المستهلك من الحماية أعلاه<sup>٣</sup>.

لذلك يمكن القول أن صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك البحريني جاء ليسد بعضاً من الفراغات التي تعاني منها النظرية التقليدية في عقود الإذعان في مواجهة التطورات الاقتصادية المتلاحقة التي جعلت الكثير من العقود تتميز بالتعقيد الشديد بالنسبة للمستهلك، مما شكلت أسباباً أدركها المشرع البحريني في التصدي لعلاجها من خلال القانون المذكور سالف الذكر. ورغم ذلك فإنه أي المشرع لم يعرف الشرط التعسفي، إنما ذكر الكثير من الشروط والالتزامات التي تقع على عاتق المهني الواجب أدائها تجاه المستهلك، وعد مخالفتها بمثابة شروط تعسفية، والتي سنتناول بيانها فيما بعد، وبذلك يكون المشرع البحريني قد نهج مسلك المشرع المصري بهذا الصدد.

وعلى أساس ما ذكر، يمكن القول أن التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك، انتهجت ثلاثة أساليب في بيان ماهية الشروط التعسفية التي يلزم حماية المستهلك منها، أولها يتمثل بتعريف عام للشرط التعسفي في عقود الاستهلاك وبما يجعله شاملاً لكل ما يدرج من شروط في هذه العقود ومن دون حصرها بنطاق معين كقانون الاستهلاك الفرنسي الصادر سنة ١٩٩٣ والذي نص في المادة ١/١٢٢ منه والمقابلة لنص المادة ٢٥ لسنة ١٩٧٨ على أنه تكون شروط تعسفية إذا كان موضوعها أو من أثارها أحداث اختلال بين حقوق والتزامات طرف في الاستهلاك<sup>٤</sup>. وكذلك التوجيه الأوروبي الصادر من الاتحاد الأوروبي المتعلق بمنع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك في ٢١/٤/١٩٩٣ والذي عرف الشرط التعسفي في المادة ٢/١ منه بأنه الشرط الذي يؤدي إلى عدم توازن ظاهر في غير صالح المستهلك بين حقوق الأطراف والتزاماتها الناجمة عن

١. للمزيد من التفاصيل راجع: دراسة منشورة عبر شبكة الإنترنت بعنوان الاحتكار، مزايا للشركات وأضرار للمستهلك، علي عبد العزيز، محمد شريف بشير.

<http://www.islamonline.net/iol-aabic/dolia/namaa-49/morajaat.asp>

٢. د. عامر قاسم أحمد القيسي، مصدر سابق، ص ٢٣. وكذلك د. نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، ط ١، الأردن، مؤسسة زهران للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩١، ص ٣٦.

٣. د. عامر قاسم أحمد القيسي، المصدر السابق، ص ٣٤. وكذلك د. أمين دواس، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ط ١، فلسطين، دار الشروق للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٤، ص ٢٠٣.

٤. أنظر النص منشور على الموقع: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

العقد ١. وثانيهما تأخذ بفكرة الابتعاد عن إبداء تعريف محدد والاكتفاء ببيان الصور التي يمكن أن يعد فيها الشرط تعسفياً وذلك من خلال ذكر نماذج لهذه الشروط بحيث يكون ذكره في العقود بمثابة شرط تعسفي وما عدا ذلك فلا. أما ثالث هذه الأساليب فيتجلى ببيان أثر وجود الشرط التعسفي هي العقد سواء بإبطاله أو إبطال الشرط وذلك حسب حكم كل حالة دون الدخول في تفاصيل هذه الشروط أو تعريفها كقانون حماية المستهلك المصري لسنة ٢٠٠٦ وقانون حماية المستهلك القطري ٢. وبالعودة إلى القانون البحريني؛ فإننا نعتقد أن المشرع البحريني قد جمع بين الأسلوبين الثاني والثالث وذلك من خلال بيان الصور التي يمكن اعتبار ورودها في العقد بمثابة شروط تعسفية وتجلى ذلك واضحاً من خلال الالتزامات التي تقع على عاتق المهني والمبينة في المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٨ من قانون حماية المستهلك واعتبر وجود أي شرط في العقد الاستهلاكي بما يخالف تلك الالتزامات شروطاً تعسفية ورتب عليها أثراً متمثلاً بالبطلان وذلك بموجب المادة العاشرة من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ والتي تنص على (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط الإغناء المسبق للمزود من التزاماته الواردة بهذا القانون).

وبعد بيان التعريف الفقهي والتشريعي للشرط التعسفي وبيان الاختلاف بين بعض التشريعات في تحديد نطاق ومدى تعدي شموله لعقود الاستهلاك إلى عقود المهنيين، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف عناصر الشرط التعسفي بين تلك التشريعات، فإن الحاجة تدعو إلى بيان عناصر الشرط التعسفي، وهذا ما يكون محلاً للمطلب التالي:

## المطلب الثاني عناصر الشرط التعسفي

تختلف عناصر الشرط التعسفي باختلاف التعريفات التي تبنتها التشريعات الوطنية، فعناصر الشرط التعسفي في القانون الفرنسي تختلف عن مثيلاتها في التشريع الجزائري، وهي تختلف كذلك عن العناصر ذاتها في القانون البحريني.

ورغم ذلك فإن هذا الاختلاف لا يمنع ذكر العناصر التي تجمعها خصائص مشتركة مع الإشارة إلى أوجه الخلاف بين بعضها.

وتتمثل هذه العناصر بما يأتي:

١. أنظر النص منشور على الموقع:

[Http://ec.europa.eu/consumers/conc-int/safe-shop/fair-bus-pract/index-en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/conc-int/safe-shop/fair-bus-pract/index-en.htm)

٢. المادة ٢٤ من قانون حماية المستهلك القطري، التي تنص على (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إغناء المزود من أي من التزاماته المنصوص عليها في هذا القانون).

وتنص المادة ١٠ من قانون حماية المستهلك المصري (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إغناء مورد السلعة أو مقدم الخدمة في أي من التزاماته الواردة بهذا القانون).

## أولاً - أن يكون مجال الشرط عقد استهلاك:

سبق وأن بينا أن عقد الاستهلاك هو العقد المبرم بين المهني من جهة والمستهلك أو غير المهني من جهة ثانية.

ووفقاً للتعريف الوارد في القانون الفرنسي، فإن المقصود بالشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون مدرجاً في العقد المبرم بين المهني والمستهلك.

وتطبيقاً لذلك فإن القضاء الفرنسي وبمناسبة تطبيق الأحكام الخاصة بقانون الاستهلاك رفض تطبيقها على عقود المهنيين، وبالتالي فإن الشرط المدرج في عقد مبرم بين مهنيين ليس شرطاً تعسفياً بمفهوم قانون الاستهلاك الذي تنحصر غايته في حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك الذي هو المستهلك.<sup>١</sup> وعلى خلاف ذلك، فإن القانون الألماني لسنة ١٩٧٦ والمتعلق بالشروط التعسفية، لم يقصر الحماية منها على المستهلكين وحدهم، أي أن الحماية مدها إلى كل طرف في العقد، ويستوي أن يكون ذلك الطرف مستهلكاً أم لا.

وفيما يتعلق بالتشريع البحريني، وبمناسبة التعريف الذي أورده المادة الأولى من القانون سالف الذكر، يمكن أن نستخلص بأن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يرد في عقود الاستهلاك المبرمة بين المهني من جهة والمستهلك من جهة أخرى وبالتالي فإن الحماية التي يسبغها قانون حماية المستهلك هي التي تسري على المستهلك دون المهني، ما دام المستهلك هو الذي يحصل على السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته أو التابعين له وبالتالي يكون هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في مواجهة المهني المحترف. وعلى أساس ذلك فلا مناص أمام القضاء من قصر الحماية على المستهلك وحده دون المهني.

## ثانياً - أن يكون الشرط مكتوباً:

وهذا يعني أن الشرط الذي يوصف بأنه شرط تعسفي، يجب أن يكون مكتوباً، والتشريعات التي أخذت بهذا النظام؛ كالتشريع الجزائري أو الفرنسي لم تشترط شكلاً معيناً له، فقد تأتي في وصلات الشراء أو الفواتير أو وصلات الضمان أو التسليم أو على ظهر لوحات أو لافتات.<sup>٢</sup> وبغض النظر عن طبيعة الشروط، فقد تتعلق بكيفية دفع الثمن أو تسليم الشئ أو عبء المخاطر أو مدى المسؤولية أو شروط التنفيذ.

وبالعودة إلى القانون البحريني، وعلى خلاف ما تقدم ذكره في التشريعات، نجد أن المجالات التي يمكن أن تتجلى فيها الشروط التعسفية، نجدها واضحة في عقود الإذعان والتي تناولت تعريفها المادة (٥٧) من القانون المدني التي تنص على (لا يمنع قيام العقد أن يجيء القبول إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه).

ويستفاد من هذا النص أنه لا يشترط الكتابة فيه كما فعل المشرع الفرنسي والجزائري<sup>٣</sup>، ورغم ذلك

١. د. محمد بودالي، مصدر سابق، ص ١١١.

٢. أنظر نص المادة ٤/١/١٣٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي، نقلاً من د. محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١١٤.

٣. حيث اعتبرت المادة ١/٣ من القانون الجزائري لسنة ٢٠٠٤ أن عقد الإذعان هو العقد الذي يكون مجالاً للشروط التعسفية، يجب أن يكون محرراً مسبقاً، فمن عبارة محرر مسبقاً، يستخلص أن الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري تقتصر على الشروط المكتوبة مسبقاً دون تلك التي لم تكتب.

فإن الغالب في هذه العقود أن تكون مكتوبة بصفة مسبقة، إلا أن الكتابة ليست ركناً في إثباتها، فيجوز أن تأتي شفاهةً كما لا يوجد في قانون حماية المستهلك البحريني ما يشير إلى اشتراط الكتابة في عقد الاستهلاك. وبذلك فإن شرط الكتابة لا تدخل ضمن عناصر الشرط التعسفي في قانون حماية المستهلك البحريني. وعليه فإن الحماية المقررة في القانون البحريني للمستهلك من الشروط التعسفية لا تقتصر على تلك الشروط المكتوبة فحسب إنما تمتد إلى الشروط غير المكتوبة أيضاً.

### ثالثاً - أن يكون الشرط التعسفي سبباً لاختلال التوازن بين أطراف العقد:

سبق أن أوضحنا بأن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية لأغراض الحصول على ميزة مجحفة، وينتج عنها عدم التوازن أو التكافؤ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية.

والطابع التعسفي للشرط يتجدد بالاستناد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد ويقدر وقت إبرامه. ١ وإذا تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لشرط وارد في عقد معين سبق إبرامه، فإن ذلك يتم استناداً إلى المعيار الشخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف إبرام العقد، أما إذا تعلق الموضوع بالطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فإنه ولا شك يتحدد بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظروف عادية. ٢

وعلى خلاف ذلك، نجد أن المشرع الجزائري وبمناسبة تعريفه للشرط التعسفي أكد على أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون من شأنه إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. ٣ ونستنتج من ذلك أن المشرع أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرط ما تعسفياً. أما المشرع البحريني، ولأنه لم يعرف الشرط التعسفي لا في القانون المدني ولا في قانون حماية المستهلك رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢، فلا مناص من الركون إلى نص المادة ٥٨ من القانون المدني؛ والمتعلقة بعقد الإذعان والتي نستنتج منها أن المشرع البحريني أخذ بمعيار العدالة. الذي سنتناول بيانه فيما بعد. كأساس في التحقق من تعسفية الشرط الوارد في عقود الاستهلاك، بحسبان أن عقود الإذعان هي المجال الرحب الذي تدور فيه الشروط التعسفية.

إن ما تقدم بيانه يقودنا إلى الحديث عن معايير الشرط التعسفي، وهذا ما سيكون محلاً للمطلب التالي:

١. وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة ١٣٢-١/٥ من قانون الاستهلاك لسنة ١٩٧٨.
٢. للمزيد من التفاصيل؛ يراجع: د. محمد بودالي، المصدر السابق، ص ٢٨ وما بعدها.
٣. ينظر المادة ٣ من قانون سنة ٢٠٠٤ (الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد).
٤. أنظر نص المادة ٥٨ من القانون المدني البحريني التي تنص على (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المدعى، أن يعدل من هذه الشروط برفع ما فيها من إجحاف، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

## المطلب الثالث معايير الشرط التعسفي

إن غالبية التشريعات الوطنية ومنها القانون البحريني، تضمنت معياراً تقليدياً يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في عقد الإذعان هو شرط تعسفي أم لا، إلا وهو معيار العدالة، والذي على أساسه يتم تعديل الشروط التعسفية، هذا ما درج العمل به في القواعد التقليدية، أما بعد صدور القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ظهرت معايير حديثة مختلفة عن سابقتها يتحدد بموجبها كون الشرط المدرج في عقد الإذعان يعد شرطاً تعسفياً أم لا. وسنحاول بيان هذه المعايير ضمن الفقرات الآتية:

### أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

بموجب هذا المعيار يعتبر الشرط تعسفياً إذا كان الشرط مفروضاً من المهني على المستهلك أو غير المحترف بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي<sup>١</sup>. وقد أشارت إلى هذا المعيار المادة ٣٥ من القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٨. سألفة الذكر. وقد تعرض هذا المعيار إلى الانتقاد، حيث قيل عنه أنه معيار غامض، إذ ينبغي لمن يفرضه أن يكون ذا سلطة ونفوذ، وحيث أن السلطة أو النفوذ ليس مرادفاً دائماً للقوة الاقتصادية، فثمة حرج في بسيط أو ميكانيكي يمكن أن يستخدم نفوذه، بينما مشروع كبير لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته أو يخشى حدوث كارثة تجارية، إضافة إلى ذلك أن هذا المعيار لا يمكن استخلاصه إلا من الصفة الخاصة بأطراف العقد لذلك يوصف بأنه معيار شخصي<sup>٢</sup>. وإزاء الانتقاد الموجه لهذا المعيار، يمكن اعتبار وضع المستهلك كمؤشر لتقدير نفوذ المهني الذي يستغل وضع المستهلك الذي ليس له خيار إما أن يتعاقد أو يرفض التعاقد، وهو في الغالب غير قادر على مناقشة شروط العقد، وبالتالي فهو يمثل المركز الضعيف في العلاقة في مواجهة المهني الذي يفرض شروطه من منطلق نفوذه والمستهلك في أشد الحاجة إلى السلعة أو الخدمة، فهو يبرم العقد إبراماً مقترناً بقبول زائف؛ فضلاً عن ذلك يمكن الاستدلال على تعسف النفوذ الاقتصادي من عدم وجود توازن في العملية العقدية وغياب حسن النية إضافة إلى ذلك فإن تعسف النفوذ الاقتصادي يؤدي إلى حصول المهني على ميزة فاحشة وهو المعيار الثاني.

### ثانياً: معيار الميزة الفاحشة:

يتأتى هذا المعيار من المزايا المفرطة التي يحصل عليها المهني نتيجة التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي أو الفني الذي يؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد. وعليه لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفياً، فإنه يجب أن يكون مفروضاً بطريقة تعسف النفوذ الاقتصادي

١. د. عامر قاسم أحمد القيسي، المصدر السابق، ص ١٤٠.

٢. د. أحمد محمد الرفاعي، المصدر السابق، ص ٢١٨.

الذي يفرض به المهني وبشرط أن يمنحه ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى. ١  
لقد تعرض هذا المعيار لانتقادات عدة من جانب الفقه، ولعل أبرزها أنه معيار غامض من جهة أن الميزة الفاحشة التي يستحوذ عليها المهني غير محددة الكمية، فضلاً عن أن المزايا تلك لا يمكن حصر طبيعتها، فهل هي ذات طابع مالي، أم أكثر من ذلك.

فقد ذهب البعض أنه من الطبيعي أن تكون الميزة الفاحشة ذات طابع مالي، وهي تكون كذلك حيثما يتعلق الشرط بمبلغ الثمن، ولكن ليس من الضروري دائماً أن تكون ذات طابع مالي، فالشروط التعسفية قد تتعلق بجوهر الشئ أو التسليم أو عبء المخاطر، وهي بالتالي ليست ذات طابع مالي، فالميزة ليست ذات طابع مالي بالضرورة. ٢

أما بصدد كيفية تقدير الميزة، فيرى غالبية الفقهاء، أنه يجب عدم النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمهني منعزلاً عن غيره من الشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك، فربما يكون الشرط تعسفياً ويعطي بعض المزايا للمهني، وفي المقابل توجد شروط أخرى تعطي للمستهلك مزايا تعيد التوازن إلى العقد في مجمله. ٣

لذلك يرى هذا الفريق من الفقه، أن هناك صعوبة في تحديد العنصر الذي يعد نقطة انطلاق في تقدير الميزة المفرطة، ويرى ضرورة النظر إلى مجموع شروط العقد لتحديد هذا الاختلال وليس النظر إلى كل شرط على حدة، فقد يكون الشرط تعسفياً ولكن يكون مبرراً إذا نظرنا إليه في ضوء جميع الشروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي، لأن الشرط إذا نظر إليه بمفرده، قد يبدو تعسفياً، إلا أنه يكون مبرراً إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد ٤، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المهني الذي يقابله شرط آخر يتناول تخفيضاً في ثمن السلعة لفائدة المستهلك، وبهذا الصدد فإن المشرع الجزائري ذهب إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه على أنه كذلك وهو منفرد، بل ينظر إليه بصورة مشتركة مع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ٥

## المبحث الثاني

### موقف القانون البحريني في مواجهة الشروط التعسفية

إن الحديث عن موقف القانون البحريني في مقاومة ومواجهة الشروط التعسفية، يقتضي منا الحديث أولاً عن مدى كفاية قواعد القانون المدني في معالجة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي إضافة إلى قصور نظرياتها عن تحقيق هذه الأهداف وكل ذلك من خلال التركيز على القواعد التي لها علاقة مباشرة

١. هو الأمر الذي أكدته وتضمنته المادة ٣٥ من القانون الفرنسي، لسنة ١٩٧٨.
٢. د. أحمد محمد الرفاعي، المصدر السابق، ص ٢٢٠-٢٢٢.
٣. د. عامر قاسم أحمد القيسي، مصدر سابق، ص ١٤٠.
٤. د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٤٠٦.
- وكذلك د. منير البصري، وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع: <http://droitcivil.over-blog-com/article-5145525.html>
٥. أنظر المادة ٣ من قانون حماية المستهلك الجزائري، ٢٠٠٤.

## المطلب الأول

### مدى كفاية قواعد القانون المدني لمعالجة الشروط التعسفية

إن البحث عن مدى كفاية قواعد القانون المدني البحريني في مواجهة الشروط التعسفية يؤكد غياب مبدأ عام لتحقيق التوازن ومواجهة الشروط التعسفية، ذلك أن تشبع قواعد القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة لم يترك مجالاً لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد، وهذا لا يعني خلو القانون المدني من نظريات عدة يمكن أن تشكل ملاذاً يعتمد عليها القضاء سعياً لتأمين التوازن العقدي من خلال إبطال الشروط التي تحمل طابع التعسف، ولو أنها مقيدة في مجال التطبيق في عقود الاستهلاك. وهذه النظريات تتمثل في السبب ومبدأ حسن النية والتعسف في استعمال الحق والغبن والاستغلال، والتي سنتناول بيانها بشئ من الإيجاز..

### أولاً : نظرية السبب ودورها في حماية المستهلك:

وفقاً لهذه النظرية<sup>١</sup>، فإن الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن فالعقد بدون سبب عقد باطل.<sup>٢</sup>

السؤال الذي يمكن طرحه في إطار الحديث عن دور هذه النظرية في تحقيق التوازن العقدي وإبطال الشروط التعسفية. هل يمكن الاعتماد عليها كمبدأ عام لتحقيق الأغراض المذكورة ذات الصلة بحماية المستهلك؟ وفي الإجابة على ذلك يمكن القول بأن اللجوء إلى انعدام السبب أو عدم مشروعيته في العلاقة العقدية، لأجل تطبيق البطلان على الشروط التعسفية يمكن أن يستفيد منه أي طرف متعاقد يكون قد تضرر من الشرط التعسفي سواء كان مهنيًا، أم مستهلكًا، لذلك فإن نظرية السبب تصلح كألية عامة للحماية من بعض الشروط في العقود بشكل عام، ولهذا السبب لا يمكن الاعتماد عليها في مجال عقود الاستهلاك لأنها لا تُثار أصلاً من الناحية العملية، فالمطلوب هو معالجة مسألة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين وليس إثارة غياب السبب الذي تُبنى عليه، الشرط التعسفي لا يمكن أن يبطل بناء على غياب السبب.<sup>٣</sup>

### ثانياً - مبدأ حسن النية ودوره في حماية المستهلك:

إن مبدأ حسن النية يعتبر من الآليات العامة والتي من خلال أعمالها يمكن توفير بعضاً من أوجه الحماية من الشروط التعسفية سواء للمستهلك أم غيره من المتعاقدين.

١. أنظر في نظرية السبب د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، ص ٢٢٨ وما بعدها. وكذلك د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بغداد، سنة ١٩٧٦، ص ١١٧ وما بعدها.
٢. تنص المادة ١/١١١ من القانون المدني البحريني (يبطل العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب أو كان السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب).
٣. د. جاك غستان، مصدر سابق، ص ٩٩٢ وما بعدها.

ويقصد بهذا المبدأ النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، فالنية الحسنة تصدر سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير. وهذا المبدأ ذو مفهوم واسع، يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير وبالتالي فأفعال المتعاقد الصادرة عن سوء نية، إما أن تكون سلبية كاستناع البائع عن إعلام المشتري بعيوب المبيع الخفية، وإما أن تكون إيجابية كإدراج شرط تعسفي في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، بحيث يسعى المهني من إدراج الشرط إلى الحصول على ميزة فاحشة ومن ثم يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بالمستهلك. ١

والسؤال المطروح بهذا الصدد، هو كيف يمكن للقضاء تفعيل هذا المبدأ (حسن النية) لأجل إبطال الشروط التعسفية المدرجة بالعقد بسوء نية من طرف المهني.

جواباً على ذلك، يمكن القول ومن خلال العودة إلى المادة ١٢٩ من القانون المدني البحريني التي توجب تنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية ٢. وهذا يعني أن كل العقود تقع تحت طائلة هذا المبدأ وعلى الأخص في مرحلة التنفيذ. وحيث ان الأمر يتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية وأصل المبدأ يتعلق بتنفيذ الاتفاقات مما ثار بشأنه رأيان متعارضان، أولهما يرى أن مبدأ حسن النية لا يصلح كآلية لإعادة التوازن إلى العقد حيث ينحصر ضرورة مراعاته فقط عند تكوين العقد أو انعقاده، في حين يرى الثاني أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يشمل جميع العقود سواء فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو تنفيذها، ولذلك فإنها لا تشكل تقنية قانونية مستقلة يمكن الاعتماد عليها وحدها لإعادة التوازن في العلاقة العقدية. ٣

ونعتقد من جهتنا، بأن نص المادة ١٢٩ من القانون المدني البحريني سألقة الذكر، لم تتضمن جزاءً محدداً يترتب على عدم مراعاة مبدأ حسن النية وشرف التعامل، وهذا يعني أن الاجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن النية وشرف التعامل من أجل إعادة التوازن في العلاقة لصالح الطرف الضعيف، يصبح اجتهاداً منعماً.

وفي محاولة لتحقيق نوع من التوازن في العلاقات بين الطرف الضعيف والطرف القوي، يرى البعض ضرورة إعادة النظر في مبدأ حسن النية كأسس العدالة ومنطقها السليم يفرضان بالضرورة، أن يكون مبدأ احترام الإرادة مقيداً أصلاً بعدة مبادئ يفرضها مبدأ العدالة في ذاته ومن أول هذه المبادئ، مبدأ ظاهرة الباعث كقيد نفسي أخلاقي يضمن حماية التوازن بين الحقوق والواجبات من عبث الأنانية الفردية بقوة القانون. ٤

١. د. عبد الحكيم فودة، مصدر سابق، ص ١٥٣-١٥٤.
٢. تنص المادة ١٢٩ مدني بحريني (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل).
٣. د محمد خالد بودالي، مصدر سابق، ص ٦٤ وما بعدها.
٤. د. خالد عيد، تأملات في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد ٢، ص ٧١.

### ثالثاً : التعسف في استعمال الحق ودوره في حماية المستهلك:

بموجب هذا المبدأ الذي أشارت إليه المادة ٢٨ من القانون المدني البحريني ١ يمكن مواجهة الشروط التعسفية ولو نظرياً لأجل إعادة التوازن في العلاقات العقدية. ووفقاً لهذا المبدأ فإن لكل شخص الحق في أن يعرض على جمهور المستهلكين مختلف نماذج العقود لشراء السلع والخدمات، ولكن ليس له الحق في أن يتعسف في استعمال حقه من خلال تضمين هذه العقود شروطاً تعسفية، وحيث ان هذه النظرية قد حصرت مظاهر التعسف بصور ثلاثة وردت في نص القانون، بحيث إذا تجاوزها من استعمال حقه، فإنه يكون مخطئاً ويلتزم من ثم بتعويض من أصابه ضرر هذا الاستعمال.

وإزاء هذا التحديد لصور إساءة استعمال الحق يصبح من المتعذر دائماً الركون إلى هذه النظرية لتقدير مدى تعسفية الشرط الوارد في العقود المبرمة بين المهني من جهة والمستهلك من جهة أخرى، لذلك يصبح الربط الكلي بين الفكرتين (الشروط التعسفية، وإساءة استعمال الحق) غير ممكن ما دام حصر حالات التعسف في استعمال الحق قد وردت في ثلاثة صور، كما هو واضح من نص المادة ٢٨ من القانون المدني، والقول بعكس ذلك يؤدي إلى تجميد فكرة الشروط التعسفية التي تنامت ظاهريتها ولا ينبغي حصر دائرتها وحالاتها في صور محددة، فتحصر بذلك الحماية التي توفرها للمتعاقدين المستهلك والمتضرر من تلك الشروط.

### رابعاً: نظرية الغبن والاستغلال ودورها في حماية المستهلك:

يعدّ الغبن مظهراً مادياً للاستغلال الذي هو أمر نفسي ٢، وقد تناولت تنظيمه وبيانه المادة ١/٩٦ من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه (إذا استغل شخص في آخر هوى جامحاً أو طيشاً بيناً أو ضعفاً ظاهراً أو إذا استغل سطوته الأدبية عليه، وجعله بناءً عليه يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي، عند إبرامه، على التزامات لا تتناسب البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، جاز للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال أن ينقص من التزامه، أو يزيد من التزامات المتعاقد الآخر أو أن يبطل العقد).

ونلاحظ من هذا النص أن المشرع البحريني قد تبني من جهة النظرية المادية للغبن وذلك توافقاً مع المشرع المصري الذي تبني ذات الاتجاه في المادة ٢٩ من القانون المدني ٣. والتي تعني عدم التعادل أو عدم التوازن

١. تنص المادة ٢٨ من القانون المدني البحريني على ما يأتي: يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ: إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب: إذا كانت المصالح أو المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

ج: إذا كانت المصالح أو المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

د: إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً بليغاً غير مألوف.

٢. د. عامر قاسم أحمد القيسي، مصدر سابق، ص ٢٩.

٣. تنص المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هو جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد).

بين الأداءات المتقابلة في العقد، بحيث تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين، وجاء هذا الاتجاه حصراً على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر، وهي لا تهم في أغلبها أحوال المستهلكين<sup>١</sup>. غير أنه من جهة ثانية نلاحظ أن المشرع البحريني قد أسس الغبن على النظرية الشخصية تأسيساً على مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، والتي جعل منها سبباً من أسباب إبطال العقود، وهذه النظرية لا تعد بتقدير الشئ بقيمته المادية، بل بقيمته الشخصية من خلال النظر إلى ظروف التعاقد، وهذا يعني أن معيار الاختلال في الأداءات المتقابلة لا يكفي لوحده، وإنما يجب أن يكون الاختلال متأثراً من استغلال أحد الطرفين لهوى وطيش وحاجة الطرف الآخر. والجزء في هذه الحالة مكون إلى السلطة التقديرية للقضاء وهي تتراوح بين إنقاص التزامات الطرف المغبون والذي يكون في أغلب الأحوال مستهلكاً أو زيادة التزامات الطرف الآخر، وبين إبطال العقد.

وعلى المستهلك الذي يدفع بالغبن، أن يثبت أولاً الضعف الذي يعانيه من هوى جامع أو طيش أو حاجة ملجئة، وثانياً قيام الطرف الآخر وهو المهني باستغلال هذا الضعف وإن ذلك هو الذي دفع المستهلك بإبرام عقد استهلاك يضر بمصلحته من خلال فرض شروط تعسفية أدت إلى اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية.

وعلى أساس ذلك، يمكننا القول أن إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك نتيجة ضعف إرادة المستهلك صاحب الحاجة إلى السلعة أو الخدمة، هو ما يبعث على الاعتقاد بإمكانية تطبيق نظرية الاستغلال لحماية المستهلك المغبون من بعض الشروط التعسفية ذات الطابع المالي والتي تخل بتوازن العقد.

وعلى خلاف ذلك يرى البعض من الفقه بأنه لا يمكن تعميم نظرية الغبن والاستغلال على نطاق واسع لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات في المجتمع وانعدام الثقة بالأمن القانوني<sup>٢</sup>. بالإضافة إلى ذلك، يرى البعض أن حماية المستهلك وفقاً لهذه النظرية لا يمكن أن تتحقق في جميع الحالات، إذ أنها تتعارض مع حقائق في مقدمتها أن المهنيين يعتمدون على كسب ميزات مالية ضئيلة في كل عقد يبرمونه مع المستهلك، وأن الميزة الفاحشة لا تتحقق لهم إلا من العدد الكبير من عقود الاستهلاك التي يبرمونها في اليوم الواحد. الأمر الذي لا يتيح للقاضي تقدير هذه الميزة الفاحشة في العقد الواحد، في ظل اشتراط المشرع أن يكون عدم التعادل بين الالتزامات جسيماً لأغراض تقرير تعسفية الشرط من عدمه. إضافة لذلك أن النص القانوني يتطلب إثبات استغلال الطرف الأقوى لعيب في إرادة المستهلك المغبون وهو ما لا يتمكن من القيام به في أغلب الأحوال، كما أن المصاريف الباهظة التي تستلزمها دعوى البطلان تؤدي إلى تثبيط همم المستهلكين في سلوك هذا الطريق بالإضافة إلى ذلك أن عيب الغبن قد يوفر حماية محدودة تقتصر على بعض الشروط ذات الطابع المالي فقط، دون الأنواع الأخرى من الشروط التعسفية<sup>٣</sup>.

١. د. محمد بودالي، مصدر سابق، ص ٦٠-٦١.

٢. د. محمد بودالي، المصدق السابق، ص ٦٤.

٣. د. عامر أحمد القيسي، مصدر سابق، ص ٢١-٢٢.

## المطلب الثاني التطور التشريعي في القانون البحريني

بعد الاستعراض الموجز للحماية من الشروط التعسفية في ظل قواعد القانون المدني، يثور التساؤل عن مدى كفاية تلك القواعد بإعادة التوازن العقدي، خصوصاً في العقود التي لا ينطبق عليها وصف الإذعان. في الإجابة على ذلك، نستطيع القول وإزاء التطور الاقتصادي الذي انعكس إيجاباً على تطور العلاقات التعاقدية، أن هذه الحماية غير كافية في مواجهة تلك التطورات التي حدثت، ومن أمثلة ذلك المحال التي تعرض بضائعها على الجمهور بأسعار وشروط معينة لا تقبل مناقشة بحيث لم يكن بوسع المستهلك إلا أن يذعن لها ويقبل شروطها دون مساومة.<sup>١</sup> فالحماية التقليدية المقررة في قواعد القانون المدني ومنها على سبيل المثال نظرية الإذعان ليست كافية لمواجهة الشروط التعسفية وبالذات حماية المستهلك منها في ظل التطورات المعاصرة، خاصة بعد أن ظهرت على الوجود عقوداً تدل على أن خضوع المتعاقد لا يتحدد بعقد معين من العقود، وإنما يتحقق في معظم الصور المعاصرة للعقود، إذ أن عدم الخبرة الفنية والدراية بالقانون قد يدفع المشتري إلى قبول العقد دون إدراك ما فيه من تفضيل للطرف الآخر على حسابه والذي يتمتع بالخبرة والدراية القانونية، والتعاقد الذي ينطلق من هذه الظروف ينتج عنه الاختلال في التوازن بين طرفي العلاقة، فإذا كانت العقود توصف بعقد الإذعان مبرراً لتوفير الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، إلا أن هذه الحماية تبقى مطلوبة في غيرها من العقود لسببين أولهما ليس بالضرورة أن ترتبط الشروط التعسفية بالعقود التي توصف بأنها عقود إذعان، فقد تكون بعضاً من عقود الإذعان التي يحرص فيها الطرف الأقوى على توفير السلع أو الخدمات بأقل الأسعار وأفضل جودة، وثانيهما أن التفاوت في القدرة بين أطراف العقد لا يعني بالضرورة إذعان أحد أطراف العقد للآخر. ومن هنا نخلص إلى القول بأن نظرية عقد الإذعان لا تصلح أن تكون ملاذاً كافياً لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

لذلك وفي ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية في معظم دول العالم، فإنه يمكن ملاحظة توجه التشريعات إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في نوع معين من أنواع العقود كما فعلت دول الاتحاد الأوروبي التي توجهت إلى حماية المتعاقدين من خلال استبعاد الشروط التعسفية من عقود الاستهلاك. وكان المشرع الألماني من أوائل الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية سنة ١٩٧٦ حيث تضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التي اعتبرها شروطاً تعسفية وسميت القائمة الأولى بالقائمة السوداء والثانية بالقائمة الرمادية.<sup>٢</sup>

١. د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ط٤، مطبعة السلام، سنة ١٩٨٧، ص ١١٧.
  ٢. المادة ١٠ من القانون الألماني وضعت قائمة بالشروط التعسفية سميت بالقائمة السوداء حيث اعتبرت الشروط الواردة فيها باطلة بقوة القانون التعسفية، ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية.
- المادة ١١ من القانون المذكور وضعت قائمة بالشروط سميت بالقائمة الرمادية والتي أعطت للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها حسبما إذا كانت تتلاءم أو لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون. وتتضمن القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة وهي (إطالة أجال التسليم أو تنفيذ التزام المهني، ونصه على إضافة أجل طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر، أو في تعديله، أخذاً بنظر الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك، وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك

ويبدو أن المشرع الجزائري كان متأثراً بموقف المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الصادر سنة ١٩٩٣، حيث قضت المادة ١/١٣٢ بأن تحديد الشروط التعسفية يتم بمرسوم يصدر عن مجلس الدولة بناء على رأي لجنة الشروط التعسفية التي تتولى اختصاص فحص نماذج العقود الشائع استعمالها من قبل المهنيين عند تعاقد مع المستهلكين وإصدار التوصيات التي توصي بإلغاء أو إبطال أو تعديل الشروط التي ترى أنها تعسفية، ويمكن أن تكون توصيات هذه اللجنة توصيات عامة تتعلق بكل المهن، كما قد تكون خاصة ببعض المهنيين أصحاب المهن المهمة والمؤثرة<sup>١</sup>. ووفقاً للقرارات التي تصدر في صورة مراسيم من مجلس الدولة بتحديد ما يعتبر شرطاً تعسفياً من الشروط استهزاء بتوصيات لجنة الشروط التعسفية، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار الشرط تعسفياً، مما يستتبع اعتباره باطلاً كأن لم يكن، ومن ثم يحكم القاضي بذلك من تلقاء نفسه، ومعنى ذلك أن ليس للقاضي سلطة تقديرية في وصف الشرط بأنه تعسفي ما دام لم يرد في مرسوم صادر عن مجلس الدولة.

وعلى خلاف ذلك، نجد أن المشرع البحريني وفي قانون حماية المستهلك رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ قد سلك نهجاً مغايراً لما سلكه المشرعان الفرنسي والجزائري، وذلك من خلال مسألتين أساسيتين؛ أولهما: أنه لم يعرف الشرط التعسفي. كما بينا سابقاً. وبذلك يكون قد ترك مهمة التعريف للفقه والقضاء، وثانيهما: أن القانون جاء خالياً من قائمة تحدد فيها الشروط التعسفية، إنما تضمن مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق المزود (المهني)، والتي تضمنتها المواد ٢-٩ من الفصل الثاني، ومجموعة من الحقوق التي يتمتع بها المستهلك والتي نصت عليها المادة الثانية من الفصل الأول من القانون المذكور، ونعتقد أن تلك الحقوق والالتزامات تعد بمثابة قواعد إرشادية يستطيع القضاء من خلالها التوصل إلى تقرير اعتبار ما يخالفها شروطاً تعسفية أم لا<sup>٢</sup>.

وإذا كانت الأسباب الداعية لتشريع هذا القانون في نظرنا قائمة على عدم كفاية القواعد التقليدية في

إبطال العقد أو فسخه.

أما القائمة الرمادية فشملت عشرة أصناف من الشروط التعسفية وتشمل (حق المهني في رفع أسعار السلع والخدمات التي لم تسلم أو يوفى بثمنها في خلال مدة أربعة أشهر، وباستبعاد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، وبجرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمهني من المسؤولية). يراجع: د. عامر قاسم أحمد القيسي، المصدر السابق، ص ١٤٨-١٤٩، ود. محمد بودالي، المصدر السابق، ص ٢١.

١- للمزيد من التفاصيل حول اختصاصات ومهام هذه اللجنة ودورها في حماية المستهلك. راجع د. حمد الله محمد حمد الله،

حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الفكر العربي، ١٩٩٧، ص ١٣٤ وما بعدها.

٢- المادة (٢) يهدف هذا القانون إلى حماية المستهلك وضمان الحقوق قبل وبعد التعاقد وبصفة خاصة الحقوق التالية:

١- الحق في الصحة والسلامة عند استعماله العادي للمنتجات.

٢- الحق في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليها.

٣- الحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات المعتمدة قانوناً.

٤- الحق في الحصول على المعرفة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.

٥- حق احترام خصوصية المستهلك، والحفاظ على معلوماته الشخصية وعدم استغلالها لأغراض أخرى.

٦- حق المستهلك في الحياة في بيئة صحية.

كما ونص المشرع في المواد ٢-٩ إلى التزامات المزود تجاه المستهلك ورتب جزاءً بالبطالان على كل شرط يترتب عليه الإعفاء المسبق للمزود من تلك الالتزامات الواردة في القانون (١٠م).

القانون المدني لحماية المستهلك وإقرار مبدئي تحقيق التوازن في العلاقات التعاقدية بين المهني والمستهلك والعدل والمساواة بينهم والحد من ممارسة الغش والتلاعب وما درج عليها من بيانات ومواصفات، إلا أن هذا القانون وفي تقديرنا جاء دون تلبية الطموح، حيث لم يتطرق إلى الشروط التعسفية صراحة وحماية المستهلك من خطرهما ولم يورد مبدأ عام في هذا القانون حول معالجة العقود الاستهلاكية المشوبة بشروط تعسفية.

كما ونعتقد من جهتنا أن الحقوق التي يهدف القانون إلى ضمانها وحمايتها للمستهلك والالتزامات التي فرضها على المزود، ما هي إلا تطبيقات نظرية للشروط التعسفية، فكل شرط يرد في عقد الاستهلاك يعفي البائع من ضمانها يعتبر شرطاً تعسفياً وكذلك عدم تقديم المعلومات الكاملة أو شرط إخفاء المعلومات، حيث يستطيع المستهلك المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك، فضلاً عن إبطاله.

وعلى ضوء ما تقدم كان الأجدر بالمشرع البحريني أن يضع مبدأ عاماً في القانون يعالج موضوع الشروط التعسفية بدلاً من أن يورد تطبيقات عملية عليها، حيث أن ما ذكر في الفصل الثاني والثالث من القانون ما هي إلا تطبيقات للشروط التعسفية وأن هذه الحالات قد أوردتها على سبيل الحصر، فلا يستطيع القضاء إضافة حالات أخرى، إلا من خلال الرجوع إلى المبادئ العامة في القانون وفي ذلك إشارة واضحة إلى القصور الذي يشوب قانون حماية المستهلك، والذي نأمل من المشرع البحريني إعادة النظر فيه من هذه الجهة.

ومن جهة أخرى، حسناً فعل المشرع البحريني عندما منح القضاء سلطة واسعة من خلال إلغاء الشروط الواردة بعقد الاستهلاك عند مخالفتها لحقوق المستهلك والتزامات المزود الواردة في الفصلين الثاني والثالث من القانون واعتبارها كأن لم تكن (م. ١٠). فضلاً عن ذلك يلاحظ بأن المشرع قد جعل من الإدارة المختصة بحماية المستهلك والعمل على رفع مستوى الوعي الاستهلاكي والقيام بدراسات وبحوث إضافة إلى مهام أخرى ٢، وهي لا ترقى إلى مستوى تحديد الشروط التعسفية وحظرها، وكان الأجدر أن يكون من مهامها تحديد الشروط التعسفية بوصفها جهة عمل ميدانية أو على الأقل تقديم توصيات بشأن نماذج للشروط التعسفية، وهي لا ترقى إلى مستوى تحديد الشروط التعسفية، سيما أنها أقرب إلى استيعاب وفهم حركة النشاط الاستهلاكي وأطراف العلاقة العقدية، مما سيعين على توفير حماية فعالة للمستهلك، على غرار العمل في لجنة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي سالف الذكر.

وبشكل عام، نستطيع القول بأن قانون حماية المستهلك البحريني رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢، وبما تضمنه من قواعد معاصرة لحماية المستهلك تبدو مختلفة كثيراً عما تضمنته القواعد العامة. فما تضمنته القواعد المعاصرة هي أشكال وصور جديدة للحماية من الشروط التعسفية لم تعده القواعد العامة، وتجلّى ذلك

١. تنص المادة ١٠ من قانون حماية المستهلك البحريني رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢، على ما يأتي: (..... يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط الإغفاء المسبق للمزود من التزاماته الواردة بهذا القانون).

٢. أنظر نص المادة (١١) من قانون حماية المستهلك وكذلك المادة (١٨) من القرار رقم ٦٦ لسنة ٢٠١٤ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك.

واضحاً من تشديد الرقابة التي عهدها المشرع للإدارة المختصة على الالتزامات التي يتحملها المزود وضمان حقوق المستهلك. وهذه الرقابة ستؤدي إلى دفع المهنيين الذين قد يفكرون في الحصول على المزايا الفاحشة على حساب المستهلكين إلى الحرص على صياغة عقودهم بما يحقق التوازن في المصالح بين كلا الطرفين سيما وأن أمر الجزاءات لم تعد تقتصر على الجزاءات المدنية وإنما تعدى ذلك إلى الجزاءات العقابية. ١

وبذلك يكون المشرع البحريني وبمناسبة صدور القانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك، يكون قد تجاوز فكرة الحماية التقليدية في القانون المدني والتي يدور رحاها حول عقود الإذعان بوصفها العقود التي تكاد تنفرد بإثارة موضوع الشروط التعسفية وحماية الطرف المذعن منها.

---

١. أنظر المواد ١٨-٢٢ من قانون حماية المستهلك البحريني.

## خاتمة الإستنتاجات والتوصيات

### أولاً - الاستنتاجات:

١. بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث والذي أتمنى أن تكون الفائدة منه قد تحققت، وليسهم في إغناء المكتبة القانونية، لاسيما وأنه يتصل بتشريع حديث صدر في مملكة البحرين بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك، والذي يعد بداية لتطور تشريعي في مجال حماية المستهلك والذي جاء استجابة لظروف أملتها التطورات الاقتصادية التي كان لها الأثر الكبير على المستهلك كما ونوعاً. وفي مواجهة هذه التحولات فقد تضمن التشريع الكثير من الآليات القانونية التي تتماشى مع واقع الحال وتحمي المستهلك وتقيه من ضرر قد يلحق به من جراء اقتناؤه منتجات وسلع لا تلبى الرغبة المشروعة له، والتي يسعى القانون لحمايتها في ظل اقتصاد سوق وحرية اقتصادية.
٢. يبرز البحث أهمية تحديد مفهوم المستهلك الذي طالما اختلفت بشأن تحديده التشريعات الوطنية فضلاً عن اختلاف الفقه في تأصيله وما يترتب على هذا التحديد من امتداد نطاق سريان قانون حماية المستهلك ليشمل هذه الفئة من الحماية المقررة، حيث تكمن أهمية هذا التحديد في ظل التطورات الاقتصادية والتجارية التي باتت تفرض مضامينها على مساحة واسعة من المستهلكين، وما يترتب على احتكارها من نتائج باتت لا تترك أمام المستهلك من خيار سواء القبول باقتناء سلعها وخدماتها وفق شروط المزود (المهني) والتي غالباً ما تأتي لتحقيق ميزة للمزود على حساب المستهلك.
٣. ومن هنا أصبح الحديث عن مدى كفاية القواعد التقليدية في القانون المدني كافية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يدرجها المزود (المهني) في العقود المبرمة مع المستهلك. حيث جاء هذا البحث مسلطاً الضوء على هذا الجانب وموضحاً مدى حاجة المستهلك إلى قواعد حديثة تكفل الحماية المناسبة له من تلك الشروط، وهو الأمر الذي تناولت معالجته التشريعات الوطنية ومنها التشريع البحريني، سيما في ظل اتساع نطاق مفهوم المستهلك وضرورة العمل على حمايته من خلال التشريعات التي تسن لهذا الغرض مع الأخذ بنظر الاعتبار الطرف الآخر في العلاقة وهو المهني والعمل على حمايته متى كان مستهلكاً.

### ثانياً : التوصيات:

١. العمل على حماية المستهلك في مجالات عديدة وأهمها حمايته من رفض تقديم السلعة أو الخدمة لأي سبب غير مشروع، وحمايته من الشروط التعسفية في العلاقة العقدية، مع مراعاة الخصائص المحددة للشروط التعسفي ووسائل تحديده. كما يجب حمايته من أساليب الغش والخداع التي تصاعدت وتيرتها بشكل ملحوظ لا ينتبه إليها الكثير من المستهلكين لضعف الوعي الاستهلاكي لديهم.
٢. العمل على رفع مستوى الوعي الاستهلاكي وخاصة تلك المتعلقة بحقوقهم تجاه معاملتهم اليومية والمطالبة بها إذا تم الاعتداء عليها. وإنشاء مراكز متخصصة لتولي هذه المسألة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى رفع مستوى ثقافة المستهلك من الناحية العملية والقانونية واعتبار هذه المسألة ضرورية مما تعكس إيجاباً على مستوى التطور التشريعي والقضائي والفقه.

## ولأجل ذلك نقترح إجراء التعديلات الآتية على قانون حماية المستهلك البحريني:

- أ. تعديل قانون حماية المستهلك من خلال بيان للشروط التي يمكن اعتبارها شروطاً تعسفية واعتبار ذلك على سبيل المثال ليتمكن القضاء وبسهولة من تقييم مدى التوازن الذي يحققه العقد وإعادة النظر فيه عندما يظهر أن هناك اختلالاً في التزامات طرفي العقد.
- ب. إجراء التعديل على تعريف المستهلك بما يتناسب وشموله المهني الذي يتعاقد في إطار مهنته وخارج نطاق تخصصه، وذلك لأجل تجاوز الكثير من الخلافات التي تُثار بشأن تحديد صفته، فضلاً عن انسجام ذلك مع التوجه نحو الأخذ بالمفهوم الواسع لتعريف المستهلك.
- ج. نقترح أن تكون هناك تسعيرة جبرية لبعض السلع والخدمات المهمة واليومية والتي تدخل في حياة الفرد والمجتمع ويكون ذلك من خلال إتباع سياسة سعرية تهدف إلى تحقيق التوازن في العلاقات النسبية للأسعار، وذلك يؤمن حماية مسبقة للمستهلك.
- د. ضرورة العمل على تعديل التشريع بما يؤمن من اتساع دائرة مسؤولية المزود (المهني) عن المنتجات والخدمات المعيبة، بحيث تنهض مسؤوليته بمجرد وقوع الخطأ حتى وإن كان غير مقصود، يجيز للمستهلك المطالبة بالتعويض. لأن التزام المزود في انتفاع المستهلك بالمبيع هو التزام بتحقيق نتيجة.

## المراجع

١. د. أحمد محمود محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، دراسة مقارنة، الناشر المكتبة العصرية، سنة ٢٠٠٨.
٢. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في جمعيات المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٦.
٣. د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة، ط١، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٨.
٤. د. أمين دواس، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ط١، فلسطين، دار الشروق للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٤.
٥. د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤.
٦. د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٦.
٧. د. جمال زكي، البيع الإلكتروني للسلع عبر شبكة الإنترنت، ط١، مصر، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٨.
٨. د. جاك غستان، المطول في القانون المدني، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، سنة ٢٠٠٣.
٩. د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك،

- القاهرة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٧.
١٠. د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦.
١١. د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠١١.
١٢. د. رمضان علي السيد الشرباص، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٤.
١٣. رجائي ومختار سعد، العلامة التجارية ودورها في حماية المنتج والمستهلك، مطبعة الاعتماد، سنة ٢٠٠٠.
١٤. د. رمزي فريد محمد مبروك، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، سنة ٢٠٠٢.
١٥. د. علي حسن طرح البحور، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، ط١، مصر، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٧.
١٦. د. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٢.
١٧. د. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، سنة ٢٠٠٢.
١٨. د. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣.
١٩. د. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون سنة نشر.
٢٠. د. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٧.
٢١. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر.
٢٢. د. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١١.
٢٣. د. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٢.
٢٤. د. نهلة أحمد قنديل، حماية المستهلك، رؤية تسويقية، القاهرة، دار الهاني للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.
٢٥. د. نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، ط١، الأردن، مؤسسة هيران للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩١.

## الرسائل والبحوث:

١. مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، المغرب، سنة ٢٠١٣.
٢. مساعد زيد عبد الله، الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، سنة ٢٠٠٧.
٣. عبد الله ذيب عبد الله، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة ٢٠٠٩.
٤. د. عبد الله عبد العزيز الصعيدي، حماية المستهلك في اقتصاد السوق، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر ١٩٩٨.
٥. د. محمد إبراهيم بنداري، نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية الشرطة دبي، يناير ٢٠٠٠.
٦. د. أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، مركز بحوث كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، سنة ١٩٩٣.
٧. د. كيلاني عبد الراضي محمود، مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي، بحث مقدم إلى مؤتمر تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة ٢٠٠٥.
٨. د. نوري حمد خاطر، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة حماية المستهلك التي نظمتها كلية القانون، جامعة الإمارات، أكتوبر، ٢٠٠٧، بعنوان عرض وتعليق على قانون حماية المستهلك الإماراتي.

## القوانين والقرارات:

١. القانون المدني البحريني.
٢. القانون المدني المصري.
٣. المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك (البحريني).
٤. قانون حماية المستهلك المغربي رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٨.
٥. قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.
٦. قانون حماية المستهلك الجزائري رقم ٨٩ لسنة ١٩٨٩.
٧. قانون حماية المستهلك القطري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨.
٨. القرار رقم ٦٦ لسنة ٢٠١٤ بإصدار اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن حماية المستهلك (البحريني).

## مواقع الإنترنت:

1. <http://www.isalmonline.net/101-arabic/dowalia/namaa-49/morajaat.asp>.

دراسة منشورة بعنوان الاحتكار ... مزايا للشركات وأضرار للمستهلك، علي عبد العزيز، محمد

شريف بشير.

2. WWW.LEGIFRANCE.GOUV.FR.

<http://ec.europa.eu/consumers/conc-int/safe-shop/fair-bus-pract/index-en.htm>.

3. <http://droitcivil.over-blog-com/article=5145525html>.

د. منير البصري، وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بحث منشور على شبكة الإنترنت.



# مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين

المستشار الدكتور  
محمد فؤاد الحريري  
نائب رئيس مجلس الدولة المصري  
المستشار القانوني بوزارة المالية بمملكة البحرين

مقدمه

تعمل الدولة على تحقيق أهدافها المنشودة وأداء مسؤولياتها من خلال ابرام العديد من العقود، فضلاً عن اصدار القرارات الإدارية اللازمة في هذا الشأن. ولا شك أن هذه العقود تتمتع بأهمية وخطورة بالغة؛ إذ انها ترد على أموال عامة بهدف تحقيق نفع عام للجمهور.

ولذلك يتعين على الجهات الإدارية المعنية بالالتزام بالأحكام القانونية التي تنظم كيفية ابرام هذه العقود وتنفيذها، بما يكفل إدارتها بشكل مهني سليم، ويضمن حسن سير وانتظام العمل الحكومي ونجاح تنفيذ المشروعات المتعاقد عليها، مع الحفاظ على حقوق الدولة والمال العام.

ومن المعلوم أن أهمية نظرية العقود الإدارية تزداد في العصر الحديث نظراً لاتجاه الدولة إلى الخصخصة ونظام الاقتصاد الحر وذلك من ناحيتين: الناحية الأولى تتمثل في أن بعض هذه العقود تمثل أسلوباً لعملية الخصخصة مثل عقد التزام المرافق العامة بصوره المختلفة والمتطورة. وتتمثل الناحية الثانية في زيادة الطلب على العقود الإدارية نظراً لأن الدولة سوف تلجأ إليها للوفاء باحتياجات المرافق العامة<sup>١</sup>.

وانطلاقاً من ذلك، فقد عُنِيَ المشرع البحريني بتنظيم عمليات المناقصات والمشتريات والتعاقدات الحكومية بهدف حماية المال العام ومنع تأثير المصالح الشخصية على الإجراءات والقرارات ذات العلاقة، فأصدر المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية<sup>٢</sup>، الذي استهدف تحقيق أقصى درجات الكفاءة الاقتصادية للحصول على المشتريات الحكومية بأسعار تنافسية عادلة، وتشجيع مشاركة الموردين والمقاولين في إجراءات المشتريات الحكومية، وتعزيز النزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة لجميع الموردين والمقاولين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص، وكذلك تحقيق الشفافية في

١. د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٩.

٢. تبني المشرع البحريني القانون النموذجي للمشتريات الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) UNCITRAL. وقد نشر المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٥٥١ بتاريخ ٩ أكتوبر ٢٠١٠م.

جميع مراحل إجراءات المشتريات الحكومية.

وفي العام ٢٠٠٢م ذاته صدرت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢.

وفي العام ٢٠٠٧م صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ بتعديل المادة (٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، والتي تتعلق بمدة العضوية في مجلس المناقصات والمزايدات ١.

وفي العام ٢٠١٠م صدر قانون مهم للغاية، وهو القانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه؛ حيث أدخل مجموعة من التعديلات الجوهرية في هذا المجال من أهمها تعديل عنوان المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه ليصبح المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية، والسماح للجهات المتصرفة بتعديل كميات أو حجم الأعمال في العقد بالزيادة أو النقصان بحيث لا تتجاوز القيمة الإجمالية للزيادة أو النقصان نسبة ١٥٪ من قيمة العقد، كما استحدثت فصلاً جديداً بعنوان المزايدات والمبيعات وهو الفصل السادس ٢.

## • خطة البحث:

لأغراض هذا البحث، سوف يستخدم الباحث عبارة «العقود الحكومية» للدلالة على العقود الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام، وذلك بالنظر إلى عنوان المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الذي استخدم كلمة «الحكومية»، فضلاً عن أن مصطلح «العقود الحكومية» هو الأقرب فهماً والأكثر استخداماً في النظام القانوني الأنجلوساكسوني The Anglo-Saxon Law System الذي ينتمي إليه العديد من المقاولين والموردين الذين يتعاقدون مع الجهات الخاضعة لأحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه لتوفير السلع والإنشاءات والخدمات المطلوبة ٣.

وسوف يبدأ البحث بمقدمة عامة حول العقود في ضوء أحكام القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ وما استقر عليه القضاء البحريني في هذا الشأن، وذلك للوقوف على تعريف العقد

١. تم نشر القانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠٧ في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧٧٢ بتاريخ ١١ يناير ٢٠٠٧م.

٢. تم نشر القانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠ في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٩٥٤ بتاريخ ١ يوليو ٢٠١٠م.

٣. تنص المادة (٣) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية على أن «مع عدم الإخلال بأحكام المعاهدات والاتفاقيات النافذة في مملكة البحرين، يعمل بأحكام هذا القانون في شأن تنظيم عمليات الشراء للسلع والإنشاءات والخدمات، وتسري أحكامه على جميع الوزارات والهيئات والمؤسسات العامة والبلديات والجهات الحكومية التي لها موازنة مستقلة أو ملحقة والشركات المملوكة بالكامل للدولة ومجلسي الشورى والنواب، ويستثنى من نطاق تطبيقه إدارتي الأوقاف السننية والجعفرية وكل من قوة دفاع البحرين وقوات الأمن العام والحرس الوطني وذلك بالنسبة لشراء السلع والإنشاءات والخدمات ذات الطابع العسكري أو الأمني أو السري أو التي تتطلب المصلحة العامة عدم الإعلان عنها أو عدم تطبيق الإجراءات التي ينص عليها هذا القانون.»

وكيفية انعقاده وأركانه وأنواعه، ثم يتم إلقاء الضوء على مفهوم العقود الحكومية والعناصر الثلاثة التي تميزها عن العقود المدنية، وأهم صور العقود الحكومية.

ويعقب ذلك استعراض لأهم إجراءات مرحلة إبرام العقود الحكومية للتعرف على أساليب التعاقد الحكومي في المشتريات والمبيعات، وكذلك إجراءات الترسية والتعاقد، ثم نتناول مرحلة تنفيذ العقود الحكومية من خلال بيان التزامات وحقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية، وسلطات وصلاحيات الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها، وذلك كله وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه والقوانين المعدلة له ولائحته التنفيذية والدليل المالي الموحد الصادر عن وزير المالية، ثم نستعرض مرحلة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بخصوص العقود الحكومية حيث نوضح أهم صور المنازعات في هذا المجال، واختصاص القضاء البحريني بالفصل في تلك المنازعات طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢، وأخيراً نسلط الضوء على مدى جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات العقود الحكومية.

وفي ضوء ما تقدم، تم تقسيم هذا البحث الى أربعة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مقدمة عامة في العقود.

المبحث الثاني: إبرام العقود الحكومية.

المبحث الثالث: تنفيذ العقود الحكومية.

المبحث الرابع: تسوية منازعات العقود الحكومية.

## المبحث الأول

### مقدمة عامة في العقود

تم تقسيم المبحث الأول إلى ثلاثة مطالب، وهي:

المطلب الأول: تعريف العقد وانعقاده وأركانه وأنواعه.

المطلب الثاني: مفهوم وعناصر العقد الحكومي.

المطلب الثالث: صور العقود الحكومية.

## المطلب الأول

### تعريف العقد وانعقاده وأركانه وأنواعه

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع؛ حيث يوضح الفرع الأول تعريف العقد وكيفية انعقاده بصفة

عامة، ثم يتناول الفرع الثاني أركان العقد، وأخيراً يلقي الفرع الثالث الضوء على أهم أنواع العقود.

## الفرع الأول

### تعريف العقد وانعقاده

يُطلق لفظ «العقد» في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، وضده الحل. ويُطلق أيضاً بمعنى إحكام الشيء وتقويته. ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت كلمة «العقد» للربط المعنوي للكلام،

ومن معنى الإحكام والتقوية الحسيّة للشيء أُخذت الكلمة وأريد بها العهد، ولذلك صار العقد بمعنى العهد والضمنان وكل ما يُنشئ التزاماً.

أما المعنى الاصطلاحي للعقد، فإنه ينصرف إلى توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. ١

كما يمكن تعريف العقد بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه. فالعقد هو المصدر الأول من مصادر الالتزام. ٢.

وقد وضع المشرع البحريني تعريفاً للعقد حيث تنص المادة (٢٩) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ على أن «العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين.» وينعقد العقد عندما يقترن الإيجاب الصادر من طرف بالقبول الصادر من الطرف الآخر مع مراعاة ما قد يشترطه القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد في حالات خاصة. ولذلك تنص المادة (٣٠) من القانون المدني المشار إليه على أن «ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون في حالات خاصة من أوضاع معينة لانعقاد العقد.»

وتجدر الإشارة إلى أنه طبقاً للمادتين (٥٥) و(٥٦) من القانون المدني المشار إليه، لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايد. ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً ما لم يتضح من قصد المتعاقدين خلاف ذلك، أو بنص القانون على غيره. وإذا اتضح من شروط العقد في التعاقد بالمزايدة وجوب المصادقة على إرسائه، فلا يتم العقد إلا بتمام هذه المصادقة.

## الفرع الثاني أركان العقد

من المعلوم أن الأركان جمع ركن، وركن الشيء هو جانبه القوي الذي يتوقف عليه وجوده بحيث إذا انتفى لم يكن للشيء وجود.

ويقوم العقد على ثلاثة أركان، وهي الرضاء، والمحل، والسبب. وسوف نتناول فيما يلي - بإيجاز - عناصر كل ركن من هذه الأركان على حده.

### الركن الأول: الرضاء

الرضاء هو تطابق إرادتين في صورة إيجاب وقبول على إحداث أثر قانوني معين. ويلزم لوجود الرضاء توافق الإرادة عند إجراء التصرف، وأن يحصل التعبير عنها.

١. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠٠٠، ص ١٥٠.

٢. مصادر الالتزام هي: العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، القانون. والالتزام هو: رابطة قانونية بين دائن ومدين يلتزم بمقتضاها المدين بأن ينقل إلى الدائن حقاً عينياً أو بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

وتعتبر الإرادة متوفرة عند إجراء التصرف ما لم يثبت العكس، ولكن كيف يتم التعبير عن الإرادة؟ يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً. ويكون التعبير صريحاً باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة الشائعة الاستعمال، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحاً.

وينتج التعبير عن الإرادة أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه. وقد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل أو من نيوب عنه. ويكون التعبير عن الإرادة في صورة إيجاب، فإذا صادف هذا الإيجاب قبولاً انعقد العقد.

### • ما المقصود بالإيجاب؟

يُقصد بالإيجاب العرض الذي يقدمه شخص لآخر بعزمه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجب له. ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية، وهو يختلف عن الدعوة إلى التعاقد وعن المفاوضات.

وللموجب خيار الرجوع في إيجابه طالما لم يقترن به القبول. وإذا حدد الموجب ميعاداً للقبول أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، بقى الإيجاب ملزماً للموجب طوال هذا الميعاد وسقط بفواته ١٠.

### • ما المقصود بالقبول؟

القبول هو التعبير عن قبول متطابق لما ورد في الإيجاب حتى ينعقد العقد. وقد قرر المشرع البحريني أنه إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، كل ذلك ما دام لم يعين ميعاداً للقبول.

ومع ذلك، يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في

الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد ٢٠.

وجدير بالذكر أن مجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين. وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان، بل الملحوظ هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر. فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك. ويكون قبوله صحيحاً بشرطين: الشرط الأول أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد. فإذا انصرف أي منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض، وسقط الإيجاب. والشرط الثاني أن يبقى الموجب

١٠. راجع المواد (٣٧) و(٣٨) و(٣٩) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

٢٠. راجع المادة (٤٠) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً . ١  
ويقرر المشرع البحريني أنه يلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب. فإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . ٢  
وفي هذا السياق، ذهبت محكمة التمييز البحرينية إلى أنه يُشترط قانوناً مطابقة القبول للإيجاب حتى ينعقد الاتفاق فإذا اقترن القبول بما يعدل في الإيجاب فلا يكون في حكم القبول، وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا يتم به الاتفاق إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر . ٣  
كما يقرر المشرع أنه لا يُنسب إلى ساكت قول. ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص في حالات محددة، وهي:

١. إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل.
٢. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . ٤  
وإذا ارتبط الإيجاب بالقبول، لزم العقد طرفيه. ولا يكون لأي منهما التحلل من أحكامه حتى قبل أن يفترقا بالبدن، وذلك ما لم يتفق على غيره أو يقضي القانون أو العرف بخلافه.  
وتجدر الإشارة إلى أن التعاقد بالمراسلة يعتبر أنه قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد عرف أو اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك . ٥  
ويسري على التعاقد بطريق الهاتف أو بأي طريق مشابه حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى تمامه وزمان إبرامه. ويسري عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله . ٦

### • صحة الرضاء:

يُعد الرضاء الركن الأساسي للعقد. فإذا فُقد، لم ينعقد العقد. غير إنه يلزم أن يكون هذا الرضاء سليماً، أي أن تكون إرادة كل طرف من طرفي العقد قد خلت من أي عيب يعيبتها. فإذا شاب رضاء أي من المتعاقدين عيب، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته. فما هي إذن هذه العيوب؟  
تتمثل عيوب الرضاء التي تؤثر على صحة انعقاد العقد فيما يلي: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، والغبن.

١. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٢٢٩.
٢. راجع المادة (٤١) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
٣. راجع حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠٠٨ الصادر بجلسة ٢٠٠٩/٥/١١، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة العشرون من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٩، الجزء الأول، المكتب الفني لمحكمة التمييز، القاعدة ١٢٢، ص ٥١٥.
٤. راجع المادة (٤٢) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
٥. راجع المادة (٤٥) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
٦. راجع المادة (٤٦) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

**(١) الغلط:**

هو الوهم الذي يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمراً على خلاف الحقيقة ويحمله على إبرام عقد ما كان يبرمه لو علم حقيقة الأمر. ويشترط أن يكون الغلط جسيماً، وأن يتصل بعلم المتعاقد الآخر. ومثال ذلك أن يشتري شخص تمثالاً على أنه أثري وهو في الحقيقة حديث الصنع. وقد يكون الغلط في الواقع أو القانون. وقد اهتم المشرع البحريني بتنظيم أحكام الغلط؛ حيث قضى بأنه إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد، بحيث أنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء، جاز له أن يطلب إبطال هذا العقد، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع معه في هذا الغلط بدون تأثير منه كان من الممكن تداركه، أو كان علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

وفي مجال التبرعات، يجوز طلب إبطال العقد دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله. ويكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع على النحو السالف ذكره، وذلك ما لم يقض القانون بغير ذلك.

ولا يجوز لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مقتضيات حسن النية، وعليه تنفيذ العقد الذي قصد إبرامه إذا رغب في ذلك الطرف الآخر. ولا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب أو زلات القلم، ويجب تصحيحها ١٠.

**(٢) التدليس:**

هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط. فالغلط يحدث تلقائياً، أما التدليس فإنه غلط بفعل فاعل. ولذلك يقوم التدليس على ركنين وهما: الركن المادي الذي يتمثل في الوسائل الاحتياطية الصادرة عن المتعاقد الآخر. والركن المعنوي المتمثل في نية التضليل.

وطبقاً لأحكام القانون المدني البحريني، يجوز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم العقد.

ويعتبر تدليساً الكذب في الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملاساته، أو السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

ويلزم لإبطال العقد على أساس التدليس أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر، أو من نائبه، أو من أحد أتباعه، أو ممن وسطه في إبرام العقد، أو ممن أبرم العقد لمصلحته. فإن صدرت الحيل من الغير، فليس لمن انخدع بها أن يتمسك بالإبطال إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد يعلم بها، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بها.

واستثناءً مما سبق، يجوز في عقود التبرع طلب إبطال العقد إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس، دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه.

ومراعاة لاعتبارات العدالة، إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر وجره بذلك إلى التعاقد،

١. راجع المواد (٨٤) و(٨٥) و(٨٦) و(٨٧) و(٨٨) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

## امتنع على أي منهما التمسك بإبطال العقد ١٠.

### (٣) الإكراه:

هو ضغط غير مشروع على إرادة شخص يبعث في نفسه رهبة قائمة على أساس تحمله على التعاقد. وقد يكون الإكراه مادياً كالضرب أو معنوياً. وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت الظروف والملابسات تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

وقد أجاز المشرع البحريني ابطال العقد استناداً إلى الإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس. وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه.

ويلزم لإعمال الإكراه أن تكون الرهبة التي دفعت المتعاقد إلى ارتضاء العقد قد بعثت في نفسه بفعل المتعاقد الآخر، أو بفعل نائبه، أو أحد أتباعه، أو بفعل من كلفه بالوساطة، أو بفعل من يبرم العقد لمصلحته.

وإذا صدر الإكراه من الغير، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه.

ويجوز في التبرعات طلب الإبطال إذا كان الرضاء بها قد جاء نتيجة الإكراه، وذلك دون اعتبار لمن صدر الإكراه عنه ٢٠.

### (٤) الاستغلال:

يعني قيام شخص باستغلال طيش بين ظاهر أو هوى جامع لدى شخص آخر بغرض دفعه إلى إبرام عقد لا تتناسب فيه التزاماته البتة مع ما يحصل عليه من فوائد. ويؤدي الاستغلال إلى ابطال العقد تأسيساً على أن رضاء المتعاقد لم يكن صحيحاً.

ولذلك يقضي المشرع البحريني بأنه إذا استغل شخص في آخر هوى جامعاً، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو حاجة ملجئة، أو إذا استغل سطوته الأدبية عليه، وجعله بناء على ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي، عند إبرامه، على التزامات لا تتناسب البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، جاز للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال أن ينقص من التزامه، أو يزيد من التزامات المتعاقد الآخر، أو أن يبطل العقد.

وفي عقود التبرع تقتصر سلطة القاضي في دعوى الاستغلال على ابطال العقد، أو انقاص قدر المال

١. راجع المواد (٨٩) و(٩٠) و(٩١) و(٩٢) و(٩٣) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

٢. راجع المادتين (٩٤) و(٩٥) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

المتبرع به، وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية. ولا تُسمع دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد، إلا أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية فإن سريان مدة السنة لا تبدأ إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة، على أن لا تُسمع دعوى الاستغلال على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد ١.

## (٥) الغبن:

الغبن في اللغة يعني الخديعة. ويُقال غَبَنَهُ في البيع والشراء أي غلبه ونقصه وخدعه، ويُقال غَبَنَ حَقَّهُ أي نَقَصَهُ ٢.

وفي القانون يمكن تعريف الغبن بأنه ضرر يلحق بالمرء في عقد ترتب عليه التزام محدد. ويقضي المشرع البحريني بأنه لا تأثير للغبن على العقد إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، وذلك مع مراعاة الأحوال الخاصة المنصوص عليها في القانون. وإذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة - كالمبديات - جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو، بما يرفع عنه الفُحْش في الغبن. ويسري الحكم المتقدم إذا نتج عن العقد غبن فاحش لعديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة وقف. ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد على الخمس عند إبرام العقد. ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أُجْرِيَ عن المغبون ممن ينوب عنه وفقاً للقانون، أو أذنت به المحكمة، أو مجلس الولاية على أموال القاصرين. ويجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل أثر العقد بطلب الفسخ، وذلك ما لم يكن المغبون هو الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون. ولا تُسمع دعوى الغبن إذا لم ترفع خلال سنة. وتبدأ السنة بالنسبة للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت، وعلى أية حال لا تسمع الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد ٣.

## الركن الثاني: المحل

المحل هو الشيء الذي يرد عليه التعاقد. فمحل الالتزام الذي ينشئه العقد هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، ويلتزم المدين إما بنقل حق عيني، أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

١. راجع المادتين (٩٦) و(٩٧) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
٢. انظر في معنى «الغبن» في معجم المعاني الجامع على الموقع التالي على شبكة الانترنت: <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%A8%D9%86/> (accessed on 4/2/2015)
٣. راجع المواد (٩٨) و(٩٩) و(١٠٠) و(١٠١) و(١٠٢) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

وقد جرى قضاء محكمة التمييز البحرينية على أن الأصل في تحديد الالتزامات العقدية هو بما يرد في العقد أو يكون من مستلزمات الشيء المتعاقد عليه لا بما يرد في اعلانات خاصة به ١ .

وباستقراء أحكام القانون المدني البحريني ذات العلاقة، يتضح أن المحل يجب أن يكون ممكناً، ومعيناً، وألاً يخالف النظام العام أو الآداب، وإلا كان العقد باطلاً.

ويجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو تم منه أو برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون ٢ .

والواقع أن التعامل في الأشياء المستقبلية كثير الوقوع في الحياة العملية، حيث نجد شخصاً يتعاقد مع آخر على شراء منزل لم يبدأ الأخير في بنائه بعد على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء. وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها، وهذه العقود واقعة على شيء مستقبل، وهي صحيحة.

وتجدر الإشارة إلى أن التعاقد على مال الغير أو فعله، لا يترتب عنه أي التزام على هذا الغير ما لم يقره. ويلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وإلا وقع العقد باطلاً. وإذا تعلق الالتزام بشيء، وجب أن يكون هذا الشيء محددًا بذاته مثل السيارة، أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته، مثل طن مواد غذائية، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد، فإذا لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط.

وإذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، التزم المدين بقدر عددها في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر، ولو اتفق على خلاف ذلك.

ويجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب. فإذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع، بطل الشرط وصح العقد، وذلك ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان ليرتضي العقد بغيره، فيبطل العقد.

### الركن الثالث: السبب

السبب هو الباعث على التعاقد. وبمعنى آخر هو الإجابة على السؤال الآتي: لماذا تم إبرام التعاقد؟ ويجب أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً. ويبطل العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب، أو كان السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

ويُعد في السبب بالباعث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان ينبغي عليه أن يعلمه. وكل التزام لم يذكر له سبب يفترض أنه يقوم على سبب مشروع، وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ٣ .

١ . راجع حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ١١٨ لسنة ٢٠٠٤ الصادر بجلسة ٢/١/٢٠٠٥ منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة السادسة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٥، الجزء الأول، المكتب الفني لمحكمة التمييز، القاعدة ٤، ص ١٣.

٢ . التركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته.

٣ . راجع المادتين (١١١) و(١١٢) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

## الفرع الثالث أهم أنواع العقود

للعقود أنواع عديدة تختلف وتتنوع بحسب المعيار الذي يتم النظر إليه. ونستعرض فيما يلي أهم أنواع العقود التي نقابلها في حياتنا المعاصرة.

**العقد الرضائي:** هو العقد الذي يتعقد بمجرد التراضي بين طرفيه.

**العقد الشكلي:** هو العقد الذي لا يتعقد إلا باتخاذ رضا العاقدين شكلية معينة يحددها القانون مثل عقد بيع عقار؛ حيث لا يتعقد هذا العقد إلا بالتسجيل. فإذا كان المتصرف فيه عقاراً، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ إلا بمرعاة أحكام قانون التسجيل العقاري ١ .

**عقد المعاوضة:** هو العقد الذي يأخذ فيه كل من الطرفين مقابلًا لما أعطاه للطرف الآخر كعقد البيع وعقد الأيجار.

**عقد التبرع:** هو العقد الذي يأخذ فيه أحد الطرفين من الآخر دون مقابل كعقد الهبة.

**العقد الفوري:** هو العقد الذي يرتب التزامات فورية على طرفيه كعقد البيع.

**العقد المستمر:** هو العقد الذي يرتب التزامات مستمرة على طرفيه كعقد الأيجار.

**عقود الإذعان:** هي عقود يسلم فيها القابل بشروط معلنة للجمهور كان قد وضعها الموجب لا يقبل مناقشتها لكونه يحتكر خدمة أو سلعة معينة. ومنح القانون للقاضي سلطة تقدير الشروط التعسفية الواردة في تلك العقود وكذلك سلطة تعديلها أو إعفاء الطرف الضعيف منها.

ويقرر المشرع البحريني أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي - بناء على طلب الطرف المدعى - أن يعدل من هذه الشروط برفع ما فيها من إجحاف، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ويُفسر الشك دائماً في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى ٢ .

العقد الابتدائي: يعتبر العقد ابتدائياً كلما كان من شأنه أن يُبرم في صورة أخرى جديدة أو يُبرم مرة ثانية. وعند تحرير عقد ابتدائي يجب على كل من طرفيه إبرام العقد النهائي في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي، أو في مدة مقبولة إذا خلا العقد الابتدائي من نص على ميعاد تحرير العقد النهائي. ويُبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي ما لم يتفق على إجراء تعديل فيها أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة أو ظروف الحال.

وإذا امتنع أحد طرفي العقد الابتدائي بدون مبرر عن إبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ العقد الابتدائي. ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي متى حاز قوة الأمر المقضي به، على أن يتم شهر الحكم في الحالات التي يتطلب فيها القانون ذلك ٣ .

١. راجع المادة (٨٥٩) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

٢. راجع المادتين (٥٨) و(٥٩) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

٣. راجع المواد (٤٧) و(٤٨) و(٤٩) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

## المطلب الثاني

### مفهوم وعناصر العقد الحكومي (العقد الإداري)

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ حيث يتناول الفرع الأول مفهوم العقد الحكومي، ثم يوضح الفرع الثاني عناصر العقد الحكومي التي تميزه عن العقد المدني الخاضع لأحكام القانون الخاص.

### الفرع الأول

#### مفهوم العقد الحكومي

يعتبر التعاقد إحدى الوسائل التي تمارس بها جهة الإدارة نشاطها. وقد تخضع العقود التي تبرمها الإدارة لأحكام القانون الخاص، وقد تخضع لأحكام القانون العام. وقد استقر الفقه والقضاء على تعريف العقد الإداري أو العقد الحكومي بأنه اتفاق يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد وفي عقود القانون الخاص<sup>١</sup>.

ومن المستقر عليه أن العقد الحكومي يخضع لذات أسس وأركان العقد المدني من حيث ضرورة توفر أركان الرضاء والمحل والسبب، وذلك على الرغم من اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما. ويستمد العقد الحكومي قواعده من نصوص تشريعية تنظم جانباً أو أكثر من جوانبه، مثل المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية، أو من أحكام القضاء الإداري الذي يضع مبادئ وقواعد تحكم هذا العقد دون التقيد بأحكام القانون المدني. ويعزى الاختلاف بين العقود المدنية والعقود الحكومية إلى أن الأخيرة تتضمن شروطاً غير مألوفة في مجال العقود المدنية بغرض تمكين الجهة الإدارية من تحقيق الأهداف التي لأجلها قامت بإبرام العقد الحكومي، وتؤدي تلك الشروط إلى جعل كفتي المتعاقدين غير متكافئة على خلاف الوضع في العقود المدنية، كما أن إبرام العقود الحكومية يستلزم إتباع إجراءات خاصة لا مثيل لها عند إبرام العقود المدنية.

كما تتميز العقود الحكومية عن العقود المدنية بخاصيتين أساسيتين، وهما: الصفة الانفرادية السابقة لصياغة العقد؛ بمعنى أن الأصل هو أن تنفرد الإدارة وحدها بصياغة العقد قبل إبرامه. والخاصية الثانية هي إخضاع جزء من العقود الحكومية للنصوص القانونية واللائحية العامة، ويتم ذلك عن طريق تضمين كراسات الشروط نصوصاً قانونية صريحة أو إحالة إلى القوانين واللوائح التي تنظم العقد الحكومي المعني.

١. راجع في هذا المعنى: حكم المحكمة الكبرى المدنية بمملكة البحرين في الدعوى رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٩٥، المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهة الإدارة، إصدار هيئة التشريع والإفتاء القانوني (دائرة الشؤون القانونية سابقاً)، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٤٨٨.

وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسته ١٢/٣٠/١٩٦٧ في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق.ع.ل.أ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً، من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥، ص ٩١، وحكمها الصادر بجلسته ١/٢٤/١٩٩٥ في الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق.ع.ل.أ.

## • كيف ينعقد العقد الحكومي؟

إن قيام جهة الإدارة بالإعلان عن إجراء مناقصة أو مزيدة ليس إيجاباً، وإنما هو دعوة للتعاقد. أما التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها فهو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقى به قبول جهة الإدارة لينعقد العقد.

ولذلك، ينعقد العقد الحكومي عن طريق دعوة للتعاقد صادرة عن جهة الإدارة في صورة إعلان عن مناقصة أو مزيدة، يعقبه إيجاب راغب التعاقد إذا صادفه قبول من جهة الإدارة متمثل في صورة قرار الترسية، ووصل العلم بهذا القبول إلى الموجب.

ولكي ينتج القبول أثره وبالتالي يعتبر التعاقد تاماً، ينبغي أن يعلم الموجب (صاحب العطاء) بقبول إيجابه باعتبار أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثراً إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

والعلم الذي يُعتمد به في هذا الشأن هو العلم الذي يتم وفقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية. ويتم ذلك بإبلاغ هذا القبول كتابة إلى صاحب العطاء متضمناً اعتماد عطائه وتكليفه بالتنفيذ.

وطبقاً للمادة (٥٤) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات والمبيعات الحكومية، يصبح العقد نافذاً فور صدور قرار الترسية على صاحب العطاء الفائز، ويجب تحرير العقد طبقاً للعقود النموذجية المعتمدة من مجلس المناقصات والمزايدات كلما أمكن ذلك. ويوقع العقد بين جهة الإدارة المتصرفة وبين من تمت الترسية عليه في مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ صدور قرار الترسية. ويبدأ تنفيذ العقد من تاريخ إرسال خطاب الترسية أو من أي تاريخ آخر يحدده هذا الخطاب ١ .

ولكي ينعقد العقد الحكومي صحيحاً، يجب أن تكون إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة معتبرة قانوناً، أي تخلو من عيوب الرضاء التي تؤثر على صحته، وهي الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، والغبن. كما يجب أن تتجه إرادة المتعاقد إلى إحداث الأثر القانوني المرغوب فيه، وهو إبرام العقد.

## • العقود الحكومية والكتابة

البين من استقراء أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية أن المشرع قرر أن العقد الحكومي يصبح نافذاً فور صدور قرار الترسية على صاحب العطاء الفائز، وأوجب تحرير العقد طبقاً للعقود النموذجية المعتمدة من مجلس المناقصات والمزايدات كلما أمكن ذلك.

والاستفاد من أحكام القسم الفرعي (٢٥-٥) من الدليل المالي الموحد - الخاص بالعقود المالية - أنه يجب كتابة العقد الحكومي، حيث تقضي هذه الأحكام بوجوب تحرير العقد باللغة العربية كلما أمكن ذلك، ووجوب تحرير جميع صفحات ونسخ العقد على الأوراق الحكومية الرسمية الخاصة بالعقود، وكذلك وجوب تحرير العقد من ثلاث نسخ على الأقل، نسخة للمتعاقد معه، ونسخة للجهة الحكومية المتعاقدة، والنسخة

١ . راجع المادة (٥٤) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

الأصلية للإدارة المختصة بوزارة المالية التي تقوم بالاحتفاظ بصورة من نسخة العقد وإرسال النسخة الأصلية إلى إدارة الخزانة.

## الفرع الثاني عناصر العقد الحكومي

من المعلوم أن الجهات الإدارية تباشر نشاطها وتؤدي مهامها من خلال إبرام عقود مع أفراد أو أشخاص اعتبارية خاصة، إلا أنه ليس كل ما تبرمه جهة الإدارة يعتبر حكماً حكومياً، فقد تبرم الجهات الإدارية عقوداً مدنية؛ كأن تستأجر إحدى الوزارات أحد العقارات ليكون مقرّاً لها بموجب عقد إيجار مدني عادي، وهذه العقود المدنية لا تُعد عقوداً حكومية بالمعنى الدقيق ولا ينطبق عليها كأصل عام النظام القانوني للعقد الإداري طبقاً للقانون الإداري، وإنما ينطبق عليها القانون المدني ١ .

ولذلك فإنه بات من المهم تحديد عناصر العقد الحكومي؛ لأن هذه العناصر تمثل المعيار المميز للعقود الحكومية الذي يميزها ويفرقها عن العقود المدنية.

ويترتب على ذلك التمييز تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد يُثار من منازعات بشأن العقود الحكومية، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات حيث تخضع العقود الحكومية لأحكام القانون العام، في حين تخضع العقود المدنية لأحكام القانون الخاص.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن العقد لا يكون إدارياً أو حكومياً إلا إذا انطوى على ثلاثة عناصر تكاملية فيما بينها بحيث لو تخلف أحدها انحصرت عنه صفته الإدارية أو الحكومية ٢، وهذه العناصر الثلاثة هي:

**العنصر الأول:** أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

**العنصر الثاني:** أن يتصل العقد بمرفق عام.

**العنصر الثالث:** أن تتبع الإدارة بشأن العقد أساليب القانون العام من خلال تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق التعاقدات المدنية.

### العنصر الأول : أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

لا يجوز وصف عقد بالصفة الإدارية إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، فهذا شرط ضروري ولازم. فالعقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً لا يعتبر إدارياً؛ لأن قواعد القانون العام وُضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة.

ويؤخذ مفهوم الإدارة بالمعنى الواسع؛ فيشمل الدولة، والأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى مثل البلديات أو الهيئات العامة كالهيئة العامة للتأمين الاجتماعي ٣ .

١ . في هذا المعنى د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٤٩٢.

٢ . عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٤.

٣ . تم إنشاء الهيئة العامة للتأمين الاجتماعي بمملكة البحرين بالقانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٨ الذي قرر صراحة أن لها شخصية اعتبارية وتتمتع بالاستقلال المالي والإداري، وتخضع لرقابة وزير المالية.

ومن المسلم به أن الأشخاص الاعتبارية العامة إما أشخاص اقليمية أي تُحدد على أساس اقليمي كالدولة والمحافظات، وإما أشخاص مرفقية تُحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة كهيئة البحرين للمؤتمرات والمعارض ٢.

وحتى يكون العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه عقداً حكومياً ينبغي أن تبرمه الإدارة بوصفها سلطة إدارية عامة، بمعنى أن تتمتع حال ابرامها للعقد بحقوق وامتيازات يفتردها من يتعاقد معها؛ ذلك أن العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص لا تعدو أن تكون عقوداً مدنية ٣.

وتصديقاً لذلك، ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن تعاقد وزارة الأوقاف مع مقاول مباني بصفتها ناظرة للوقف أي كشخص من أشخاص القانون الخاص لا يسبغ على العقد الصفة الإدارية أو الحكومية ٤.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالة معينة لا يوجد أي شخص معنوي عام بين أطراف العقد، ورغم ذلك يعتبر العقد حكومياً. وتتحقق هذه الحالة إذا تبين أن أحد الطرفين تعاقد لحساب الإدارة ومصحتها؛ لأنه بذلك اكتسب الثقة الإدارية.

وفي هذا السياق أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توفرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري ٥.

### العنصر الثاني: اتصال العقد بمرفق عام.

لا بد أن يتصل العقد بمرفق عام حتى يصبح عقداً حكومياً، فما المقصود بالمرفق العام؟ ذهب الفقه إلى أن المرفق العام هو مشروع يعمل بانتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين ٦. ويقوم المرفق العام على فكرتين أساسيتين أولهما أن المرفق العام يستلزم وجود حاجات عامة أو مصلحة عامة يعمل النشاط على اشباعها فلا يكون الغرض من ممارسته مجرد تحقيق الربح، وثانيهما وجود ارتباط عضوي بين المرفق العام وجهة الإدارة ٧.

١. راجع في هذا المعنى د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٤١.
٢. وفقاً لأحكام المادتين الأولى والسادسة عشرة من القانون رقم (٦٢) لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء وتنظيم هيئة البحرين للمؤتمرات والمعارض، فإن الهيئة المذكورة هي هيئة عامة لها شخصية اعتبارية واستقلال مالي وإداري، وتتبع الوزير المختص بشؤون التجارة، وتتمتع بميزانية مستقلة عن الميزانية العامة للدولة.
٣. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٧.
٤. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسة ١٩٨٧/١٢/٢١، مجموعة أحكام السنة الثانية والعشرين، ص ٨٥٢، مشار إليه في مؤلف د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع السابق، ص ١٧.
٥. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسة ١٩٦٤/٣/٧ في الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٧ ق.عليا، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً، ص ١٠١.
٦. د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ٢٠٠٧، ص ٣٦٨.
٧. د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا، القانون الإداري البحريني، كلية الحقوق جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٢٠٨.

وبصفة عامة يمكن القول بأن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته وتنظيمه ويعمل بانتظام، ويستعين بسلطات الإدارة من أجل تقديم حاجات عامة للجمهور بهدف تحقيق النفع العام، ومثال ذلك أبنية المحاكم والمدارس الحكومية. ولكن كيف يتصل العقد بالمرفق العام؟ يتحقق اتصال العقد بأحد المرافق العامة في عدة حالات، فقد يحدث هذا الاتصال عند انشاء المرفق كعقد الأشغال العامة، وقد يتعلق العقد بتنظيم المرفق العام وإدارته مثل عقد التزام المرافق العامة، وقد يتصل العقد بالمرفق العام في تسييره وضمان انتظام عمله كعقود التوريد. وهكذا تعمل العقود الإدارية على ضمان سير المرافق العامة وأداء خدماتها بانتظام من أجل تحقيق المصلحة العامة، ولهذا اشترط القضاء الإداري اتصال العقد بأحد المرافق العامة لكي يعتبر عقداً إدارياً ١ .

### العنصر الثالث: اتباع أساليب القانون العام في العقد (الشروط الاستثنائية)

لا بد أن يحتوي العقد على شروط استثنائية تعبر عن قيام الإدارة باتباع أساليب القانون العام، وذلك حتى يمكن وصفه بأنه عقد حكومي.

ولا شك أن هذا أمر منطقي؛ لأن العقد الحكومي يقوم على فكرة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية في حالة تعارضهما، لذا ينبغي أن تتمتع الإدارة بسلطات ومكنات واسعة في مواجهة المتعاقد معها بهدف تحقيق الصالح العام.

والحقيقة أن المشرع البحريني - مثله في ذلك مثل سائر الأنظمة القانونية المقارنة - لم يضع تعريفاً محدداً للشروط الاستثنائية. ومع ذلك، يمكن تعريفها في ضوء ما استقر عليه الفقه بأنها تلك الشروط التي تفرض التزامات لا توجد بحسب طبيعتها في عقود القانون الخاص، أو هي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بمعنى أن أشخاص القانون الخاص لا يلجأون إليها مطلقاً أو نادراً ما يلجأون إليها في تعاقداتهم ٢ .

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الشروط الاستثنائية بأنها الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص ٣ .

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية، التي تميز العقد الحكومي عن العقد المدني، تمتع جهة الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد في عقودهم مثل حقها في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون توقف على رضاء المتعاقد معها، وحقها في توقيع جزاءات على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته دون اللجوء إلى القضاء، وكذلك حق جهة الإدارة في منح المتعاقد معها سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلى على تقديم خدمة معينة للجمهور.

وفي حكم مهم يعكس أهمية وضرورة وجود شروط استثنائية حتى يمكن اسباغ الصفة الإدارية أو الحكومية

١. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٥٣١.

٢. المرجع السابق، ص ٥٣٥.

٣. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسته ١٩٦٣/٢/٢٥ مشار إليه في مؤلف المستشار د. مال الله جعفر

الحمادي، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٤٢.

على العقد، ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه إذا خلا عقد ايجار العين موضوع المنازعة من أي أحكام استثنائية، فإنه لا يمكن القول معها بتوفر صفة العقد الإداري فيه، ولا بد أن يكون عقداً مدنياً، ومن ثم ينأى عن الاختصاص الولائي لمحاكم مجلس الدولة ١ .

وقد ترد الشروط الاستثنائية في العقد ذاته في شكل بنود صريحة، كما قد تكون مقررة بمقتضى القوانين أو اللوائح السارية.

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط الاستثنائية كعنصر مميز للعقد الحكومي تختلف عن شروط الاذعان في عقود القانون الخاص، فهذه الشروط الأخيرة مألوفة في نوع خاص من العقود المدنية وهي عقود الاذعان، وقد نظمها القانون المدني بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف في التعاقد.

### المطلب الثالث صور العقود الحكومية

تتنوع صور العقود الحكومية التي تبرمها جهة الإدارة بهدف تحقيق الصالح العام. ويمكن تقسيم صور هذه العقود إلى طائفتين هما: العقود الحكومية التقليدية، والعقود الحكومية الحديثة. ونستعرض فيما يلي - بإيجاز - أهم صور العقود في كل طائفة.

#### أولاً: العقود الحكومية التقليدية

من أهم صور العقود الحكومية التقليدية التي جرى العمل عليها منذ القدم: عقد الأشغال العامة، وعقد التزام المرافق العامة، وعقد التوريد.

عقد الأشغال العامة: هو عبارة عن عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر كفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الهدم أو الحفر أو الترميم أو الإصلاح أو الصيانة في عقار لحساب الشخص العام وتحقيقاً لنفع عام مقابل ثمن يحدده العقد ٢ .

كما يمكن تعريفه بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد بقصد القيام ببناء أو هدم أو ترميم أو صيانة مباني أو منشأة عقارية لحساب الإدارة ولمنفعة عامة، ومن ثم يجب أن يتصل هذا العقد بعقار أو عقار بالتخصيص حتى ولو لم تكن أعمال المتعاقد مع الإدارة تتصل بالبناء أو الترميم، فقد يكفى اتصال العقد بأعمال الصيانة كالتنظيف والطلاء. ويُعد عقد الأشغال العامة من العقود الحكومية بطبيعتها.

ويتضح مما سبق أنه يلزم توفر ثلاثة عناصر في عقد الأشغال العامة، وهي على النحو الآتي:

١. يجب أن يرد العقد على عقار سواء كان عقاراً بطبيعته كالأراضي والمباني، أو عقاراً بالتخصيص كخطوط التليفون أو مد أسلاك تحت الماء، ولذلك لا يجوز أن يرد العقد على منقول.

١. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسة ١١/٢/١٩٨٤ في الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ ق.عليا، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً، ص ٩٦.

٢. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الالغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الحادية عشرة، ٢٠٠٥، ص ٢٢٦، بند ٢٨٥.

٢. يجب أن يكون العقد لحساب شخص معنوي عام، بمعنى أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام سواء كان شخصاً معنوياً عاماً كالدولة، أو شخصاً معنوياً عاماً إقليمياً كالمبليات، أو شخصاً معنوياً عاماً مرفقياً كالهياآت العامة .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يُشترط أن يكون العقار مملوكاً لشخص معنوي عام فقد يكون مملوكاً لأحد الأفراد، إنما المهم هو أن يكون انجاز الأعمال لحساب شخص معنوي عام ١ . ولذلك إذا استأجرت الجهة الإدارية عقاراً وخصصته لتحقيق منفعة عامة ثم تعاقدت مع مقاول لإجراء بعض التعديلات الانشائية في هذا العقار، فإن هذا العقد يُعد من عقود الأشغال العامة ٢ .

٣. يجب أن يكون الغرض من الأشغال العامة تحقيق نفع عام؛ إذ يشترط أن يكون الغرض من الأشغال العامة هو تحقيق مصلحة عامة سواء كان العقار مملوكاً للدولة ملكية عامة أو ملكية خاصة أو تقوم بإدارته.

عقد التزام المرافق العامة: هو عقد تعهد بمقتضاه جهة الإدارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص (الملتزم) بإدارة مرفق عام اقتصادي على نفقته ومسئوليته لمدة محددة على أن يتقاضى عوضاً مالياً في شكل رسوم يقوم بتحصيلها من المنتفعين بالمرفق.

ويتميز عقد التزام المرافق العامة عن عقد الأشغال العامة في مسألتين، وهما:

١. المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد: فالملتزم يتقاضى المقابل في صورة رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق، أما في عقد الأشغال العامة يكون المقابل هو ثمن محدد في العقد ويتقاضاه المتعاقد من الإدارة مباشرة.
٢. موضوع العقد: يتعلق موضوع عقد الأشغال العامة بإنشاء أو هدم أو ترميم أو صيانة مرفق عام دون أن يكون للمقاول حق استغلاله أو إدارته، في حين يتعلق موضوع عقد التزام المرافق العامة بإدارة مرفق عام.

**عقد التوريد:** هو اتفاق بين جهة الإدارة وبين شخص (المورد) يتعهد بمقتضاه المورد بتوريد منقولات أو خدمات معينة لمرفق عام مقابل ثمن معين.

ويتميز عقد التوريد عن عقد الأشغال العامة في موضوع العقد؛ لأن عقد التوريد يتعلق موضوعه بالمنقولات في حين لا يرد عقد الأشغال العامة إلا على عقار.

## ثانياً: العقود الحكومية الحديثة

ظهرت في الآونة الأخيرة مجموعة من العقود الحكومية الحديثة لمواكبة التطورات الحادثة، ومن أهم صور هذه العقود الحكومية الحديثة: عقد نقل التكنولوجيا، وعقد البوت B.O.T.

عقد نقل التكنولوجيا: هو اتفاق بين جهة الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري يقوم بمقتضاه بنقل وتوريد معلومات فنية معينة إلى جهة الإدارة لاستخدامها في إنتاج أو تصنيع أو تطوير سلعة أو خدمة. وينصب هذا

١. د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٨١.

٢. المستشار د. محمد فؤاد الحريري، تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير (دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك النموذجية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٢.

العقد على نقل المعرفة الفنية ونقل المساعدة الفنية. وغني عن البيان القول بأن سبب ظهور وانتشار مثل هذه الصورة من العقود الحكومية في الدول النامية هو أن هذه الدول ترغب بشدة في علاج ما تعانيه من تأخر في مجالات الإنتاج والتصنيع نتيجة خضوعها للاستعمار الأجنبي فترات زمنية طويلة. عقد البوت B.O.T: هو اتفاق يلتزم بمقتضاه المتعاقد مع جهة الإدارة بإنشاء مشروع بالكامل وتشغيله والانتفاع به لمدة زمنية معينة، ثم تحويل ملكيته وتسليمه لجهة الإدارة بدون مقابل. واصطلاح «البوت B.O.T» هو اختصار لثلاث كلمات انجليزية هي البناء Build والتشغيل Operate والتحويل Transfer.

وتتبدى المميزات الأساسية لنظام عقود البوت في أنه يقدم حلاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء إلى الاقتراض، أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها، أو تحميل الموازنة العامة مزيداً من الأعباء، فضلاً عن أن هذا النظام يمكن الحكومة من تقديم خدمة أساسية للمواطن بإنشاء المرافق العامة<sup>١</sup>.

## المبحث الثاني أبرام العقود الحكومية

البيّن من استقراء أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية والقوانين المعدلة له أن المشرع حدد أساليب للتعاقد في مجال المشتريات الحكومية، كما حدد أساليب أخرى للتعاقد في مجال المبيعات الحكومية. وفي ضوء ذلك، سوف ينقسم المبحث الثاني إلى ثلاثة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: أساليب التعاقد الحكومي في المشتريات.

المطلب الثاني: أساليب التعاقد الحكومي في المبيعات.

المطلب الثالث: إجراءات الترسية والتعاقد.

## المطلب الأول أساليب التعاقد الحكومي في المشتريات

حددت المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الأساليب التي يجوز لجهة الإدارة اتباعها لكي تختار التعاقد معها على عمليات شراء السلع، وتنفيذ الإنشاءات، وتلقي الخدمات.

ويُقصد بالسلع الأشياء من كل صنف ووصف، بما في ذلك المواد الخام والمنتجات والمعدات والأشياء التي تكون على هيئة صلبة أو سائلة أو غازية والكهرباء والخدمات التبعية التي تصحب توريد السلع. والمقصود بالإنشاءات الأعمال المرتبطة بتشييد المباني أو الهياكل أو المنشآت أو بإعادة إنشائها أو بهدمها أو

١. د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٩.

ترميمها أو تجديدها، كتهيئة الموقع والحفر وتركيب المعدات أو المواد والتشطيب، وكذلك الخدمات التبعية التي تصحب التشييد من اختبارات للتربة والاستقصاءات الهندسية والجيولوجية وأعمال المسح والتصوير الجوي وما إلى ذلك من الخدمات التي تقدم بناءً على عقد الشراء، وتشمل المنشآت أيضاً الطرق والجسور والأنفاق والأرصفة والمواقف ومحطات وشبكات الكهرباء والماء والمجاري ومصارف المياه والمطارات والموانئ والممرات والقنوات المائية واستصلاح الأراضي وسكك الحديد.

ويُقصد بالخدمات العناصر القابلة للشراء من غير السلع أو الإنشاءات، بما في ذلك الاستشارات الهندسية والإدارية والمالية والدراسات ١.

وتنص المادة (٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المشار إليه على أن «يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات بأسلوب المناقصة العامة، ومع ذلك يجوز للجهة المتصرفة بقرار مسبب من مجلس المناقصات والمزايدات التعاقد بأحد الأساليب الآتية:

أ. المناقصة على مرحلتين.

ب. المناقصة المحدودة.

ج. التفاوض التنافسي (الممارسة).

د. الشراء المباشر (الشراء من مصدر واحد).

هـ. طلب تقديم اقتراحات.

ويكون التعاقد بشأن الخدمات عن طريق طلب تقديم الاقتراحات، ومع ذلك يجوز بقرار من المجلس التعاقد بشأنها بأحد الأساليب السابقة.

وتسري على الأساليب المنصوص عليها في هذه المادة الشروط والأحكام والإجراءات الخاصة بالمناقصات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون»

والمستفاد من النص المتقدم أن المشرع البحريني حدد ستة أساليب للتعاقد الحكومي في المشتريات، وهي على النحو الآتي:

١. المناقصة العامة (محلية أو دولية).

٢. المناقصة على مرحلتين.

٣. المناقصة المحدودة.

٤. التفاوض التنافسي (الممارسة).

٥. الاتفاق المباشر (الشراء المباشر من مصدر واحد).

٦. طلب تقديم الاقتراحات (R.F.P).

والأصل هو أن تلجأ الجهة المتصرفة إلى أسلوب المناقصة العامة عند الرغبة في شراء سلع أو إنشاءات. أما عندما تكون هناك رغبة في التعاقد على خدمات، فإن الأصل هو استخدام أسلوب طلب تقديم الاقتراحات.

١. راجع المادة (١) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

ومع ذلك، يجوز للجهة المتصرفة - استثناءً - استخدام أسلوب آخر غير أسلوب المناقصة العامة عند شراء السلع أو الإنشاءات، كما يجوز لها اللجوء إلى أسلوب آخر غير أسلوب طلب تقديم الاقتراحات عند التعاقد على الخدمات، وذلك إذا تحقق ما يلي:

١. صدور قرار مسبب من مجلس المناقصات والمزايدات بتحديد الأسلوب الاستثنائي.
٢. توفر إحدى الحالات الموجبة لاتباع الأسلوب الاستثنائي والمنصوص عليها في القانون.

## أولاً: المناقصة العامة Tendering

المناقصة العامة هي عبارة عن مجموعة الإجراءات المعلن عنها وفقاً للأوضاع المبينة في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية بقصد الوصول إلى أفضل عطاء من حيث السعر والشروط الفنية ١.

وتعد المناقصة العامة الأصل العام في التعاقد الحكومي على المشتريات؛ إذ تقوم على أساس وجود المنافسة competition بين المتقدمين للتعاقد، ومبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة، حتى يمكن للإدارة المعنية اختيار أفضل العروض المقدمة فنياً ومالياً.

وعلى الرغم من أن أساليب الشراء متنوعة؛ إلا أن المناقصة العامة تعد أهم تلك الأساليب من ناحية تحقيق الغاية من العملية المطروحة من حيث الحصول على أسعار تنافسية وعروض عدة تستطيع الإدارة من خلالها الوقوف على أفضلها من الناحية الفنية وأقلها سعراً، وفي الوقت ذاته تتيح الفرصة لكافة المقاولين والموردين المختصين بالنشاط موضوع المناقصة للتقدم بعطاءاتهم في ظل الإجراءات الشفافة المتبعة فيها ٢. وقد قرر المشرع البحريني أن المناقصة العامة إما أن تكون محلية يُعلن عنها في مملكة البحرين، أو دولية يُعلن عنها في المملكة وفي الخارج ٣.

والمناقصة العامة المحلية هي التي يقتصر الاشتراك فيها على الموردين أو المقاولين المصرح لهم بمزاولة النشاط التجاري في مملكة البحرين حسب القوانين والأنظمة المعمول بها. ويتم الاعلان عن المناقصة العامة المحلية في مملكة البحرين فقط.

أما المناقصة العامة الدولية فهي المناقصة التي يُعلن عنها في المملكة وفي خارجها. وتكون المشاركة في المناقصة العامة الدولية للشركات والمؤسسات المحلية والعالمية المسجلة وغير المسجلة في المملكة على أن تقوم الشركات والمؤسسات العالمية غير المسجلة بالتسجيل حسب الأنظمة المعمول بها في المملكة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إرساء المناقصة عليها.

وقد قرر المشرع البحريني معاملة شركات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية كشركات وطنية بعد تطبيق قوانين الدولة فيما يتعلق بالعمل التجاري والاتفاقيات المشتركة بين دول مجلس التعاون لدول الخليج

١. وذلك وفقاً للمادة (١) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

٢. المستشار د. مال الله جعفر الحمادي، ضمانات العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٧٠.

٣. راجع المادة (١) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

### • ما هي معايير التمييز بين المناقصة العامة المحلية والدولية؟

حرص المشرع البحريني على وضع أسس معايير التمييز بين المناقصة العامة المحلية والمناقصة العامة الدولية؛ حيث قرر أن معايير التمييز في هذا الشأن تقوم على الأسس الآتية:

- ١ . طبيعة السلع أو الإنشاءات أو الخدمات المطلوب شراؤها.
  - ٢ . حجم السلع أو الإنشاءات أو الخدمات المطلوب شراؤها.
  - ٣ . درجة تعقيد السلع أو الإنشاءات أو الخدمات المطلوبة ومستوى المقاييس المطلوبة فيها.
- ويحق لمجلس المناقصات والمزايدات تقرير أسباب اختيار أسلوب المناقصة العامة الدولية بناء على المعايير سالفة الذكر ٢.

ويجب على الموردين أو المقاولين الراغبين في الاشتراك في المناقصة العامة إثبات ما يؤهلهم لذلك باستيفاء المعايير التي تحددها اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢.

### ثانياً: المناقصة على مرحلتين

يُقصد بالمناقصة على مرحلتين المناقصة التي تتم على مرحلتين متتاليتين؛ بحيث يشارك المتنافسون في المرحلة الأولى في تقديم حلول أو مواصفات تتعلق بموضوع المناقصة، ثم يعقب ذلك الدخول في المرحلة الثانية التي تقوم على عملية التنافس بين المتنافسين الذين اجتازوا المرحلة الأولى حول تنفيذ تلك الحلول أو توريد السلع المحددة بعد توحيد الحلول أو المواصفات.

ويجوز التعاقد بطريق المناقصة على مرحلتين إذا تعذر عملياً صياغة مواصفات مفصلة للسلع أو الإنشاءات أو تحديد خصائص الخدمات من أجل الحصول على أكثر الحلول تلبية لاحتياجات الجهة المتصرفة إذا توفرت الشروط الآتية:

- أ . وجود معايير واضحة للتقييم الفني للعروض.
- ب . إذا كان هناك متسع من الوقت لإجراء المناقصة على مرحلتين.
- ج . إذا كانت النية تتجه إلى التعاقد بمبلغ مقطوع lump sum.
- د . إذا كان من المتوقع استلام أكثر من عرض.

وتجري المرحلة الأولى من المناقصة على مرحلتين عن طريق الدعوة بموجب خطابات مسجلة بعلم الوصول

- ١ . وذلك وفقاً للمادة (١٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.
- ٢ . راجع المادة (١٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.
- ٣ . راجع المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

إلى تقديم عطاءات أولية دون بيان السعر تتضمن اقتراحات فنية أو نوعية وغيرها للسلع أو الإنشاءات أو الخدمات، واقتراحات تتعلق بشروط التعاقد ومعلومات عن كفاءة ومؤهلات مقدمي العطاءات. ويجوز التفاوض في هذه المرحلة مع أي صاحب عطاء لم يرفض عطاؤه بشأن أي جانب من جوانب العطاء. وتجري المرحلة الثانية من المناقصة عن طريق دعوة أصحاب العطاءات الذين لم ترفض عطاءاتهم بتقديم عطاءات نهائية شاملة الأسعار على أساس مجموعة واحدة من المواصفات. ويجوز في هذه المرحلة تعديل أية مواصفات تضمنتها الوثائق الأصلية، على أن يتم إخطار جميع أصحاب العطاءات بهذه التعديلات ١.

### ثالثاً: المناقصة المحدودة

المقصود بالمناقصة المحدودة هي المناقصة التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدد أو فئة محددة من الموردين أو المقاولين ٢.

وقد أجاز المشرع البحريني التعاقد الحكومي بطريق المناقصة المحدودة في أي من الحالات الآتية :

١. إذا لم تكن السلع أو الإنشاءات أو الخدمات متوفرة بسبب طبيعتها التخصصية الدقيقة إلا لدى عدد محدود من الموردين أو المقاولين أو الاستشاريين أو الفنيين أو الخبراء سواء في مملكة البحرين أو في الخارج.
  ٢. إذا كانت السلع أو الإنشاءات أو الخدمات قليلة القيمة بحيث لا تتناسب مع الوقت والتكلفة اللازمين لفحص وتقييم عدد كبير من العطاءات.
  ٣. إذا كان الشراء من عدد محدود من الموردين أو المقاولين أو الاستشاريين أو الفنيين أو الخبراء ضرورياً لتعزيز الاقتصاد الوطني، وخاصة لدعم ميزان المدفوعات أو احتياطي العملات الأجنبية.
- ويتم توجيه الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصات المحدودة لجميع أو لأكبر عدد ممكن من الموردين أو المقاولين المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة والمقيدين في سجلات الجهة المتصرفة ومجلس المناقصات والمزايدات، ويتم وضع معلومات المناقصة المحدودة على الموقع الإلكتروني لمجلس المناقصات والمزايدات ٣.

### رابعاً: التفاوض التنافسي (الممارسة)

يجوز للجهة المتصرفة التعاقد على المشتريات الحكومية عن طريق الدخول في مفاوضات مع أصحاب العروض حول العروض التي قدموها، ثم يتم التقييم على أساس العروض النهائية المقدمة بعد المفاوضات. وقد أجاز المشرع البحريني التعاقد بطريق التفاوض التنافسي في أي من الحالات الآتية:

١. راجع المادتين (٤١) و(٤٢) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.
٢. راجع المادة (١) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.
٣. راجع المادتين (٤٣) و(٤٤) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

١. السلع التي لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة.
  ٢. الأعمال الفنية التي تقتضي بحسب طبيعتها تنفيذها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين.
  ٣. السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي تقتضي بحسب طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون شراؤها من أماكن إنتاجها.
  ٤. التوريدات والإنشاءات والخدمات التي لم تقدم عنها أي عطاءات في المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار غير مقبولة وكانت الحاجة إليها لا تسمح بإعادة طرحها في مناقصة.
  ٥. في حالة الكوارث والضرورة العاجلة التي تتسبب في حاجة ملحة إلى السلع أو الإنشاءات أو الخدمات والتي لا يحتمل معها اتباع إجراءات المناقصة العامة.
  ٦. توجه الدعوة لتقديم العروض في الممارسة إلى أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية.
- وفي حالة اتباع إجراءات الممارسة، تقوم الجهة المتصرفة - من خلال لجنة يقرر مجلس المناقصات والمزايدات تشكيلها - بإجراء مفاوضات مع أصحاب العروض أو مندوبيهم. ويجب على الجهة المتصرفة إبلاغ أصحاب العروض المشتركين في الممارسة بأي اشتراطات أو توجيهات أو وثائق أو معلومات ذات صلة بالممارسة.
- وتطلب الجهة المتصرفة بعد انتهاء المفاوضة من أصحاب العروض المقبولة أن يقدموا في الموعد الذي تحدده أفضل عروض نهائية لديهم، ثم تختار الجهة المتصرفة أفضل هذه العروض، وذلك كله وفقاً للقواعد التي تحددها اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٢.
- وقد أوجب المشرع البحريني مراعاة السرية في المفاوضات بين الجهة المتصرفة وأصحاب العروض، كما حظر أن يكشف أي من الطرفين عن أية معلومات تقنية أو سعرية تتعلق بالمفاوضات بدون موافقة الطرف الآخر، وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالاطلاع على سجل إجراءات الشراء ١.

#### خامساً: الاتفاق المباشر (الشراء المباشر من مصدر واحد)

- يُقصد بالاتفاق المباشر أن تختار الجهة المتصرفة المقاول أو المورد الذي تتعاقد معه مباشرة بناء على طلب تقديم اقتراح أو عرض أسعار، وذلك دون وجود منافسة بين أكثر من مقاول أو مورد لاعتبارات تتعلق بالمرونة والفاعلية.
- ولا شك أن هذا الأسلوب هو أسلوب استثنائي في التعاقد الحكومي؛ لأنه لا يحقق مبادئ المنافسة وتكافؤ الفرص التي يسعى القانون إلى تحقيقها، ولذلك لا يتم اللجوء إليه إلا بعد موافقة مجلس المناقصات والمزايدات إذا توفرت إحدى الحالات الآتية:
١. إذا لم تتوافر السلع أو الإنشاءات أو الخدمات إلا لدى مورد أو مقاول معين، ولا يوجد لها بديل مقبول.

١. راجع المواد (٤٥) و(٤٦) و(٤٧) و(٤٨) و(٤٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

٢. الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة بأنواعها أو الممارسة.
  ٣. حالات الكوارث التي لا يُحتمل معها اللجوء إلى المناقصة العامة.
  ٤. حالة التوحيد القياسي أو التوافق مع الموجود من السلع أو المعدات أو التكنولوجيا أو الخدمات، مع مراعاة محدودية الشراء المقترح بالقياس إلى الشراء الأصلي ومعقولية السعر وعدم ملائمة البديل.
  ٥. إذا كان الشراء من مورد أو مقاول معين ضرورياً لتعزيز الاقتصاد الوطني مثل دعم ميزان المدفوعات أو احتياطي العملات الأجنبية.
- ويكون الشراء المباشر عن طريق طلب تقديم اقتراح أو عرض أسعار من مورد أو مقاول وحيد، مع مراعاة ألا يتم الإيحاء إليه بانعدام المنافسة ١ .

### سادساً: طلب تقديم الاقتراحات (R.F.P) ٢

قرر المشرع البحريني أن طلب تقديم الاقتراحات هو الأسلوب الأصلي الذي يجب على الجهة المتصرفة اتباعه عند التعاقد للحصول على الخدمات؛ حيث يقضي قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المشار إليه بأن يكون التعاقد بشأن الخدمات عن طريق الإعلان عنها داخلياً أو خارجياً، أو في نشرة متخصصة عن طريق طلب تقديم اقتراحات، أو تقديم طلبات التأهيل المسبق عند الاقتضاء. ويجوز طلب تقديم الاقتراحات مباشرة من عدد من الموردين أو المقاولين في أي من الحالات الآتية:

١. إذا كانت الخدمات غير متوفرة إلا لدى عدد محدود من الموردين أو المقاولين.
  ٢. إذا كان الوقت وتكلفة الدراسة والتقييم لا يتناسبان مع قيمة الخدمات المطلوبة.
  ٣. إذا كانت السرية أو المصلحة الوطنية تستدعي ذلك ٢.
- وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الخدمات المطلوبة غير متوفرة إلا لدى عدد محدود من الموردين أو المقاولين، يجب دعوة جميع الموردين أو المقاولين المشغولين بنوع النشاط والمقيد بسجلات الجهة المتصرفة ومجلس المناقصات والمزايدات.
- وإذا كان الوقت وتكلفة الدراسة والتقييم لا يتناسبان مع قيمة الخدمات المطلوبة، أو إذا كانت السرية أو المصلحة الوطنية تستدعي اللجوء إلى أسلوب طلب تقديم الاقتراحات، فإنه يكفي القيام بدعوة عدد كاف من هؤلاء الموردين أو المقاولين.
- وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ محتويات طلب تقديم الاقتراحات ومعايير تقييم الاقتراحات وإجراءات وأساليب الانتقاء سواء بالمفاوضات المتتابعة أو المتزامنة أو بدون تفاوض، وكذلك الإيضاحات والتعديلات بشأن طلب تقديم الاقتراحات.

---

١. راجع المادة (٥٠) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

٢. R.F.P هو اختصار لعبارة مكونة من ثلاث كلمات انجليزية هي: Request for proposal .

٣. راجع المادة (٥١) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

ويجب مراعاة السرية في تقييم الاقتراحات وفي المفاوضات، بما يضمن عدم إفشاء أية معلومات تقنية أو سعرية أو أية معلومات أخرى قد تضر بعملية الشراء أو بالمصالح المشروعة للموردين أو المقاولين ١ .

## المطلب الثاني أساليب التعاقد الحكومي في المبيعات

حددت المادة (٦٢) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية، المضافة بالقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠، أساليب التعاقد الحكومي عند التصرف في الأموال العامة؛ حيث تنص هذه المادة على أن «فيما عدا بيع العقارات المملوكة للدولة، يتم التصرف في الأموال المملوكة للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون بطريق المزايدة العلنية بالمظاريف المغلقة. ويجوز بقرار مسبب من المجلس التصرف في هذه الأموال بطريق الممارسة أو بالطريق المباشر في الحالات الآتية:

- أ. الأصناف التي يُخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها.
- ب. الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن التقديري.
- ج. حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتل إجراءات المزايدة.»

ويتضح من النص المتقدم أن المشرع البحريني وضع أصلاً عاماً تختار بمقتضاه الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المتعاقد معها عند رغبتها في التصرف في الأموال المملوكة لها، فألزم هذه الجهات باللجوء إلى أسلوب المزايدة العلنية بالمظاريف المغلقة. واستثناءً من ذلك ومراعاة للظروف، فقد أجاز المشرع البحريني بقرار مسبب من مجلس المناقصات والمزايدات التصرف في تلك الأموال عن طريق اللجوء إلى الممارسة أو الطريق المباشر إذا توفرت الشروط والأوضاع المقررة قانوناً، وذلك كله باستثناء حالات بيع العقارات المملوكة للدولة.

وبناء عليه، يمكن القول بأن أساليب التعاقد الحكومي في المبيعات تتمثل في ثلاثة أساليب، وهي:

١. المزايدة العلنية بالمظاريف المغلقة.

٢. الممارسة.

٣. الطريق المباشر.

### أولاً: المزايدة العلنية بالمظاريف المغلقة

يُقصد بالمزايدة مجموعة الإجراءات المعلن عنها بقصد بيع أو إيجار الأصناف المملوكة للدولة سواء كانت منقولة أو غير منقولة بقصد الوصول إلى أعلى الأسعار التي يتقدم بها المزايدون ١ .

١. راجع المادتين (٥٢) و(٥٣) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

وقد أوجب المشرع البحريني على الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية أن يكون تصرفها في الأموال المملوكة لها من عقارات ومنقولات بطريق المزايدة العلنية بالمظاريف المغلقة، وذلك فيما عدا بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة.

ومن المعلوم أن العقار هو كل شيء مستقر بجزءه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته. ومع ذلك، يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله ٢.

كما يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على عقار، ويشمل ذلك حق الملكية والدعاوى التي تتعلق بحق عيني على عقار ٣.

ويجب أن يتم الإعلان عن المزايدة بنفس طرق الإعلان المحددة بالنسبة للمناقصات العامة، ويوضح في الإعلان الأصناف المراد التصرف فيها وبياناتها والتاريخ والمكان المحدد لإجراء المزاد وكيفية التسليم. وتسري على المزايدات والمبيعات الحكومية ذات القواعد والإجراءات المنظمة للمناقصات والمشتريات الحكومية، وذلك كله بما لا يتعارض مع طبيعة المزايدة أو البيع الحكومي ٤.

والواقع أن فكرة التصرف في الأموال المملوكة للدولة المنصوص عليها في المادة (٦٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية سالف الذكر تستلزم منا لقاء الضوء - بإيجاز - على التمييز بين مفهوم الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة (أملاك الدولة العامة)، ومفهوم الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة (أملاك الدولة الخاصة) والآثار القانونية المترتبة على ذلك في ضوء التشريع البحريني.

فقد وضع المشرع البحريني تعريفاً محدداً لأملاك الدولة العامة في المادة (٢٦) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١؛ حيث تنص الفقرة (أ) من هذه المادة على أن «الأموال العامة هي العقارات والمنقولات التي تملكها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة وتكون مخصصة للنفع العام بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص».

والمستفاد من النص المتقدم أن الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة هي العقارات والمنقولات التي يتوفر فيها شرطان، وهما:

الشرط الأول هو أن تكون تلك العقارات والمنقولات مملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة كإحدى البلديات أو إحدى الهيئات العامة ذات الشخصية الاعتبارية المستقلة، ومن ثم فإن الأموال المملوكة للجمعيات الخيرية أو النوادي لا تعتبر أموالاً عامة؛ لأن هذه الهيئات من أشخاص القانون الخاص. والشرط الثاني هو أن تكون الأموال المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة مخصصة للمنفعة

١. راجع المادة (١) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.
٢. راجع المادة (١٩) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
٣. راجع المادة (٢٠) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
٤. راجع المادتين (٦٣) و(٦٤) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.

العامّة.

وقد حدد المشرع البحريني في المادة (٢٦/أ) من القانون المدني سائلة الذكر أدوات تخصيص المال العام للمنفعة العامة، فقد يكون هذا التخصيص بالفعل؛ أي بحكم الواقع دون حاجة إلى صدور قانون أو مرسوم أو قرار مثل الشوارع وشواطئ البحر والمقابر. وقد تكون أداة التخصيص للنفع العام هي الأسلوب الرسمي؛ أي بمقتضى قانون، أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص. ومثال ذلك أن يصدر مرسوم بتخصيص مال خاص للدولة كأرض فضاء لانتفاع جامعة حكومية لمصلحة التعليم الجامعي ١.

وحفاظاً على الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة، فقد وضع المشرع البحريني قواعد قانونية لحمايتها حيث تنص المادة (٢٦/ب) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ على أن «وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم».

وتخضع الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة لأحكام القانون العام. ولا يجوز التصرف فيها بأي نوع من التصرفات المدنية طبقاً للقانون المدني كالبيع. والأصل في هذه الأموال مجانية الاستعمال للكافة؛ لأن الغاية منها هي تقديم خدمات عامة وليس الحصول على أموال للخزينة العامة. ومع ذلك، قد تُدر هذه الأموال دخلاً في بعض الحالات؛ كأن تقرر الدولة فرض رسوم على زيارة المتاحف العامة والحدائق، أو لقاء المرور في طريق عام أو على بعض الجسور أو استخدام المطارات والموانئ ٢.

أما فيما يتعلق بالأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، فمن الملاحظ أن المشرع البحريني لم يضع في القانون المدني المشار إليه تعريفاً محدداً لهذه الأموال.

ومع ذلك، يمكن تعريفها بأنها العقارات والمنقولات التي تملكها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى والتي لا تكون مخصصة لمنفعة عامة، أو انتهت تخصيصها للمنفعة العامة كالأراضي الزراعية، والأراضي البور، والمناجم، والمشروعات التجارية والصناعية، والأوراق المالية التي تملكها الدولة، ويمكن أن تعود عليها بأرباح وإيرادات تساعدها على مواجهة احتياجاتها غير المتناهية في شتى المجالات ٣.

وتنقسم الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة إلى ثلاثة أنواع، وهي على النحو الآتي:

١. أملاك الدولة العقارية كالأراضي الزراعية والغابات والمناجم والمحاجر.
٢. أملاك الدولة الصناعية والتجارية، ويقصد بها المشروعات الصناعية والتجارية التي تملكها الدولة، وتمارس من خلالها نشاطاً تجارياً أو صناعياً مثل الأفراد أو المشروعات الخاصة. والواقع أن حجم ما تملكه الدولة من هذه المشروعات يختلف من دولة إلى أخرى حسب الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية السائدة فيها.

١. انظر في ذلك بالتفصيل: المستشار د. محمد فؤاد الحريري، دور الموظف العام في حماية الأموال العامة في ضوء تشريعات بعض الدول العربية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٤٩ وما بعدها.

٢. د. صالح ابراهيم المتينوني، المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ١٠١-١٠٢.

٣. المستشار د. محمد فؤاد الحريري، دور الموظف العام في حماية الأموال العامة في ضوء تشريعات بعض الدول العربية، المرجع السابق، ص ٦٤.

٢. أملاك الدولة المالية، ويقصد بها محفظة الأوراق المالية؛ أي الأسهم والسندات المملوكة للدولة، والتي تحصل منها على أرباح وفوائد تمثل إيراداً للخزانة العامة ١.

ومن المسلم به أنه يجوز التصرف في أملاك الدولة الخاصة وفقاً لأحكام القانون الخاص؛ وبالتالي يحق للدولة بيع أو تأجير أي من هذه الأموال الخاصة للغير بقصد تحقيق إيرادات للخزانة العامة تساعد على مواجهة نفقاتها العامة، على أن تتم هذه التصرفات وفقاً للضوابط والقواعد التي قررها المشرع في هذا الشأن.

### • كيف يتم بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة؟

من الملاحظ أن المادة (٦٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية سائفة الذكر استبعدت صراحة بيع العقارات المملوكة للدولة من الخضوع لأحكامها، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة؟

وتقتضي الإجابة على هذا السؤال الرجوع إلى أحكام المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة.

والبين من استقراء أحكام هذا المرسوم بقانون أن المشرع حدد المقصود بالأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة في تطبيق أحكامه فيما يلي:

١. الأراضي والعقارات المملوكة للدولة بمقتضى القانون.
٢. الأراضي المملوكة للدولة بموجب وثائق ملكية عقارية.
٣. الأراضي التي لا يملكها أحد بموجب وثائق ملكية عقارية، أو أحكام قضائية نهائية، أو بأي مستندات أخرى تثبت ملكيته لها بأي سند قانوني ٢.

وتنص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة على أن «مع مراعاة الهبات التي يقررها الملك، لا يجوز التصرف في الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بأمر ملكي.»

كما تنص المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه على أن «لا يجوز لأجهزة الدولة أو الأشخاص الاعتبارية التصرف في الأراضي التي خصصت لها أو تغيير استخدامها لغير الغرض الذي خصصت من أجله إلا بموافقة من الملك.»

وفي ضوء النصوص المتقدمة، يمكن القول بأن المشرع البحريني حدد ثلاثة أساليب يجب على جهة الإدارة اتباعها عندما تكون بصدد التصرف في العقارات والأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة، وتتمثل هذه الأساليب فيما يلي:

١. د. صالح ابراهيم المتينوي، المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني، المرجع السابق، ص ١٠٢-١١٠.

٢. راجع المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة.

١. الهيئة الملكية.
٢. الأمر الملكي.
٣. الموافقة الملكية.

### (١) الهبة الملكية

خول المشرع الملك الحق في أن يقرر هبة العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة لأحد الأفراد أو إحدى الجهات أو الهيئات حسبما يراه محققاً للصالح العام.

### (٢) الأمر الملكي

مع مراعاة الهبات التي يقرها الملك، فإنه لا يجوز التصرف في العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة إلا بأمر ملكي.

### (٣) الموافقة الملكية

حظر المشرع على الجهات الحكومية أن تقوم بالتصرف في أحد العقارات المخصصة لها، أو أن تغير استخدامها لغير الغرض الذي خصصت من أجله، إلا بعد الحصول على موافقة ملكية.

### ثانياً: الممارسة

الممارسة هي أسلوب استثنائي يمكن للجهة المتصرفة اللجوء إليه عند التصرف في الأموال المملوكة لها بدلاً عن المزايدة العلنية بالمظاريف المغلقة، ويجب صدور قرار مسبب من مجلس المناقصات والمزايدات بالسماح للجهة المتصرفة باستخدام هذا الأسلوب الاستثنائي لاعتبارات تتعلق بالمرونة والفاعلية. ولذلك تطلب المشرع توفر حالة من الحالات التالية حتى يمكن لمجلس المناقصات والمزايدات السماح للجهة المتصرفة باستخدام أسلوب الممارسة:

١. الأصناف التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها.
٢. الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن التقديري.
٣. حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل إجراءات المزايدة.

وعند استخدام أسلوب الممارسة، تدخل الجهة المتصرفة في مفاوضات مع أصحاب العروض حول ما قدموه من عروض، ثم يتم التقييم على أساس العروض النهائية المقدمة بعد المفاوضة.

### ثالثاً: الطريق المباشر

التعاقد بالطريق المباشر هو أسلوب استثنائي يمكن للجهة المتصرفة اللجوء إليه عند التصرف في الأموال المملوكة لها، وذلك خروجاً على الأصل وهو المزايدة العلنية بالمظاريف المغلقة. ونظراً لكون هذا الأسلوب أسلوباً استثنائياً وفيه قدر من الخطورة وقد يسمح بالتعدي على المال العام، فقد

استلزم المشرع صدور قرار مُسبب من مجلس المناقصات والمزايدات بالسماح للجهة المتصرفة باستخدام هذا الأسلوب الاستثنائي.

كما حدد المشرع الحالات الموجبة للسماح للجهة المتصرفة بالتعاقد بالطريق المباشر، وهذه الحالات هي:

١. الأصناف التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها.
٢. الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن التقديري.
٣. حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتل إجراءات المزايدة.

وفي ضوء جميع ما سبق بيانه، يمكن القول بأنه إذا رغبت الجهة المتصرفة في اتباع أسلوب آخر غير الأسلوب الأصلي للتعاقد سواء فيما يتعلق بالمشتريات أو المبيعات، وجب عليها تقديم طلب كتابي مُسبب بذلك إلى مجلس المناقصات والمزايدات لأخذ موافقته الكتابية المسببة قبل طرح العملية، وذلك التزاماً بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المشار إليه، وأحكام تعميم مجلس المناقصات والمزايدات رقم (١) لسنة ٢٠٠٣.

## المطلب الثالث الترسية والتعاقد

### • ما هو أساس الترسية؟

وفقاً للمادة (٢٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المشار إليه، يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات وفق ما يرد في وثائق المناقصة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية للقانون المذكور.

ويبدو من ذلك أن أساس الترسية هو الكفاءة الفنية ثم السعر، ولذلك يجب التمحيص والتدقيق جيداً في العطاءات من الناحية الفنية بحيث يكون الاعتبار الأول للتقييم الفني للعطاءات، ثم يتم تقييمها مالياً. وتطبيقاً لذلك قرر مجلس المناقصات والمزايدات أن السعر الأقل وحده ليس هو المعيار الذي يُحدد على أساسه العطاء الفائز بالمناقصة، بل يجب أن يلازم هذا السعر الأقل توفر الشروط الأفضل والمواصفات المنصوص عليها في وثائق المناقصة ١ .

والجدير بالذكر أن المقصود بالشروط هنا هو المتطلبات الواجب توفرها في المتقدم للمناقصة من حيث الأهلية، والسمعة، والوضع المالي، والخبرة، وذلك بالإضافة إلى المواصفات الفنية المطلوبة وشروط المناقصة الأخرى.

ونود الإشارة إلى أن مجلس المناقصات والمزايدات قرر عدم جواز الترسية على العطاء الأقل سعراً إذا ما

١. راجع قرار مجلس المناقصات والمزايدات بجلسته رقم (١٧) المنعقدة بتاريخ ١١/٥/٢٠٠٥ الدورة الثانية، مشار إليه في كتاب المستشار د. مال الله جعفر الحمادي، ملخص لأهم قرارات مجلس المناقصات خلال دورتيه الأولى والثانية (يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠٠٦)، ٢٠٠٧، ص ٢٨.

تقدم صاحبه بتوريد منتج غير منصوص عليه في وثائق المناقصة حتى لو كان هذا المنتج أكثر تطوراً من المنتج المطلوب والمحدد في وثائق المناقصة؛ لأن الشروط والمواصفات المنصوص عليها في وثائق المناقصة هي الأساس الذي يتم بناء عليه تقديم العطاءات وتقييمها، وذلك حرصاً على عدم الإخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتقدمين ١ .

### • من يصدر قرار الترسية؟

طبقاً للمادة (٢٧) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المشار إليه، يقوم مجلس المناقصات والمزايدات أو أية جهة يكلفها بإصدار قرار الترسية على العطاء الذي تحقق من أنه هو العطاء الفائز وفقاً لمعايير التقييم. ويتم الإعلان عن جميع قرارات الترسية شهرياً في الجريدة الرسمية.

وتقوم الجهة المتصرفة بإرسال خطاب الرغبة المبدئية إلى صاحب العطاء الذي تقرر إرساء المناقصة عليه ليستنى له تقديم ضمان التنفيذ حسب شروط وثائق المناقصة. وتخطر الجهة المتصرفة صاحب العطاء الفائز بقرار الترسية خلال ثلاثة أيام من تاريخ تسلمها هذا القرار.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفقاً للمادة (١٢) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢، لا يجوز لمجلس المناقصات والمزايدات أن يبت في أية مناقصة أو أي طلب شراء آخر، ما لم يتم موافاته بكتاب من وزارة المالية يفيد بوجود الاعتمادات المالية المطلوبة في الميزانية.

ويجب على صاحب العطاء الفائز بالمناقصة أن يؤدي ضمان التنفيذ الذي حدد مجلس المناقصات والمزايدات مبلغه خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه خطاب الرغبة المبدئية. أما بالنسبة للعقود التي تُبرم مع متعاقدين في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوماً. ويجوز بموافقة المجلس مد المهلة المحددة لأداء ضمان التنفيذ في الحالتين السابقتين بما لا يجاوز عشرة أيام.

ولا يتم تقديم ضمان التنفيذ إذا قام صاحب العطاء الفائز بتوريد جميع السلع التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة المتصرفة خلال المدة المحددة لأداء هذا الضمان ٢.

وإذا لم يقيم صاحب العطاء الفائز بأداء ضمان التنفيذ في المدة المحددة له، اعتبر منسحباً من المناقصة ويُصادر ضمانه الإبدائي. ويُحرم بقرار من مجلس المناقصات والمزايدات من الاشتراك في المناقصات لمدة لا تقل عن سنة. ويجوز للمجلس في هذه الحالة إعادة طرح المناقصة أو ترسيته على مورد أو مقاول آخر ٣ .

### • ما هو ضمان التنفيذ؟

- ١ . راجع قرار مجلس المناقصات والمزايدات بجلسته رقم (٧٥) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٥ الدورة الثانية، مشار إليه في المرجع السابق، ص ٣٧.
- ٢ . وذلك طبقاً للمادة (٣٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية.
- ٣ . وذلك طبقاً للمادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢.

من المسلم به أن ضمان التنفيذ هو ضمان للإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره. ويكون ضمان التنفيذ ضامناً لحسن تنفيذ العقد الحكومي، ويجب رده بعد إتمام التنفيذ طبقاً لنصوص العقد. ويُعد ضمان التنفيذ شرطاً جوهرياً من شروط تنفيذ العقد، ولا يجوز للإدارة أن تتفاوض عنه حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره؛ حيث يحق لها مصادرة هذا الضمان كجزاء يوقع على المتعاقد معها إذا اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته، كما يجوز لها مصادرته بدون فسخ العقد وبعد إتمام التنفيذ إذا كان المتعاقد معها قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلوب، أو تراخى في التنفيذ، أو قصر فيه ١.

وإذا قام صاحب العطاء الفائز بأداء ضمان التنفيذ، وجب توقيع العقد معه خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ صدور قرار الترسية. ويجب تحرير العقد على العقود النموذجية المعتمدة من مجلس المناقصات والمزايدات كلما أمكن ذلك.

ويتعين التنبيه إلى أنه يجب على الجهة المتصرفة إرسال العقود التي تزيد قيمتها على ثلاثمائة ألف دينار إلى هيئة التشريع والإفتاء القانوني لمراجعتها قبل إبرام العقد، وذلك التزاماً بأحكام القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

## ما هي أهم أحكام الدليل المالي الموحد التي تنظم التعاقد الحكومي؟

١. يجب تحرير عقد كتابي بشأن كافة التعاقدات التي تبلغ قيمتها عشرة آلاف دينار أو أكثر.
٢. لا يمنع ذلك من تحرير عقد مكتوب في التعاقدات التي تقل عن هذه القيمة متى دعت الحاجة إلى ذلك.

١. يتم تحديد قيمة ضمان التنفيذ طبقاً لأحكام المادة الثامنة من قرار مجلس المناقصات والمزايدات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤، وذلك على النحو التالي بيانه:
  - في مناقصات الإنشاءات: تُحدد قيمة ضمان التنفيذ بمقدار (١٠٪) من قيمة العطاء.
  - في مناقصات تجهيز السلع والخدمات: تُحدد قيمة ضمان التنفيذ وفقاً لما يلي:
  - إذا كانت قيمة العطاء خمسة وعشرين ألف دينار أو أقل: تكون قيمة ضمان التنفيذ (١٠٪) من قيمة العطاء بحد أدنى ٥٠٠ دينار.
  - إذا كانت قيمة العطاء أكثر من خمسة وعشرين ألف دينار إلى خمسين ألف دينار: تكون قيمة ضمان التنفيذ (٨٪) من قيمة العطاء بحد أدنى ٢٥٠٠ دينار.
  - إذا كانت قيمة العطاء أكثر من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار: تكون قيمة ضمان التنفيذ (٦٪) من قيمة العطاء بحد أدنى ٤٠٠٠ دينار.
  - إذا كانت قيمة العطاء أكثر من مائة ألف دينار: تكون قيمة ضمان التنفيذ (٥٪) من قيمة العطاء بحد أدنى ٦٠٠٠ دينار.

١. نقداً.
٢. شيك مصدق عليه من أحد البنوك المحلية المعتمدة، وتُقبل الشيكات المسحوبة على بنوك خارجية معتمدة.
٣. خطاب ضمان صادر من أحد البنوك المحلية المعتمدة، وتُقبل خطابات الضمان الصادرة من بنوك خارجية معتمدة.
٤. بوليصة تأمين من إحدى شركات التأمين المحلية المعتمدة.
- وفي جميع الأحوال يجب أن يكون ضمان التنفيذ صالحاً حتى تمام تنفيذ العقد.

٢. يجب إبرام عقد مكتوب في التعاقد على أعمال معينة مهما كانت قيمتها، ومن أهم هذه الأعمال: المعاملات التي يمتد تنفيذها لمدة ثلاثة أشهر فأكثر، وخدمات التدريب من جهات خاصة، والاستئجار، والتأمين ضد المخاطر، وخدمات التنظيف، والاشتراك في وكالات الأنباء.
٤. يجب تحرير العقود على الأوراق الحكومية الرسمية الخاصة بالعقود.
٥. يجب توقيع العقد في مقر الوزارة أو الجهة الحكومية المتعاقدة.
٦. يوقع العقد من قبل ممثلي الطرفين وشاهدين، شاهد من كل طرف. ويوقع العقد من قبل ممثل الجهة الحكومية وفقاً لمستويات الصلاحيات المحددة بالقسم رقم (١٥) من الدليل المالي الموحد.
٧. يوقع العقد بالاسم كاملاً والوظيفة في المكان المحدد لذلك في نهاية العقد، بالإضافة إلى توقيع جميع صفحات العقد وملحقاته بالأحرف الأولى على الأقل.

### المبحث الثالث

#### تنفيذ العقود الحكومية

يترتب على إبرام العقد الحكومي آثار قانونية في غاية الأهمية. وتتمثل هذه الآثار في التزامات وحقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية من جهة، وما يقابلها من سلطات وصلاحيات استثنائية تتمتع بها الجهة الإدارية من جهة أخرى، وذلك نظراً لكونها تسعى نحو تحقيق المصلحة العامة، ولأنها مسئولة عن تقديم الخدمات العامة للجمهور، ومسئولة عن ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام. وفي ضوء ذلك ينقسم المبحث الثالث إلى ثلاثة مطالب، وهي:

المطلب الأول: الأحكام العامة بشأن تنفيذ العقود.

المطلب الثاني: التزامات وحقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية.

المطلب الثالث: سلطات وصلاحيات الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها.

#### المطلب الأول

##### الأحكام العامة بشأن تنفيذ العقود

اهتم المشرع البحريني بوضع أحكام عامة تنظم تنفيذ الآثار المترتبة على العقود، حيث تنص المادة (١٢٨) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون.» وتحدد المادة (١٢٩) من القانون المدني المشار إليه المبدأ العام الذي يحكم تنفيذ العقود بصفة عامة؛ حيث تنص هذه المادة على أن «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.»

ومعنى ذلك أنه يجب تطبيق بنود وأحكام العقد بطريقة سليمة وصحيحة، وبعناية كافية، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل والأمانة والإخلاص، كما أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بتنفيذ العقد بطريقة تلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر.

وإذا واجه المتعاقدان ظرفاً استثنائية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد أدت إلى ارهاق المدين وتحمله خسارة فادحة في سبيل تنفيذ التزامه التعاقدية، فقد أجاز المشرع للمحكمة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك طبقاً لأحكام المادة (١٢٠) من القانون المدني المشار إليه التي تنص على أن «إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مده أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وباستقراء أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المشار إليه، يتضح أن المشرع وضع الأحكام والإجراءات المنظمة لتنفيذ العقود الحكومية بصورة عامة في المادتين (٥٤) و(٥٤) مكرراً من هذا القانون؛ حيث تنص المادة (٥٤) على أن «يصبح العقد نافذاً فور صدور قرار الترسية على صاحب العطاء الفائز، ويجب تحرير العقد طبقاً للنموذجية المعتمدة من المجلس كلما أمكن ذلك. ويوقع العقد بين الجهة المتصرفة وبين من تمت الترسية عليه، وذلك في مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ صدور قرار الترسية. ويبدأ تنفيذ العقد من تاريخ إرسال خطاب الترسية أو من أي تاريخ آخر يحدده هذا الخطاب».

كما تنص المادة (٥٤) مكرراً المضافة بالقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠ على أن «يجوز للجهة المتصرفة تعديل كميات أو حجم الأعمال في العقد بالزيادة أو النقصان بحيث لا تتجاوز القيمة الإجمالية للزيادة أو النقصان نسبة ١٥٪ من قيمة العقد، ولا يجوز تجاوز هذه النسبة إلا بعد أخذ موافقة المجلس».

ويوضح الفصل السادس من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ إجراءات تنفيذ العقود الحكومية؛ حيث تحدد المادة (٧٨) من هذه اللائحة بداية مدة تنفيذ العقود الحكومية، وهي عقود شراء السلع، وعقود الإنشاءات، وعقود تلقي الخدمات.

وتلزم المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية المشار إليها المتعاقد مع الإدارة بأن يقوم بتنفيذ أحكام وشروط العقد الحكومي بنفسه؛ وتحظر عليه التنازل عنه لغيره، وتسمح المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية المشار إليها للجهة المتصرفة بتعديل كميات أو حجم العقد بالزيادة أو النقص وفقاً للحدود الواردة بالعقد، كما تقضي المادة (٨١) من اللائحة التنفيذية المشار إليها بوجود تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من أحكام وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

### • شروط تنفيذ عقود الإنشاءات في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحكومية:

وفقاً للمواد (٨٢) و(٨٣) و(٨٤) من اللائحة التنفيذية المشار إليها، يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، ويجب عليه إنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر طبقت في شأنه الأحكام المنصوص عليها في العقد، كما أنه يضمن الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل للمدة المنصوص عليها في العقد من تاريخ

التسليم المؤقت، وذلك دون إخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني أو أي قانون آخر.

## • شروط تنفيذ عقد التوريد واستلام السلع في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحكومية:

وفقاً للمادتين (٨٥) و(٨٦) من اللائحة التنفيذية المشار إليها، يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد المحدد بالعقد الحكومي. وإذا رفضت الجهة المتصرفة صنفاً أو أكثر من السلع الموردة، أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات، يُخطر المورد بأسباب الرفض وبضرورة سحب الأصناف المرفوضة وتوريد الصنف المطابق، وذلك كله وفقاً للأحكام المنصوص عليها في العقد.

وطبقاً للمادتين (٨٧) و(٨٨) من اللائحة التنفيذية المشار إليها، يجب على الجهة المتصرفة سداد ثمن السلع الموردة خلال المواعيد المنصوص عليها في العقد، كما يجب عليها في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أن تطبق الجزاءات المنصوص عليها فيه.

ونخلص مما تقدم بيانه من أحكام إلى أن المشرع البحريني لم ينص في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المشار إليه أو في لائحته التنفيذية على أي نوع من أنواع الجزاءات التي يمكن تطبيقها على المتعاقد مع الجهة المتصرفة في حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية، وإنما ترك تحديد ذلك للاتفاق بين الجهة المتصرفة والمتعاقد معها. ولذلك نهيب بالقائمين على صياغة العقود الحكومية مراعاة النص في هذه العقود على الغرامات والجزاءات التي تُفرض على المتعاقد مع الجهة المتصرفة عند الإخلال بأي شرط من شروط التعاقد، وكيفية تطبيقها، ومدى جواز الاعفاء منها وشروط هذا الاعفاء، وذلك كله بشكل واضح تماماً بحيث لا يدع مجالاً للشك أو الخلاف في التفسير، وذلك حرصاً على حماية المال العام ولضمان استمرار سير المرافق العامة وتقديم الخدمات العامة للجمهور بانتظام.

## • أهم أحكام وإجراءات تنفيذ العقود الحكومية في الدليل المالي الموحد:

يمكن اجمال أهم أحكام وإجراءات تنفيذ العقود الحكومية المنصوص عليها في الدليل المالي الموحد فيما يلي ١:

١. لا يجوز دفع كل أو جزء من قيمة العقد لطرف ثالث.
٢. يجب أن ينص العقد على التزام المتعاقد معه بتنفيذ العقد شخصياً، والتزامه بعدم التنازل عن العقد أو جزء منه لطرف ثالث دون موافقة كتابية من الجهة الحكومية المتعاقدة بشرط أن يظل المتعاقد معه مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد. ولا يترتب على الجهة الحكومية المتعاقدة أية مسؤولية مالية أو قانونية نتيجة هذه الموافقة.

١. راجع أحكام القسم (٢٥-٥) من الدليل المالي الموحد الخاص بالعقود المالية، والذي يتضمن الأحكام العامة للعقود المالية وإجراءات إبرام وتنفيذ وتجديد وتعديل العقود المالية في الوزارات والمؤسسات الحكومية، بالإضافة إلى الأحكام الخاصة لكل من عقود توريد السلع أو المواد، وأداء الخدمات، وإنجاز الأشغال العامة، واستخدام المؤسسات الاستشارية، واستخدام القوى العاملة، وعقود استئجار العقارات.

٢. يجب على الجهة الحكومية قبل منح الموافقة على التنازل التأكد من أن ذلك لن يترتب عليه زيادة في التكلفة أو ضياع الحقوق المالية.
٤. يجب على الجهة الحكومية المتعاقدة بالنسبة لعقود الأشغال العامة إصدار شهادة دفع للمتعاقد معه بقيمة الأعمال المنجزة وذلك باستعمال الاستمارة رقم وم ٢٥٠٤ شهادة دفع، ورافقها مع مستند الدفع عند إرساله إلى وزارة المالية.
٥. يجب على الجهة الحكومية المتعاقدة الاحتفاظ بسجل لتسجيل كافة البيانات المتعلقة بمتابعة تنفيذ العقود، وذلك باستعمال النموذج رقم وم ٢٥/٠١ - سجل العقود.
٦. يجب أن تحتفظ إدارة الخزانة بوزارة المالية بسجل متابعة تنفيذ العقود التي تبرمها الوزارات والمؤسسات الحكومية، وذلك باستعمال النموذج رقم وم ٢٥/٠١ - سجل العقود.
٧. يجب على الجهة الحكومية المتعاقدة مراقبة تنفيذ العقد الموقع لضمان التزام المتعاقد معه بالتنفيذ وفقاً للشروط والمواصفات المحددة بالعقد.
٨. لا يجوز إعادة كفاءة التنفيذ أو دفع المبالغ المحجوزة أثناء التنفيذ للمتعاقد معه إلا بعد انتهائه من تنفيذ العقد وإصدار شهادة القبول أو الخلو من العيوب، وتقوم إدارة الخزانة بوزارة المالية بمراقبة المدفوعات النهائية والتأكد من إصدار شهادة القبول أو الخلو من العيوب قبل تصريح الدفع.
٩. يجب على الجهة الحكومية المتعاقدة تطبيق الغرامات والجزاءات المنصوص عليها في شروط العقد المبرم أو القوانين السارية على المتعاقد معه في حالة عدم التزامه بشروط العقد.
١٠. لا يجوز التنازل عن كل أو جزء من الغرامات والجزاءات المستحقة على المتعاقد معه بموجب العقد أو القوانين السارية.

## المطلب الثاني

### التزامات وحقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ حيث يتناول الفرع الأول التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية، ويستعرض الفرع الثاني حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية.

#### الفرع الأول

#### التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية

يلتزم المتعاقد مع الجهة الإدارية بمقتضى العقد الحكومي المبرم بينهما بتنفيذ التزاماته بنفسه، وبتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة.

#### أولاً: التزام المتعاقد مع الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماته بنفسه:

يخضع اختيار المتعاقد مع الجهة الإدارية لإجراءات دقيقة بهدف الوصول للشخص الذي تتوفر لديه الامكانيات الفنية والمالية للاضطلاع بأعباء العقد الحكومي، ومن ثم يجب على هذا الشخص أن يؤدي العمل المنوط به بنفسه بما لديه من قدرات وامكانيات كانت محل اعتبار عند اختياره للتعاقد.

ويُعد التزام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه من القواعد العامة في العقود الحكومية، ومن ثم يكون تنفيذ هذا الالتزام واجباً حتى ولو لم يتم النص عليه صراحة في العقد. وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، ولذلك يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتحقيق الغاية التي استهدفها العقد، ولا تبرأ ذمته إلا بالوفاء بالعمل موضوع التعاقد.

ويستمد هذا الالتزام مصدره من طبيعة العقود الحكومية، والتي يلتزم فيها المتعاقد مع الإدارة بأن يكفل سير المرافق العامة بانتظام، وعدم تعريض هذا السير المستمر والمنتظم للخطر.

وتجدر الإشارة إلى أن التزام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالتزامه التعاقدية بنفسه هو التزام مطلق لا يعفيه من الوفاء به عدم احترام الإدارة لأي من التزاماتها حتى ولو كان هذا الالتزام يتعلق بأداء المقابل المالي للتعاقد، حيث يقابل إخلال الإدارة بأحد التزاماتها حقاً للمتعاقد في المطالبة بتعويض إن كان له موجب، وذلك حرصاً على استمرار المرافق العامة في أداء خدماتها للمنتفعين بها.

ويترتب على مبدأ ضرورة الوفاء الشخصي بالالتزام التعاقدية نتيجة مهمة تتمثل في أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن تنفيذ تعاقده للغير أو إحلاله محله في هذا التنفيذ؛ لأن ذلك يشكل خطأ جسيماً يرتب مسؤولية المتعاقد عن الأضرار الناجمة عنه، كما يعطي للإدارة الحق في توقيع جزاءات عليه.

وقد تأكد مبدأ حظر تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد للغير أو إحلاله محله بمقتضى حكم المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمبيعات والمشتريات الحكومية المشار إليها التي تقضي صراحة بأنه يجب على المتعاقد أن ينفذ العقد بنفسه ولا يجوز له التنازل عنه لغيره.

### • هل يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتعاقد من الباطن مع الغير؟

الواقع أن التعاقد من الباطن ضرورة تفرضها الرغبة في الوصول إلى أعلى معدلات الجودة في الأداء في بعض العقود الحكومية مثل عقود الأشغال العامة.

وعلى الرغم من أن تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد الحكومي للغير أمر محظور، إلا أن هذا لا يمنعه من أن يتعاقد من الباطن مع الغير على تنفيذ جزء من العقد الحكومي بشرط الحصول على موافقة الإدارة المتعاقدة على ذلك.

ويحق للإدارة أن ترفض السماح للمتعاقد معها بأن يتعاقد من الباطن مع الغير على تنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية، إلا أنه يجب أن يستند هذا الرفض إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، كما في حالة ضعف كفاءة من يرغب المتعاقد في التعاقد معه من الباطن من الناحية المالية أو الفنية.

ويتعين التنويه إلى أن المتعاقد من الباطن لا يحل محل المتعاقد الأصلي في العقد الحكومي، ويظل الأخير مسؤولاً أمام الإدارة عن الوفاء بالالتزامات المتفق عليها.

### ثانياً: التزام المتعاقد مع الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة.

لا يكفي الوفاء الشخصي بالالتزام التعاقدية في العقد الحكومي، بل يجب أن يتم ذلك في المواعيد المحددة، وذلك للاستفادة بالشئ موضوع التعاقد في الميعاد الذي ترى الإدارة أنه مناسب لتلك الاستفادة.

ويجد هذا الالتزام سنده التشريعي في المادة (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمبيعات والمشتريات الحكومية المشار إليها التي تقرر أن المقاول يلتزم بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر طبقت في شأنه الأحكام المنصوص عليها في العقد، وكذلك في المادة (٨٥) من هذه اللائحة التنفيذية التي تقرر أن المورد يلتزم بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد المحدد بالعقد.

ويختلف مفهوم مدة التنفيذ بحسب طبيعة كل عقد حكومي؛ ففي عقد امتياز المرافق العامة، يُقصد بمدة التنفيذ المواعيد الدورية التي يلتزم بها المتعاقد لأداء الخدمات للمتضمنين بخدمات المرفق موضوع التعاقد. وفي عقد الأشغال العامة، يُقصد بمدة التنفيذ المدة التي يلتزم خلالها المقاول بإنجاز العمل المطلوب منه وفقاً لشروط العقد.

أما في عقد التوريد، فيُقصد بمدة التنفيذ المدة التي يلتزم المورد فيها بتسليم الأصناف محل التعاقد.

### • كيف يتم تحديد بداية مدة التنفيذ؟

الأصل أن ينص العقد الحكومي على تحديد تاريخ بداية تنفيذه والذي تُحسب منه مدة تنفيذ العقد. ولكن إذا خلا العقد الحكومي من تحديد لتاريخ بداية التنفيذ، فإنه يتم حساب بداية التنفيذ من تاريخ إخطار المتعاقد مع الإدارة بالأمر الإداري بالبداية في تنفيذ الأعمال.

وتوضح المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمبيعات والمشتريات الحكومية المشار إليها بدء المدة المحددة لتنفيذ العقد الحكومي حسب نوعه؛ ففي عقود شراء السلع تبدأ المدة المحددة لتنفيذ العقد من اليوم التالي لإخطار المورد بخطاب الترسية أو أي تاريخ آخر يحدده هذا الخطاب، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ١.

وفي عقود الإنشاءات، تبدأ المدة المحددة لتنفيذ العقد من التاريخ الذي يتم فيه تسليم الموقع للمقاول خالياً من العوائق، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.

أما في عقود الخدمات، تبدأ المدة المحددة لتنفيذ العقد من التاريخ الذي يحدده خطاب الترسية ٢.

## الفرع الثاني

### حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية

في مقابل ما يؤديه المتعاقد مع الإدارة من التزامات وواجبات طبقاً لشروط العقد الحكومي على

النحو السابق بيانه، فإنه يتمتع بالعديد من الحقوق. ويمكن اجمال أهم هذه الحقوق فيما يلي:

١. الحق في الحصول على المقابل المالي للعقد.

١. تجدر الإشارة إلى أن إخطار الموردين في الخارج يكون بأية وسيلة اتصال على أن تؤيد بخطاب لاحق يتضمن السلع والكميات والفئات ومكان التسليم ومواعيد بدء التوريد وانتهائه.

٢. راجع المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢.

٢. الحق في اقتضاء تعويض.

٣. الحق في ضمان التوازن المالي للعقد.

### أولاً: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي للعقد:

يسعى المتعاقد مع الإدارة دائماً لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل في المقابل المالي النقدي للسلع أو الخدمات أو الإنشاءات التي قدمها أو نفذها لمصلحة الإدارة وفقاً للعقد. وتختلف طبيعة هذا المقابل باختلاف أنواع العقود الحكومية، ففي عقد الامتياز يتمثل المقابل المالي في ما يحصل عليه المتعاقد من رسوم يتم فرضها على المنتفعين من خدمات المرفق. بينما في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد يكون المقابل المالي في صورة الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير الإنشاءات التي تم تنفيذها أو السلع التي تم توريدها. وتقضي القاعدة العامة فيما يخص المقابل المالي بالأداء إلى المقابل أو المورد إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد وتسوية الحساب الختامي، إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذ مدة زمنية طويلة مثل عقد الأشغال العامة.

### ثانياً: حق المتعاقد في اقتضاء تعويض:

وفقاً للقواعد العامة، يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يتقاضى بعض التعويضات في حالة تسبب الإدارة في الحاق ضرر به نتيجة عدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية، أو نتيجة استعمال سلطاتها بشكل غير مشروع. ويخضع تقدير مدى مشروعية هذا الاستعمال وتحديد التعويض المناسب عن الضرر لرقابة القضاء الكامل. ويمكن أن يتقاضى المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عن الأعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة بالعقد إذا كانت هذه الأعمال ضرورية لتنفيذ العقد. كما يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض إذا واجه أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أكثر من الكلفة التي تم تقديرها وقت التعاقد.

### ثالثاً: حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد:

تلتزم الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بضمان التوازن المالي للعقد الحكومي؛ حتى لا يكون هذا العقد مغزماً له يصيبه بخسائر فادحة تفوق في جسامتها ما يتحمله من مخاطر التعاقد العادية، الأمر الذي لا يمكنه من الاستمرار في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، ويدفعه إلى عدم الإقدام على التعاقد مع الإدارة مستقبلاً، مما يكون له سبب الأثر على أداء المرافق العامة لدورها تجاه الجمهور المنتفعين بخدمات هذه المرافق ١.

ومن جهة أخرى، فإنه يحق للإدارة تعديل التزامات المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الحكومي دون توقف على موافقته. وفي مقابل هذه السلطة الاستثنائية، يحق لهذا المتعاقد أن يضمن إعادة التوازن المالي للعقد.

١. د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢.

ولذلك وضع القضاء الإداري ثلاث نظريات قضائية فيما يتعلق بحق التعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد، وهي:

١. نظرية عمل الأمير.
  ٢. نظرية الظروف الطارئة.
  ٣. نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
- وتقوم فكرة التوازن المالي للعقد على عدة أسس ومبادئ منها العدالة، وحسن النية في تنفيذ العقود، وضرورة سير المرفق العام بانتظام، وتشجيع القطاع الخاص على التعاقد مع الحكومة. وتشترك تلك النظريات الثلاثة في أمر مهم للغاية، وهو أنها تقتض عدم وجود خطأ في حق الجهة الإدارية المتعاقدة، ومع ذلك يحكم القاضي بتعويض المتعاقد معها إذا توفرت شروط تطبيق كل نظرية في كل حالة على حده حسب ظروفها وأحوالها.

### (١) نظرية عمل الأمير:

تطبق هذه النظرية عندما تصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة أعمال أو إجراءات إدارية مشروعة غير متوقعة وقت التعاقد، ويكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته العقدية مما يضر بمركزه المالي مثل صدور قرار بتحرير سعر العملة الوطنية في مقابل الدولار الأمريكي. ويترتب على تطبيق هذه النظرية تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت من جراء العمل المشروع للجهة الإدارية، ولذلك يراعي القاضي في تقدير التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

### (٢) نظرية الظروف الطارئة:

عند حدوث ظروف عامة استثنائية اقتصادية أو طبيعية مثل حدوث زلزال، أثناء تنفيذ العقد ولا يكون لإرادة الجهة الحكومية المتعاقدة أو المتعاقد معها دخل في حدوثها، ولم يكن في وسعه توقعها عند إبرام العقد، ويكون من شأن هذه الظروف أن تصيب المتعاقد بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً. ويترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض جزئي يقدره القاضي بما يساهم في مساعدته وإعادة التوازن المالي للعقد.

### (٣) نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، بحيث تجعل من تنفيذ العقد أشد وطأة وأكثر تكلفة، مثل أن يفاجئ المقاول المتعاقد مع الإدارة بأن الأرض محل البناء صخرية. ويترتب على تطبيق هذه النظرية تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به بسبب تنفيذ العقد في ظل هذه الصعوبات المادية.

## المطلب الثالث

### سلطات وصلاحيات الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها

تتمثل أهم السلطات والصلاحيات التي تتمتع بها الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقود الحكومية فيما يلي:

١. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
٢. سلطة الإدارة في تعديل العقد الحكومي.
٣. سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها.
٤. سلطة الإدارة في إنهاء العقد الحكومي.

### أولاً: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

عندما تتعاقد الإدارة مع الغير، فإنها لا تتخلى عن مسؤوليتها للمتعاقد معها، إنما تعاونه في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، ويكون لزاماً عليها الرقابة والتوجيه أثناء قيام المتعاقد بتنفيذ العقد . وتتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية حرصاً على المصلحة العامة، كما تملك الإدارة سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ .

والحقيقة أن مدى ونطاق حق الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف من عقد حكومي إلى آخر؛ حيث يكون محدود المدى في عقد التوريد، ويتسع في عقد الأشغال العامة.

وتباشر الإدارة هذه السلطة عن طريق إرسال مهندسيها لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقاً للمدى الزمني المحدد ووفقاً للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر اللازمة لتنفيذ العمل . وتجدر الإشارة إلى أن هذه السلطة ليست مطلقة؛ إذ تلتزم الإدارة بعدم التعسف في استخدامها لتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة. ويجب أن لا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد .

### ثانياً: سلطة الإدارة في تعديل العقد الحكومي

تتمتع الجهة الإدارية بسلطة استثنائية مهمة، وهي سلطة تعديل عقودها الحكومية أثناء تنفيذها دون توقف على رضا المتعاقد معها لتتمكن من تلبية الاحتياجات والتغيرات المستمرة في المرافق العامة. وأثناء تنفيذ العقد يحق للإدارة بإرادتها المنفردة تغيير شروطه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان. وتشمل هذه القاعدة جميع العقود الحكومية دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط خاص في العقد .

ومع ذلك، يجب ادراك حقيقة مهمة وهي أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الحكومي ليست سلطة مطلقة، فقد فرض القانون الإداري وأحكام القضاء الإداري قيوداً وشروطاً على الإدارة مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطاتها في التعديل. ويمكن إجمال أهم هذه القيود فيما يلي:

١. أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بتسيير المرفق العام وحاجاته المتغيرة.
  ٢. ألا يمس التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات أو الشروط المالية؛ لأن هذا الأمر سوف يؤدي حتماً إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة .
  ٣. أن تكون التعديلات المطلوبة في حدود معقولة بحيث لا تؤدي إلى وضع العقوبات في طريق تنفيذ العقد .
  ٤. أن يتم الالتزام بموضوع العقد، وألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد، فلا يجوز للإدارة أن تجري من التعديلات ما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد؛ ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد أن يطلب من المحكمة فسخ العقد.
  ٥. أن تحترم قواعد المشروعية؛ إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة المحددة خلال فترة سريان العقد، وينبغي أن يكون موافقاً للأنظمة السارية، وأن يكون التعديل المطلوب متفقاً مع مقتضيات المصلحة العامة.
- وطبقاً لأحكام المادة (٥٤) مكرراً من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية المضافة بالقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠، فإنه يجوز للجهة المتصرفة تعديل كميات أو حجم الأعمال في العقد بالزيادة أو النقصان بحيث لا تتجاوز القيمة الإجمالية للزيادة أو النقصان نسبة ١٥٪ من قيمة العقد. ولا يجوز تجاوز هذه النسبة إلا بعد أخذ موافقة مجلس المناقصات والمزايدات.

### ثالثاً: سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها

تملك الجهة الإدارية سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ، أو تأخر فيه، أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب، أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقتها.

وتعد هذه السلطة تطبيقاً لفكرة امتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الجهة الإدارية، وهي ملزمة باستخدام هذه السلطة حفاظاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام، ولا يقيد بها في ذلك إلا المصلحة العامة.

ولا شك أن سلطة فرض الجزاءات الإدارية من أخطر السلطات التي تتمتع بها الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها؛ لأنها توقع الجزاء بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء.

ومن أهم صور الجزاءات التي يجوز للجهة الإدارية توقيعها على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية غرامات التأخير، ومصادرة التأمين، وسحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه، وفسخ العقد.

### رابعاً: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الحكومي

تتمتع الجهة الإدارية بسلطة مهمة للغاية في عقودها الحكومية، وهي قدرتها على إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد معها، وذلك إذا رأت في ضوء مقتضيات المصلحة العامة أن التنفيذ أصبح غير ضروري.

وتجد هذه السلطة أساسها في أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف

العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ويترتب على ذلك أن للجهة الإدارية دائماً سلطة إنهاء العقد قبل انتهاء مدته دون توقف على رضا المتعاقد معها إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه. وعندما تستخدم الإدارة سلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فإن المتعاقد معها يستحق تعويضاً كاملاً؛ أي يراعي القاضي في تقديره ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة هذا الانهاء المبسر. وغالباً ما يتم النص في العقود الحكومية على شرط تمتع الإدارة بهذه السلطة الاستثنائية تجاه المتعاقد معها. وإذا لم يتم النص على هذا الشرط ضمن شروط العقد، فلا يعني ذلك أن الجهة الإدارية لا تملك إنهاء العقد بإرادتها المنفردة. فمن المستقر عليه فقهاً وقضاً أن هذه السلطة موجودة حتى ولو لم يتم النص عليها ضمن شروط التعاقد.

## المبحث الرابع تسوية منازعات العقود الحكومية

ينقسم المبحث الرابع إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

**المطلب الأول:** صور المنازعات في العقود الحكومية.

**المطلب الثاني:** اختصاص القضاء بالفصل في منازعات العقود الحكومية.

**المطلب الثالث:** مدى جواز اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الحكومية.

### المطلب الأول صور المنازعات في العقود الحكومية

تتنوع وتتعدد صور المنازعات التي تنشأ عن العقد الحكومي، فقد تتعلق المنازعة بانعقاد العقد الحكومي، أو صحته، أو تنفيذه، أو انقضائه. ويدخل في هذا النطاق أيضاً المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي قد تتخذها الجهة الإدارية استناداً إلى أحكام العقد مثل قرارها بسحب العمل من المقاول المتعاقد معه أو قرارها بمصادرة التأمين.

ومن أهم صور الدعاوى القضائية المتعلقة بمنازعات العقود الحكومية ما يلي:

١. دعوى متعلقة بإبرام العقد ذاته مثل الطعن في قبول جهة الإدارة لعطاء لم يستوف الشروط القانونية؛ كأن يكون ورد بعد فوات الميعاد المقرر لتقديمه.
٢. دعوى للمطالبة بتفسير شرط أو أكثر من شروط العقد.
٢. دعوى للمطالبة بمبالغ إضافية أو بامتداد المدة المحددة للتنفيذ، وذلك مقابل قيام المقاول بتنفيذ أعمال إضافية بناء على أوامر تغيير **variation orders** وجهتها الإدارة إليه أثناء تنفيذ العقد.

### المطلب الثاني

## اختصاص القضاء بالفصل في منازعات العقود الحكومية

يجيب هذا المطلب على تساؤل محدد، وهو ما هي المحكمة المختصة تحديداً بنظر المنازعات التي تنشأ بخصوص العقود الحكومية؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل إلقاء الضوء على أحكام ترتيب وتنظيم واختصاص المحاكم في مملكة البحرين طبقاً لقانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢، حيث تنص المادة (٦) من هذا القانون على أن «تكون المحاكم المدنية من:

١. محكمة التمييز .
٢. محكمة الاستئناف العليا المدنية.
٣. المحكمة الكبرى المدنية.
٤. المحكمة الصغرى.

وتختص كل منها بالفصل في جميع المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون في المواد المدنية والتجارية والإدارية، وفي المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، وفي الجرائم إلا ما استثني بنص خاص.» كما تنص المادة (٧) من قانون السلطة القضائية المشار إليه على أن «فيما عدا أعمال السيادة، 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.» ومفاد ما تقدم أن الأصل هو أن القضاء البحريني يختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية. وتحديداً، تختص المحكمة الكبرى المدنية بدائرة إدارية بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية باعتبارها من المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد وبين الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة، وذلك وفقاً للمادة (٧) من قانون السلطة القضائية سائفة الذكر ١. وانفاذاً لذلك، أصدر المجلس الأعلى للقضاء القرار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بتشكيل المحكمة الإدارية وبين اختصاصاتها بنظر المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها والمتعلقة بممارسة سلطاتها العامة، وهي على وجه الخصوص:

١. الدعاوى المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية أو التعويض عنها.
  ٢. الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية.
  ٣. دعاوى الجوازات الناشئة عن قوانين الجنسية أو الجوازات والهجرة.
- ويتضح من ذلك أن التنظيم القضائي في مملكة البحرين تبنى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بمنهج نظام القضاء الموحد الذي يقوم على أساس اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعات الإدارية إلى جانب

١. طبقاً للمادة (٩) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢، تؤلف المحكمة الكبرى المدنية من رئيس وعدد كاف من وكلائها وقضاتها وتصدر أحكامها من ثلاثة قضاة في المنازعات الإدارية.

## منازعات الأفراد ١.

والجدير بالذكر أنه عندما ينظر القاضي منازعات العقود الحكومية، فإنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تتفق مع طبيعة المنازعة، وذلك في حدود حماية المشروعية والصالح العام. فلا يقتصر الأمر على الغاء القرار المطعون فيه إذا تبين للقاضي عدم مشروعيته كما هو الشأن في دعوى الالغاء، بل يجاوز ذلك إلى تعديل هذا القرار أو الحكم بتعويض مالي.

## المطلب الثالث

## مدى جواز اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الحكومية

يُعد التحكيم من أهم وسائل تسوية المنازعات التي تتم بالاتفاق بين الخصوم بعيداً عن ساحات المحاكم، فالتحكيم قضاء اتفاقي ملزم لأطراف المنازعة.

ومن المعلوم أن التحكيم هو عبارة عن أسلوب لفض المنازعات بقرار ملزم لأطرافه بعيداً عن طرق التقاضي العادية، وأساسه إرادة الخصوم في اختيار أفراد عاديين للفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات سواء قبل نشوء المنازعة ويكون ذلك في صورة اتفاق تحكيم (شرط التحكيم)، أو بعد نشوء المنازعة حيث يكون في صورة مشاركة تحكيم.

واتفاق التحكيم هو الأساس القانوني للتحكيم ودستوره الذي يحدد نطاقه ومداه. ويتربط على هذا الاتفاق خروج موضوع النزاع من اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات، كما يستمد المحكمون من هذا الاتفاق سلطاتهم وصلات حياتهم للفصل في النزاع المعروض.

وفي هذا السياق، ذهبت المحكمة الدستورية بمملكة البحرين إلى أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المالأة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً؛ ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه تترد السلطة الكاملة التي تباشرها المحكمة عند البت فيها. وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم، التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه، وتنفيذه كاملاً وفقاً لفحواه، فإذا لم يكن القرار الصادر في نزاع معين بين طرفين، منهياً للخصومة بينهما، أو كان عارياً عن القوة الإلزامية، فإن هذا القرار لا يكون عملاً تحكيمياً ٢ .

١. محمد عبدالله ماجد الكواري، القضاء الإداري وتطبيقاته العملية في مملكة البحرين، مقال علمي منشور في مجلة «دراسات دستورية»، مجلة دورية علمية متخصصة محكمة نصف سنوية تصدرها المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، المجلد الأول، العدد الثالث، يوليو ٢٠١٤، ص ١٨٩.

٢. راجع القرار الصادر عن المحكمة الدستورية البحرينية في الإحالة الملكية رقم أ.ح. م / ١ / ٠٩ لسنة (٧) قضائية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٩٠١ بتاريخ ٢٥ يونيو ٢٠٠٩م، وفي مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني ٢٠٠٧ - ٢٠٠٩، ص ٢١٨.

ويتميز التحكيم بالعديد من المزايا التي تشجع أطراف المنازعة على اللجوء إليه، ومن أهم هذه المزايا:

١. سرعة الفصل في المنازعات بالمقارنة بالإجراءات الطويلة أمام المحاكم.
٢. المرونة من حيث عدم التقيد بتطبيق قانون معين أو إجراءات معينة؛ لأنه يمكن الاتفاق على القانون الذي سيتم تطبيقه للفصل في النزاع وهذا يحل المشاكل في حال وجود أطراف من دول مختلفة.
٣. إعطاء الفرصة والحرية لأطراف النزاع في اختيار مكان التحكيم.
٤. صدور الحكم عن خبراء في مجالات متخصصة في موضوع النزاع؛ لأن التحكيم لا يشترط على المحكم أن يكون حائزاً على شهادة علمية في القانون.
٥. تناول النزاع بشكل يكفل السرية مما يحفظ للطرفين عدم إفشاء الأسرار التجارية.
٦. إتاحة الفرصة للأطراف لاختيار الأشخاص الذين يقومون بالفصل في النزاع يؤدي إلى الاطمئنان لأحكامهم الصادرة.

### هل يجوز اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الحكومية في مملكة البحرين؟

لا خلاف على أن المجال الطبيعي للتحكيم هو المنازعات المتعلقة بالعقود المدنية، إلا أن تطبيقه فيما يتعلق بمنازعات العقود الحكومية في مملكة البحرين أثار جدلاً واسعاً بين مؤيد ومعارض؛ وذلك نظراً لعدم وجود تنظيم تشريعي في المملكة ينظم هذا الأمر بشكل حاسم.

وفي ظل خلو القوانين البحرينية ذات الصلة بالتحكيم من نص صريح يجيز لجهة الإدارة اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات عقودها الحكومية، فقد ثار التساؤل حول مدى جواز ادراج شرط التحكيم في العقود الحكومية أو عمل مشاركة تحكيم مستقلة عنها. وقد ترتب على ذلك أن مجلس المناقصات والمزايدات طلب من هيئة التشريع والإفتاء القانوني ابداء الرأي القانوني بشأن مدى جواز ادراج شرط التحكيم في العقود الحكومية بصورة عامة، وشرط التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج بصورة خاصة.

### فما هو الرأي القانوني الذي انتهت إليه هيئة التشريع والإفتاء القانوني في هذه المسألة؟

في العام ٢٠٠٦م انتهت الهيئة (دائرة الشؤون القانونية سابقاً) إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم بصورة عامة وشرط التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج بصورة خاصة في العقود التي تبرمها الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية دون وجود نص قانوني يجيز ذلك ٢.

وقد أسست الهيئة هذه الفتوى على أن اللجوء إلى التحكيم يغل يد القضاء عن نظر أي نزاع يتعلق بالعقد المدرج به شرط التحكيم، والحكم بعدم سماع الدعوى بسبب وجود هذا الشرط عند التمسك به من جانب المتعاقد الآخر طبقاً للمادة (٢٣٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما أن قانون تنظيم المناقصات

١. راجع في ذلك بالتفصيل مؤلف المستشار د. مال الله جعفر الحمادي، حقوق وضمائم المتعاقدين مع الإدارة والتحكيم في العقد

الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ٨٨٩ وما بعدها.

٢. فتوى دائرة الشؤون القانونية رقم ٢٠٠٦/٢٢١ بتاريخ ٢٠٠٦/٢/٥، نقلاً عن المرجع السابق، ص ٨٩٠.

والمشتريات الحكومية خلا من أي نص يمنح الوزراء المعنيين سلطة إدراج شرط التحكيم في مجال العقود الإدارية التي يبرمونها.

إلا أنه في عام ٢٠٠٧م انتهت لجنة الفتوى والتشريع بالهيئة إلى رأي آخر، وهو جواز إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الجهات الحكومية المختلفة مع المتعاقدين معها سواء على النطاق المحلي أو الدولي ١. وفي عام ٢٠٠٨م تأكد هذا الرأي بإفتاء آخر للهيئة حينما طلب مجلس المناقصات والمزايدات مرة أخرى رأيها في الموضوع بناء على طلب إحدى الوزارات، حيث انتهت الهيئة إلى جواز إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية ٢.

وقد أسست الهيئة فتواها على أن البند (١٠) من المادة الثانية من القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني أعطى للهيئة (دائرة الشؤون القانونية سابقاً) اختصاص تمثيل الجهات والهيئات الحكومية أمام القضاء وهيئات التحكيم، ويفيد ذلك بجلاء أنه يجوز لتلك الجهات اللجوء إلى التحكيم، كما أن التحكيم جائز في العقود الإدارية باعتبار أن اتفاق التحكيم جائز بين أشخاص القانون العام بالاتفاق بينهم؛ ذلك أن المستثمرين يتمسكون دائماً في عقودهم بشرط التحكيم، إذ أن التحكيم يقوم على مبدأ حرية الإرادة لأن لطرفيه الحرية الكاملة في اختيار المحكمين وقواعد التحكيم، ومكانه، ولفته، والحرية هي محور التحكيم.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فإن التحكيم لا يغل يد القضاء عن نظر أي نزاع يتعلق بالعقد الإداري؛ لأن المادة (٢٣٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تعطي الأطراف حق العودة للقضاء المختص، ومعنى ذلك أن الاتفاق على التحكيم لا يؤدي إلى سلب الولاية المعقودة للقضاء على مثل تلك العقود.

وبناءً على فتوى الهيئة الأخيرة المشار إليها، أصدر مجلس المناقصات والمزايدات بتاريخ ٢٠ أبريل ٢٠٠٨م تعميماً إلى الجهات الحكومية يجيز لها إدراج شرط التحكيم في عقودها التي تبرمها مع المتعاقدين معها، وهو التعميم رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن جواز إدراج شرط التحكيم بالعقود التي تبرمها الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية.

وقد أثبت الواقع العملي أن معظم العقود الحكومية المبرمة في مملكة البحرين سواء مع متعاقدين محليين أو أجانب تتضمن شرط التحكيم، وذلك على الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يسمح بذلك.

١. رأي لجنة الفتوى والتشريع بدائرة الشؤون القانونية في اجتماعها رقم ٢٣ بتاريخ ١٢/٩/٢٠٠٧، نقلاً عن المرجع السابق، ص ٨٩٦.

٢. فتوى دائرة الشؤون القانونية رقم ٢٠٠٨/٣٨٤ بتاريخ ٢٥/٣/٢٠٠٨، نقلاً عن المرجع السابق، ص ٨٩٦.

## المراجع

١. د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، القانون الإداري البحريني، كلية الحقوق جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
٢. د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٣. د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ٢٠٠٧.
٤. د. صالح ابراهيم المتينوي، المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
٥. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠٠٠.
٦. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٧. د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٨. مستشار د. مال الله جعفر الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
٩. مستشار د. مال الله جعفر الحمادي، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.
١٠. مستشار د. مال الله جعفر الحمادي، ملخص لأهم قرارات مجلس المناقصات خلال دورتيه الأولى والثانية (يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠٠٦)، ٢٠٠٧.
١١. د. محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
١٢. محمد عبدالله ماجد الكواري، القضاء الإداري وتطبيقاته العملية في مملكة البحرين، مقال علمي منشور في مجلة «دراسات دستورية»، مجلة دورية علمية متخصصة مُحكمة نصف سنوية تصدرها المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، المجلد الأول، العدد الثالث، يوليو ٢٠١٤.
١٣. مستشار د. محمد فؤاد الحريري، تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير (دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك النموذجية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
١٤. مستشار د. محمد فؤاد الحريري، دور الموظف العام في حماية الأموال العامة في ضوء تشريعات بعض الدول العربية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
١٥. د. مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الانغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الحادية عشرة، ٢٠٠٥.
١٦. المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهة الإدارة، إصدار هيئة التشريع والإفتاء القانوني (دائرة الشئون القانونية سابقا)، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

١٧. مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، الكتاب الثاني ٢٠٠٧ - ٢٠٠٩.
١٨. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز بمملكة البحرين، السنة السادسة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٥، الجزء الأول، المكتب الفني لمحكمة التمييز.
١٩. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز بمملكة البحرين، السنة العشرون من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٩، الجزء الأول، المكتب الفني لمحكمة التمييز.
٢٠. معجم المعاني الجامع على الموقع التالي على شبكة الانترنت:  
<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%A8%D9%86/> (accessed on 4/2/2015)





## مقالات





# دور هيئة التشريع في مجال الصياغة التشريعية

المستشار / محمد ياسين

نائب رئيس مجلس الدولة المصري  
عضو هيئة التشريع والإفتاء القانوني

المستشار المساعد

سلطان ناصر السويدي

عضو هيئة التشريع والإفتاء القانوني

## دور هيئة التشريع في مجال الصياغة التشريعية

إذا كان الوضوح في اللغة- بصفة عامة - يُعد أمراً مطلوباً، فإن الوضوح في اللغة القانونية، وبخاصة الصياغة التشريعية، يُعد أمراً جوهرياً، إذ يتوقف على ذلك إثبات الحقوق أو ضياعها. لذلك فقد اكتسبت اللغة القانونية أهمية خاصة، وبرز حرص الصائغ القانوني على تجنب الغموض والالتباس، وذلك حتى يخرج التشريع سليماً صحيحاً رشيداً، متمسكاً بالدقة وحسن الصياغة وكمال التنسيق، ومحققاً للهدف الذي صدر من أجله، أما إذا خرج التشريع غير سليم، حيث تتناقض تفسيراته، فإنه يثير اللبس والغموض والإبهام، ولا يحقق الهدف من صدوره ومن هذا المنطلق تُعد صياغة التشريع من الأمور البالغة الأهمية في حياة التشريع وبقائه.

وعليه سوف نقوم بالتطرق للنقاط التالية على شكل عدة مباحث وهي:

المبحث الأول: مفهوم الصياغة التشريعية

المبحث الثاني: أنواع الصياغة التشريعية

المبحث الثالث: الإطار العام للتشريع

### المبحث الأول

#### مفهوم الصياغة التشريعية

التشريع هو الأداة التي يتم بواسطتها تنظيم أمور المجتمع بما يتلاءم والحاجات القائمة، مع تقدير آمال المستقبل وحاجات التقدم.

والتشريع قانون مكتوب، فهو يُنشئ قاعدة قانونية بالمعنى واللفظ، فتصب القاعدة القانونية في صياغة محددة، مما يسهل التثبت من وجودها، ويسر تحديد معناها ومحتواها.

ويقصد بالصياغة التشريعية فن صناعة التشريع المكتوب، أي وضع مشروعات القوانين واللوائح والقرارات في الصياغة القانونية التي تجعلها مؤدية للغرض المقصود منها، دون تعرض لموضوعها أو مضمونها، أو

الحكم على ملاءمتها.

أما الإعداد فهو يتعدى الصياغة بمفهومها المتقدم إلى تقديم الحلول الموضوعية، أي إبداء الرأي الموضوعي الذي يناسب الفكرة العامة للمشروع المطلوب. ويبدو جلياً الفارق بين الصياغة والإعداد، فالصياغة هي مجرد إخراج المشروع المقترح في العبارة القانونية السليمة المؤدية للمعنى دون نقص أو زيادة. في حين يعنى الإعداد بلورة الأفكار وصياغتها وترتيبها في صورة مشروع يحقق الأغراض المستهدفة من إصداره.

وإذا كان دور الصياغة يتمثل في ترجمة مفهوم معين سبق اختياره، فإن مدى دقة تحديد هذا المفهوم تحديداً جامعاً مانعاً، كالتعريف المنطقي، لا شك له تأثيره على هذا المفهوم نفسه، فإذا ولد التشريع معيب الصياغة، فإن تفسيراته ستتناقض، ولن يؤدي تطبيقه إلى إدراك الهدف الذي يرمى إليه، أما إذا كانت الصياغة جيدة، فإن الحاجة إلى تفسيره - سواء عن طريق القضاء أو الفتوى - ستقل وسيسهل تطبيقه وتحقيق الهدف من إصداره.

من أجل ذلك، ونظراً لأهمية صياغة التشريعات وإعداد مشروعات القوانين واللوائح، فإن الأمر يستوجب إسناده إلى متخصصين أكفاء، لذا فإن بعض القوانين تتجه إلى إسناد هذا الاختصاص لجهة فنية متخصصة، وهذا ما أخذت به مملكة البحرين حيث أسند هذا الاختصاص إلى هيئة التشريع والإفتاء القانوني، فقد تضمنت المادة الثانية من القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني - معدلاً بالمرسوم بقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٠ - النص على أن «تختص الهيئة بصفة عامة بمهام الإفتاء القانوني وإعداد وصياغة التشريعات، وتتولى بصفة خاصة ما يلي:

١. وضع الاقتراحات بقوانين المحالة من مجلس الشورى ومجلس النواب إلى الحكومة في صيغة مشروعات قوانين.

٢. إعداد وصياغة مشروعات القوانين التي تحال إليها من مجلس الوزراء أو الوزارات المختصة وكذلك المراسيم واللوائح والقرارات التنفيذية للقوانين.

٣. ....

٤. ....

٥. إعداد ومراجعة صيغ المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة أو تنضم إليها، للتأكد من عدم مخالفتها للدستور، وعدم تعارضها مع سيادة الدولة، وإيضاح مدى اتفاقها مع القوانين والمراسيم والأنظمة المعمول بها.»

ولا شك أن هذا الدور الذي تقوم به هيئة التشريع والإفتاء القانوني يؤدي إلى نتائج بالغة الأهمية، في مقدمتها توحيد اتجاهات التشريع، وتسهيل تنفيذه، واطقاء التضارب في نصوصه، والحد من طلبات تفسيره، وأيضاً الحد من المنازعات التي تطرح بشأنه أمام القضاء.

ومما تجدر الإشارة إليه أن مراجعة الصياغة التشريعية لمشروعات القوانين واللوائح إنما تتضمن دراسة قانونية فنية هدفها رفع أي تعارض في أحكام المشروع المقترح مع أحكام القوانين الأعلى، وعلى رأسها

أحكام الدستور وما يقرره من مبادئ، وتحقيق التجانس والاتساق بين مواد المشروع المقترح، وفيما بينها وبين التشريعات القائمة، ورفع احتمالات التضارب فيما بينها، بالإضافة إلى التأكد من ملاءمة الأحكام التفصيلية والإجرائية للمشروع للأهداف الكلية المرجوة من سن التشريع، ومدى صلاحيتها لتحقيق المصالح العامة المطلوب تقريرها، وذلك كله فضلاً عن ضبط المصطلحات، ووضوح النص، وتدقيق العبارات، وملاحظة الجوانب اللغوية، وتصنيف الأحكام وترتيبها في اتساق ووضوح، بما يكفل للتشريع الدقة، وحسن الصياغة، وجمال التعبير، وكمال التنسيق.

## المبحث الثاني أنواع الصياغة التشريعية

تنقسم الصياغة التشريعية إلى نوعين الصياغة الجامدة و الصياغة المرنة، ويقصد بكل منها الآتي :

### ١- الصياغة الجامدة :

تكون الصياغة جامدة عندما لا يترك النص مجالاً للتقدير، وبمعنى آخر أن يأتي النص بصيغة معيار و فرض واحد ولا يسمح بالتقدير ولا يتغير بتغير الظروف والأحوال .  
كأن يأتي نص يحدد عمر الحدث أو يحدد ميعاد الطعن في الأحكام أو يحدد سن الترشيح لعضوية المجلس النيابي أو سن الانتخاب.  
ومثال ذلك :

• « ميعاد الطعن بالتمييز خمسة وأربعون يوماً »

« مادة (١١) من قانون محكمة التمييز الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٩ »

• « يقصد بالحدث في حكم هذا القانون من لم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكابه الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف.»

« مادة (١) من المرسوم بقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٧٦ في شأن الأحداث.»

ونرى هنا أن المشرع قد استخدم الصياغة الجامدة في تحديد عمر الحدث و لم يتركها للسلطة التقديرية للقاضي، وذلك لأنه لو ترك الأمر دون تحديد - وفقاً للمعيار المرن- لكان ذلك يشكل صعوبة على القاضي بالنظر إلى أن الحدث وفقاً للمعيار المرن هو من لم يبلغ الحلم، فلا يمكن أن ينظر القاضي في كل دعوى من بلغ الحلم ومن لم يبلغ، لذا فأن إيجاد معيار واحد لتحديد عمر الحدث هو في هذه الحالة قد ساوى بين المواطنين.

### ٢- الصياغة المرنة :

وهي بخلاف الصياغة الجامدة حيث تأتي بعبارات واسعة المعنى، وتكون الصياغة مرنة بأن يأتي النص بعبارة تعطي للقاضي والقائم على تطبيق التشريع بوجه عام سلطة تقديرية وذلك وفقاً لملاسات كل حالة.

• والأمثلة على الصياغة المرنة كثيرة ومن ذلك:

- في المجال الجنائي تلك المواد التي تنص على حد أدنى وحد أعلى للعقوبة، فيكون للقاضي وفقاً

لملابسات كل دعوى أن يطبق ما يراه مناسباً.

- ومن ذلك أيضاً استخدام عبارات (الحالات العاجلة) و(الضرورة القصوى) كما جاء في المادة (٥٠) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية - معدلاً بالقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠- من أنه (يجوز التعاقد بطريق الشراء المباشر في أي من الحالات الآتية:.... (ب) الحالات العاجلة....)

ومن الأمثلة أيضاً على استعمال الصياغة المرنة، استعمال الألفاظ التي تحتمل التقدير مثل (يجوز) و(على الأقل) ومن ذلك ما ورد في المادة (١١) من المرسوم رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء وتنظيم هيئة ضمان جودة التعليم والتدريب- من (يجتمع المجلس أربع مرات سنوياً على الأقل، ويجوز لرئيس المجلس دعوته لاجتماع غير عادي...).

• وجوب أن يحتوي التشريع على الصياغتين :

لكل من الصياغتين المشار إليهما مزاياها وعيوبها، فالصياغة الجامدة بمفهومها تحقق نوعاً من العدالة الاجتماعية والاستقرار والثبات، بالإضافة إلى إنها تضع معياراً واحداً يعد بمثابة قاعدة عامة ومجردة تطبق على جميع المخاطبين بأحكامها، إلا أنه يؤخذ عليها أنها لا تدع مجالاً للتقدير بالرغم من وجود تفاوت أو اختلاف في الظروف بين المخاطبين بأحكامها.

أما الصياغة المرنة، فهي تعطي القاضي والقائم على تطبيق وتنفيذ التشريع سلطة تقديرية وفقاً لظروف وملابسات كل حالة على حدة، وهي بذلك تمكن من إيجاد الحل المناسب لكل حالة، فضلاً عن القواعد المرنة لا تحتاج إلى تغيير لأنها تعطي حلاً مرناً يتمشى مع متغيرات الظروف، إلا أنه يمكن أن يحدث عند الأخذ بها احتمال تجاوز أو تفاوت الحكم بين الأطراف وهو ما يشكل في نظر البعض إخلالاً بتساوي المواطنين أمام القانون.

وفي الغالب لا يخلو أي تشريع من الجمع بين الصياغتين معاً، فلكل صياغة حاجتها، ومعيار الأخذ بكل صياغة يتوقف على عدة أمور منها: موضوع القاعدة القانونية المراد صياغتها، فإذا ما كانت القاعدة تنظم حقاً عاماً للأفراد أو للدولة فيفضل أن يؤخذ بالصياغة الجامدة، كذلك يتوقف على السلطة القائمة على تطبيق القاعدة، ومدى النضج الذي وصل إليه المجتمع في الموضوع محل القاعدة، ولا غرو أن ماهية التشريع تتحكم في نوع الصياغة.

### المبحث الثالث

#### الإطار العام للتشريع

يتكون أي تشريع من عدة مقومات أساسية تكون بمثابة هيكل أو إطار له، وتتمثل في الآتي:

- العنوان
- الديباجة (المقدمة)
- مواد التشريع (الفنية)
- المادة التنفيذية

- التصديق والإصدار  
وسوف نتناول كل منها فيما يلي :

## الفرع الأول العنوان

العنوان هو اسم التشريع، وكل تشريع يجب أن يكون له أسم يميزه عن غيره من التشريعات، ويجب أن يكون عنوان كل تشريع معبراً عن موضوعه ويتفق مع مضمونه. كما أن لكل عنوان عدة عناصر تتمثل في ( رقم التشريع، سنة إصداره، واسم التشريع ). كما أن لكل عنوان شروطاً يجب توفرها فيه وهي :

١. أن يكون العنوان واضحاً ومعبراً عن مضمون التشريع.
٢. أن يشمل العنوان العناصر الأساسية الواردة في التشريع، وأن يكون قصيراً قدر المستطاع.
٣. أن لا يثير اللبس مع تشريع آخر.
٤. أن تستخدم الأداة القانونية الصحيحة لكل تشريع.

مثال على العنوان :

١. قانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٧ بشأن مكافحة التسول والتشرد.
٢. مرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون محكمة التمييز.
٣. مرسوم بقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٩ بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية.
٤. أمر ملكي رقم (٣١) لسنة ٢٠١٠ بإنشاء مستشفى الملك حمد.
٥. قرار رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠ بتحديد المناطق الصناعية.

أما إذا كان التشريع يعدل تشريعاً سابقاً فيجب أن ينعكس ذلك أيضاً على عنوانه، ويشمل التعديل كلاً من الاستبدال والإضافة والإلغاء ، وقد تجتمع كلها في تشريع واحد، مع مراعاة أن يتم تعديل التشريع بالأداة ذاتها، ومثال ذلك :

١. إذا كان التعديل لمادة واحدة بالتشريع فيكون العنوان كالاتي:  
قانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٥ بتعديل المادة (٥) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٣ بشأن الأسرار التجارية.
٢. أما إذا كان تعديلاً لمادتين فأكثر من التشريع فيكون العنوان كالاتي:  
« قانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٦ »
٣. ويمكن أن يكون التعديل بإلغاء فقرة أو مادة أو فصل أو بإلغاء التشريع بأكمله، ومثال ذلك:  
« مرسوم بقانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠ بإلغاء مركز البحرين للدراسات والبحوث المنشأ بالمرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٨١ »

ونلاحظ أنه بالرغم من اختلاف الأدوات القانونية المصدرة لكل من التشريعات سائلة الذكر، إلا أنها قد اشتملت جميعاً على العناصر الأساسية لكل عنوان وهي ( الرقم و السنة و الاسم ).

## الفرع الثاني الديباجة (المقدمة )

وتأتي الديباجة بعد عنوان التشريع مباشرة، وهي بمثابة السند القانوني لإصدار التشريع بحيث تعطيه الصفة الرسمية. كما تساعد على توضيح بعض الغموض الذي يصيب التشريع. وتشير الديباجة إلى السلطة التي تصدر التشريع بالإضافة إلى القوانين ذات العلاقة، ونميز هنا بين ديباجة كل من ( القانون، والأوامر الملكية، واللوائح، والقرارات ).

### ١- القانون :

تبدأ ديباجة القانون بإعلان عن جلالة الملك والذي يشمل منصبه، ثم الاستناد إلى الدستور، ثم القوانين ذات العلاقة بموضوع القانون من الأسبق تاريخاً ورقماً إلى الأحدث، وتختتم بعبارة أقر مجلس الشورى ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه: أما إذا صدر بمرسوم بقانون فلا يستند على عبارة أقرار مجلس الشورى ونواب، بل تستبدل بالاستناد على عرض الجهة المقترحة للقانون (المختصة) وتليها عبارة وبعد موافقة مجلس الوزراء.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز أن تبدأ ديباجة القانون بإعلان عن نائب جلالة الملك وذلك في حالة تكليفه القيام بمهام الحكم.

ومن الأمثلة على ما تقدم :-

• إذا صدر التشريع بقانون فتكون الديباجة كما في المثال الآتي :

### قانون رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠٩ بشأن حقوق المسنين

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين.

بعد الاطلاع على الدستور،

وعلى المرسوم بقانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٥ بشأن الصحة العامة،

وعلى قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٦، وتعديلاته،

وعلى قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦، وتعديلاته،

وعلى قانون الجمعيات والأندية الاجتماعية والثقافية والهيئات الخاصة العاملة في ميدان الشباب والرياضة

والمؤسسات الخاصة، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٨٩، وتعديلاته،

وعلى القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠٠٦ بشأن الضمان الاجتماعي،

أقر مجلس الشورى ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه:  
• **و إذا صدر التشريع بمرسوم بقانون فتكون الديباجة كما في المثال الآتي :**

**مرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٠**  
**بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢**

نحن حمد بن عيسى آل خليفة  
ملك مملكة البحرين.  
بعد الاطلاع على الدستور،

وعلى قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ المعدل بالقانون رقم (٥٠)  
لسنة ٢٠٠٦،

وبعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء،

وبناءً على عرض وزير العدل والشئون الإسلامية،

وبعد موافقة مجلس الوزراء،

رسمنا بالقانون الآتي:

• **و إذا صدر من قبل نائب جلالة الملك فتكون الديباجة كما في المثال الآتي :**  
**قانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٨**

## بشأن الهيئة العامة للتأمين الاجتماعي

نحن سلمان بن حمد آل خليفة  
ملك مملكة البحرين بالنيابة.  
بعد الاطلاع على الدستور،

وعلى القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٥ بشأن تنظيم معاشات ومكافآت التقاعد لموظفي الحكومة والقوانين  
المعدلة له،

وعلى قانون تنظيم معاشات ومكافآت التقاعد لضباط وأفراد قوة دفاع البحرين والأمن العام الصادر  
بالمرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٦ والقوانين المعدلة له،

وعلى قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٦ والقوانين المعدلة له،

وعلى المرسوم بقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩١ بإنشاء صندوق التقاعد لضباط وأفراد قوة دفاع البحرين  
والأمن العام البحرنيين وغير البحرنيين،

وعلى قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦،

أقر مجلس الشورى ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه:

## ٢- اللوائح :

لا تختلف ديباجة اللائحة عن ديباجة القانون، والأصل أن تصدر اللوائح بإعلان عن جلالة الملك والذي

يشمل منصبه، وذلك وفقاً لنص المادة (٣٩) من دستور مملكة البحرين والتي نصت على :  
« أ- يضع الملك، بمراسيم، اللوائح اللازمة لتنفيذ القانونين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه.  
ب- يضع الملك، بمراسيم، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين ». .  
وإعمالاً للنص الدستوري سالف الذكر يمكن أن يعين القانون آداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه، كأن تصدر بقرار من رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المعني أو رئيس الهيئة.

### • ومن الأمثلة على ديباجة اللوائح :

#### مرسوم رقم ( ٣٧ ) لسنة ٢٠٠٢ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية

نحن حمد بن عيسى آل خليفة  
ملك مملكة البحرين.  
بعد الإطلاع على الدستور،  
وعلى المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية،  
وبناء على عرض رئيس مجلس الوزراء،  
وبعد موافقة مجلس الوزراء ،  
رسمنا بالآتي:

#### قرار رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٠ بإصدار اللائحة المالية لهيئة الكهرباء والماء

رئيس مجلس الوزراء:  
بعد الاطلاع على المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية،  
وتعديلاته،  
وعلى المرسوم بقانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن الميزانية العامة، المعدل بالقانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٧،  
وعلى المرسوم رقم (٩٨) لسنة ٢٠٠٧ بإنشاء هيئة الكهرباء والماء،  
وعلى المرسوم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٨ بتسمية وصلاحيات الوزير الذي يتولى الإشراف والرقابة على هيئة الكهرباء والماء،  
وعلى المرسوم رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨ بتشكيل الجهاز الإداري لهيئة الكهرباء والماء،  
وبناءً على اقتراح الجهاز الإداري لهيئة الكهرباء والماء واعتماده من الوزير،  
قرر الآتي:

#### قرار وزاري رقم (١) لسنة ٢٠١٠

## بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الرسوم والنماذج

الصناعية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦

وزير الصناعة والتجارة:

بعد الاطلاع على قانون الرسوم والنماذج الصناعية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦،

وبناءً على عرض وكيل الوزارة لشؤون التجارة،

قرر الآتي:

### ٣- الأوامر الملكية :

مع مراعاة الأحكام العامة للديباجة، تمتاز الأوامر الملكية بخاصية مميزة، وهي أنها تصدر بإعلان عن جلالة الملك فقط، حيث ينفرد جلالته بإصدارها وحده، ويحدد الدستور الحالات التي يصدر بها الملك الأوامر الملكية.

ومن الأمثلة على الأوامر الملكية:

**أمر ملكي رقم (٤٢) لسنة ٢٠١٠  
بتعيين أعضاء مجلس الشورى**

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين.

بعد الاطلاع على الدستور،

وعلى المرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٢ بشأن مجلسي الشورى والنواب، وتعديلاته،

أمرنا بالآتي:

**أمر ملكي رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٠  
بدعوة مجلسي الشورى والنواب للانعقاد**

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين.

بعد الاطلاع على الدستور،

أمرنا بالآتي:

### ٤- القرارات :

تصدر القرارات من السلطة المختصة بالجهاز الإداري للدولة، وعادة يتولى إصدارها رئيس الوزراء أو الوزير أو رئيس الجهاز أو الهيئة، وذلك وفقاً لما يحدده الدستور أو القانون. ويصدر القرار باسم الشخص المختص قانوناً بإصداره، ثم يشار في الديباجة إلى القانون الذي بموجبه يعطي الشرعية القانونية للقرار، وكذلك التشريعات ذات العلاقة بموضوع القرار.

ومن الأمثلة على ذلك :

**قرار رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٠**

## بشأن تحديد ميعاد الانتخاب والترشيح لعضوية المجالس البلدية

رئيس مجلس الوزراء:

بعد الاطلاع على قانون البلديات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠١ المعدل بالقانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٦،

وعلى المرسوم بقانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٢ بشأن نظام انتخاب أعضاء المجالس البلدية وتعديلاته، وعلى الأخص المادة الثالثة عشرة منه،  
قرر الآتي:

### قرار رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠

### بتعيين مدير في وزارة الداخلية

رئيس مجلس الوزراء:

بعد الاطلاع على قانون قوات الأمن العام الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٣) لسنة ١٩٨٢ وتعديلاته، وعلى المرسوم رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٤ بإعادة تنظيم وزارة الداخلية، وتعديلاته، وبناءً على عرض وزير الداخلية،  
قرر الآتي:

### أهم الملاحظات المتعلقة بديباجة التشريع:

١. يجب الاستناد في ديباجة التشريع إلى الأداة القانونية الأعلى في المرتبة ثم الأدنى.
٢. يجب الاستناد في ديباجة التشريع على التشريعات من الأسبق إلى الأحدث، مع مراعاة الأداة القانونية لكل تشريع.
٣. الأصل أنه لا يجوز الاستناد بديباجة القوانين على أداة قانونية أقل من القانون.
٤. كتابة التشريع بالديباجة كما ورد في عنوانه.
٥. يجب الاستناد على إسم (موضوع) القانون عند النص عليه بالديباجة وليس على قانون إصداره.
٦. عند الاستناد على قانون تم تعديله فيجب إضافة عبارة «المعدل بالقانون رقم ( ) لسنة...»، فإذا عدل القانون أكثر من مرة فتكتب عبارة « وتعديلاته ».
٧. إضافة عبارة «بناءً على عرض الشخص المعني، أو موافقة الجهة المعنية أو ما يفيد أخذ رأيها، وذلك وفقاً للدستور أو القوانين».
٨. استقرت هيئة التشريع والإفتاء القانوني على انه عند تعديل التشريع يتم الإشارة في الديباجة إلى التشريع المراد تعديله فقط (الأساسي) دون غيره، باعتبار أن التشريعات الأخرى المتصلة بالموضوع تم الإشارة إليها في التشريع محل التعديل، وبمراعاة الإشارة إلى التشريعات الأخرى المتصلة بموضوع التعديل في حالة عدم ذكرها في ديباجة التشريع محل التعديل.

## الفرع الثالث مواد التشريع (الفنية)

مواد التشريع تمثل الأحكام الموضوعية له، فهي الجوهر الأساسي للتشريع، كما أن جميع أركان التشريع تتعلق بها كالعنوان والديباجة، بل أنهما يعكسان موضوع التشريع. ويمكن تقسيم مواد التشريع إلى:

أولاً: مواد الإصدار

ثانياً: مادة التعريفات

ثالثاً: الأحكام الموضوعية

ونبين كل منها على النحو الآتي:

**أولاً: مواد الإصدار:**

هي مواد تنظيمية، تأتي بعد الديباجة في بعض التشريعات، و تتضمن العمل بأحكام التشريع المرفق، وإلغاء التشريعات التي تتعارض مع أحكامه، كما تتضمن مواد انتقالية، بالإضافة إلى مادة الإصدار والنشر وتحديد موعد سريان التشريع. ولا تتعرض تلك المواد إلى التشريع من الناحية الموضوعية.

### - متى يوضع للتشريع مواد إصدار؟

والجواب على ذلك، بأنه درجت التشريعات على أن يوضع لها مواد إصدار عندما يكون حجم التشريع كبيراً ويتضمن أحكاماً موضوعية كثيرة وأحكاماً انتقالية. وتجدر الإشارة بأنه عند وضع مواد إصدار للتشريع فأن ذلك يجب أن ينعكس على عنوانه. ومن الأمثلة على ما تقدم:

### مرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢

#### بإصدار قانون السلطة القضائية

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين.

بعد الإطلاع على الدستور،

.....

رسمنا بالقانون الآتي:

المادة الأولى

يعمل في شأن السلطة القضائية بأحكام القانون المرافق.

المادة الثانية

يلغى المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧١ بشأن تنظيم القضاء.

كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق.

المادة الثالثة

على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويعمل به من أول الشهر التالي لمضي ثلاثة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

**قرار رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠  
بإصدار لائحة الشؤون الإدارية  
والوظيفية لهيئة الكهرباء والماء**

رئيس مجلس الوزراء:

بعد الاطلاع .....

قرر الآتي:

المادة الأولى

يُعمل بأحكام لائحة الشؤون الإدارية والوظيفية لهيئة الكهرباء والماء المرفقة بهذا القرار، وكذا جدول الرواتب المرفق بها.

المادة الثانية

يصدر الجهاز الإداري لهيئة الكهرباء والماء القرارات والتعليمات اللازمة لتنفيذ هذا القرار بعد اعتمادها من الوزير.

المادة الثالثة

يُنشر هذا القرار واللائحة المرفقة به في الجريدة الرسمية، ويُعمل بهما بعد ثلاثة أشهر من تاريخ النشر.

**أحكام تتعلق بمواد الإصدار :**

١. يُفضل كتابة أرقام مواد الإصدار بالحروف تمييزاً لها عن مواد القانون الموضوعي (القانون المرفق).
٢. في حالة ما تضمنت مواد الإصدار مادة إلغاء، فمن الأفضل تحديد التشريعات المراد إلغائها صراحةً، دون إطلاق عبارة « يُلغى كل نص يتعارض مع أحكام هذا القانون » وذلك حتى لا يحدث لبس مع تشريعات أخرى، ولا يترك مجالاً للإجتihad فيما إذا كانت النصوص الواردة في التشريعات الأخرى قد أُلغيت ضمناً من عدمه.

**ثانياً: مادة التعريفات :**

تأتي مادة التعريفات في صدر التشريع، بعد الديباجة، ومواد الإصدار أن وجدت. وعادة توجد مادة التعريفات في القوانين و اللوائح الكبيرة. حيث أنها تشمل تعريف المصطلحات الجديدة أو الغامضة أو لتحديد المقصود بها في التشريع. كما يتم تعريف المصطلحات وفقاً للمفهوم الاصطلاحي لها. ولمادة التعريفات أهمية كبيرة تعكس على التشريع حيث أنها تزيل الغموض عن بعض المصطلحات، كما تمكن الصائغ من صياغة التشريع دون تكرار للعبارات والمصطلحات، فإذا ما تم تعريف مصطلح على سبيل المثال « الوزارة » بأنها «وزارة شؤون البلديات والتخطيط العمراني» فلا يلزم الصائغ إذا ما أراد أن يذكر في التشريع عبارة « وزارة شؤون البلديات والتخطيط العمراني» إلا أن يذكر مصطلح «الوزارة».

ومن الأمثلة على التشريعات التي وردت بها مادة تعريفات قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٧ بشأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، حيث تنص المادة (١) منه على أن:

في تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها، ما لم ينص على خلاف ذلك أو يقتض سياق النص معنى آخر:

الوزارة: وزارة الصحة.

الوزير: وزير الصحة.

الجهة الإدارية المختصة: إدارة الصيدلة ومراقبة الأدوية في وزارة الصحة.

الإدارة المعنية: الإدارة العامة للمباحث والأدلة الجنائية.

المصحة: تشمل إحدى المصحات أو المستشفيات أو العيادات المشار إليها في المادة (٢٨) من هذا القانون. المواد المخدرة: كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد أو المستحضرات المدرجة في الجداول أرقام (٥،٤،٢،١) من المجموعة الأولى المرفقة بهذا القانون، وكذلك المواد والمستحضرات المدرجة في الجدول رقم (٢) من ذات المجموعة إذا زادت نسبة المادة المخدرة فيها على النسب المحددة في هذا الجدول.

المؤثرات العقلية: كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد أو المستحضرات المدرجة في الجداول أرقام (٤،٢،٢،١) من المجموعة الثانية المرفقة بهذا القانون.

السلائف: كل مادة طبيعية أو تركيبية ذات استخدامات طبية والتي قد تستخدم بصورة غير مشروعة لتحضير مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية، وذلك من المواد أو المستحضرات المدرجة في الجدولين رقمي (٢،١) من المجموعة الثالثة المرفقة بهذا القانون.

الزراعة: كل عمل من أعمال البذر بقصد الإنبات، أو من أعمال العناية بالنبات منذ بدء نموه حتى نضجه وجنيه، وتشمل التعامل مع بذوره أو أي جزء من النبات في أي طور من أطوار نموها.

الإنتاج: فصل المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية عن أصلها النباتي أو من مادتها الأولية.

الصنع: جميع العمليات غير الإنتاج التي يتم بها الحصول على المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف، وتشمل التنقية والاستخراج، والتركيب، والمزج، وتحويل المخدر أو المؤثر العقلي أو السلائف إلى أية صورة أخرى منه.

الجلب: إحضار المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف من خارج مملكة البحرين ويشمل ذلك نقل تلك المواد بطريق العبور.

الاستيراد والتصدير: إدخال المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف إلى المملكة أو إخراجها منها.

النقل: نقل المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف من مكان إلى آخر داخل المملكة.

القاصر: من لم يبلغ من العمر إحدى وعشرين سنة كاملة.

## أحكام تتعلق بمادة التعريفات :

١. أن الأصل أن تترك التعريفات للفقهاء والقضاء، إلا أنه لدواعي المصلحة وتسهيل فهم التشريع على المخاطبين به، يتدخل المشرع لوضع تعريفات للمصطلحات الواردة بالتشريع، وعلى أن تكون هناك حاجة لتعريف المصطلح وان يكون التعريف جامعاً ومانعاً لعناصره الفنية.

٢. يجب أن يكون التعريف دقيقاً واضحاً كما يجب تفادي التكرار وعدم الإسراف في التعريفات.

٣. مراعاة الاستقرار في المصطلحات الواردة في التشريعات المختلفة، كما يُراعى ما استقر عليه الناس بالمقصود بالعبارات والمصطلحات.

٤. إذا ورد المصطلح أكثر من مرة في القانون فيتم تعريفه في مادة التعريفات، أما إذا ورد لمرة واحدة في القانون فيتم تعريفه في تلك المادة.
٥. أحياناً يرد تعريف معين لقانون معين، يختلف هذا التعريف عن قوانين أخرى، فيجب في هذه الحالة كتابة عبارة في مطلع مادة التعريفات تنص على أن « في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات..... » والقصد من ذلك إزالة الغموض، ولمنع تعارض القوانين.
٦. ترتيب التعريفات من الأكثر أهمية إلى الأقل أهمية، وهذا ما استقرت عليه التشريعات البحرينية.

### ثالثاً: الأحكام الموضوعية :

وتتضمن تلك الأحكام معالجة الأمور الموضوعية التي دفعت المشرع لسن التشريع، ويتضمن التشريع على وجه الأساس الهدف منه، وتنظيم الحقوق والواجبات المراد تنظيمها، كما يحدد فئات المخاطبين به والفئات المستثناة منه، فضلاً عن تحديد النطاق الزمني والموضوعي للتشريع، وينبغي دائماً في مجال الصياغة التشريعية مراعاة المبادئ الدستورية والقواعد التشريعية المقررة في سن التشريعات، حيث إنها الأساس لسن كل تشريع.

ونعرض فيما يلي لمبادئ وأصول صياغة عبارات التشريع:

#### ١- مراعاة الدقة والوضوح في صياغة التشريعات:

يقصد بالدقة في الصياغة استخدام الألفاظ حسب معناها الصحيح، وفي موضعها الصحيح. ويقصد بالوضوح، أن تعبر الكلمات والعبارات عن المقصود بسهولة ويسر، والدقة والوضوح في الصياغة التشريعية يعد أمراً بالغ الأهمية من ناحيتين: الأولى، فهم المخاطبين بالتشريع لأحكامه، فقد يؤدي الإبهام إلى عدم تطبيق التشريع على الوجه المنشود، والثانية: وحدة تطبيق النص التشريعي على المخاطبين به، إذ لن يكون هناك محل للاختلاف بين القائمين على تطبيق النص بسبب دقة الكلمات ووضوح العبارات.

وفيما يلي بعض المبادئ أو القواعد التي تساعد على تحقيق الدقة والوضوح في صياغة التشريعات:

أ. استخدام (المادة الأولى) أدق من المادة (١):

الأدق في الاستخدام (المادة الأولى) لكونها مبتدأ خبره ما بعده، أما (المادة ١) فهي نكرة، والنكرة لا يبتدأ بها في الأسلوب الفصيح، وعلى ذلك فإذا لم يكن للتشريع مواد إصدار فيجب ترقيم مواد بالحروف وليس بالأرقام.

ب. استعمال كلمة (مقدار) بدلاً من كلمة (قيمة):

الأدق في الاستخدام اللغوي كلمة (مقدار) فقد ورد في القرآن الكريم (في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة) المعارج (٤)، (في يوم كان مقداره ألف سنة مما تعدون) السجدة (٥). وعلى ذلك فإن كلمة (مقدار) في مثل (مبلغ مالي مقداره....) هي الأدق من كلمة (قيمتها).

ج. (الخزانة) أدق لغة من (الخزينة):

ورد بالمعجم الوسيط أن (خزن) الشئ خزاناً: جعله في خزانته، والخزانة: مكان الخزن، والخزن أو الخزينة: الشئ المخزون، ومن ثم تكون (الخزانة) أدق من (الخزينة)، لذا تستخدم عبارة (الخزانة

- د. استعمال كلمة: (الآتية) و(التالية):  
تستعمل كلمة (الآتية) إذا لم يفصل بينها وبين ما سيأتي كلام، بأن يقال على سبيل المثال:  
«تسري أحكام هذا القانون على الفئات الآتية:-» «بينما يقال: «تسري على الفئات التالية أحكام هذا القانون:-»
- هـ. استعمال الباء بمعنى (بدل):  
قد ترد الباء بمعنى كلمة (بدل) بحيث يصح إحلال هذه الكلمة محل الباء من غير أن يتغير المعنى، وفي هذه الحالة ينبغي دخول الباء على الشئ المتروك، وهو ما جرى عليه القرآن الكريم في كل استعمالاته للفعل (بدل) ومشتقاته، ومن ذلك قوله تعالى: «قال أَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىٰ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ»، (الآية رقم ٦١ من سورة البقرة).  
وعلى ذلك، إذا ما أُريد استبدال بعض النصوص ببعض، فإن الباء تدخل على النصوص التي يراد تركها، فيقال: «يُستبدل بنصوص المواد .... النصوص الآتية: .....» ولا يقال: تُستبدل نصوص المواد .... بالنصوص الآتية ....».
- و. استعمال (الواو) و(أو):  
من المعروف أن حرف (الواو) يفيد مطلق الجمع بين الشيئين اللذين يتوسطهما، بينما حرف (أو) يعبر عن المغايرة بين الشيئين اللذين يتوسطهما، لذا يتعين استعمال كل حرف منهما في موضعه الصحيح.  
ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في المادة (٢٩) من القانون المدني من (العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول... بينما ورد في المادة (٣٢) من ذات القانون (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة....).  
ز. الاستعمال الدقيق لعلامات الترقيم:  
يتعين في مجال الصياغة القانونية الاستعمال الدقيق لعلامات الترقيم وهي: الفاصلة (،) والنقطة (.) والنقطتان (:). والشرطة (الوصلة) (-) والأقواس.  
ح. عدم ذكر عبارة (وتعدلاته) في نصوص مواد التشريع:  
قد يتطلب الأمر في صياغة بعض نصوص التشريع ذكر قانون معين ويكون هذا القانون قد عدل، ويكون قد أشير إليه في الدباجة بعبارة «وعلى القانون رقم .. لسنة.... وتعديلاته» ففي هذه الحالة يذكر القانون في نص المادة من دون عبارة (وتعدلاته) بحسبان أن التعديلات الواردة على القوانين المشار إليها بدباجة التشريع إنما تدخل في نسيج أحكام هذه القوانين.

## ٢- عدم تكرار الحكم في أكثر من مادة:

من الواجب أن تخصص كل مادة لحكم معين، ولا يتكرر هذا الحكم في مادة أخرى، لأنه يكون نوعاً من العبث، ويربك الجهة القائمة على تنفيذ التشريع.

### ٣- تجنب الألفاظ التي تفتقر إلى التحديد وتثير الغموض خاصة في مجال التجريم وفرض الأعباء:

يتعين في مجال الحريات والحقوق العامة وفرض الأعباء أن تكون الصياغة جامدة على نحو ما أسلفناه، وذلك باستعمال ألفاظ قطعية، إذ ينبغي أن يكون المخاطب بحكم القانون على علم وبصيره بما يفرضه عليه التشريع من حظر أو ما يلزمه به من عبء أو فعل، وبالتالي فإن من عيوب الصياغة الافتقار إلى التحديد.

هذا - وقد قضت المحكمة الدستورية بحكمها الصادر بجلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩ في القضية رقم د/٤/٠٧ السنة الخامسة القضائية بالآتي:

« أن المشرع الدستوري قد أعطى الحرية الشخصية منزلة عالية، وأحاطها بسياس يأمّن الأفراد من خلاله ممارستها على الوجه الذي يحدده القانون، فنص في المادة (١٩/أ) من الدستور المعدّل على أن: (( الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون )) ومؤدى ذلك أن الحرية الشخصية تعد من الحقوق الجوهرية التي يتمتع بها الإنسان، والتي لا يمكن فصلها عنه، وأن المشرع منحها الرعاية الأوفى و الأشمل توكيداً لقيمتها، وبما لا إخلال فيه بالحقوق في تنظيمها، الذي لا ينال من قيمتها وجوهرها، وبمراعاة أن النصوص العقابية قد تفرض على هذه الحرية بطريق مباشر أو غير مباشر أخطر القيود وأبلغها أثراً. ويتعين بالتالي أن يكون إنفاذ القيود التي تفرضها النصوص العقابية على الحرية الشخصية، رهناً بمشروعيتها الدستورية، وأن لا تكون هذه النصوص منفصلة عن مقاصدها، متجاوزة لحدود التجريم، وغير متناسبة معه، ومن ثم كان أمراً لازماً أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون إنسيابها، أو تقرير المسؤولية الجنائية في غير مجالاتها عدواناً على الحرية الشخصية التي كفلها الدستور المعدّل وفقاً لحكم المادة (١٩/أ) منه. وأضافت المحكمة إن العدالة الجنائية في جوهر ملامحها، هي التي يتعين ضمانها من خلال قواعد محددة تحديداً دقيقاً ومنصفاً، يتقرر على ضوءها ما إذا كان المتهم مداناً أو بريئاً».

### ٤- السلاسة والإحكام في صياغة الألفاظ والعبارات:

من أهم ما ينبغي مراعاته في الصياغة التشريعية: سلاسة الألفاظ وإحكام العبارات، وذلك بأن يتم اختيار الألفاظ السهلة، وأن يكون هناك انسياب في العبارات، بما يعبر عن المعنى المقصود من دون حشو أو إطالة، ومن وسائل السلاسة والوضوح:

- استعمال الجمل القصيرة.
- تخصيص جملة لكل فكرة.
- اللجوء إلى البنود للتغلب على طول الجملة.

### ٥- التحديد الصحيح لزمان الفعل الذي سينطبق عليه الحكم:

الفعل في اللغة العربية له أزمنة ثلاثة هي: ١- الماضي: وهو ما وقع وانتهى قبل الكلام. ٢- المضارع: وهو يعبر عن وقوع الفعل في الزمن الحاضر. ٣- المستقبل: وهو ما يدل على ما سيقع فيما بعد أي في المستقبل.

واستخدام الفعل في الزمن المضارع هو الأكثر شيوعاً في الصياغة التشريعية باعتبار أن الزمن المضارع لا يفيد فقط وقوع الفعل في الزمن الحاضر، وإنما يمتد - كذلك - ليشمل ما سيقع في المستقبل أيضاً، فهو يتميز بالاستمرار.

ومن الأهمية بمكان في مجال الصياغة التشريعية التحديد الصحيح لزمن الفعل القانوني، وعلى سبيل المثال تبين من مطالعة بعض التشريعات عدم الاستخدام الصحيح لزمن الفعل، ومن ذلك ما ورد في المادة (١٨) من المرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٥ في شأن المواصفات والمقاييس من (يعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون بالحبس...) والصحيح (يعاقب كل من يخالف...) باعتبار أن سريان القانون يتم على ما سوف يقع بعد العمل به وليس قبل ذلك. وهو ذات الخطأ الذي وقعت فيه - أيضاً - المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦ في شأن المرفقات والأسلحة والذخائر. لذا - يتعين على الصائغ القانوني أن يكون ملماً بقواعد اللغة العربية، وعلى الأقل أن يكون على دراية بأساسيات تلك اللغة كالمبتدأ والخبر وأثر حروف الجر والمضاف والمضاف إليه.

## ٦- ترك الأمور التفصيلية للوائح:

من المبادئ المهمة في صياغة القوانين ترك التفاصيل للوائح، باعتبار أن ذلك يؤدي إلى الاستقرار والثبات في أحكام القانون، بينما اللوائح يمكن تعديلها بسهولة تبعاً لتطورات الواقع ومتغيراته. ويجب هنا أن نركز على نقطة هامة وهي ضرورة مراعاة ألا يكون الموضوع الذي ترك للألحة تنظيمه مما ينبغي تنظيمه بقانون، أو يكون له من الأهمية والخصوصية ما يدعو إلى عدم تركه للألحة. هذا - وقد قضت المحكمة الدستورية بحكمها الصادر في جلسة ٢٦/٣/٢٠٠٧ في القضية رقم د/٢/٥٠ السنة الثالثة القضائية بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة، وقالت المحكمة في أسباب حكمها:

« المقرر في فقه القانون الدستوري أنه حين تمارس السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٣٢ (فقرة ب) من الدستور - وهي تلك المتعلقة باختصاصها الأصيل في سن القوانين - فإن سلطتها هذه إما أن تكون سلطة مقيدة، وإما أن تكون سلطة تقديرية. فكلما فرض الدستور قيوداً على السلطة التشريعية في ممارستها لإختصاصاتها التشريعية، فإن سلطتها تكون مقيدة بمراعاة القيد الذي فرضه الدستور عليها فلا تستطيع أن تسن تشريعاً تتحلل فيه من القيود التي فرضها، أو أن تنظم موضوعاً على خلافها، ذلك أن تلك القيود التي فرضها الدستور لا تعتبر مقصودةً بذاتها، وإنما يفرضها الدستور لتحقيق مصلحة يراها جديرة بالحماية.

وحيث إنه إذا كان ما تقدم، وكانت السلطة التشريعية لم تتمثل لأحكام المادة التاسعة من الدستور فيما أوجبه من تحديد أحوال المنفعة العامة في المرسوم بقانون المطعون فيه، وتحللت من القيد الذي فرضته تلك المادة، وتنازلت عن اختصاص أصيل لها - وهو تحديد أحوال المنفعة العامة - وناطت بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية، فإن المرسوم بقانون المطعون فيه يكون فضلاً عن مخالفته أحكام المادة التاسعة من الدستور قد خالف أيضاً مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة ٣٢ (فقرة أ).»

## ٧- مراعاة التسلسل المنطقي للتشريع وتقسيم وتبويب نصوصه:

ويكون ذلك بوضع المواد وفقاً لترتيبها المنطقي، فيوضع الأكثر أهمية ثم يليه الأقل أهمية، كما توضع المواد الأساسية ثم الفرعية، كما ترتب المواد طبقاً لتسلسلها الزمني كما يتسلسل فعلاً في الواقع العملي، ويفضل أن يبدأ التشريع بتحديد مجال سريانه من حيث المكان أو الأشخاص أو الفئات أو الهيئات، ثم الأحكام العامة التي تنظم مسائل تشمل مجمل التشريع، ثم الأحكام التفصيلية، ثم الأحكام المتصلة بالجزاءات التي تطبق عند مخالفة أحكام التشريع.

أما بخصوص تقسيم التشريع وتبويب نصوصه فإننا نفرق بين التشريع الجديد والتشريع المعدل لتشريع قائم.

بالنسبة لتقسيم التشريع الجديد:

يراعى في هذا التقسيم التناسب مع حجم التشريع، فيقسم التشريع حسب حجمه إلى أبواب ثم تقسم الأبواب إلى فصول، والفصول إلى فروع، ثم تأتي المواد والتي تقسم بدورها إلى فقرات أو بنود.

- أما إذا كان التشريع بتعديل تشريع قائم، فيراعى الآتي:

يكون التعديل إما بالاستبدال أو بالإضافة أو بالإلغاء، ويكون ترتيب المواد على النحو الآتي:

### أ- الاستبدال:

يكون الاستبدال إما باستبدال فقرة أو باستبدال مادة بالكامل أو باستبدال مصطلحات.

ومن الأمثلة على ذلك:

قانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم

المناقصات والمشتريات الحكومية

المادة الأولى

١- يعدل مسمى المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية

ليكون «بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية».

المادة الثانية

يُستبدل بنصوص المواد أرقام (٨) و (١٠) الفقرة (و) و (١٣) و (٢٥) و (٢٦) و (٢٧) فقرة أولى و (٢٨)

فقرة أخيرة و (٣٣) فقرة أخيرة و (٤٤) و (٥٥) و (٦١) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن

تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، النصوص الآتية:

### ب- التعديل بالإضافة:

ويكون التعديل بالإضافة إما بإضافة فقرة جديدة أو مادة جديدة أو فصل جديد، فإذا كانت فقرة جديدة

فيجب تحديد موقع الفقرة، كأن يقال تضاف فقرة ثانية جديدة إلى المادة (٠٠) من القانون كذا، أو كأن

يقال تضاف فقرة أخيرة إلى المادة (٠٠) من القانون كذا، أما إذا كان تعديل بإضافة مادة فيجب تحديد

رقم تلك المادة وأن توضع في المكان المناسب لها دون أن تخل بإحكام التشريع، وعادة ما تضاف المادة برقم معين ثم عبارة مكرراً، والحكمة من ذلك أنه إذا ما تم إضافة المادة في صلب التشريع دون عبارة مكرراً فيجب إعادة ترقيم التشريع بالكامل، وأما إذا كان التعديل بإضافة فصل جديد فإما أن يضاف في صلب نسيج التشريع مما يستوجب إعطاء الفصل أرقاماً مكرره وفقاً لموقعه في التشريع، أو أن يضاف كفصل أخير، وفي هذه الحال يعطى أرقاماً دون عبارة « مكرراً » ويرقم وفقاً لترتيب التشريع. ومن الأمثلة على ذلك:

### **قانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية:**

#### المادة الثالثة

تُضاف إلى المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية فقرات جديدة للمواد أرقام (٢٤) و(٢٨) و(٥٦) و(٥٧) نصوصها الآتية:

#### المادة الرابعة

يُضاف إلى المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية ثلاث مواد بأرقام (١١) مكرراً و(٥٤) مكرراً و(٧٧) مكرراً نصوصها كالتالي:

#### المادة السادسة

يُضاف فصل جديد إلى المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية ليكون الفصل السادس بعنوان (المزايدات والمبيعات)، وذلك وفقاً للنصوص التالية، على أن تعدل تسمية الفصل السادس الحالي من القانون إلى الفصل السابع ويعاد ترقيم المواد من أرقام (٦٧، ٦٦، ٦٥، ٦٤، ٦٣، ٦٢، ٦١) إلى (٧٨، ٧٧، ٧٦، ٧٥، ٧٤، ٧٣، ٧٢).

### **ج- التعديل بالإلغاء:**

ويعتبر الإلغاء صريحا إذ ما جاء القانون المعدل ونص عليه.

ويأتي الإلغاء على هذا النحو:

«تلغى المواد أرقام..... (المادة رقم....) (الفقرة..... من المادة.....) (البند.... من المادة....) من القانون رقم.... لسنة.... (يكتب عنوان القانون) أو (من قانون.... الصادر بالقانون رقم.... لسنة....)».

### **ويراعى في مجال تعديل التشريعات ما يلي:**

١. أن التشريع لا يعدل أو يلغى إلا بأداة مساوية له أو أعلى منه.
٢. الأثر المترتب على التعديل بالنسبة لباقي نصوص التشريع.

## الفرع الرابع المادة التنفيذية

لا يخلو أي تشريع من المادة التنفيذية، وهي تبدأ بأمر يصدر من السلطة الأعلى إلى السلطة الأدنى بتكليفها بالعمل بأحكام التشريع، فإذا ما صدر التشريع من جلالة الملك فنرى أنه يكلف رئيس مجلس الوزراء والوزراء بالعمل بأحكام التشريع، وإذا ما صدر التشريع من رئيس مجلس الوزراء فنرى أنه يكلف الوزير المعني بالعمل بأحكام هذا التشريع، وعلى هذا المنوال جرى العمل.

ثم يلي التكليف بالعمل بأحكام التشريع، تحديد تاريخ نفاذه، والأصل أن القوانين يعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، إلا أنه يجوز تقصير هذا الأجل أو إطلاته بنص خاص في القانون، كما يجوز استثناء النص على أن يعمل بالقانون بأثر رجعي وذلك متى تحقق شرطان: الأول: أن يكون ذلك في غير المواد الجزائية، والثاني: أن يتم ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشورى ومجلس النواب أو المجلس الوطني بحسب الأحوال «مادة (١٢٤) من الدستور»، وغنى البيان أن اللوائح والقرارات التنفيذية لا يجوز أن تتضمن أثراً رجعياً.

ويرد في المادة التنفيذية - أيضاً- وبعد الأمر بالتكليف بالعمل بأحكام التشريع، وتحديد تاريخ نفاذه، النص على أن ينشر التشريع في الجريدة الرسمية، ويكون النشر إذ ما كان هذا التشريع يخاطب العامة أو يؤثر على مراكزهم القانونية أو تطلب القانون ذلك، أما إذا كان التشريع عبارة عن قرار داخلي لا يمس العامة إنما ينظم أمور معينة بإحدى الوزارات أو الهيئات فلا يُنشر بالجريدة الرسمية. وقد أورد دستور مملكة البحرين نص خاص بنشر القانون في المادة (١٢٢) والتي نصت على:

« تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز، بنص خاص في القانون، تقصير هذا الأجل أو إطلاته»

## الفرع الخامس التصديق والإصدار

ولا يكون التشريع نافذاً إلا بعد تصديقه وإصداره من الجهة المخولة قانوناً، وقد نص دستور مملكة البحرين في الفقرة (أ) من المادة (٣٥) على:

« للملك حق اقتراح تعديل الدستور واقتراح القوانين، ويختص بالتصديق على القوانين وإصدارها »  
فإذا صدق جلالة الملك على مشروع القانون وأصدره، وجب نشره في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصداره، ويعد بذلك القانون قد صدر ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره ما لم يحدد القانون تاريخاً آخر لسريانه.

وفي هذا تنص المادة (١٢٢) من الدستور على أن « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز، بنص خاص في القانون، تقصير هذا الأجل أو إطلاته.» وتتص المادة (١٢٤) من الدستور على أن « لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ. ويجوز، في غير المواد الجزائية، النص في القانون

على سريان أحكامه بأثر رجعي، وذلك بموافقة أغلبية أعضاء كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو المجلس الوطني بحسب الأحوال . «



