



هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission



جامعة البحرين
University of Bahrain

القانونية

مجلة علمية قانونية محكمة نصف سنوية

تصدر عن هيئة التشريع والرأي القانوني - مملكة البحرين

بالشراكة مع جامعة البحرين

العدد الحادي عشر - ربيع الأول 1444هـ - أكتوبر 2022

- الحماية القانونية للعاملين عن بُعد في ظل جائحة كورونا (دراسة مقارنة) في ضوء القانون المصري وقانون مملكة البحرين
- الحياد والمتغيرات الدولية في ظل الأمم المتحدة
- العمل في خدمة المجتمع: نظام خاص لسياسة عقابية معاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريع البحريني والمقارن
- التوفيق بوصفه آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار
- تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون المصري والقانون البحريني (دراسة مقارنة)
- تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد «دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني»





حضرة صاحب الجلالة الملك

حمد بن خليفة آل خليفة
ملك البلاد المعظم



صاحب السمو الملكي الأمير
سلمان بن حمد آل خليفة
ولي العهد نائب القائد الأعلى
رئيس مجلس الوزراء



هيئة التشريع والرأي
Legislation & Legal Opinion Commission

القانونية

العدد الحادي عشر - ربيع الأول ١٤٤٤هـ - أكتوبر ٢٠٢٢م

رئيس التحرير

المستشار نواف عبدالله حمزة.
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

هيئة التحرير

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

المستشار مصعب عادل بوصيبح.
مدير إدارة الرأي القانوني والبحوث.

مستشار هيئة التحرير:

المستشار الدكتور سعيد السيد قطب قنديل.
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

معاونو مدير التحرير:

المستشار أحمد محمد المدوب.
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

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

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

من جامعة البحرين:

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

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

هيئة التشريع والرأي القانوني:

:Twitter

@LLOC_BH

:Instagram
@LLOC_BH

الموقع الإلكتروني:
www.lloc.gov.bh

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

للمراسلات

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

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

إخراج وطباعة مطبعة جامعة البحرين



محتويات العدد

٥- تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون المصري والقانون البحريني

(دراسة مقارنة) 183

أ.د. تركي محمود مصطفى القاضي
رئيس قسم القانون الخاص
كلية القانون، أكاديمية البورك للعلوم
مملكة الدنمارك

٦- تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد «دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني»

213

أ.د. أحمد إبراهيم الحيارى
أستاذ القانون المدني في الجامعة الأردنية

تقديم العدد: كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

محتويات العدد:

١- الحماية القانونية للعاملين عن بُعد في ظل جائحة كورونا (دراسة مقارنة) في ضوء القانون المصري

17

وقانون مملكة البحرين
الدكتور باسم محمد فاضل المدبولي
مدرس القانون المدني المنتدب
كلية الحقوق - جامعة حلوان

٢- الحياد والتغيرات الدولية في ظل الأمم المتحدة إعداد المحامي الأستاذ عامر ماجد العجمي

41

حاصل على شهادة ماجستير تأهيل وتخصص بإدارة العلاقات الدولية من جامعة دمشق-كلية الحقوق،
قسم القانون الدولي

٣- العمل في خدمة المجتمع: نظام خاص لسياسة عقابية معاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريع البحريني والمقارن

67

الدكتور محمد حماد مرهج الهيتي
أستاذ القانون الجنائي المشارك
كلية الحقوق - جامعة البحرين

٤- التوفيق بوصفه آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار

135

دكتورة/ مروة محمد محمد العيسوي
أستاذ القانون التجاري المشارك
قسم الأنظمة- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة القصيم



مقدمة

مجلة «القانونية» دورية أكاديمية علمية محكمة، نصف سنوية، متخصصة في المجال القانوني على المستويات المحلية والعربية والدولية، ومسجلة لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر بوزارة شؤون الإعلام وذلك تحت رقم إيداع دولي للدوريات.

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

وتعمل القانونية كذلك 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 والرأي 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. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.
4. نشر الوعي المعرفي بالمادة العلمية القانونية التي ترتقي إلى مستويات النشر الدولية، وذلك وصولاً بالدوريات العلمية في عالمنا العربي المعاصر إلى التصنيف العالمي الذي يجعلها تواكب الدوريات العلمية القانونية المصنفة في المحافل الدولية.

المحتوى العلمي للمجلة:

يحتوي المضمون العلمي للمجلة على ما يأتي:

- 1- البحوث والمقالات.
- 2- التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
- 3- المتابعات القانونية (أهم المعاهدات الدولية، والتشريعات الحديثة من التشريع المحلي والعربي والدولي بمختلف الثقافات القانونية، والترجمات، ومراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

قواعد النشر:

يشترط لقبول النشر بالمجلة ما يأتي:

١. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
٢. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
٣. الالتزام بعدم النشر السابق للمادة العلمية المقدمة في أية دورية أخرى، وألا تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
٤. الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة.
٥. أن يكون اختيار موضوع المادة العلميّة المقدمة ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً يتسم بالجدة والابتكار.
٦. يجب ألا يقل البحث المقدم للنشر عن حوالي عشرة آلاف كلمة، أما بالنسبة إلى المقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الكلمات على حوالي ستة آلاف كلمة.
٧. يرسل كل باحث السيرة الذاتية الخاصة به رفق المادة العلمية المقدمة منه للنشر.
٨. تعبّر الآراء الموجودة في المادة العلمية عن آراء الباحث الشخصية، وذلك في إطار من حرية الرأي التي تكفلها المجلة.
٩. لا تعتنق المجلة أية أيديولوجيات سياسية أو دينية أو خلافه تعكسها المادة العلمية المنشورة فيها، ولهيئة التحرير الحقّ في رفض أية مادة علمية تتضمن الإشارة تصريحاً أو تلميحاً إلى أيّ معتقد ديني أو أيّة أيديولوجية سياسية أو الترويج لأيهما، وكذلك لهيئة التحرير رفض أية مادة علمية تحضّ أو تحثّ على كراهية أو ازدراء أو معاداة أيّ فئة أو طائفة سياسية أو فكرية أو دينية أو غير ذلك مما يُعدّ خروجاً عن الأعراف العلمية، وعن الأهداف الموضوعية المتوخاة للمجلة في نشر البحث العلمي القانوني والقضائي.
١٠. يتحمّل مقدّم المادة العلمية المسؤولية المدنية أو الجنائية أو غيرها، بموجب التشريعات السارية وتعديلاتها المستقبلية، ناتجة عن تقديمه مادة علمية للنشر بالمجلة، سواء نشرت أم لم تنشر، وذلك إذا ثبت أنها تمثّل سرقة علمية أو اعتداء على أي من حقوق الملكية الفكرية للغير.
١١. تقدم البحوث وغيرها بالبريد الإلكتروني على العنوان الإلكتروني الذي تخصصه لذلك: info@lloc.gov.bh
١٢. تنشر هيئة التحرير الأبحاث، وذلك بعد اجتيازها التحكيم العلمي الدقيق، وذلك وفقاً لأسبقيتها في تاريخ الورد إلى المجلة.
١٣. الالتزام بإجراء أيّ تعديلات مقترحة من قبل المحكّمين وإعادة إرسال البحث بعد تعديله وفقاً لتقرير المحكّمين خلال الفترة التي تحددها أسرة تحرير المجلة.

كلمة سعادة المستشار/ رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

تضم هيئة تحرير مجلة القانونية، بتشكيلها الحالي، نخبة من مستشاري هيئة التشريع والرأي القانوني، ومن أساتذة القانون المرموقين من كلية الحقوق بجامعة البحرين. ولعل هذا المزيج النادر بين العنصر القانوني الأكاديمي من ناحية، والتطبيقي التشريعي من ناحية أخرى هو ما يمنح هذه المجلة خصوصية متفردة وتفوُّقاً نوعياً يجعلها في مقدمة الدوريات القانونية المحكمة في مملكة البحرين، تمتد إلى الوطن العربي قاطبة، وذلك تماشياً مع توجهات القيادة الحكيمة لحضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة عاهل البلاد المعظم - حفظه الله ورعاه-، ورؤية صاحب السمو الملكي الأمير سلمان بن حمد آل خليفة ولي العهد رئيس مجلس الوزراء حفظه الله.

وتنشر المجلة المقالات القانونية الأصيلة ذات الطبيعة العملية المتعلقة بالفقه والقانون الوطني والمقارن، والإصلاح التشريعي، فضلاً عن التعليق على السوابق القضائية. ويتزامن إصدار هذا العدد مع أحدث التعديلات التشريعية وأخصها إقرار منظور جديد للعقوبات والتدابير البديلة، الهادفة إلى النأي بمن تنطبق عليهم من الولوج في براثن الخطورة الإجرامية، والعمل على إعادة اندماجهم في المجتمع دون أدنى مساس بالغايات التشريعية والاجتماعية للعقوبات الجنائية، هذا من جانب.

ومن جانب آخر فقد ألجأت جائحة كورونا الدول للتدخل التشريعي لملاءمة التعامل معها والتي كان أبرزها إقرار سياسات العمل والتعلم عن بُعد للحد من التأثيرات السلبية على توفير الخدمات للمواطنين، فضلاً عن كفالة الحق الدستوري في التعلم.

وما يسري على هذه الأمور ينطبق بشأن المستحدث في شأن المعاملات الإلكترونية وآليات تسويتها بشكل يحقق التوازن والعدالة المجردة في الوقت ذاته، وقد انعكس ذلك على الأبحاث المنشورة في هذا العدد بتأصيلها لهذه المشكلات.

ولقد كانت وما زالت رسالة مجلة (القانونية) منذ انطلاقتها عددها الأول هي البحث المتعمق للثقافات القانونية في الوطن العربي والثقافات القانونية الغربية، لاتينية كانت أو أنجلو

أمريكية، توافقاً مع مفهوم العولمة الثقافية القانونية، والتحوّل من المفاهيم النظرية للقيم والقواعد القانونية إلى الحقائق العلمية والعملية التي يكون للقانون العليا فيها من خلال البحوث والأحكام التي تُنشر طبقاً لمعايير جودة البحث العلمي ورقية لمستويات النشر الدولية في الدوريات العلمية القانونية المحكمة.

المستشار نواف عبدالله حمزة

رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

رئيس هيئة تحرير المجلة



البحوث



الحماية القانونية للعاملين عن بعد في ظل جائحة كورونا (دراسة مقارنة) في ضوء القانون المصري وقانون مملكة البحرين

الدكتور باسم محمد فاضل المدبولي

مدرّس القانون المدني المنتدب

كلية الحقوق - جامعة حلوان

المقدمة

يعيش العالم اليوم وضعاً غير مألوف، لم يشهده من قبل، جراء وباء كورونا «كوفيد ١٩» إذ يعدُّ هذا الوضع استثنائياً وسيشكل -لا محالة- منعطفاً كبيراً على جميع الدول، ليس لخطورته فحسب على صحة البشر، بل كذلك لتبعاته على المستويين الاقتصادي والاجتماعي التي أثّرت تأثيراً مباشراً على جميع المعاملات الدولية، فقد فرض تقيُّسُ الوباء على جميع دول العالم اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الاحترازية ممّا انعكس سلباً على الاقتصاد العالمي فأصبح يعيش حالة من الركود، وتسبّب في ظهور أزمة اقتصادية عالمية غير متوقعة، طالّت الجميع، فقد عرقل الإنتاج والإمداد والنقل الجوي عبر العالم، وأضعف الطلب العالمي، وعزل دولاً ووضعها تحت الحجر الصحي وأخرى تحت حظر التجول؛ وأصبحت جميع القطاعات على مستوى العالم بخسائر فادحة.

ولا شك أن ثورة التقنية الحديثة التي شهدتها العالم خلال العقود الأخيرة، ساهمت في تغيير العديد من الأنماط والأشكال الاجتماعية والتصورات الذهنية السابقة نحو التغيير في النظر إلى مفهوم العمل، كما أنها ساعدت في إيجاد حلول لعدد من الإشكاليات داخل المجتمع، وسهّلت سبل الحياة، لذلك فينبغي استغلال هذا التقدم التقني الهائل وتوظيفه توظيفاً يحقق مصلحة المجتمع.

وانتشر أشكال للعمل عن بُعد، أحدثت المرونة وتغييرات في كل من عقود العمل الرسمية، وكذلك في التوقعات والتصورات والالتزامات غير الرسمية بين أصحاب العمل والموظفين. وقد طوّرت مملكة البحرين عقد العمل ليكون عن بُعد تماشياً مع الوضع الراهن، فقد جاء في اتفاقية سياسة العمل الحكومي من المنزل التي أقرها ديوان الخدمة المدنية بمملكة البحرين أن الجهة الحكومية وهي الطرف الأول قد وافقت على عمل الطرف الثاني وفق سياسة العمل الحكومي من المنزل.

وللعمل عن بُعد فوائد عديدة منها على سبيل المثال؛ زيادة إنتاجية الموظف، وزيادة جودة الاتصال مع العملاء، وتحسين التوازن بين العمل والحياة للموظفين، وتخفيضات في نفقات عقارات الشركة، وتقليل الازدحام المروري وتلوث الهواء. بالإضافة إلى ذلك، تُعدّ القدرة على العمل عن بُعد عاملاً جذاباً للمرشحين للوظائف، ومع ذلك، قد تواجه الشركات التي تنفذ برامج العمل عن بُعد أيضاً تحديات كبيرة. تشمل المشكلات التي يُستشهد بها بشكل متكرر مثل؛ الصعوبات في الإشراف على العمال عن بُعد وإدارتهم، ومشاعر العزلة من جانب الموظفين، وعدم كفاءة التعاون بسبب عدم التقارب بين العمال، وزيادة المخاطر الأمنية.

إشكالية البحث

نتيجة انتشار جائحة فيروس كورونا المستجد، أصبح من الصعب خروج العامل لمقر عمله، وهو ما ساهم في تغيير شكل عقد العمل بإيجاد نوع آخر وهو العمل عن بُعد وكان من الحلول البديلة، لكن كان لابد من مواجهة بعض الصعوبات، ومنها؛ كيفية حماية مستحقات العامل المالية في ظل عقد العمل عن بُعد، كما أن هناك إشكالية أخرى تتمثل في كيفية حماية العامل من تعسف صاحب العمل والحفاظ على استقرارهم المهني والاجتماعي في ظل جائحة كورونا. ولهذا لابد أن يكون هناك حاجة ملحة إلى تعديلات تشريعية توجد حلولاً قانونية متوازنة وعملية تواجه الإشكاليات المذكورة؛ من أجل الحفاظ على استقرار علاقات العمل واستمرارها في ظل جائحة كورونا.

منهج البحث

اتبعت المنهج التحليلي والاستنباطي، مستعرضاً نصوص قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٢، وقانون مملكة البحرين رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي بالتطبيق على عقد العمل عن بُعد، لإيجاد بعض المقترحات التشريعية لمواجهة تأثيرات جائحة فيروس كورونا المستجد على المنشآت العمالية.

خطة البحث

- المبحث الأول: ماهية عقد العمل عن بُعد
- المطلب الأول: مفهوم عقد العمل عن بُعد
- المطلب الثاني: مدى توافر رابطة التبعية في العمل عن بُعد
- المطلب الثالث: مميزات العمل عن بُعد وعيوبه.
- المبحث الثاني: حماية حقوق العامل في ظل أزمة كورونا
- المطلب الأول: أثر جائحة كورونا على أجر العامل
- المطلب الثاني: مدى جواز إنهاء عقد العامل في ظل جائحة كورونا

المبحث الأول ماهية عقد العمل عن بعد

العمل عن بُعد بمنزلة نظام عمل يسمّح للموظف بالعمل من أيّ مكان خارج مقرّ الشركة، ويعتمد العمل عن بُعد على توظيف الشركات لموظفيها إما بدوام كامل أو بدوام جزئي، والسماح لهم بالعمل من أي مكان، وأصبح العمل عن بُعد الخيار الأكثر مرونة للشركات التي ترغب في الحصول على أفضل المواهب العالمية بأقل التكاليف، وتوفير نفقات البنية التحتية، مع زيادة الإنتاجية وتحسين الاحتفاظ بالموظفين.

وانتشرت أشكال للعمل عن بُعد، أحدثت المرونة وتغييرات في كل من عقود العمل الرسمية، وكذلك في التوقعات والتصورات والالتزامات غير الرسمية بين أصحاب العمل والموظفين⁽¹⁾ ولم يكن العالم العربي بمنأى عن هذه التطورات هو الآخر، إذ يزداد إقبال الشركات العربية وحتى الحكومات على نظام التوظيف عن بُعد. ونتولى بيان ماهية عقد العمل عن بُعد على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم عقد العمل عن بُعد

المطلب الثاني: مدى توافر رابطة التبعية في العمل عن بُعد

المطلب الثالث: مميزات العمل عن بُعد وعيوبه

المطلب الأول مفهوم عقد العمل عن بعد

استقبلت الأوساط المالية والتجارية في جميع أنحاء العالم القرن الحادي والعشرين بشيء من الحذر والتساؤل، نظراً إلى ظهور مجموعة من المتغيرات التي فرضت نفسها على الساحة القانونية، وأصبحت تمثل تحدياً للنظم التشريعية القائمة، ويأتي في مقدمة هذه التغيرات تطبيق عقد العمل عن بُعد في معظم بلدان العالم، نتيجة محاولة الاستفادة من التكنولوجيا في مجال العمل المختلفة . وفي الحقيقة لا يختلف عقد العمل عن بُعد عن عقد العمل التقليدي في ذاته، فقد يحدث في أثناء قيام العامل عن بُعد بتنفيذ التزاماته العقدية أن توجد حالة ضرورة كحدوث أعطال خطيرة في الاتصال عبر الشبكة أو حدوث بعض التغيرات في الطلبية الملتمزم بها صاحب العمل ذاته، مما يضطر معها صاحب العمل إلى التعديل في التزامات العاملين لديه، وتكليفهم ببعض الأعمال التي قد تختلف اختلافاً جوهرياً عن الأعمال الموكولة إليهم، وفي مثل تلك الأحوال لا يجوز للعامل عن بُعد أن يعترض على ذلك بدعوى اختلاف عمله الأصلي عن العمل المسند إليه خلال استمرار حالة الضرورة .

ومما لا شك فيه أن العمل عن بُعد هو نمط جديد لتنفيذ علاقة العمل، عرف انتشاراً واسعاً في الدول المتقدمة نظراً إلى ما يوفره من مرونة في تنفيذ علاقة العمل . ويرجع ظهوره رسمياً حسب الدراسات الصادرة عن منظمة العمل الدولية (OIT) إلى السبعينيات في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أزمة البترول⁽²⁾. لذا نتولى إيضاحه وبيان صورته من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود بعقد العمل عن بُعد

الفرع الثاني: صور عقد العمل عن بُعد

1. Robinson, W. (2005), 'Ethical Considerations in Flexible Work Arrangements', Business and Society Review 100, 2, 213-224.

2. Bureau international du travail, Genève, (2016) Document d'orientation pour le Forum de dialogue mondial sur les difficultés et les avantages du télétravail pour les travailleurs et les employeurs dans les secteurs des TIC et des services financiers pp 123.

الفرع الأول المقصود بعقد العمل عن بعد

نوضِّح المقصود بعقد العمل عن بعد في الاتفاقات الدولية، والقوانين الوضعية وفقهاء القانون على النحو الآتي:

أولاً: عقد العمل عن بعد في القوانين

لم تكن القوانين الوضعية غافلة عن تعريف عقد العمل عن بعد، فقد نصّت المادة 9-1222-L من قانون العمل الفرنسي على تعريف عقد العمل عن بعد «بأنه أيّ شكل من أشكال تنظيم العمل، حيث يتم تنفيذ العمل الذي كان من الممكن أيضاً تنفيذه في مقرّ صاحب العمل، بواسطة موظف خارج هذه المباني، على أساس تطوعي باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات»^(١).

كما كان للدول العربية دور في تعريف العمل عن بعد، فقد عرفته الهيئة الاتحادية للموارد البشرية الحكومية لدولة الإمارات العربية من خلال الدليل الذي أصدرته بسبب انتشار فيروس كورونا المستجد على أنه: «كأحد خيارات العمل البديلة التي تضمن استمرار الأعمال وتقديم الخدمات، بعيداً عن المكتب بشكل دائم أو جزئي أو حسب الطلب، حيث يكون الاتصال ما بين الموظف وجهة عمله إلكترونياً أي من خلال استخدام الأنظمة الذكية والإلكترونية في الحكومة الاتحادية، أو تلك الخاصة بالجهة الاتحادية، مع التزام الموظف وجهة عملة بالتوجيهات الصادرة من الجهات المختصة بهذا الشأن، في الحالات الطارئة التي تتطلب تأدية الأعمال من خارج مقرّ العمل، عوضاً عن التواجد كلياً أو جزئياً في مكاتب العمل، ولا يعني العمل عن بعد وفق هذا المفهوم بأنه منح أي نوع من أنواع الإجازات المصرح بها»^(٢).

وقد عرّفت المادة الأولى من تنظيم العمل عن بعد السعودي العمل عن بعد بأنه عبارة عن «أداء العامل لواجباته الوظيفية في غير مكان العمل المعتاد، وذلك باستخدام أي من وسائل الاتصال وتقنية المعلومات.

ثانياً: عقد العمل عن بعد فقهاً

هنالك عدة تعريفات لمفهوم عقد العمل عن بعد؛ ففي الفقه الغربي عرّفه الأستاذ «krista Jaakson» بأنه: «عمل لحساب المنشأة في أي مكان بمساعدة وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية والتكنولوجيا الأخرى، سواء أكان العمل في المنزل أم في مركز العمل عن بعد أو في أي مكان»^(٣).

1. Article L12229-» Sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des dispositions du présent code protégeant les travailleurs à domicile, le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI00003564395224-09-2017//>

٢. دليل الهيئة الاتحادية للموارد البشرية الحكومية لمواجهة جائحة كوفيد ١٩.

3. Krista Jaakson and Epp Kallaste; beyond flexibility reallocation of responsibilities in the case of telework. Blackwell publishing, Oxford.2010.p197.

كما عرّف نيلز (Nilles) العمل عن بُعد بأنه «هو تنظيم العمل باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات التي تمكن الموظفين والمديرين للوصول إلى أنشطتهم العمالية من المواقع النائية»^(١). كما عرّفه الأستاذ «Jeffrey A. elloM» بأنه: «الاتفاق الذي يبرم ويوقع بين طرفي العقد، لأداء العمل المؤدى في الأماكن البديلة، ووفقاً للشروط التي تضعها المنشأة، والتي تطبق على العاملين»^(٢). أما على صعيد الفقه العربي؛ فقد عرّف عقد العمل عن بُعد بأنه: «نوعية الأعمال التي تتم باستخدام تقنية المعلومات والاتصال وما نتج عنها من ممارسة للعمل وسهولة تنفيذه بدون ضرورة للتواجد الفعلي بين طرفي العمل»^(٣).

وعرّف كذلك بأنه: «شكل من أشكال العمل المنجز بعيداً عن المكان الاعتيادي للإنتاج، وذلك باستخدام أدوات الاتصال عن بُعد (الهاتف، الفاكس، الحاسوب، الخ) مما يسمح للمؤسسة بتخفيض التكاليف»^(٤).

كما عرّف بأنه: «العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأداء العمل عن بُعد في أماكن بديلة لأماكن العمل التقليدية، تحت إشراف ورقابة صاحب العمل، لقاء أجر»^(٥).

ونعرّفه من وجهة نظرنا بأنه هو العمل الذي يؤدي فيه العامل عمله بعيداً عن مكان مؤسسة العمل أو عن مكان تنفيذ العمل، ويتم من خلال الوسائل التكنولوجية الحديثة .

الفرع الثاني صور عقد العمل عن بعد

لا شك أن ظهور الإنترنت وشبكات الأعمال عالية السرعة، قد أدى إلى ظهور شكل جديد من العمل، إلا وهو العمل عن بُعد؛ وهذا شكل من أشكال تنظيم العمل يتميز بحقيقة أن العمل يتم تنفيذه خارج أماكن العمل التقليدية؛ إما في المنزل أو على الطريق أو في المكاتب الفرعية أو حتى في مكاتب مشتركة، أو غير ذلك وتتميز طريقة العمل الجديدة هذه أيضاً بحقيقة أن علاقات المدير / الموظف تتم بشكل أساسي من خلال الروابط.

1. Nilles, J. (1998), Managing Telework: Strategies for Managing the Virtual Workforce (New York:Wiley).

2. Jeffrey A.Mello: Managing Telework Programs Effectively, Employ Resposns Rights J, Springer Science and Business Media, LLC, 2007, P247.

٣. عبد العزيز الزومان ومحمد العقبلي وعبد العزيز السلامة وماجد الرسييني، العمل عن بُعد عالمياً ومجالات تطبيقه في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم في المؤتمر الوطني السابع عشر للحاسب الآلي، جامعة الملك عبد العزيز، المدينة المنورة، إبريل ٢٠٠٤، ص ٢.

٤. لمين علوطي، المنظومة الالكترونية للعمل عن بُعد، بحث منشور في مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الثالث، يونيو، ٢٠٠٨، ص ٧.

٥. د/ علا فاروق عزام، المسؤولية القانونية في عقد العمل عن بُعد، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، ٢٠١٢، ص ٦٧.

ولم يكن العالم العربي بمنأى عن هذه التطورات هو الآخر، إذ يزداد إقبال الشركات العربية والحكومات على نظام التوظيف عن بُعد. على سبيل المثال، نجد عشرات الشركات التي تعرض وظائفها عن بُعد على موقع بعيد.^(١) وهناك صور شائعة للعمل عن بُعد نعرضها على النحو الآتي:

١. العمل عن بعد من المنازل:

أقرّ ديوان الخدمة المدنية البحريني اتفاقية سياسة العمل الحكومي من المنزل، وفي الحقيقة أن العمل من المنزل عن طريق الإنترنت متوافر للرجال والنساء، ومع التطور التكنولوجي الكبير الذي نعيشه أصبح الكثير من الأشخاص يستطيعون العمل عبر الإنترنت، ودون الخروج والذهاب للعمل سواء كعمل أساسي لعدم القدرة للخروج من المنزل، أو للعمل لدى إحدى الشركات التي ليس لها مقر بالقرب منهم، كما لو كان العامل في محافظة أو بلد آخر، وسواء كان يعمل على الإنترنت كعمل إضافي بجانب العمل الأساسي، فإن وظيفة العمل على الإنترنت باتت الوظيفة الأنسب لتلبية متطلبات هذا العصر لكونها وسيلة أساسية لتحقيق الربح وكسب المال ومواجهة المشكلات المالية والبطالة.

ويعتبر العمل من المنزل من خلال الإنترنت رغبة وخياراً في السابق أما في عصر الكورونا وجد كثير من الأشخاص أنفسهم مضطرين للعمل من منازلهم؛ لأنها الطريقة المثلى لتجنب التزاحم والاختلاط وتجنب انتقال فيروس كورونا المستجد من خلال الاختلاط مع الآخرين.

ويستطيع العامل في المنزل أن يؤدي عمله عبر الشاشات (Telework Through Internet) باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، مع إمكانية صاحب العمل مراقبة أدائه أثناء تأدية العمل، وقد يؤديها أيضاً من داخل حدود دولة صاحب العمل أو خارجها عبر استخدام شبكة الإنترنت، خاصة في المجالات الاقتصادية والمعلوماتية والاستشارية وغيرها.^(٢)

وفي كل الاحوال وضمانا لحق العامل يجب أن يُحرر عقد عمل عن بُعد بناء على اتفاق ورضا تام بين كل من صاحب العمل والعامل، وتصب تلك الموافقة في قالب تعاقدى يعكس إرادة الطرفين، وبالنسبة إلى العامل يُعدّ العمل عن بُعد مسألة اختيارية وغير مفروضة من صاحب العمل، وهو ما أكدته عليه الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ ٢ أكتوبر ٢٠٠١^(٣)؛ إذ ترى أن العامل غير مجبر على الموافقة على العمل خارج المؤسسة، وأن أي تعديل لعقد العمل يسمح للعامل عدّه فسخاً للعقد، ومن جهة أخرى أكد الاتفاق الأوروبي المتعلق بالعمل عن بُعد الصادر في ٦ يوليو ٢٠٠٢ أن رفض العامل الانخراط في مجال العمل عن بُعد ليس بسبب يُجيز إنهاء عقد العمل أو تغيير ظروف عمل هذا الأخير.^(٤)

1. <https://blog.mostaql.com/remote-work-future/>

٢. د/ عمر العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بُعد في التشريع الاردني، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية مجلد ٩ عدد ٤ سنة ٢٠١٧ ص ١٢٦.

3. BENALCAZAR Isabelle: Droit du travail et nouvelles technologies : collecte de données, Internet, cyber surveillance, télétravail. Paris Gualino et Montchrestien (B business), 2003, p 64.

4. BENALCAZAR(I): op. cit. loc. cit.

٢. العمل عن بعد عبر المتنقل:

العمل عن بُعد عبر المتنقل صورة من صور بالعمل عن بُعد، ويلتزم صاحب العمل في هذه الصورة بتوفير الوسائل الإلكترونية الحديثة التي تخوّل للعامل التواصل المباشر والدائم مع صاحب العمل والعملاء، وأداء الكثير من الأعمال، وسرعة إنجاز المهام، والتنقل المتواصل في أماكن متفرقة^(١).

٣. العمل في مكان بديل لمكان العمل:

العمل في مكان بديل لمكان العمل له أمثلة عديدة منها؛ مراكز الاتصال عن بُعد، وهي مكاتب مجهزة بأجهزة اتصال حديثة، وليس بالضرورة أن تكون قريبة من منزل العامل.

وفي الحقيقة أن العمل في مكتب تابع لمقر العمل الأصلي أمر ضروري، فقد أدى التطور التكنولوجي لوسائل الإعلام والاتصال إلى إنشاء مكاتب عمل في أي مكان، يتميز عن العمل بالمنزل التقليدي الذي لا يتطلب لإنجازه وسائل الاتصال والإعلام.

كما يمكن أن يتم العمل عن بُعد عن طريق استحداث مكاتب فرعية تابعة لمقر العمل الرئيسي، وبعيدة عنه جغرافياً، ويتم الاتصال بينهما عن طريق وسائل الاتصال الحديثة والأجهزة الإلكترونية، وتكون هذه المكاتب قريبة من مقر إقامة العامل غالباً، وتتمتع إدارتها بسلطات واسعة، ويؤدي العمل عن بُعد بهذه الصورة دوراً بارزاً في نجاح الشركات والمؤسسات ذات النشاط الدولي، إذ يكون للأقمار الصناعية دور في فعالية الاتصال بين المقر الرئيس للشركة وفروعها^(٢).

٤- العمل عن بعد من خلال الاتصالات الهاتفية:

يتجسد العمل عن بُعد من خلال القيام بالأعمال، وتقديم الخدمات بواسطة الاتصالات الهاتفية الأرضية، ومن خلال تشييد مراكز للعمل مجهزة بوسائل الاتصال الحديثة بعيدة عن المؤسسة، أو بواسطة الهواتف المحمولة التي يستطيع العامل من خلالها إنجاز أعماله ومتابعتها بواسطتها أيّاً كان مكانه، كما أدى التطور التكنولوجي إلى توسيع هذه الخدمات عبر الإنترنت، إذ يتم دفع الفواتير والتسويق ومعرفة أخبار البورصة وإنجاز المعاملات البنكية من خلال المواقع الإلكترونية^(٣).

المطلب الثاني

مدى توافر رابطة التبعية في العمل عن بعد

اعتنق المشرع المصري معيار التبعية في تحديده لنطاق قانون العمل، فنصّت المادة (٦٧٤) من القانون المدني على أن عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر» وورد المعنى نفسه في قانون العمل رقم (١٢)

١. د/ سعاد بنور، الحياة الخاصة للعامل، رسالة دكتوراة، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦ص١٥٠.

٢. د/ حمدي أحمد سعد، العمل عن بُعد، ذاتيته، تنفيذه، دراسة تأصيلية تحليلية في ضوء القواعد العامة لقانون العمل، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠، ص ٢١. د/ محمد على سويلم، مرجع سابق، ص٣٧.

3. Olivier HANCE et Susan DIONNE-BALX, *Bisness et droit droit d'internet*, France, 1997, p 33.

لسنة ٢٠٠٣ فنصّت المادة (٣١) منه على أن عقد العمل هو «العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر»، كما تنصّ المادة الأولى من هذا القانون على أنه: «يقصد بالعامل كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه». وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية في هذا الشأن أنه «يكفي في علاقة العمل توافر التبعية المهنية وهي أن يخضع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل وتعليماته».^(١)

ونصّت المادة الأولى من قانون مملكة البحرين رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي على أن عقد العمل هو «اتفاق بين صاحب عمل وعامل يتعهد العامل بمقتضاه بأن يؤدي عملاً معيناً لصاحب العمل تحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر...» وبهذا تتحقق التبعية القانونية. ويُقصد بالتبعية القانونية خضوع العامل في أداء العمل لإدارة صاحب العمل وإشرافه وسلطته، إذ يكون من حقّ صاحب العمل مراقبة العامل وتوجيهه وإصدار الأوامر له بصدد كيفية أداء العمل، وإيقاع الجزاءات عليه في حالة المخالفة. وتتفاوت صور التبعية القانونية في قوتها بحسب إمكانيات صاحب العمل في استعمال سلطته وتباين وجوه نشاط العامل، فهناك التبعية الفنية وهناك التبعية التنظيمية، ويقضي ذلك أن يكون رب العمل ملماً بالأصول الفنية للعمل، أي أن يكون محترفاً الحرفة التي يستخدم فيها العامل، كصاحب المصنع الذي يعمل بنفسه فيه ويشرف فنياً على عماله ويراقب دقة عملهم .

ويُقصد بالتبعية التنظيمية أو الإدارية خضوع العامل لتوجيه وإشرافه صاحب العمل فيما يتعلق بالظروف الخارجية للعمل من حيث مكانه وزمانه وقواعد الإجازات دون التدخل في العمل من الناحية الفنية، إما لأن صاحب العمل لا خبرة له في المجال الفني أو لأي سبب آخر. وقد أكدت اتفاقية سياسة العمل الحكومي من المنزل المعدّة من قبل ديوان الخدمة المدنية البحريني التزامات الجهة الحكومية وهي كالآتي:

- أ. التأكد من امتلاك الموظف للمهارات والخبرات اللازمة التي تمكنه من العمل من المنزل.
 - ب. التأكد من أن عدم وجود الموظف في مقرّ العمل لا يؤثر سلباً على مصلحة العمل وسيره.
 - ج. متابعة أداء الموظف وتقييمه وإعداد التقارير اللازمة بذلك.
 - د. تقديم أنواع الدعم الممكنة كافة؛ لتيسير عمل الموظف من المنزل.
 - هـ. التأكد من التزام الموظف ببنود الاتفاقية.
 - و. قياس أثر تطبيق سياسة العمل الحكومي من المنزل على الجهة الحكومية والموظف.
- ويرى البعض^(٢) أن المقصود بالتبعية، على الرأي الراجح التبعية القانونية لا التبعية الاقتصادية، ومقتضى التبعية القانونية أن يكون العامل في مركز يوجب عليه أن يطيع صاحب العمل، فيما يصدره

١. الطعن رقم ٩٥ لسنة ٢٣ قضائية الصادر بجلسته ٢٩/٢/١٩٦٧ مكتب فني (سنة ١٨ - قاعدة ١٠٦ - صفحة ٦٨٨).

٢. د/ صلاح الدين جمال الدين ، قانون العمل، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، د/ محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة ص٤٠، عصام انور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ٢٩٠.

إليه من أوامر وتعليمات بشأن تحديد العمل المطلوب منه، وكيفية القيام به أو وقت أدائه ومكانه. ومن ثمَّ يكون لصاحب العمل أن يشرف على العامل ويراقبه في أدائه لعمله وأن يوقع عليه الجزاء إذا لم يراع هذه الأوامر أو إذا أهمل في تنفيذ العمل.

ولا يشترط لتوافر التبعية القانونية أن يعمل العامل تحت سيطرة صاحب العمل، إنما يكفي توافر شرط الإشراف الإداري من ربِّ العمل حتى يكون العقد.

وقد أكدت محكمة النقض الصورة التنظيمية فقد قضت بأن «المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود، هو توافر عنصر التبعية القانونية ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف ربِّ العمل ورقابته وهو ما نصّت عليه المادة (٦٧٤) من القانون المدني، وقوانين العمل المتعاقبة».^(١)

وقضت محكمة النقض في هذا الشأن أنه «لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تكييف العقود وإنزال حكم القانون عليها يخضع لرقابة محكمة النقض، وأن المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة أو غيره من العقود، هو توافر عنصر التبعية القانونية ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف ربِّ العمل ورقابته».^(٢)

المطلب الثالث مميزات العمل عن بعد وعيوبه.

أولاً: مميزات العمل عن بعد

١. ينظم وقت العامل

يساعد العمل عن بُعد العامل على تنظيم وقته بالطريقة التي تروق له ممّا يؤدي إلى خلق بيئة أفضل للعمل، ويحقق التوازن بين العمل وأوقات الفراغ بما ينعكس على زيادة الراحة النفسية لدى العامل وأسرته لزيادة الوقت الذي يقضيه العامل في بيته وسط أولاده، ومن ثم ندرة حالات الغياب أو التقلت من العمل، وتشير الشواهد الجلية أن الأغلبية الساحقة من العمال في منازلهم من النساء اللاتي قد يستحيل عليهن العثور على عمل نظامي خاصة مع ارتفاع أجور دور الحضانة في مواقع العمل.^(٣)

٢. تقليل أو انعدام عمليات التنقل

العمل عن بُعد يحافظ على وقت العامل وماله فلا يضيع وقته في التنقل اليومي من مكان إقامته إلى مقر عمله وانتظار المواصلات وازدحامها. وقد يؤدي ذلك إلى تأخره عن العمل أو تغيبه كلية بينما

١. الطعن رقم ١٢٠٦٠ لسنة ٨١ قضائية الصادر بجلسته ٢٦/٣/٢٠١٥.

٢. الطعن رقم ٣٠٧٠ لسنة ٥٧ قضائية الصادر بجلسته ١٦/١/١٩٩٠ مكتب فني (سنة ٤١ - قاعدة ٣٥ - صفحة ١٦٧).

٣. د/ خالد موسى، إبرام عقد العمل الإلكتروني، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٨ ص ١١٩.

يسمح له العمل في منزله أو مركز قريب منه باستغلال كل هذا الوقت في صالح العمل^(١). ولا شك أن تقليل أو انعدام عمليات التنقل ينعكس إيجاباً على العامل، مؤدياً إلى المحافظة على صحته، كما يسمح بتوفير فرص العمل لقاطني المناطق النائية دون حاجة إلى تكبد مغبة السفر والانتقال.

٣. التوفيق بين أداء العمل والمتطلبات الأسرية

يهيئ العمل عن بُعد للعامل أجواء التوفيق بين أوقات أداء العمل وأوقات أداء المتطلبات الأسرية أو العائلية لما يقدمه له من سلطة التحكم في أوقات أداء العمل بمرونة أكثر؛ فلا يقبل على أداء العمل وهو مشغول بالالتزامات الشخصية أو العائلية ولا يحرمه العمل من العلاقات الاجتماعية.

٤. تقليل الضغوط النفسية

يتيح العمل بُعد للعامل اختيار أفضل الأوقات المناسبة للقيام بعمله، مما يؤدي إلى تقليل الضغوط النفسية عليه وانخفاض التوتر؛ وذلك لقلة احتكاكه بالآخرين.

٥. تقليل نفقات الإنتاج

يؤدي العمل بُعد إلى المرونة في العمل التي لها أثرها المباشر على تكاليف الإنتاج وعلى مستويات الربح في المنشأة، حيث يؤدي إلى توفير الفرصة لخفض تكاليف العمل^(٢)، فأغلب العاملين من منازلهم يتقاضون أجورهم على أساس القطعة، أضف إلى ذلك أن أجور العاملين من المنزل تكون أقل بكثير من الأجور التي تدفع للعامل الموجودين في مقر عملهم.^(٣)

٦. تحقيق التوازن في الوظائف بين المناطق الجغرافية المختلفة

يساعد هذا النظام على تحقيق التوازن في الوظائف بين المناطق الجغرافية المختلفة، مما يسمح بالمزيد من اللامركزية لأداء الأنشطة والمهام ومن ثم يخفف الضغط على العواصم المختلفة، وهو ما يعرف بالعمل خارج الحدود «off-shoring» إذ يتم نقل العمل من المناطق الصناعية في العالم إلى العمال في البلاد النامية.^(٤)

١. د/حمدي سعد، العمل عن بُعد، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠ ص ٢٥.

٢. قد أدى استخدام ذلك النمط الجديد من أنماط العمل إلى تخفيض التكاليف الرأسمالية ونفقات التشغيل الثابتة، بالإضافة إلى تقليل مساحات المصانع والمكاتب، مما أدى إلى تخفيض أسعار الإيجارات، والإضاءة والتدفئة، والكهرباء، وكافة المحروقات الأخرى، ولقد أدت تجارب العمل عن بُعد في شركة زيروكس Rank Xerox في المملكة المتحدة عام ١٩٨٢ إلى تحقيق تخفيضات ملموسة في نفقات التشغيل الثابتة والتي الأخذ بشكل دائم بلامركزية الأنشطة، كما أن هناك دراسة فرنسية ثابت منها أن العمل في المنزل سمح بتخفيض المصروفات الثابتة بنسبة ١٥٪. للمزيد من التفاصيل انظر: التقرير الخامس (١) لمؤتمر العمل الدولي، الدورة ٨٢ لسنة ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٢٠.

٣. وتبين الإحصائيات أن عدد الموظفين الافتراضيين الذين يعملون داخل فضاء بيئة العمل البديلة في أمريكا وحدها لا يقل عن ٢٠ مليون موظف، وقد أجرى مسح على عينة كبيرة منهم فجاءت النتيجة أن ٨٧٪ منهم يؤكدون ارتفاع إنتاجيتهم في العالم الافتراضي عما كانت عليه في العالم الحقيقي.

٤. انظر: التقرير الخامس (١) لمؤتمر العمل الدولي، الدورة ٨٢ لسنة ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٢١.

ثانياً: سلبيات العمل عن بعد

١. العزلة الاجتماعية للعامل

قد يؤدي العمل بُعد إلى حدوث عزلة اجتماعية بالنسبة إلى العمال والموظفين خاصة في الوظائف الروتينية أو المتواضعة، حيث يفقدون إلى حافز الاتصال الشخصي والتغذية الاسترجاعية المنتظمة بالنسبة إلى التقييم الشخصي، ممّا ينعكس سلباً على العامل، فيقلّ لديه الحافز للتطوير الشخصي لمهاراته.

٢. صعوبة الفصل بين الحياة العملية والأسرية للعامل

قد يصعب الفصل بين الحياة العملية والأسرية للعامل، فقد يضغط العامل به في العمل وذلك على حساب الوقت المخصص لأسرته لتحقيق مزيدٍ من الدخل، ممّا يؤدي إلى حدوث التداخل بين الأوقات المخصصة للعمل وأوقات الراحة والفرغ.

٣. يحتاج هذا النظام إلى تكاليف تأسيسية عالية

يحتاج تطبيق ذلك النمط الجديد إلى تكاليف تأسيسية عالية وذلك لتأسيس المكتب المنزلي المزود بأنظمة الاتصالات الحديثة، وإنشاء محطات عمل بعيدة قد يبلغ آلاف الدولارات، ثمناً للحاسبات الآلية المتعددة، والفاكسات، والطابعات، كما أن العاملين عن بُعد يحتاجون إلى الوصول السريع للإنترنت، وقد يضطرون إلى الاعتماد على الخدمة التليفونية المنزلية البطيئة، بالإضافة إلى بعض حدوث التداخل بين الأوقات المخصصة للعمل وأوقات الراحة والفرغ^(١).

المبحث الثاني

حماية حقوق العامل في ظل أزمة كورونا

مما لا شك فيه أن قانون العمل يحمي حقوق العامل في ظل الأزمات، وهو يمثل أحد أهم القوانين التي تعنى بالجانب الاقتصادي والاجتماعي الذي يسعى إلى تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل، ومن ثمّ يعدُّ أحد أبرز القوانين الأكثر تأثراً بالجائحة.

فلا مرأ أن جائحة كورونا المستجد التي يعيشها العالم تُعدُّ أبرز الكوارث العالمية في يومنا الحاضر، وتحظى باهتمام بالغ من دول العالم كافة، لاسيما أن آثارها لا تقتصر على الجانب الصحي فحسب، وإنما تمتد إلى الجانب الاقتصادي والاجتماعي في حياة الأفراد، ونتولى بالدراسة والبحث إيضاح

حماية حقوق العامل في ظل أزمة كورونا من خلال مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: أثر جائحة كورونا على أجر العامل

المطلب الثاني: مدى جواز إنهاء عقد العامل بالإرادة المنفردة في ظل أزمة كورونا

المطلب الأول أثر جائحة كورونا على أجر العامل

الأجر هو أحد العناصر الجوهرية في عقد العمل بل هو أهم عنصر بالنسبة إلى العامل لكونه المصدر الذي يعول عليه في حياته، والأجر هو المقابل القانوني للعمل وهما مرتبطان ارتباطاً وثيقاً يقوم على فكرة السبب التقليدي في العقود الملزمة للجانبين، إذ يعدّ التزام كل طرف سبب التزام الطرف الآخر، فالتزام صاحب العمل بأداء الأجر سببه التزام العامل بأداء العمل المتفق عليه والعكس صحيح.

وعرّفت المادة (١) من قانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي بمملكة البحرين الأجر بأنه «كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله أيّاً كان نوعه، ثابتاً أو متغيرة نقداً أو عيناً، ويشمل الأجر الأساسي وملحقاته من العلاوات والبدلات والمنح والمكافآت والعمولات والمزايا الأخرى. كما أن قانون العمل لا يحكم إلا العلاقات الناشئة عن العمل المأجور، أما العمل الذي يقوم به الشخص دون مقابل تفضلاً منه، فإنه يخرج من نطاق تطبيقه.

وقد نصت المادة (١/ب) من قانون العمل على أنه يقصد بصاحب العمل «كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر»، ونصت المادة (١ / ١) من هذا القانون على أنه «يقصد بالعامل كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه».

وفي الحقيقة أن العامل يعتمد على الأجر الوظيفي في معيشته فقد نصّت المادة (٢٧) إذا تم الاتفاق على تحديد الأجر بالإنتاج أو بالعمولة وجب ألا يقل ما يحصل عليه العامل عن الحد الأدنى للأجور. وقد يقاس الأجر الذي يحصل عليه العامل على أساس وحدة زمنية كأسبوع أو شهر أو على أساس الإنتاج بالقطعة. ولا يهم نوع الأجر أو طريقة تحديده، فيمكن أن يكون نقدياً أو عينياً. كما حظر قانون العمل (١٢) لسنة ٢٠٠٣ التمييز في الأجور بسبب اختلاف الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة^(١).

و ضمناً لحقّ العامل نصّت المادة (٤٠) من قانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي بمملكة البحرين فقرة (ج) على أن «مع مراعاة حكم الفقرة السابقة، إذا تأخر صاحب العمل في صرف أجر العامل عن موعد أدائه وجب عليه تعويض العامل بنسبة ٦٪ سنوياً من الأجر الذي تأخر صرفه مدة ستة أشهر أو أقل من تاريخ استحقاق الأجر، وتزداد هذه النسبة بواقع ١٪ عن كل شهر تأخير بعد ذلك وبما لا يجاوز نسبة ١٪ سنوياً من هذا الأجر.

و ضمناً للحفاظ على أجر العامل من تعسّف صاحب العمل فلا يجوز لهذا الأخير أن يستقلّ بتعديل الأجر في عقد العمل.

١. مادة ٣٥ من قانون العمل ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

وأكدت على ذلك محكمة النقض المصرية إذ قضت بأنه «إذ كان النص في المادة (١٤٧) من القانون المدني يدل على أن العقد هو قانون العاقدين ولازم هذه القاعدة أنه إذا تحدد أجر العامل في عقد العمل أو في قرارات صاحب العمل المتممة لعقد العمل أضحي ثابتاً لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يستقل بتعديله»^(١).

وخلو العقد من الاتفاق على الأجر لا يعني أن الخدمة مجانية، إذ يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر، طالما أن العامل خاضع لرابطة التبعية القانونية لصاحب العمل التي سبق الحديث عنها، إذ أنه في هذه الحالة يؤدي افتراض الأجر إلى تطبيق الأحكام الخاصة بعقد العمل.

فإذا كان قوام هذه الخدمة عملاً فلم تجر العادة بالتبرع به، ويمكن مع ذلك إثبات عكس هذه القرينة؛ لأن الأصل في القرائن أن تكون غير قاطعة، وفي حالة خلو عقد العمل من تحديد الأجر فيتم تحديده وفقاً للأخذ بالسعر المقدّر بعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قُدّر الأجر طبقاً لعرف المهنة. ويثور تساؤل عن أجور العمّال خلال المرحلة الراهنة التي أغلقت فيها بعض المؤسسات الاقتصادية والمتاجر وغيرها بسبب جائحة كورونا؟

نصت المادة (٤١) من قانون العمل المصري على أنه «إذا حضر العامل إلى مقر عمله في الوقت المحدد للعمل وكان مستعداً لمباشرة عمله وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل، اعتبر كأنه أدى عمله فعلاً واستحق أجره كاملاً».

أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق نصف أجره.

ونرى من وجهة نظرنا أن جائحة كورونا قد تسبب في أن يقوم صاحب العمل بغلق المنشأة مؤقتاً نظراً إلى توقف البيع والشراء، وتدهور الظروف الاقتصادية للسوق، لذلك يجب على صاحب العمل القيام بإجراءات استباقية من شأنها تقييم المخاطر وتحليلها والكوارث الصناعية والطبيعية المتوقعة، وإعداد خطة طوارئ لحماية المنشأة والعمال بها عند وقوع الكارثة، وتدريب العمال لمواجهة متطلباتها، إذا دعت الضرورة إلى ذلك لمواجهة الوباء أو القوة القاهرة، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، وله أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً بشرط عدم المساس بحقوق العامل.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن «من سلطة صاحب العمل تنظيم منشأته وفقاً لما يقتضيه صالح العمل فلجهة العمل نقل العامل في أي وقت طالما اقتضت مصلحة العمل ذلك، وليس للعامل أن يتشبث بالبقاء في وظيفة معينة أو بالعمل في مكان معين حرصاً منه على ما يحقّقه ذلك من مزايا مادية أو معنوية أو أدبية»^(٢).

١. الطعن رقم ٩٢ لسنة ٧٤ قضائية الصادر بجلسته ٢٠١٥/١٢/٦.

٢. الطعن رقم ١٠٧١ لسنة ٨٢ قضائية الصادر بجلسته ٢٠١٨/٢/٨.

ويثور تساؤل حول ضمانات حماية حق العمال عن بُعد في ظل جائحة كورونا ؟

في الحادي عشر من آذار/مارس ٢٠٢٠، صنّفت منظمة الصحة العالمية فاشية كوفيد- ١٩ بأنها جائحة، وطلبت من الحكومات التأهب للموجة الأولى من طارئة صحية عمومية من خلال تطبيق عدة إجراءات شديدة تمثلت بإجراءات الإغلاق الجزئي أو التام والبقاء في المنزل. وقد استدعت هذه الإجراءات لجوء الحكومات إلى العمل عن بُعد أو (العمل من المنزل) وفق طبيعة الوظائف، مع أن العمل عن بُعد كان محدود الانتشار قبل جائحة كوفيد- ١٩. وفي الآونة الأخيرة بدأت الموجة الثانية من جائحة كوفيد- ١٩ متسارعة، وعادت إجراءات الوقاية والتقيد إلى ما كانت عليه، وبرزت الحاجة ثانية إلى العمل عن بُعد.

وقد نصت المادة (٥٤) من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أن «يكون للعامل الذي يثبت مرضه في المنشآت الصناعية التي تسرى في شأنها أحكام المادتين (١، ٨) من القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٥٨ في شأن تنظيم الصناعة وتشجيعها الحق في إجازة مرضية كل ثلاث سنوات تقضى في الخدمة على أساس شهر بأجر كامل ثم ثمانية أشهر بأجر يعادل ٧٥٪ من أجره ثم ثلاثة أشهر دون أجر وذلك إذا قررت الجهة الطبية المختصة احتمال شفائه».

الإجازة المرضية: نص القانون «للعامل الذي يثبت مرضه» والإثبات من وجهة نظر القانون هو هيئة التأمين الصحي الحكومي، وتدفع التأمينات الاجتماعية بتعويض أجر يوم المرض وتحديد مقدار الأجر وفقاً لقانون التأمينات الاجتماعية وليس صاحب العمل؛ لأن الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية قد حلت محل صاحب العمل بموجب تأمين المرض في صرف العلاج والرعاية الطبية وتعويض الأجر للعامل طوال فترة الانقطاع.

وقد انتهج قانون العمل المصري الحالي (١٢) لسنة ٢٠٠٣ مبدأ توحيد أحكام الإجازة المرضية بالنسبة إلى العاملين الخاضعين لأحكامه، أما بالنسبة إلى تنظيم مدة الإجازة والنسب المستحقة من الأجر في حالة مرض العامل فقد أحال المشرع إلى قانون التأمينات الاجتماعية (٧٩) لسنة ١٩٧٥ في ذلك الخصوص.

وترجع الحكمة من ذلك إلى تحقيق التوافق والانسجام بين قانون العمل من ناحية والتأمينات الاجتماعية من ناحية أخرى، بالإضافة إلى منع التضارب القانوني من ناحية أخرى، ومن جهة ثالثة تلافي التفرقة في أحكام الإجازة المرضية بين العاملين في مختلف القطاعات.^(١)

كما نصت المادة (٦٥) من قانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي بمملكة البحرين على أن «يكون للعامل الذي أمضى في خدمة صاحب العمل ثلاثة أشهر متصلة وثبت مرضه واستحقاقه لإجازة مرضية بموجب شهادة من أحد المراكز الصحية الحكومية أو إحدى العيادات المعتمدة من قبل صاحب العمل، الحق في الإجازات المرضية التالية خلال السنة الواحدة: (١) خمسة عشر يوماً مدفوعة الأجر.

١. د/ خالد موسى، آثار عقد العمل الإلكتروني، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٨ ص ٢٢٨.

٢) عشرون يوماً بنصف أجر.

٣) عشرون يوماً دون أجر.

فإذا وقع خلاف حول تحديد مدة العلاج تولت اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة (٨٩) من هذا القانون تحديد هذه المدة. ويجوز تجميع رصيد الإجازات المرضية المستحقة للعامل بأجر أو بنصف أجر لمدة لا تزيد على مائتين وأربعين يوماً.

وعليه نجد أن مدة الاجازة قد تكون غير كافية في بعض الأحيان إذا لم يتماثل العامل للشفاء من مرضه بفيروس كورونا المستجد.

وبناء على ذلك نقترح في هذا الشأن:

أن العامل الذي يشتهب في إصابته بمرض كورونا المستجد عليه أن يعرض الأمر على رب العمل، ثم التوجه إلى الجهة الطبية المختصة، ويطلب منها تحرير تقرير مفصل بحالته ومدة العلاج المناسبة حتى يتماثل للشفاء التام، ويستحق العامل خلالها تعويضاً عن الأجر كاملاً ونفقات العلاج.

المطلب الثاني مدى جواز إنهاء عقد العامل بالإرادة المنفردة في ظل أزمة كورونا

وجود حالة ضرورة تمنح صاحب العمل أن يخرج على الشروط المتفق عليها في عقد العمل الفردي أو اتفاقية العمل الجماعية، أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه منعا لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة .

ومما لا شك فيه أن حالة الضرورة أو القوة القاهرة تستوجب تضافر الجهود لمواجهتها، فيجوز لصاحب العمل أن يكلف العامل ببعض الأعمال غير المتفق عليها وذلك لمواجهة مثل تلك الحالات، كما لو تعرضت المنشأة لحريق أو تهدم جزء منها أو حدوث انفجار في بعض الآلات، أو في حالة إصابة بعض العاملين ببعض الأمراض.

أولاً: مدى التزام صاحب العمل بعدم تسريح عماله

تضمن القانون البحريني العديد من الضمانات التي توجب على صاحب العمل الالتزام بعدم تسريح عماله، فقد نصّ قانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي بمملكة البحرين في المادة (١٠٨) على أنه «لا يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل لأسباب تأديبية دون مراعاة أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له وأنظمة العمل ولائحة الجزاءات بالمنشأة». ونصت المادة (١٠٩) على أنه «لا يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل بسبب تدني كفاءة العامل أو نقصها إلا بعد إخطاره بأوجه عدم الكفاءة أو النقص ومنحه فرصة ومهلة مناسبة لا تقل عن ستين يوماً للوصول إلى المستوى المطلوب، فإذا أخفق العامل جاز صاحب العمل إنهاء عقد العمل بعد

توجيه إخطار إلى العامل طبقاً لحكم الفقرة (أ) من المادة (٩٩) من هذا القانون وطبقاً لما تنصّ عليه اللوائح المعتمدة.

ولا شك أن المشرّع يسعى إلى المحافظة على العقود وعلى استقرار المراكز القانونية ككل داخل المجتمع، وإذا كان صاحب العمل ملزماً بالمحافظة على استقرار علاقات العمل في الظروف العادية فإن هذا الالتزام يزداد أهمية في الظروف الطارئة، وبما أن عقود العمل تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ فإنه لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج عن الشروط المتفق عليها في عقد العمل الفردي أو اتفاقية العمل الجماعية أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، وله أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه جوهرياً بشرط عدم المساس بحقوق العامل.^(١)

وقد أحسن المشرّع المصري صنماً، حين حاول إيجاد حلّ لمشاكل العمّال في ظل الظروف الطارئة، فأتاح لصاحب العمل أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه ونصت على ذلك المادة (٧٦) من قانون العمل المصري على أنه «يحظر على صاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة في عقد العمل الفردي أو اتفاقية العمل الجماعية أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، وله أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً بشرط عدم المساس بحقوق العامل.

ومع ذلك يجوز لصاحب العمل تدريب العامل وتأهيله للقيام بعمل مختلف يتلائم مع التطور التقني في المنشأة، ذلك أن حالة الضرورة أو القوة القاهرة تستدعي تكاثر جهود الجميع أي جهود العمال وصاحب العمل، فيجوز لهذا الأخير أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه لمواجهة حالة الضرورة والقوة القاهرة.

وبقراءة نصوص قانون العمل المصري نجد أن المشرّع تناول العديد من المسائل المطروحة حالياً وأجاب عن معظم هذه التساؤلات. فقد قرر المشرّع لصاحب العمل سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ جميع التدابير والوسائل المتعلقة بتنظيم العمل أو إعادة تنظيمه داخل المنشأة على النحو الذي يترأى له طالما أن هذه التدابير لم يشبها تعسف أو إساءة للعامل.

وذهب القانون إلى أبعد من ذلك وقرر لصاحب العمل الحق في مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد العمل أو تكليف العامل بعمل مغاير لعمله الأصلي إذا كانت هناك حالة ضرورة أو قوة القاهرة تدعو إلى ذلك، ويكون تكليف العامل بعمل آخر في هذه الحالة بصفة مؤقتة إلى حين زوال حالة الضرورة أو القوة القاهرة، والمقصود بحالة الضرورة - في هذا الصدد - الظروف الملحة التي تطرأ

١. د/ بقة عبد الحفيظ إشكالية الحفاظ على استقرار علاقات العمل في مواجهة جائحة كوفيد ١٩ - بين التزامات صاحب العمل ومسؤولية الدولة، مرجع سابق، ص ٥٥٦.

على مكان العمل أو ظروفه بشكل استثنائي، والتي تُسوّغ تكليف العامل بعمل غير متفق عليه، أما القوة القاهرة فهي الحوادث التي لا يمكن توقعها ويستحيل دفعها كالحروب والكوارث الطبيعية وانتشار الأوبئة والأمراض. فوجود مثل هذه الظروف الاستثنائية تقتضي تضافر الجهود وتكاتف الجميع لمواجهة آثارها والحد من الخسائر الناشئة عنها، ويلتزم العامل في هذه الأحوال بتنفيذ الأوامر الصادرة إليه من صاحب العمل دون معقب.

لذلك يفضل أن تكون لأصحاب الأعمال سلطة - إن لم يكن عليهم واجب - في اتخاذ ما يروونه من تدابير وقائية استثنائية للحد من تجمع العاملين بشكل مكثف أو وجودهم لساعات طويلة داخل أماكن العمل وذلك على غرار الإجراءات التي تبناها مجلس الوزراء بشأن تخفيض عدد العاملين في المصالح والأجهزة الحكومية.

ولصاحب العمل السلطة في اتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيم مؤسسته متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك، وله أن يعدّل عقود العمل لمواجهة هذا الوباء، وفي الوقت ذاته عليه أن يلتزم بعدم تسريح عماله خاصة إذا ثبتت استفادته من نظام المساعدات المقدمة من طرف الدولة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق وضع العمال في عطلة استثنائية مدفوعة الأجر.

وبالنظر إلى القانون البحريني في هذا الشأن فقد نصّت المادة (١١٠) من القانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي بمملكة البحرين على أنه «يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل بسبب إغلاق المنشأة كلياً أو جزئياً أو تقليص حجم نشاطها أو استبدال نظام إنتاج بآخر بما يمسّ حجم العمالة، على ألا يتم إنهاء العقد إلا بعد إخطار الوزارة بسبب الإنهاء قبل ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار العامل بالإنهاء، ويستحق العامل في حالة إنهاء العقد لأيّ من الأسباب المنصوص عليها في الفقرة السابقة مكافأة تعادل نصف التعويض المشار إليه في المادة؛ لذا فإننا نوصي المشرّع البحريني بإعطاء سلطة تقديرية واسعة لصاحب العمل في اتخاذ جميع التدابير والوسائل المتعلقة بتنظيم العمل أو إعادة تنظيمه داخل المنشأة على النحو الذي يتراءى له طالما أن هذه التدابير لم يشبها تعسف أو إساءة للعامل، أسوة بنظيره المشرّع المصري في المادة (٧٦) من قانون العمل المصري.

ثانياً: إنهاء عقد العامل نتيجة ارتكب العامل لخطأ جسيماً

في حين نصّ قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ في المادة ٦٩ منه على أنه لا يجوز فصل العامل إلا إذا ارتكب خطأ جسيماً، ويُعدّ من قبيل الخطأ الجسيم الحالات الآتية:

- ١- إذا ثبت انتحال العامل لشخصية غير صحيحة أو قدّم مستندات مزورة.
- ٢- إذا ثبت ارتكاب العامل لخطأ نشأت عنه أضرار جسيمة لصاحب العمل بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحدث خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمه بوقوعه.

- ٣- إذا تكرر من العامل عدم مراعاة التعليمات اللازم اتباعها لسلامة العمال والمنشأة - بشرط أن تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلنة في مكان ظاهر - رغم التنبيه عليه كتابة بمراعاة ذلك.
- ٤- إذا تغيب العامل دون مسوّغ مشروع أكثر من عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة أو أكثر من عشرة أيام متتالية، على أن يسبق الفصل إنذار كتابي بخطاب موصى عليه يعلم الوصول من صاحب العمل للعامل بعد غيابه عشرة أيام في الحالة الأولى، وبعد غيابه خمسة أيام في الحالة الثانية.
- ٥- إذا ثبت أن العامل أفشى أسرار المنشأة التي يعمل بها وأدت إلى إحداث أضرار جسيمة بالمنشأة.
- ٦- إذا قام العامل بمنافسة صاحب العمل في ذات نشاطه.
- ٧- إذا وجد العامل في أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة.
- ٨- إذا ثبت اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير العام، وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤسائه في أثناء العمل أو بسببه.
- ٩- إذا لم يراعِ العامل الضوابط الواردة في المواد من (١٩٢) إلى (١٩٤) من الكتاب الرابع من هذا القانون، وتحدثت المواد من (١٩٢) إلى (١٩٤) عن الإضراب في العمل وضوابطه، إذ إنه للعمال حق الإضراب السلمي ويكون إعلانه وتنظيمه من خلال منظماتهم النقابية دفاعاً عن مصالحهم المهنية والاقتصادية والاجتماعية، وذلك في الحدود وطبقاً للضوابط والإجراءات المقررة في هذا القانون.

مفاد النص في المادة (٦٩) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ يدل على أن الحالات التسع التي أوردها النص والتي تُجيز لصاحب العمل فصل العامل لم ترد على سبيل الحصر، ولهذا يكون لصاحب العمل فصل العامل إذا ارتكب أي خطأ بخلاف الحالات التسع يُعد من قبيل الخطأ الجسيم ومن ذلك إخلال العامل بالتزاماته الجوهرية المترتبة على العقد، ومردود ذلك أن عقد العمل مُلزم لطرفيه ويرتّب في ذمتها التزامات متبادلة تُسوّغ لأحدهما التحلل من رابطة العقد إذا امتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه أو أخلّ به، بشرط أن يكون ذلك راجعاً إلى خطئها الجسيم سواء عن عمد أو إهمال^(١).

وقد تناولت محكمة النقض المصرية ارتكاب العامل للخطأ الجسيم، في العديد من الأحكام، فقد قضي بأنه «إذ كانت المادة ٦٩ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ - المنطبق على واقعة الدعوى - قد حظرت فصل العامل إلا إذا ارتكب خطأ جسيماً، واعتبرت من صور الخطأ الجسيم حالة ما إذا أثبت ارتكاب العامل خطأ نشأت عنه أضرار جسيمة لصاحب العمل، والعبرة في هذه الحالة بجسامة الضرر المترتب على خطأ العامل بصرف النظر عن جسامة الخطأ في ذاته، فأى خطأ يكفي ولو كان يسيراً ولا يشترط في هذا الخطأ أي شرط خاص، فلا يشترط أن يكون فعلاً عمدياً ولا أن يكون

١. الطعن رقم ١٠١٨٧ لسنة ٧٩ قضائية الصادر بجلسته ٤/٧/٢٠١٠. <https://www.cc.gov.eg/judgments> موقع محكمة النقض.

إخلاقاً بالتزام جوهرى ، ولا أن يقع من العامل وحده دون أن يشترك معه آخر ، فجسامة الخسارة هي التي يعوّل عليها القاضي في رقابته لمشروعية الفصل من عدمه^(١) .
ما ضوابط الإنهاء وفق المشرّع المصري حال القوة القاهرة؟
وقضى أيضاً أنه «مفاد النص في المادة (٦٩) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ أن المشرّع قد اعتبر غياب العامل بغير سبب مشروع من الأخطاء الجسيمة التي تُجيز لصاحب العمل فصله إذا تغيب أكثر من عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة ، أو أكثر من عشرة أيام متوالية وبشرط أن يسبق الفصل إنذار كتابي من صاحب العمل له بعد غيابه عشرة أيام في الحالة الأولى، وخمسة أيام في الحالة الثانية^(٢) .

الخاتمة

يتضح لنا من خلال البحث النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

- ١ . نستنتج أن نتيجة انتشار فيروس كورونا، وجد كثيرٌ من الأشخاص أنفسهم مضطرين للعمل من منازلهم، لأنها الطريقة المثلى لتجنب التزاحم والاختلاط وتجنب انتقال فيروس كورونا المستجد من خلال الاختلاط مع الآخرين.
- ٢ . نستنتج أنه في العمل عن بُعد هناك تبعية قانونية وتتحقق بخضوع العامل، في أداء العمل، لإدارة صاحب العمل وإشرافه وسلطته، إذ يكون من حق هذا الأخير مراقبة وتوجيه العامل وإصدار الأوامر له بصدد كيفية أداء العمل وتوقيع الجزاءات عليه في حالة المخالفة.
- ٣ . نستنتج أن العمل عن بُعد هو الخيار الأكثر مرونة للشركات التي ترغب في الحصول على أفضل المواهب العالمية بأقل التكاليف، وتوفير نفقات البنية التحتية، مع زيادة الإنتاجية وتحسين الاحتفاظ بالموظفين.
- ٤ . نستنتج أن إقبال الشركات وحتى الحكومات يزداد على نظام التوظيف عن بُعد، حتى باتت وظيفة العمل على الإنترنت الوظيفة الأنسب لتلبية متطلبات هذا العصر كوسيلة أساسية لتحقيق الربح وكسب المال ومواجهة المشكلات المالية والبطالة.
- ٥ . نستنتج أن لصاحب العمل للحفاظ على علاقات العمل وعدم تسريح العمال في ظل جائحة كوفيد ١٩ بوصفها ظرفاً طارئاً أو قوة القاهرة اتخاذ ما يراه مناسباً من تدابير وقائية استثنائية لمنع تجمع العمال بشكل مكثف وتنظيم وجودهم في أماكن العمل.

١ . الطعن رقم ٨٦٦٣ لسنة ٨١ قضائية الصادر بجلسة ٧/١٠/٢٠١٢ . <https://www.cc.gov.eg/judgments> موقع محكمة النقض.

٢ . الطعن رقم ٨٤٥٦ لسنة ٨١ قضائية الصادر بجلسة ٢١/١٠/٢٠١٢.

ثانياً: التوصيات

١. نوصي المشرع البحريني بإعطاء سلطة تقديرية واسعة لصاحب العمل في اتخاذ جميع التدابير والوسائل المتعلقة بتنظيم العمل أو إعادة تنظيمه داخل المنشأة على النحو الذي يترأى له طالما أن هذه التدابير لم يشبها تعسف أو إساءة للعامل، أسوة بنظيره المشرع المصري في المادة (٧٦) من قانون العمل المصري.

٢. نوصي كلا من المشرعين المصري والبحريني بتوحيد إجراءات العمل عن بُعد، وتطوير البيئة القانونية والإجرائية الناظمة لهذا العمل، إضافة إلى استخدام أفضل المنصات ونظم المعلومات الإلكترونية ذات الصلة، وبما يمهد لاعتماد العمل عن بُعد كنهج دائم في المؤسسات والشركات حتى بعد انتهاء محنة كورونا الحالية ومقترحات التطوير، تتمثل في قيام الدولة بتوفير الإمكانيات المالية لشراء الأدوات والآلات ووسائل الاتصال الحديثة وتوفير أجهزة الكمبيوتر التي تساعد العامل في التواصل مع رب العمل.

٣. نوصي المشرعين المصري والبحريني بإنشاء هيئة تتولى رعاية مصالح العمال وقت الأزمات والكوارث ويجوز لها تدريب العامل وتأهيله للقيام بعمل مختلف يتلائم مع التطور التقني في المنشأة، أو الإشراف على هذا الدور مع صاحب العمل، والإشراف على تقاضي العمال أجورهم خلال فترة الإغلاق أو الإيقاف.

٤. نوصي المشرعين المصري والبحريني بسنّ قانون العمل عن بُعد يحافظ على حقوق العامل عن بُعد، حيث أن عقد العمل التقليدي أصبح لا يتناسب مع متطلبات سوق العمل، إذ نجد قصور في المادة ٥٤ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢، وكذا المادة (٦٥) من قانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي بمملكة البحرين.

لذا يتطلب الأمر سنّ قانون يتضمن حلول لإصابة العامل الذي يشتبه في إصابته بفيروس كورونا المستجد إذ عليه أن يعرض الأمر على رب العمل، ثم التوجه إلى الجهة الطبية المختصة، ويطلب منها تحرير تقرير مفصل بحالته ومدّة العلاج المناسبة حتى يتمثل للشفاء التام، ويستحق العامل خلالها تعويضاً عن كامل الأجر ونفقات العلاج.

المراجع العامة

- د/ أحمد حسن البرعي
الوسيط في القانون الاجتماعي، شرح عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٢، دار
النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.
د/ عبد الودود يحيى
شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

المراجع المتخصصة

- د/ أنس فيصل التورة
تأثيرات جائحة فيروس كورونا على عقد العمل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة كلية
القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - العدد ٦ - يونيو ٢٠٢٠ م.
د/ بقة عبد الحفيظ
إشكالية الحفاظ على استقرار علاقات العمل في مواجهة جائحة كوفيد ١٩ - بين التزامات صاحب
العمل ومسؤولية الدولة جامعة الجزائر المجلد: ٣٤ / عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد ١٩.
د/ حمدي أحمد سعد
العمل عن بُعد، ذاتيته، تنفيذ، دراسة تأصيلية تحليلية في ضوء القواعد العامة لقانون العمل، دار
الكتب القانونية، ٢٠١٠.
د/ خالد محمد السيد عبد المجيد موسى
أحكام عقد العمل عن بُعد دراسة مقارنة مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى
٢٠١٤هـ-٢٠١٤.
د/ صلاح الدين جمال الدين
قانون العمل، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.
د/ عمر العرايشي
الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بُعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم
السياسية مجلد ٩ عدد ٤ سنة ٢٠١٧.
د/ عبد الودود يحيى
شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
د/ عبد العزيز الزومان ومحمد العقيلي وعبد العزيز السلامة وماجد الرسيني.
العمل عن بُعد عالمياً ومجالات تطبيقه في المملكة العربية السعودية، بحث مقدّم في المؤتمر الوطني
السابع عشر للحاسب الآلي، جامعة الملك عبد العزيز، المدينة المنورة، إبريل ٢٠٠٤.
د/ خالد السيد محمد عبد المجيد موسى
أحكام عقد العمل عن بُعد، دار النهضة العربية، ٢٠١٩.

د/ لمين علوطي

المنظومة الإلكترونية للعمل عن بُعد، بحث منشور في مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الثالث، يونيو، ٢٠٠٨.

د/ محمد حسين منصور

قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر .

د/ نجلاء توفيق نجيب

التكييف القانوني للعمل عن بُعد: دراسة مقارنة، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، مجلد ١٨، ٢٠١٨.

رسائل الدكتوراة

د/ سعاد بنور

الحياة الخاصة للعامل، رسالة دكتوراة، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦.

د/ علا فاروق عزام

المسئولية القانونية في عقد العمل عن بُعد، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠١٢.

د/ محمد عبدالغفار البسيوني

سلطة ربّ العمل في الانفراد بتعديل عقد العمل، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٥.

المراجع الأجنبية

Annette y. Williams: An analysis of employee perception regarding telework initiatives in nonprofit organizations, ph. Dthesis. caplla university, August 2009, pp125-

Monein David: Le télétravail: Le nécessaire creation Du statut spécifique.2006 p24.

Jean-Emmanuel Ray: nouvelles technologies et nouvelles forms de subordination, Droit social. N6 juin 1992, pp525 - 528

Olivier HANCE et Susan DIONNE-BALX, Bis ness et droit droit d'internet, France,1997, p 33.

Robinson,W. (2005), 'Ethical Considerations in FlexibleWork Arrangements', Business and Society Review 100, 2, 213–224.

L. Richard Ye, Telecommuting: Implementation for Success ,International Journal of Business and Social Science ,Vol. 3 No. 15; August 2012 p 1.

Bureau international du travail, Genève,)2016(Document d'orientation pour le Forum de dialogue mondial sur les difficultés et les avantages du télétravail pour les travailleurs et les employeurs dans les secteurs des TIC et des services financierspp 123-.

BENALCAZAR Isabelle: Droit du travail et nouvelles technologies : collecte de données, Internet, cyber surveillance, télétravail. Paris Gualino et Montchrestien (B business), 2003, p 64.

Krista Jaakson and Epp Kallaste; beyond flexibility reallocation of responsibilities in the case of telework. Blackwell publishing. Oxford.2010.p197.

Nilles, J. (1998), Managing Telework: Strategies for Managing the Virtual Workforce (New York:Wiley).

Jeffrey A.Mello: Managing Telework Programs Effectively, Employ Respons Rights J, Springer Science and Business Media, LLC, 2007, P247.

Lyon-CAEN (Gerard) et autres: Droit de travail, 11 edation, Dalloz, 1999, p119.

المواقع الالكترونية

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI00003564395224-09-2017//>

<http://www.onlinestrat.fr/usages/travail/teletravail.php>.

<https://blog.mostaql.com/remote-work-future/>.

<https://blog.mostaql.com/remote-work-future/>.

الحياد والمتغيرات الدولية في ظل الأمم المتحدة

إعداد المحامي الأستاذ عامر ماجد العجمي

حاصل على شهادة ماجستير تأهيل وتخصص بإدارة العلاقات الدولية من جامعة دمشق
كلية الحقوق، قسم القانون الدولي

المقدمة

يعدّ الحياد على الصّعيد الدولي مفهوماً قديماً، ويُعرّف في القانون الدولي بأنه الموقف الذي تتبناه وتتخذه إحدى الدول للبقاء خارج نطاق العمليات العسكرية، وعدم التورّط في خلافات الغير، وقد يكون هذا الموقف دائماً، أو مؤقتاً بخصوص نزاع معين، لكن ومع الاعتراف على الصعيد الدولي بهذا المفهوم، إلّا أنّ الغموض ما زال يلف جانباً كبيراً منه، في ظل تنوّع الاتفاقيات الناظمة له وقدمها، وفي ظل بروز دول الحياد الدائم بوصفه لاعباً فاعلاً على الصعيد الدولي من منطلق العضوية في المنظمات الدولية، وأهمها الأمم المتحدة، بل الأكثر وهو الوصول إلى سدة مجلس الأمن، والمشاركة بالقرارات المتعلقة بالعقوبات العسكرية وغير العسكرية.

وما زال الفقهاء إلى يومنا هذا يحاولون تفسير هذا المفهوم وتكييفه، بعنصريه الأساسيين وهما النزاهة والامتناع بما يتوافق مع نظام الأمن الجماعي في المنظمات الدولية، بخصوص ما يتعلق بحفظ السلم والأمن الدوليين، ويحاول فقهاء آخرون وضع حدود له، وتقليصه بما يتعلق بمحاربة التنظيمات الإرهابية العالمية التي افترشت العالم كساحة حرب لها، وكسرت الحدود الجغرافية لتروّع الأمنين في شتى البلدان، دون تمييز بين من تشارك أو لا تشارك في الحرب ضدها؛ ليبقى الأمر في طور المحاولة دون الوصول إلى نتيجة حاسمة شافية.

المشكلة

توجد قواعد قانون الحياد مفرّقة في عدد من الاتفاقيات، منها الخاص بالحياد، ومنها ما ينظّم الحرب، وبغض النظر عن التعدد، فإنّ أيّ من هذه الاتفاقيات لم يحمل تعريفاً محدداً لمفهوم الحياد على الصعيد الدولي، بالإضافة إلى أنّ القِدَم يطغى على جميع هذه الاتفاقيات، فالاتفاقيات الخاصة بالحياد ترجع إلى ما يقارب المئة سنة، دون أيّ تعديل بخصوص المتغيرات الحاصلة على الصعيد التقني والدولي، ممّا شكّك في تطبيقها على الحرب الدائرة ضد الإرهاب، ومدى ملاءمتها مع خطورة هذه الحرب، وكيفية المواءمة بين نظام الحياد الدائم والعضوية في المنظمات الدولية، بما تحتويه من نظام أمن جماعي يخصّ جميع الأعضاء المنضمّين، وربما غير الأعضاء.

تساؤلات الدراسة

يعدّ الحياد أحد مفاهيم القانون الدولي فكيف بدأ وما تاريخه؟ وما تعريفه؟ وما أنواعه؟ وما الواجبات والحقوق التي يفرضها على كل من جانبي العلاقة التي يشكلها بين الدول المحايدة وغير المحايدة؟ وهل يُعدّ قانونياً انضمام دول الحياد الدائم للمنظمات الدولية في ظل نظام الأمن الجماعي وما يحمل بين طياته من عقوبات عسكرية وغير عسكرية؟ وهل يطبّق على النزاعات المسلحة غير

الدولية؟ والأهم هل يطبّق على الحرب ضد الإرهاب؟

وعليه سوف نعالج هذا الموضوع وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية الحياد وآثاره في القانون الدولي العام.

المطلب الأول: مفهوم الحياد في القانون الدولي.

الفرع الأول: ظهور فكرة الحياد في القانون الدولي.

الفرع الثاني: تعريف الحياد وأنواعه في القانون الدولي العام.

المطلب الثاني: آثار الحياد في القانون الدولي.

الفرع الأول: حقوق الدول المحايدة.

الفرع الثاني: واجبات الدول المحايدة.

المبحث الثاني: تأثير المتغيرات الدولية على الحياد في ظل الأمم المتحدة.

المطلب الأول: الحياد ونظام الأمن الجماعي.

الفرع الأول: عضوية الدول المحايدة في المنظمات الدولية.

الفرع الثاني: مدى ملاءمة الحياد لفكرة الأمن الجماعي.

المطلب الثاني: الحياد والنزاعات المسلحة المعاصرة.

الفرع الأول: تطبيق قانون الحياد في النزاعات المسلحة غير الدولية.

الفرع الثاني: الحياد والحرب على الإرهاب.

الخاتمة.

المبحث الأول ماهية الحياد وآثاره في القانون الدولي العام

يعني الحياد بمفهومه البسيط عدم مشاركة الدولة في الحرب القائمة بين طرفين أو أكثر، وقد تمّ تبني هذا المفهوم من قبل عدد من الدول على مرّ الزمن، مما أدى إلى تغيير هذه المفهوم وفق تغييرات الحروب وطرائقها، بالإضافة إلى محاولة تكييفه مع متغيرات القانون الدولي الكثيرة التي مرّت بها هذه الدول، فمنها من تركه، ومنها من ظلّ محافظاً عليه، على الرغم من التغييرات التي ألمّت به، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأوّل ظهور هذا المفهوم على ساحة القانون الدولي، ونبحث في المطلب الثاني آثار الحياد في القانون الدولي.

المطلب الأول مفهوم الحياد في القانون الدولي

يعدّ الحياد بوصفه مفهوماً مجرداً قديماً قدم الحروب بين الجماعات، وفيما بعد بين الدول، لذلك فإنّ هذا المفهوم عندما ظهر كان خاصاً بحالة الحرب، ولا يتصوّر وجوده دونها، وقد تطوّر فيما بعد ليصل إلى مضمات العلاقات الدولية، حاملاً معه تجربته في عالم المتغيرات الدولية، ممّا جعله مفهوماً مقارباً لعدد من المصطلحات في أدبيات القانون الدولي، وسنقوم بتبيان ظهوره في القانون الدولي، والتطورات التي طرأت عليه، وما وصل إليه أخيراً في كل من الفرعين الآتيين:

الفرع الأول ظهور فكرة الحياد في القانون الدولي

يعود مفهوم الحياد المذكور في الوثائق التاريخية المعترف بها إلى العام ٤٠٠ ق.م، وذلك خلال حرب البيلوبونيز، فقد اتخذت بعض المدن والجزر موقف الحياد من الحرب الدائرة بين القوتين العظمتين آنذاك إسبارطة وأثينا، وتعدّ أشهر الجزر المحايدة في هذه الحرب جزيرة ميلوس^٢، فلم تقم بالانضمام إلى أيّ من أثينا أو إسبارطة، ومع قدم الحياد إلاّ أنّه كمفهوم لم يكن مقبولاً في

1. Christine Agius and Karen Devine, neutrality: a really dead concept a reprise, cooperation and conflict journal, 46(3), 2011, P 267.

2. Urs Loeffel, Swiss Neutrality and Collective Security: The League of Nations and The United Nations, Naval Postgraduate School, Monterey, California, march 2010, P 13.

٢. مع حياد جزيرة ميلوس إلاّ أنّها لم تسلم من الحرب فقد قامت أثينا باحتلالها كوسيلة لإرهاب الإسبارطيين وقد جادل المليونيين بأنهم ليسوا أصدقاء أو أعداء لأحد، فهم محايدون بحكم الواقع، وأنّ غزو ميلوس سيقلب الدول الأخرى غير المتضامنة للانضمام إلى جانب الإسبارطيين، ولكن هذا لم ينفعهم.

4. Rune Müller, The Law of Neutrality Obstruction or Completion to the System of Collective Security?, JURIDISKA FAKULTETEN vid Lunds universitet, Rättsvetenskaplig uppsats Uppsats på juristprogrammet, 2013, P 5.

جميع المراحل التاريخية القديمة، فقد كانت الدول والإمبراطوريات تنظر بعين الريبة إلى الجماعات المحايدة، فأحد أبرز القواعد في الإمبراطورية الرومانية هي إن لم تكن مع روما فأنت ضد روما، فجميع الإمبراطوريات التي أرادت التوسع رفضت فكرة الحياد لكي تتمكن من توسيع سيطرتها، وقد امتد هذا الأمر حتى فترة الحروب الصليبية على الشرق، فقد كانت تتم شيطنة وإدانة كل من لم يلتحق بهذه الحروب المقدسة، ولكن مع بداية العصر الحديث، وما ترافق معه من تزايد الشكوك حول مدى عدالة الحروب والنفع منها، وتوطيد نظام الدولة، وترسيخ مبدأ السيادة، وظهور بعض الدول الصغيرة، والاعتراف بسيادتها، كل ذلك أدى إلى الاعتراف بمبدأ الحياد على صعيد العلاقة بين الدول والجماعات، وإن كان على المستوى النفسي والفكري¹، وقد ظهرت فكرة الحياد في بعض المعاهدات الثنائية خلال حرب الثلاثين عام ١٦١٨ - ١٦٤٨، وتم تدوين هذا المفهوم بشكله القانوني على يد الفقيه هوغو غروتشيوس بكتابه قوانين الحرب والسلام عام ١٦٢٥م، وكان مقتبساً في أغلب مظاهره من القانون الطبيعي، ولم يكن مبنياً على ممارسات الدول والاتفاقيات الدولية^٢، ومع اكتشاف القارة الأمريكية وتجوّل الأساطيل البحرية للدول الأوروبية المستعمرة في البحار، تم انتهاك حياد بعض السفن التجارية التابعة لبعض الدول، وبالأخص في منتصف القرن السابع عشر خلال حرب الاستقلال الأمريكية؛ ممّا حدا بعدد من الدول المحايدة إلى نشر بعض الأساطيل الحربية للحفاظ على سلامة السفن التابعة لها، وعدم المساس بها من السفن المتحاربة، مشكلة ما سُمي بعصبة الدول المحايدة^٣ عام ١٧٨٠م، مما أرسى نظاماً جديداً للحياد لم يعرف قبلاً هو الحياد المسلح^٤ armed neutrality.

1. Michael Gehler, Finis Neutralität? Historische und politische Aspekte im europäischen Vergleich: Irland, Finnland, Schweden, Schweiz und Österreich, Discussion Paper, Zentrum für Europäische Integrationsforschung Center for European Integration Studies Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität, Bonn, 2001, p. p: 57-.

2. ove Bring, The Concept of Neutrality: Origins and Challenges from the Peace of Westphalia to the European Union, NEUTRALITY IN THE 21st CENTURY LESSONS FOR SERBIA, International and Security Affairs Center, Beograd, 2013, P. P: 2122-.

٣. كانت أول عصبة للحياد المسلح عام ١٧٨٠ وكانت مشكلة من السويد، والدنمارك، وروسيا، وهولندا، والإمبراطورية الرومانية المقدسة، وبروسيا، والبرتغال. وكانت المؤسسة الحقيقي له ملكة روسيا كاترين الثانية، وخلال الإعلان عنه أرست قواعد مهمة في مفهوم الحياد في البحار أهمها: أولاً: يجب على السفن المحايدة أن تسافر بحرية ودون قيود من ميناء إلى آخر وعلى طول سواحل الدول التي قد تكون في حالة حرب، ثانياً: لا يجوز مصادرة أو إعاقة نقل الممتلكات التي تعود ملكيتها للقوى المتحاربة الموجودة على متن السفن المحايدة أثناء عبورها، ولا تُعدّ حقاً غنائم للحرب، باستثناء السلع المحظورة نتيجة كونها أسلحة أو تعلقها بالعمليات القتالية بشكل مباشر، أما عصبة الحياد المسلح الثانية فتشكلت عام ١٨٠٠ خلال الحرب النابليونية، وشملت الدنمارك والسويد وروسيا وبروسيا وكانت قصيرة الأجل فقد انتهت هذه العصبة بعد اغتيال بول الأول الامبراطور الروسي عام ١٨٠١.

Encyclopedia web site, on: <https://www.encyclopedia.com/history/modern-europe/british-and-irish-history/league-armed-neutrality>, and RUSnet – network, on: <http://www.neva.ru/EXPO96/book/chap51-.html>, the date of access: 192019/1/.

4. Christine Agius and Karen Devine, Op. cit, P 267.

وقد بقي مفهوم الحياد في القانون الدولي مجرد أفكار وربما سياسات وتطبيقات دون أن يكون معترفاً به رسمياً، ولم يظهر ما عُرف بالحياد الدائم المعترف به دولياً حتى العام ١٨١٥، حيث عُقد مؤتمر فيينا بعد الحروب النابليونية، واعترف بسويسرا دولة محايدة حياً دائماً دائماً والاعتراف باستقلالها وسلامة أراضيها، تلتها فيما بعد بلجيكا عام ١٨٢١، ليتم فيما بعد الاستناد إلى الحياد بوصفه أحد مبادئ القانون الدولي العرفي، وقد ظهر هذا الأمر -جلباً- في قضية التحكيم الشهيرة (الأباما)، فقد استندت الولايات المتحدة في ادعاءاتها ضد بريطانيا بحالة الحياد المعلنة منها تجاه الحرب الأهلية الأمريكية، وهو ما أخذت به محكمة التحكيم^١ وفي الوقت ذاته كانت السويد تشكل الطابع الحيادي لها نتيجة ترسيخ عرف سياستها تبرز فيه حياديتها في جميع النزاعات الدائرة في أوروبا، ليعلن ملكها غوستاف الرابع عشر الحياد رسمياً عام ١٨٢٤ دون وجود تصريح من الدول بالاعتراف بهذا الحياد^٢، وقد تالتت الدول بعد ذلك في الإعلان عن حيادها أو اتباع سياسات تظهر بما لا يدع مجالاً للشك حياديتها، ولكن بعد الحرب العالمية الثانية، ونتيجة لها، تخلت العديد من الدول عن حيادها وانتسبت لأحد المعسكرين المتشكلين في ذلك الوقت، والتحالفات العسكرية الناشئة عنهما، مثل بلجيكا وهولندا والبرتغال والنرويج، ولكن في الجانب الآخر، كانت بعض الدول تؤمن بالحياد وسيلة لضمان أمنها ومبدأ يحكم سياستها، وبقيت على حيادها مع أن عددها القليل الذي بلغ ثمان دول فقط، لتواجه وضعاً لم يسبق أن واجهته، فقد وجدت نفسها في حالة حياد عن حزمة من التحالفات ومجموعة مغلقة من الكتل المنتصرة، وليس أمام علاقة بين المتحاربين كما اعتادت على العلاقات بين الدول، مما جعلها عرضة للضغوط والاتهامات باستغلال الحرب العالمية الثانية اقتصادياً لصالحها، وعدم المشاركة بردع الخطر النازي عن أوروبا والعالم، ولتوضع فكرة الحياد على المحك في مجال القانون الدولي^٣.

الفرع الثاني

تعريف الحياد وأنواعه في القانون الدولي العام

تمثل الطريقة التي يتم تعريف الحياد بها أمراً مهماً لأنها تحدد نطاقه ومفاعيله، ولا يخفى على أحد أن الحياد يتفاعل مع متغيرات القانون الدولي، وهو يتماشى مع الأفكار السائدة حول الحرب والأمن في كل مرحلة من مراحل العلاقات بين الدول، وقد أثرت بعض المصطلحات الشبيهة للحياد الناتجة عن فترة الحرب الباردة وما بعدها، وبالأخص بعد تسعينيات القرن العشرين على مفهوم الحياد، وجعلته عرضة للخلط معها، مما زاد من أهمية وضع تعريف شامل ومانع للحياد في نطاق القانون الدولي^٤.

1. ove Bring, op. cit, P. P: 2122-

2. the official NATO web site on: <http://nato.gov.si/eng/topic/national-security/neutral-status/neutral-countries>, date of access:12019/5/

3. Thomas Fischer, European Neutrals in the Cold War, Neutrality in The 21st Century Lessons for Serbia, International and Security Affairs Center, Beograd, 2013, P. P: 2930-.

4. Christine Agius and Karen Devine, Op. cit, P267.

يُعرّف الفقهاء الحياد *Neutrality* في القانون الدولي بأنه الموقف الذي تتبناه وتتخذه إحدى الدول للبقاء خارج نطاق العمليات العسكرية وعدم التورط في خلافات الغير¹، ويرى الفقهاء أن مفهوم الحياد بهذا الشكل يتكوّن من ثلاثة عناصر أساسية لا يمكن تصوّره دونها وهي: وجود دولة محايدة، وقوتين خارجيتين متحاربتين يكونان في الغالب قوى عظمى، وهكذا يُعلن عن الحياد عن هذه الحرب، والنأي عن هاتين القوتين.

ولكن هذا التعريف تطوّر ليأخذ شكل مبدأ السياسة الخارجية التي يتمثل هدفها في الحفاظ على استقلال الدول الصغيرة وسيادتها، من خلال عدم المشاركة والنزاهة في النزاعات الدولية، ومع تعدّد التعريفات إلاّ أنه إلى هذا اليوم لا يوجد تعريف موحد لمفهوم الحياد في القانون الدولي²، ويمكن لنا في ضوء ما سبق، اقتراح تعريف للحياد بأنه: موقف قانوني، ذو بعد سياسي، تتخذه الدولة لعدم الانخراط في أيّ من النزاعات على الصعيد الدولي، بما يضمن عدم تأثيرها أو تأثرها من هذه النزاعات، وفيما يخصّ إعلان حالة الحياد فإنّ ما يتمّ في شكل معاهدة دولية كحالة الحياد السويسري، فقد اعتُرف بحالة حياده باتفاقية فيينا لعام ١٨١٥، أو عن طريق الممارسة الدولية عن طريق اتباع سياسة تدل على الحياد دون إعلان رسمي كما في حالة السويد، ويمكن التخلّي عن هذا المبدأ في أي وقت، وتشكّل هنا مصداقية الدولة جوهرية العقد في الاعتراف بحيادها من قبل الدول الأخرى، ويطلق بعض الفقهاء على هذا النوع الحياد الفعلي *de facto neutrality*، وفي بعض الدول يُنصّ على الحياد في دستور الدولة³، ونذكر كمثال على هذه الدول اليابان⁴، ولكن في رأينا أنّ الإعلان الدستوري للحياد دون وجود ممارسة دولية من قبل الدولة لا يشكل أمراً ملزماً لباقى الدول باحترامه، إذ إنّ الدستور لدولة ما غير ملزم لباقى الدول.

ويمكن أن يكون الحياد دائماً *Permanent* أو بمسمى آخر مستمراً *perpetual*، بمعنى أن تتخذ الدولة سياسة الحياد في جميع النزاعات والحروب بشكل مستمر أو مسبق إن صح التعبير، ويعدّ أبرز مثال على ذلك السويد وسويسرا، ولكن يصدف أن يُعلن الحياد في حرب معينة أو نزاع بعينه وهو ما يطلق عليه الحياد المؤقت، أو الحياد المخصص *ad hoc neutrality*، مثل موقف الولايات المتحدة خلال الحرب العالمية الثانية في أوّل سنتين منها، فلم تدخل الحرب ولم تساعد أيّ من الأطراف⁵.

١. د. أحمد سعيّفان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، بيروت، ط١، ٢٠٠٤، ص١٦٩.

2. Urs Loeffel, Op. cit, P.P: 1517-.

3. Christine Agius and Karen Devine, Op. cit, P267. And Thomas Fischer, Neutrality and Nonalignment in World Politics during the Cold War, Journal of Cold War Studies, vol. 18, no. 4, P7.

٤. تنصّ المادة التاسعة للدستور الياباني على: في تطلّهم بإخلاص للسلام العالمي المبني على العدل والنظام، يشجّب اليابانيون الحرب، وإلى الأبد، كحق سيادي للأمة، والتهديد أو استخدام القوة أداة لحل النزاعات الدولية، من أجل تحقيق هدف الفقرة السابقة، لن تُستدام القوات البرية، والبحرية، والجوية، فضلاً عن إمكان الحرب الأخرى، ولا يعترف بحق الدولة بإعلان حالة الحرب. دستور اليابان الصادر عام ١٩٤٦، موقع دساتير العالم على الرابط: https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=ar، تاريخ الزيارة: 2019/1/10.

5. Christine Agius and Karen Devine, Op. cit, P268.

والحياد يختلف عن التحييد Neutralization وإن التقيا في النتيجة، فالحياد هو وضع قانوني تختاره الدولة، بينما التحييد هو أمر يُفرض على الدولة من قبل قوة خارجية، وهذا ما يؤثر على هذه الدولة، فالتحييد في هذه الحالة لا يشمل النزاعات العسكرية أو عدم دعم المتحاربين فقط، بل يمتد ليطال كلاً من الصعيدين الاقتصادي والثقافي للدولة المحيطة، ومن ثم نجد أن السياسات المتبعة من هذه الدولة تختلف عن قناعاتها السياسية^١، وهذا أمر طبيعي في رأينا كون الحياد مفروضاً عليها من قوى خارجية وليس من اختيارها، وتعدّ النمسا أحد أبرز الدول المحيطة في العالم مع ظهورها بمظهر الراغبة بالحياد، إلا أن الحياد كان شرطاً للحصول على استقلالها من الاتحاد السوفييتي بعد الحرب العالمية الثانية، وتعدّ فنلندا كذلك كون حيادها نشأ في معاهدة الصداقة والتعاون والمساعدة المتبادلة مع جارتها الكبرى اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية خلال فترة الحرب الباردة^٢. وفي فترة الحرب الباردة، وبعد حصول العديد من الدول على استقلالها من الاستعمار في آسيا وإفريقيا خلال خمسينيات القرن العشرين، ظهر مفهوم شبيه للحياد وبعضهم جعله جزءاً منه وهو ما عرف بحركة عدم الانحياز nonalignment^٣ أو الحياد الإيجابي، وتُعرف هذه الحركة بأنها سياسة تأخذ بها الدولة بإرادتها الحرّة، وبحقها في سلوك السياسة التي تراها مناسبة لمصلحتها في علاقتها مع الدول الأخرى.

وقد عدّ عدم الانحياز هو ذاته الحياد الإيجابي^٤، لأنّ الحياد الإيجابي هو مبدأ سياسي تتبعه الدول التي ترغب في الحفاظ على استقلالها، والإسهام في الحياة الدولية دون الانتماء لأي من الكتل المتصارعة على الصعيد الدولي، في سبيل الوصول إلى السلام العالمي، ولا يمكن بأيّ حال من الأحوال عدّه عزلة عن الحياة الدولية، نتيجة أهدافه السامية التي تتلخص بالتعاون لإبعاد الحروب، وتحقيق السلام العالمي، ولكن خلال المؤتمر التأسيسي لحركة عدم الانحياز، اتفق على استعمال لفظ عدم

1. Wolfgang Zecha, Neutrality and international solidarity – a comparison of the policy of certain neutral European countries with respect to the UN, AARMS, Vol. 10, No. 2, 2011, P. P: 307308-.

٢. مع الأسف أصبح اسم فنلندا يرتبط مع سياسة الحياد المفروضة على الدول الصغرى من قبل الدول الكبرى واستخدم مصطلح الفنلندية Finlandization للدلالة على هذه الحالة، وقد صاغ هذا المصطلح عالم السياسة الألماني ريتشارد لوينثال عام ١٩٦١ عقب أزمة برلين، استخدمها للتحذير من جهود الاتحاد السوفيتي لكسب النفوذ في أوروبا بنفس الأساليب التي استخدموها في فنلندا. Sakari Sariola, Finland and Finlandization, History Today website, on: <https://www.historytoday.com/archive/finland-and-finlandization>, the date of access: 29/2021/10/.

3. Christine Agius and Karen Devine, Op. cit, P268.

٤. ظهرت بوادر سياسة عدم الانحياز في مؤتمر الصداقة الأفرو-آسيوية عام ١٩٥٥ في باندونغ وتبورت ملامحها في بلغراد خلال المؤتمر التأسيسي لحركة عدم الانحياز عام ١٩٦١م.

أسماء العابدي، دور الجزائر في حركة عدم الانحياز من خلال مؤتمر الجزائر عام ١٩٧٢م أنموذجاً، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في التاريخ المعاصر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥، ص٢٣.

٥. ظهر هذا المصطلح لأول مرة عام ١٩٥٥ في مؤتمر الصداقة الأفرو-آسيوية في باندونغ وكانت الهند هي أول من تبني هذه السياسة، المرجع السابق، ص٢٧.

الانحياز وحده وتجريده من مصطلح الحياد الإيجابي^١.

وبذلك نجد أنّ مصطلح عدم الانحياز أحدث من مفهوم الحياد وذو جذور مختلفة، إذ إنّه نشأ في إفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية، بينما يعدّ الحياد بمفهومه القانوني مفهوماً أوروبياً، وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ مفهوم عدم الانحياز ليس قانونياً بطبيعته؛ ومن ثمّ لا يستند إلى أيّ حقوق أو واجبات محايدة، فهو مفهوم سياسي يقوم على الأخلاق، وله أهداف سياسية واقتصادية أكبر بكثير من الحياد قد تصل إلى حدّ تغيير النظام الاقتصادي العالمي^٢.

المطلب الثاني آثار الحياد في القانون الدولي

تطوّر مفهوم الحياد -كما ذكرنا سابقاً- بين القرن السابع عشر والقرن العشرين، ومع حلول القرن الواحد والعشرين أخذ مفهوم الحياد قالباً جديداً، ليتلاءم مع المفهوم الحديث للنزاع، فقد ظهرت إلى جانب النزاعات المسلحة الدولية النزاعات المسلحة غير الدولية التي يمكن تدويلها بتدخل العناصر الأجنبية تدخلاً مباشراً أو غير مباشر، ممّا زاد من صعوبة موقف الدول المحايدة من النزاعات وقد ترافق ذلك مع بروز غزو الفضاء الخارجي والحديث عن الحروب الفضائية - وإن كان الأمر سابقاً لأوانه - ومعالجة مبدأ الحياد في هذه الحروب وفق القواعد التقليدية للحياد المسطرة بشكل رئيسي في اتفاقية لاهاي الناظمة للحرب البرية لعام ١٩٠٧، واتفاقية لاهاي الناظمة للحرب في المياه لعام ١٨٩٩، إلى جانب القواعد الفرعية للحياد الموجودة في إعلان باريس لعام ١٨٥٦، وإعلان لندن لعام ١٩٠٩، وعام ١٩١٣، وهو ما يطلق عليه قانون الغنائم Prize Law، وقواعد اتفاقية لاهاي لعام ١٩٢٣، ودليل سان ريمو ومبادئ هلسنكي، ودليل الجو والفضاء التي تعالج الجانب التجاري أو المدني للحياد^٣، وتشكّل هذه الاتفاقيات بمجموعها الحقوق والواجبات المرتبطة بحالة الحياد وهو ما سنفصّله في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول حقوق الدول المحايدة

نصّت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ على حرمة أراضي الدولة المحايدة ومياهها وحرّمت على القوات المتحاربة المرور في هذه المناطق بالقوات والمعدات العسكرية^٤، ولكن لم تنصّ أيّ من الاتفاقيات

١. المرجع السابق، ص ٢٣ - ص ٢٧.

2. Thomas Fischer, Neutrality and Nonalignment in World Politics during the Cold War, Op. cit, P. P: 89-.

3. Wolff Heintschel von Heinegg, Neutrality and Outer Space, U.S naval war college, Published by the Stockton Center for the Study of International Law, volume: 93, 2017, P. P: 527530-. And Rune Müller, Op. cit, P. P: 89-.

٤. اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البرية، ١٨/١٠/١٩٠٧ المادة: (٢-١)

واتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البحرية، ١٨/١٠/١٩٠٧ المادة: (١)

السابقة على حرمة المجال الجويّ للدول المحايدة، وهذا لا شك نقص يمكن استدراكه بالقانون الدولي العرفي والاتفاقيات المرتبطة به، كالرجوع إلى مبادئ اتفاقية لاهاي لعام ١٩٢٣ المتعلقة بالحرب الجوية وبالأخص المواد (٣٩ - ٤٠)^١، والمادة (١٥) من دليل سان ريمو بشأن القانون الدولي المطبق في النزاعات المسلحة في البحار^٢، والمادة (١٧٠، ف أ) من دليل القانون الدولي المطبق على الحرب الجوية والصواريخ^٣.

ويرى البعض أنّ تطوّر المعرفة والحديث عن السيادة والعمليات في الفضاء يجعل الحياد في الفضاء أمراً لا بدّ منه، والخوض فيه أمراً محتم الحدوث عاجلاً أم آجلاً، ممّا يستدعي التأكيد أنّ حرمة أقاليم الدول المحايدة تشمل الانتهاك الحاصل من الفضاء الخارجي لإقليم الدولة المحايدة، ولكن من جهة أخرى ينبغي التأكيد أنّ السيادة على المجال الجوي للدول المحايدة لا تمتدّ خارج الغلاف الجوي، بمعنى آخر لا يوجد أقاليم محايدة في الفضاء الخارجي^٤، ولكن ينبغي الحفاظ على حرمة الأقاليم الثلاثة للدول المحايدة من نتائج العمليات الحربية في الفضاء^٥.

وبرأينا أنّ هذا الحق يعدّ من الحقوق الأساسية، ومنه تنفرّع حقوق الدولة المحايدة الفرعية المتعلقة بالإقليم، فنتيجة لحرمة الإقليم يُمنع على المتحاربين ممارسة النشاطات القتالية في أيّ من أقاليم الدولة المحايدة، واتخاذ ملجأ فيها، أو إقامة قواعد للعمليات فيها والمرور فيها، عدا ما يفرضه نظاما المرور البري والمرور العابر من حقوق للدول المتحاربة من المرور في المياه الإقليمية والمضائق الدولية^٦، وذلك لا يجب أن يُفسّر بشكل موسع بتطبيق حرية الملاحة الجوية للمتحاربين في الإقليم

1. The Hague Rules of Air Warfare, Hague, December, 1922-February, 1923, article: 3940-

٢. دليل سان ريمو بشأن القانون الدولي المطبق في النزاعات المسلحة في البحار. أعدّه عدد من القانونيين الدوليين والخبراء البحريين الذين دعاهم المعهد الدولي للقانون الإنساني للاجتماع، وقد اعتمد النص في حزيران ١٩٩٤، وتتص المادة ١٥ على: «الأعمال العدائية للقوات المحاربة محظورة في المياه المحايدة وفي الفضاء الممتد فوقها، بما في ذلك المياه المحايدة لأي مضيق دولي والمياه التي يجوز أن يمارس فيها حق المرور في المياه الأرخيبيلية، ووفقاً للفرع الثاني من هذا الجزء، يجب أن تتخذ الدولة المحايدة التدابير، بما في ذلك تدابير المراقبة، تبعاً للوسائل المتوفرة لها، لكي تتدارك إخلال القوات المحاربة بحيادها.

3. Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Bern, 15 May 2009, article 170 sub article a.

تتص المادة على: يُحظر أي توغل أو عبور بواسطة طائرة عسكرية محاربة (بما في ذلك الطائرة بدون طيار) أو صاروخ داخل أو من خلال المجال الجوي المحايد، وهذا دون المساس بحق المرور العابر عبر المضائق المستخدمة في الملاحة الدولية أو الممرات البحرية الأرخيبيلية.

٤. بالرجوع إلى مبادئ لاهاي لعام ١٩٢٣ نجد أنه استُخدم تعبير الولاية Jurisdiction ولم تُستخدم عبارة المجال الجوي national airspace ولكن هذا لا ينبغي فهمه على امتداد الحظر المتعلق بحرمة المرور نتيجة الحياد إلى الفضاء الخارجي وهذا يعود إلى قدم المبادئ التي ترجع إلى ما يقارب القرن من الزمن، بالإضافة إلى أنّ المبادئ تنظم السيادة على الإقليم للدول المحايدة ولا تشمل حقوقها خارجة كالفضاء الخارجي.

5. Wolff Heintschel von Heinegg, Op. cit, P536.

٦. اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البحرية، مرجع سابق، المادة (٥-١٠)

ودليل سان ريمو، مرجع سابق، المادة (١٦-١٧-١٨-١٩-٣٠-٣٢) وكذلك أيضاً

Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Op. cit, articles: (166-

الجوي للدولة المحايدة أسوةً بحريّة بالملاحة البحرية، فيحقّ بل ويجب على الدولة المحايدة منع الطائرات بل وحتى المركبات الفضائية من عبور مجالها الجوي^١.

كما يحقّ للدولة المحايدة أن تقوم بمنع إنشاء محطة لاسلكية أو أي جهاز آخر للاتصال مع قوات متحاربة برية أو بحرية، ومنع استخدام أية محطة من هذا النوع تكون هذه القوات قد أنشأتها قبل الحرب على أرض دولة محايدة لأغراض عسكرية بحتة، وليس من أجل المراسلات العامة^٢، وهذا الحظر لا بدّ وأنه يشمل الاتصال مع المحطات والمركبات الفضائية لأغراض عسكرية وإن لم يذكر ذلك صراحةً، لكون المادتين ذكرتا القوات المتحاربة البرية والبحرية، وهذا الأمر يمكن تلافيه بالرجوع إلى القواعد العامة، إذ يعدّ إنشاء محطة اتصالات فضائية للعمليات العسكرية أمراً من قبيل الأعمال العدائية كونها ستشكّل قاعدة عمليات قتالية وهو أمر محظور وفقاً لدليل سان ريمو^٣، وهو ما يسمح بمدّ الحظر على جميع الاتصالات بما فيها الجوية والفضائية^٤، ولكن وفقاً لاتفاقية لاهاي للحرب البرية لا يشمل هذا المنع سوى المحطات التي أنشأها المتحاربون، وبذلك يمكن للمتحاربين أن يستخدموا وسائل الاتصال والمحطات الموجودة في الدولة المحايدة التابعة لها أو للدول الأخرى أو للأشخاص الطبيعيين، وإن تعلق ذلك بالأعمال القتالية شريطة عدم التمييز في السماح بهذا الاستعمال^٥، ويجادل البعض أنّ السماح باستعمال محطات الاتصال اللاسلكي في العمليات القتالية للمتحاربين يؤثّر سلباً في حياد الدولة، ويجعلها منخرطة في هذه الأعمال وإن تمّ ذلك بعدم تمييز، ممّا يجعلها عرضة للاستهداف أسوة بالسفن والطائرات المحايدة التي يمكن استهدافها عند انخراطها في الأعمال القتالية^٦، فعدم التمييز لا يسوغ عدم استهدافها من المتحاربين^٧.

وفي رأينا أنّ ذكر ذلك في المادة الثامنة صراحةً وفي اتفاقية تخصّ الدول المحايدة بصراحة أيضاً يضي بعض الحصانة على هذا السماح، بالإضافة إلى أنّ السفن والطائرات تخالف قواعد منصوصاً عليها في الاتفاقيات المتعلقة بالحرب بخصوص بنود خاصة متعلقة بالحياد وتسمح في حالة المخالفة العودة إلى الأصل، ولا يمكن تعميم هذا الأمر على جميع الأمور بما فيها السماح بالاتصالات.

167).

1. Wolff Heintschel von Heinegg, Op. cit, P 539.

٢. اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البرية، مرجع سابق، المادة (٣) وكذلك اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البحرية، مرجع سابق، المادة (٥).

٣ دليل سان ريمو، مرجع سابق، المادة (١٥) التي تنص على: الأعمال العدائية للقوات المتحاربة محظورة في المياه المحايدة وفي الفضاء الممتد فوقها والمادة (١٦) التي تنص على: تشمل الأعمال العدائية حسب مفهوم الفقرة ١٥ من بين أمور أخرى: ب) الاستخدام كقاعدة للعمليات.

4. Wolff Heintschel von Heinegg, Op. cit, P540.

٥. اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البرية، مرجع سابق، المادة (٨-٩).

٦. دليل سان ريمو، مرجع سابق، المادة (٦٧-٧٠).

7. Wolff Heintschel von Heinegg, Op. cit, P541.

إضافة إلى ما سبق فإنّ الدولة المحايدة لها حقّ ممارسة التجارة مع جميع الأطراف المتحاربة ولا يقيّد هذا الحق سوى المواد المذكورة في كل من اتفاقيتي لاهاي لعام ١٩٠٧ التي تمنع الدول المحايدة من تزويد المتحاربين بالأسلحة والمعدات، مع إلزامها بمنع تصدير أو مرور المعدات العسكرية إلى المتحاربين^١، وبذلك يكون لها حرية تبادل أيّ نوع من البضائع التجارية معهم، ولا يطعن في صحة الأمر أن يقتصر التبادل على أحد المتحاربين دون الباقيين، كأن يكون أحدهم غير قادر على الدفع أو لأيّ سبب آخر، ويثور نقاش بهذا الشأن بخصوص مدى أحقيّة الدول المحايدة بتمويل التسليح لأحد المتحاربين، كون المنع خاصاً بالسفن الحربية والمعدات العسكرية والذخيرة، ويلحق به أمر آخر ربما يكون أكثر أهمية وهو مدى شرعية تجارة الأسلحة والذخائر مع دول غير متحاربة مع العلم أنّ هذه الأسلحة قد تصل إلى المتحاربين في نهاية الأمر نتيجة إعادة التصدير^٢.

نرى أنّ هذا الأمر غير شرعي ومخالف لقواعد الحياد لسببين اثنين: أولهما هو صياغة المادة (١٢) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ بذكرها الطريقة غير المباشرة، والثاني هو مبدأ حسن النية كمبدأ من مبادئ القانون الدولي العام والمنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة والمتعلق بالالتزامات كافة دونما استثناء، وإن كان الأمر الثاني أصعب إثباتاً وأكثر حيلة من الأول إلا أنّ الاثنين في وضع قانوني واحد. وفيما يخصّ السفن التابعة للدول المحايدة فقد فصل إعلان لندن لعام ١٩٠٩ في هذا الأمر مبيناً أنّه لا يجوز منع السفن المحايدة من الوصول إلى الموانئ المحاصرة في حالة الشدة، وبالعكس فإنّه منع على القوى المتحاربة إعاقة الوصول إلى الموانئ المحايدة، كما أنّه منَع الاستيلاء على السفينة المحايدة التي تخرق الحياد، إلا في حالة الخرق الحاصل في مناطق العمليات العسكرية، بالإضافة إلى ذلك أعطى حماية للسفينة المستولى عليها، فقد حرّم تدميرها إلا في حالة إذا كان اقتيادها إلى أحد الموانئ يشكّل خطراً على السفينة المُقتادة أو على نجاح العمليات العسكرية، فقد سمح في هذه الحالة بتدميرها، وكذلك حرّم على المتحاربين تفتيش السفن المحايدة التي تبحر في قافلة وطنية إلا في حالات معينة وخاصّة جداً^٣.

١. اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البرية، مرجع سابق، المادة (٧) واتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البحرية، مرجع سابق، المادة (٦ - ١٢) وتنص المادة (٦) على: يمنع على الدول المحايدة أن تزود دولة متحاربة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بالسفن الحربية أو الذخيرة أو بالمعدات الحربية أياً كان نوعها.

2. Detlev F. Vagts, The Traditional Legal Concept of Neutrality in a Changing Environment, American University International Law Review, volume 14, issue 1, article 4, 1998, P. P: 93-94.

3. Declaration concerning the Laws of Naval War, London, 26 February, 1909, articles: (7-17-61-49-48-18).

الفرع الثاني واجبات الدول المحايدة

تتلخص واجبات الدول المحايدة في أمرين أساسيين يعدّان جوهر الحياد وهما: النزاهة impartiality والامتناع abstention، بمعنى الامتناع عن التدخل في النزاع، والنزاهة في التعامل مع أطرافه، ومع من ذلك، فإنّ البعض يرى أنّ الامتناع حالياً هو الأمر المفروض، وأنّ النزاهة أصبحت أمراً مشكوكاً اشتراطه للحياد مع السماح بإقامة علاقات تجارية مع طرف دون الآخر من النزاع وفق اتفاقية لاهي، ويؤكدون حجّتهم بما نصّ عليه ميثاق الأمم المتحدة فقد قيّد التعامل التجاري مع الدولة المعتدية في حالة العدوان دون أن يمنعه وذلك في المادتين (٤١، ٥٠)، وهو ما يؤكد أنّ النزاهة بوصفها مفهوماً بعدم التعامل التام أصبح أمراً عفا عليه الزمن، وأنّ التعامل التجاري دون العسكري مع أحد الأطراف لا ينقض من طهر الحياد شيئاً^١.

وفي رأينا أنّ النزاهة ما زالت مطلوبة، ولكن أصبح لها مفهوم آخر معاصر وفق مقتضيات التطورات الحاصلة، فلا يمكن عدّ التجارة دعماً لأحد الأطراف أو تقوية له على حساب الطرف الآخر؛ ومن ثمّ يجب التسليم بالنزاهة بوصفها أحد متطلبات الحياد، ويجب الوفاء بها بحسن نية كأبي التزام دولي آخر لا أن تكون غطاء لدعم خفي.

وتفصّل اتفاقية لاهي في واجبات الدول المحايدة، فتمنع عليها السماح لجيوش الدول المتحاربة بالدخول إلى أراضيها، أو إنشاء المكاتب لهم، أو إنشاء المحطات للاتصالات اللاسلكية، ويمنع عليها كذلك تزويد سفن المقاتلين بالذخيرة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، كما يحظر عليها اتخاذ إجراءات تمييزية بخصوص الدخول إلى موانئها أو استعمالها أو دخول المياه الإقليمية، كما أنّ على الدولة المحايدة القيام بالإجراءات اللازمة للمحافظة على قانون الحياد في بحرها الإقليمي، وتنظيم دخول السفن المتحاربة إليه، ويفرض على الدولة المحايدة اعتقال أيّ قوات تابعة لجيوش محاربة عندما تكون على أراضيها، وتقديم ما يلزم لهم من حاجياتهم في أثناء الاعتقال، كما يتوجب عليها استقبال أسرى الحرب وتقديم الملجأ لهم لحين انتهاء الحرب^٢، ويظهر هناك واجب أساسي متعلّق بالدولة المحايدة بشكل دائم، وهو عدم البدء بنزاع مسلح مع الدول الأخرى، وهو أمر ضمني ولكن لم يُذكر في أيّ من الاتفاقيات^٣، ويجب الإشارة إلى أنّ مخالفة الدولة المحايدة لأحد واجباتها أو عدم القيام به على الوجه الأكمل لا يجعلها دولة محاربة، ولا يجيز للدول المحاربة استخدام القوة ضدها، بل هناك العديد من الوسائل للرد على هذا الانتهاك دون اللجوء للقوة، كالاتجاه بالطرق

1. Rune Müller, Op. cit, P 8.

٢. اتفاقية لاهي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البرية، مرجع سابق، المواد: (٥-١١-١٢-١٣) واتفاقية لاهي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البحرية، مرجع سابق، المواد: (٦-٩-٢٥).

3. Rune Müller, Op. cit, P 10.

الدبلوماسية أو طلب التعويض المادي^١ وفي حالة المشاركة الفعلية في النزاع يمكن للدول المتنازعة استهداف الدولة المحايدة، وبهذا يكون حيادها قد انتهى مع أن قانون الحياد لم يذكر حالة إنهاء الحياد وكيفية هذا الإنهاء، ولكن ما أجمع عليه الفقهاء أنه متى دخلت الدولة المحايدة الحرب بشكل فعلياً تعود قادرة على إدعاء الحياد والتمسك به^٢.

المبحث الثاني

تأثير المتغيرات الدولية على الحياد في ظل الأمم المتحدة

حرّم ميثاق الأمم المتحدة الحرب أو اللجوء للقوة بجميع أشكاله إلا في استثناءات قليلة أهمها حالة الأمن الجماعي، ومع ظهور الميثاق وتحريمه الحرب وإن كان بشكلها القانوني، فقد نادى بعض الفقهاء بعدم جدوى الحياد كمفهوم في القانون الدولي وفقاً للميثاق، إذ إنه لا يوجد نزاع يعطي الحق للدول أن تبقى على حيادها في وجهه، وذلك إما لعدم قانونيته، أو لضرورة الامتثال لقرارات الأمم المتحدة المتعلقة بنظام الأمن الجماعي، وعدم جواز اتخاذ الحياد فيما يتعلق بحالة تهدد السلم والأمن الدوليين^٣.

ومن جهة أخرى ومع ظهور التنظيمات الإرهابية الدولية، فُرض على الدول ضرورة محاربة هذه التنظيمات لأنها تشكل تهديداً، وسط تساؤلات عن مدى قدرة الدول الحيادية محاربة هذه التنظيمات خارج أراضيها أو بدء عمليات ضدهم^٤، وسنبحث في كلا الأمرين في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

الحياد ونظام الأمن الجماعي

عرّف الفقيه مارتن وايت^٥ Martin Wight نظام الأمن الجماعي بأنه «نظام يُعتبر من خلاله أيّ خرق للسلم على أنه يخصّ جميع الدول المنضّمة، وأيّ اعتداء على أيّ دولة يعتبر اعتداء على الدول

١. يمكن ذكر تحكيم ألاباما مثلاً صريحاً على حالة انتهاك الحياد والرد عليه فقد انتهكت بريطانيا حيادها بالمشاركة في الحرب الأهلية الأمريكية فكان عليها دفع تعويض مبلغ ١٥٥٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكي تعويضاً عن السماح للسفن المحاربة استعمال موانئها ومشاركة السفينة ألاباما بالحرب.

2. Rebecca Ingber, Untangling Belligerency from Neutrality in the Conflict with Al-Qaeda, Texas International Law Journal, volume 47, issue 1, P.P: 8788-.

3. Detlev F. Vagts, Op. cit, P. P: 8990-.

4. Rina Weltner-Puig, Finland and Sweden: two neutral EU member states reacting against international terrorism, Institut Universitari d'Estudis Europeus, núm.1, Octubre 2001, Barcelona, P 1.

٥. هو أحد أشهر الفقهاء في مجال العلاقات الدولية بالقرن العشرين، إنكليزي الجنسية، وكان مدرّساً في عدد من المعاهد والجامعات، له العديد من المؤلفات الضخمة، ولكن أشهر مؤلفاته سياسة القوة power politics.

Wikipedia web site, on: https://en.m.wikipedia.org/wiki/Martin_Wight, the date of access: 312019/3/.

كلها^١، ويمكن تعريفه بأنه «مفهوم قانوني ومؤسسي (مرتبط بتنظيم جماعي) نابع عن إرادة دولية جماعية يهدف إلى الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، من خلال مجابهة مختلف التهديدات والمخاطر الصلبة اللينة^٢، ونلاحظ نت خلال التعريفين أنّ نظام الأمن الجماعي^٣ مرتبط بالمنظمات الدولية، وهو وسيلة قد تصل إلى حدّ استعمال القوة ضد الدولة المعتدية، وعلى هذا سنقوم بتفنيذ عضوية الدول الحيادية في المنظمات الدولية التي تحوي هذا النظام، ومن ثم نعالج مدى ملاءمة نظام الأمن الجماعي لوضع هذه الدول في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول عضوية الدول المحايدة في المنظمات الدولية

بدأ الحديث عن عضوية الدول المحايدة في المنظمات الدولية التي تتضمن نظام الأمن الجماعي مع ظهور أولى هذه المنظمات العالمية، فقد دار نقاش واسع حول انضمام سويسرا إلى عصبة الأمم، ومدى توافق العضوية مع نظام الأمن الجماعي فيها، ونتيجة لهذا الجدال أصدر مجلس العصبة قراره بتاريخ ١٣/٢/١٩٢٠ باستثناء سويسرا من المشاركة في العقوبات العسكرية، وما يتعلق بها من السماح لجيوش أعضاء العصبة بالمرور في أراضي سويسرا في أثناء تأدية هذه العقوبات وتجهيزها، مع الإبقاء على التزاماتها فيما يخصّ تطبيق العقوبات الاقتصادية، وبهذا وضعت العصبة البذور الأولى للحياد المشروط، أو التحوّل في مفهوم الحياد كما عرفه العالم على مدى قرون من الزمن، ولتضع اللبنة الأولى في تكييف عضوية الدول المحايدة في المنظمات الدولية، ولتتابع العصبة تكييف هذا الحياد المتعلق بالدول الأعضاء والحفاظ عليه، عن طريق توسيع الاستثناء المتعلق بالحياد ليشمل العقوبات الاقتصادية، وذلك بعد العقوبات الاقتصادية المفروضة على إيطاليا عام ١٩٣٥ بشأن النزاع الإيطالي الأثيوبي، حيث نازعت سويسرا في مدى التزامها بهذه العقوبات، ودار جدل مع مجلس العصبة حول مدى هذه العقوبات، ليستثنى مجلس العصبة بتاريخ ١٤/٥/١٩٣٨ سويسرا من الالتزام بالعقوبات الاقتصادية أيضاً، وهو ما سمح بقبول الدول المحايدة في المنظمات الدولية دون أيّ تعارض بين العضوية والحياد^٤.

1. Urs Loeffel, Op. cit, P 18.

٢. عادل جارش، الأمن الجماعي في الواقع الدولي، موقع المركز الديمقراطي العربي، على الرابط: <https://democraticac.de/?p=28670>، تاريخ الزيارة: ١٣/٣/٢٠١٩.

٣. مع أنه يغلب على نظام الأمن الجماعي خضوعه لازدواجية المعايير وارتباطه بمصالح الدول الكبرى ووجود هوة كبيرة بين الممارسة والتطبيق، وهو نظام تستغله الدول الكبرى لتقسيم الكعكة لا سيما في مناطق الأزمات إلا أننا سنقوم بدراسة علاقته بالدول المحايدة من المنظور القانوني بغض النظر عن الجانب السياسي له إن صح التعبير.

4. Boleslaw A. Boczec, Permanent Neutrality and Collective Security: The Case of Switzerland and the United Nations Sanctions against Southern Rhodesia, Case Western Reserve Journal of International Law, volume1, issue2, 1969, P. P: 9799-.

ومع ظهور منظمة الأمم المتحدة، مُنِع على الدول الأعضاء فيها الوقوف موقف الحياد من الدولة التي تخرق السلم والأمن الدوليين، ويتم اتخاذ إجراءات الأمن الجماعي ضدها، وبذلك شكّل هذا الأمر عائقاً أمام دول الحياد الدائم لتقوم بالانضمام إلى الأمم المتحدة، وكانت هذه ليست وجهة نظر الدول المحايدة فقط، بل رأي أغلب الدول المؤسسة للأمم المتحدة، ولكن من جهة أخرى فرضت المادة الثانية من الميثاق في فقرتها السادسة على الدول سواء كانت عضواً في الأمم المتحدة، أم غير عضو تقديم المعونة والالتزام بما يخصّ الإجراءات المتخذة المتعلقة بالحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وهذا ما دعا الفقهاء إلى عدّ الدول المحايدة ملزمة بإجراءات نظام الأمن الجماعي سواء كانت عضواً أم لا، ومن هنا رأت بعض الدول المحايدة أنّ العضوية في الأمم المتحدة ستكون أفضل لها من أن تكون غير عضو، طالما أنّها ملزمة بإجراءات الأمن الجماعي، وفعلاً كانت أولى الدول ذات الحياد الدائم المنضمة إلى الأمم المتحدة السويد وذلك في عام ١٩٤٦، وسط انتقاد وجدل بين الفقهاء حول مدى تلاؤم الحياد مع العضوية، ولتتبعها فنلندا والنمسا بالانضمام عام ١٩٥٥، وفيما بعد إيرلندا، وليتشكّل خلال النقاشات حول العضوية ما عُرف بـ *Verdross doctrine*، فقد أكد فيردروس على أنه يمكن لمجلس الأمن استثناء الدول المحايدة من بعض الإجراءات المتعلقة بالأمن الجماعي، وهذا ما دعا الدول المحايدة للانضمام إلى الأمم المتحدة.

وبرأينا أنّ هذا الرأي أو الاتجاه ما هو إلا تطبيق لما نهجته عصبة الأمم مع سويسرا كما ذكرنا سابقاً، ولا يمكن عدّه فقهاً أو رأياً جديداً كما يقول البعض، ولكن كان أطول انضمام لدولة محايدة للأمم المتحدة هو انضمام سويسرا، فقد كان الشعب السويسري رافضاً للانضمام لكون العضوية تخلّ بمركز سويسرا بوصفها أحد أقدم وأعرق الدول المحايدة في العالم، على الرغم من مشاركة سويسرا بعدد من المنظمات المرتبطة بالأمم المتحدة وبعدها من البعثات، وبعد مجموعة من الاستفتاءات قبل الشعب السويسري الانضمام، وجرى الانضمام رسمياً عام ٢٠٠٢، وذلك متعلق بمجموعة من الأسباب أهمها تطور التكافل والتعاقد الدولي، ممّا أعطى مفهوم الحياد مفهوماً جديداً، بالإضافة إلى أنّ سياسة الحياد تعدّ جزءاً من السياسة الخارجية للدولة، كما أنّ هناك سبباً هاماً وهو أنّه في حالة عدم تفعيل نظام الأمن الجماعي فإنّ الدول المحايدة تبقى على وضع الحياد الطبيعي^١، ومن ثمّ نجد أنّه قد رُسخ مفهوم مشاركة الدول المحايدة في الأمم المتحدة والمنظمات الدولية مع وجود نظام الأمن الجماعي، وقد أكّدت الأمم المتحدة في عدد من قراراتها أنّ العضوية لدول الحياد الدائم لا تتعارض مع الالتزامات بموجب الميثاق^٢، وذهبت الأمم المتحدة إلى أبعد من ذلك، فاخترت

1. Wolfgang Zecha, Op. cit, P. P: 309318-.

٢. فقد أكّدت الجمعية العامة في قرارها رقم ٨٠/٥٠ لعام ١٩٩٥ أنّ اتخاذ الدول للحياد الدائم لا يتعارض مع الالتزامات بموجب الميثاق ولا يمنحها من المشاركة في تحقيق أهداف الأمم المتحدة، بل ذهبت أكثر من ذلك بالنص على الاعتراف بالحياد الدائم والأمر بالمحافظة على هذا الحياد واحترامه واحترام استقلال هذه الدول بما فيه حرمة الإقليم. وعادت لتؤكد في قرارها ٢٧٥/٧١ لعام ٢٠١٧ أنّ سياسات الحياد تسهم في تعزيز السلم والأمن الدوليين ويمكن أن تؤدي دوراً هاماً في إقامة العلاقات الودية بين الدول، وبموجب هذا القرار تم إعلان يوم ٢ شباط يوماً عالمياً للحياد

الدول ذات الحياد الدائم أعضاء غير دائمين في مجلس الأمن، وكانت السويد أول دولة تحظى بهذا المقعد وذلك عام ١٩٥٧، لتتبعها فيما بعد إيرلندا عام ١٩٦٢، وفيما بعد فلندا، وبعدها النمسا، ويجادل الفقهاء في انضمام هذه الدول إلى مجلس الأمن فمنهم من يرى أن مجلس الأمن لا يعد وسيلة لفرض العقوبات بشقيها فقط، بل هو منتدى سياسي، وجهاز للوساطة وتحقيق التجاذبات السياسية، وما فرض العقوبات إلا غيظ من فيض عمل المجلس، ومن ثم يمكن أن تكون مشاركة الدول الحيادية خطوة في سبيل تطبيق سياستها الحيادية والإصلاح بين الدول، وفي حالة القرارات المتعلقة بالعقوبات يجب على الدول الحيادية الامتناع عن التصويت كي لا تتأثر حياديتها، ويذكر هؤلاء مثلاً على ذلك حالة انضمام النمسا لمجلس الأمن عام ١٩٧٢، والقرارات التي شاركت فيها من نقل المقعد الدائم من التيبب إلى الصين، وعقوبات روديسيا، وقضية الأبارتيد، كانت محط تأثير على حيادية هذا البلد، ويرى البعض خلاف ذلك، فمشاركة الدول الحيادية لا يؤثر في حياديتها ولو كان القرار متعلقاً بعقوبات، ويذكرون في هذا الشأن القرارات التي اتخذها مجلس الأمن بخصوص العراق، وليبيا، في تسعينيات القرن المنصرم، فقد شاركت النمسا في اتخاذ هذه القرارات بوصفها جزءاً فاعلاً في المجتمع الدولي، ويؤكد أنصار هذا الرأي مقولتهم بالتأكيد على أن العقوبات التي يفرضها مجلس الأمن ليس بالضرورة أن تؤدي إلى حرب، بل العكس ففرض هذه العقوبات هو لحماية وحفظ السلم والأمن الدوليين، وقد أخذ أغلب الفقه بهذا الرأي، وهو ما فتح الباب لمحاولة الملاءمة بين نظام الأمن الجماعي والحياد الدائم بعد أن أصبحت عضوية الدول المحايدة أمراً واقعاً في مجال المنظمات الدولية، وهو ما سنتناوله في الفرع الآتي.

الفرع الثاني مدى ملاءمة الحياد لفكرة الأمن الجماعي

تتجسد فكرة الأمن الجماعي في ميثاق الأمم المتحدة من خلال المادتين ٤١ و٤٢، إذ تنص الأولى على الإجراءات غير العسكرية، التي تكون ملزمة لجميع الدول الأعضاء وغير الأعضاء في المنظمة، بينما تنص الثانية على الإجراءات العسكرية، ويجادل البعض بأن كلتا المادتين لا يمكن أن تتعارضا مع موقف الحياد الدائم لبعض الدول، بل إنهما تتناغمان، ويعدّ الفقيه كارل زيمانك أحد أشهر أنصار هذا الرأي، وهم يوضحون حججهم: فالمادة ٤١ بالرغم من إلزاميتها إلا أنها لا تؤثر في الدول الحيادية، وذلك لأمرين: الأول هو إمكانية استثناء مجلس الأمن للدول ذات الحياد الدائم من تطبيق

قرار الجمعية العامة ٢٧٥/٧١ تاريخ ٢ شباط ٢٠١٧، الدورة الحادية والسبعون، على الرابط: <https://undocs.org/ar/A/301/RES/71>. وكذلك: قرار الجمعية العامة رقم ٨٠/٥٠ لعام ١٩٩٥، على الرابط: <https://undocs.org/ar/A/80/RES/50>.

1. Wolfgang Zecha, Op. cit, P. P: 318321-. And Heribert Franz Koeck, A Permanently Neutral State in the Security Council, Cornell International Law Journal, Vol. 6, Issue. 2, Article 2, may 1973, P. P: 159162-.

هذه العقوبات، كما حصل مع السويد في قضية الحرب الكورية في أوائل خمسينيات القرن المنصرم، ويذهب هؤلاء إلى أبعد من ذلك، معتمدين على أن قبول الأمم المتحدة بنظام الحياد للدول الأعضاء فيها يعطيهم استثناء تلقائياً من تنفيذ هذه العقوبات، وهو أمر نعارضه كون هكذا استثناء لا يمكن القبول به إلا بشكل صريح، ولا يمكن التذرع به لإرضاء الدول الحيادية، ومن جهة أخرى نلاحظ أن مجلس الأمن استثنى بعض الدول من تطبيق العقوبات وفق المادة ٤١، ومن ثم فلو كان هناك استثناء تلقائي لما كان هناك من داعٍ إلى ذكر هذا الاستثناء، والأمر الثاني هو أن العقوبات غير العسكرية كما نص عليها في الميثاق لا تشكل انتهاكاً لقانون الحياد بحد ذاته بل تتماهى معه.

أما بالنسبة إلى المادة ٤٢ من الميثاق التي تنص على العقوبات العسكرية المفروضة من مجلس الأمن، فإن الفقهاء والشراح مجمعين على أن صياغة المادة لا تلزم الدول الأعضاء وغير الأعضاء بالدخول في القوات المشتركة المشكلة، ومن ثم يمكن لجميع الدول سواء تلك ذات الحياد الدائم أو باقي الدول الأعضاء أن تتخذ موقف الحياد من هذه العقوبات العسكرية، ولا شك أن الضغط السياسي والأدبي على الدول غير الحيادية سيكون أكبر بكثير من الدول المحايدة.

وعلى نقيض ذلك يبرز مذهب آخر وعلى رأسه نيكولاس بوليتيكس منادياً بدحض كل ما سبق، مستنداً إلى المادة ١٠٣ من الميثاق التي تعطي الأولوية للميثاق على أي اتفاقية دولية أخرى، ويؤكد هذا المذهب إلزامية العقوبات سواء العسكرية أم غير العسكرية لجميع الدول بما فيها ذات الحياد الدائم، ويؤكد على أن نظام الأمن الجماعي جاء بديلاً لنظام الحياد ولا يمكن التوفيق بين الاثنين وأن الأولوية للأول.

ويظهر مذهب آخر بين الاثنين يقول إن كلا النظامين اندمج بالآخر، ونتج عن ذلك نظام هجين، يعطي الدول ذات الحياد الدائم مركزاً متميزاً عن باقي الدول الأعضاء، مراعيًا التزاماتها المتعلقة بالحياد، مع مراعاة مبادئ الأمم المتحدة وسير عملية حفظ السلم والأمن الدوليين، ومن أبرز المنادين بهذا المذهب جورج بوليتيكس^١ ونحن مع هذا الرأي، فاعتراف الأمم المتحدة باليوم العالمي للحياد يجعل من الصعب القول بانقراض مفهوم الحياد واستبداله بنظام الأمن الجماعي، ومن ناحية أخرى ومع تطور النزاعات، يصعب القول ببقاء نظام الحياد على حاله منذ سنوات بل منذ قرون، ونلاحظ هذا التغير بتتبع ممارسة الدول الحيادية حيال العقوبات التي يفرضها مجلس الأمن، ففي ستينيات القرن المنصرم كانت بداية التحول الجذري في مفهوم الحياد، فقد ظهرت مشكلة انفصال روديسيا، مما استدعى من مجلس الأمن فرض بعض العقوبات عليها، وكانت ملزمة لكل الدول سواء المنظمة أو غير المنظمة للأمم المتحدة، وقد رفضت الدول الحيادية في الأمم المتحدة ممثلة بالنمسا والسويد وفنلندا وإيرلندا، وخارجها ممثلة بسويسرا، الالتزام بقرارات مجلس الأمن، متذرعة بأنها غير ملزمة لها، ولكن من ناحية أخرى أعلنت أنها ستدرس كل قرار على حدة، وستطبق مضمونه

1. Rune Müller, Op. cit, P. P: 1519-.

وفق القوانين الداخلية لها إن أمكن لها ذلك، وبالنتيجة طبقت هذه الدول جميع قرارات مجلس الأمن، ممّا أعطى إشارات بقبول قرارات العقوبات، وإن كان وفق القوانين الداخلية، وليتم تحوّل آخر أكثر جدية فيما بعد بالتأكيد على أنّ قرارات مجلس الأمن لها الأولوية على القوانين الداخلية، فقد أصدرت السويد قانوناً يقضي بتطبيق قرارات مجلس الأمن لكون القانون الدولي يسمو على القانون الداخلي، ولتتبعها النمسا فيما بعد بخصوص أزمة العراق والكويت، فقد أصدرت قانوناً بمعاملة قرارات مجلس الأمن كالقوانين الداخلية، وكنتيجة لذلك أكّد الفقهاء أن فقه فيدرس قد أصبح مفهوماً ميتاً، وأننا أمام مفهوم جديد للحياد يتماشى مع نظام الأمن الجماعي، ومن ثمّ فالنظام المشترك هو السبيل الأنجع لتكليف عضوية الدول الحيادية في المنظمات الدولية ومشاركتها أو عدم مشاركتها في نظام الأمن الجماعي.

المطلب الثاني الحياد والنزاعات المسلحة المعاصرة

أدى تطور النزاعات المسلحة وظهور النزاعات المسلحة غير الدولية، والحرب على الإرهاب ممثلاً بتنظيم القاعدة، وفيما بعد بعدد من التنظيمات الإرهابية على كامل رقعة العالم في بدايات القرن الواحد والعشرين إلى اتساع رقعة المواجهة معها، وأخذت الحرب معها طابعاً خاصاً، متميّزاً عن الحروب السابقة بين الدول، وحتى مع التنظيمات الإرهابية بشكلها القديم، ويعود ذلك إلى الطابع العالمي الذي يسبغ على هذه الحرب بين الدول من جهة، والتنظيمات الإرهابية من جهة أخرى، فهذه التنظيمات أصبحت في أيّ مكان وفي أيّ زمان، وأصبح من الصعب تحديد ساحة أو توقيت للمعارك بين الطرفين، وهو ما انعكس على قانون الحياد المطبق بين الدول، فقد دار جدل حول مدى إمكانية تطبيقه في ظل هذه الضبابية التي تلف هذه النزاعات، وكون أحد أطراف النزاع ليس دولة، وهل تستطيع الدول المحايدة التمييز بين المقاتلين والمدنيين في هذه الحالة لتطبيق واجباتها وحقوقها كدولة حيادية.²

الفرع الأول تطبيق قانون الحياد في النزاعات المسلحة غير الدولية

تنصّ الاتفاقيات المتعلقة بالحياد على مجموعة من الواجبات كما ذكرنا سابقاً، وقد أثبتت الممارسة على الصعيد الدولي أنّ النزاعات المسلحة الدولية ليست فقط هي المقصودة بقانون الحياد، بل يمتد ليشمل النزاعات المسلحة غير الدولية، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر واجب الدولة المحايدة

1. Wolfgang Zecha, Op. cit, P. P: 314315-.

2. Tess Bridgeman, The Law of Neutrality and The Conflict with AL Qaeda, New York University LAW REVIEW, Vol. 85:1186, 2010, P. P: 11881192-.

في اعتقال القوات التابعة للجيش المقاتلة على أراضيها، وتأمين حاجياتهم الضرورية لحين انتهاء الحرب، وما يرتبط به من الإفراج عن الضباط مقابل تعهدهم بعدم المغادرة، ولكن هذا يصدق في حالة الجيوش النظامية، ولكن يدور نقاش حول مدى صحة تطبيق هذا الأمر على أفراد التنظيمات المسلحة في النزاعات المسلحة غير الدولية من جهة، أو حتى الجيوش التي تحاربهم من جهة أخرى، فهل يجوز للدولة الحيادية أن تحتجز المقاتلين لحين انتهاء النزاع المسلح، وبالأصل هم قوات غير تابعة لجيوش نظامية، وأنّ النزاع المنخرطين فيه هو نزاع غير دولي، يدور بين جماعات ودول، فهل يجوز تكييف اعتقالهم وفق اتفاقيات الحياد؟ وقد جاءت الإجابة خلال الثورة المكسيكية، فقد طبقت الولايات المتحدة اتفاقيات الحياد على المقاتلين اللاجئين إليها من طرف هذه الثورة، ممّا أثار الجدل حول ذلك، وقد قرّرت المحكمة الاتحادية في كاليفورنيا عام ١٩١٧ أنّ اتفاقيات الحياد تطبّق على النزاعات ولو لم تكن بين الدول التي أصبحت فيما بعد تعرف بالنزاعات المسلحة غير الدولية، رافضة الدفع بعدم تطبيق قانون الحياد لكون النزاع ليس بين دول.

وقد تبه فقهاء القانون الدولي في هذا المجال إلى هذه الثغرة في قانون الحياد، ليتم تداركها فيما بعد في اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩ المتعلقة بأسرى الحرب، بالنصّ في مادتها الرابعة بأنّ الأشخاص الذين يصبحون أسرى حرب في الأراضي المعادية، يصبحون كذلك أسرى حرب في الأراضي المحايدة التي وجدوا عليها، من ثمّ يمكن اعتقال المقاتلين التابعين للعصابات والتنظيمات المشاركة في هذه النزاعات وفقاً لهذه الاتفاقيات، مع عدّهم أسرى حرب.

ويتفرّع عن ذلك مسألة تتعلق بالمدنيين المرتبطين بهذه التنظيمات على الأراضي المحايدة، فالأصل أنّ الحماية للمدنيين التابعين لأحد الأطراف المتحاربة تعدّ أولى من الحماية لأفراد الجيوش التابعين لأحد الأطراف المتحاربة، ومن ثمّ تعدّ الأراضي التابعة للدولة المحايدة ملجأً آمناً لأسر المقاتلين التابعين لهم وأموالهم الشخصية، ولا يجوز توقيفهم أو حجزهم حتّى في حالة الادّعاء من جانب المحاربين الخصوم بارتكابهم جرائم حرب، ولا مندوحة من القول أنّ الحماية المفروضة لصالح هؤلاء المدنيين لا تمنع الدولة المحايدة من القبض عليهم وفق القوانين الداخلية الجنائية والإدارية لهذه الدولة، في حال ارتكابهم جرائم وفق هذه القوانين، وهنا يوجد اختلاف كبير بين كلا الأمرين، فالقبض عليهم وفق قانون الحياد يعدّ تطبيقاً لواحد من قوانين الحرب التي لها جانب دولي كبيراً، ومن ثمّ نلاحظ استمراراً تطبيق قانون الحياد في النزاعات المسلحة غير الدولية، وفيما يخص كلا الجانبين المقاتلين والمدنيين المرتبطين بهذه النزاعات.

وما يؤكّد تطبيق قانون الحياد في النزاعات المسلحة غير الدولية هو ما اتبعته محكمة التحكيم في قضية ألاباما، حيث قبلت ادعاء الولايات المتحدة الأمريكية ضد بريطانيا بخرقها الحياد المعلن منها بدعم أحد أطراف النزاع عسكرياً دون الآخر، ومع من أنّ النزاع كان الحرب الأهلية الأمريكية ولم

1. I bid, P. P: 12021203-.

2. I bid, P 1203.

يكن نزاعاً بين الدول^١، وكذلك الأمر بالنسبة إلى كل من الحرب الأهلية الإسبانية والمكسيكية، فقد أعلنت العديد من الدول حيادها تجاه هذه النزاعات المسلحة غير الدولية، منها الولايات المتحدة الأمريكية، كما لو كانت نزاعات مسلحة دولية^٢، وبوصولنا إلى نتيجة تطبيق قانون الحياد على هذه النزاعات يجب أن نؤكد أن تطبيق الحياد يكون بكامل صورته ومظاهره، فيتوجب على الدولة المحايدة الالتزام بجميع واجباتها تجاه الأطراف المتحاربة في النزاع المسلح غير الدولي كما لو كان نزاعاً بين دول، فاختلف الأطراف لا يؤثر في واجبات الدول المحايدة.

الفرع الثاني الحياد والحرب على الإرهاب

تمثل الحرب على الإرهاب أحد أبرز أوجه القرن الواحد والعشرين، وتعدّ أحد أخطر النزاعات المسلحة غير الدولية، لكون ساحتها العالم بأسره، وعلى الرغم من وجود بعض البؤر الأساسية لها مثل العراق وأفغانستان، وكنتيجة لهذا الاتساع، يجادل البعض في مدى وجود نزاع مسلح غير دولي بين الدول المحاربة والتنظيمات الإرهابية، ومن ثمّ مدى جدوى تطبيق قانون الحياد بصدده الحرب، فالمنادون بذلك مقتنعون بأنّ هذه الحرب ما هي إلا جزء من عملية مكافحة الجريمة العالمية، والطابع الجنائي يغلب عليها، ولا داعي لتطبيق قانون الحياد.

ويردّ على هذا الرأي بعدة أمور أساسية تجعل الحرب على الإرهاب نزاعاً مسلحاً غير دولي: فالعقل يأبى عدّ مكافحة الإرهاب مجرد مكافحة للجريمة مع التنظيم الشديد لهذه المجموعات، والأسلحة الثقيلة والمعقدة التي تستخدم من قبلهم وضدهم، بالإضافة إلى أنّ الراعي الأساسي لهذه الحرب والقائد لها ممثلاً بالولايات المتحدة الأمريكية يعدّها من قبيل النزاعات المسلحة غير الدولية، وشدّد في أكثر من مناسبة أنّ قوانين الحرب الدولية تطبّق على هذا النزاع، وبالتأكيد يترافق مع هذا التطبيق تطبيق قانون الحياد بوصفه جزءاً من قانون الحرب، فلا مجال لاستثناء تطبيق الحياد في الحرب على الإرهاب^٣، ولكن هذا التطبيق كما الأمر في حالة نظام الأمن الجماعي، له طابعه الخاص الذي يتماهى مع طبيعة الحرب على الإرهاب، وما تمثله من أهمية في حماية المدنيين والدول في أنحاء العالم كافة، فقد فرض مجلس الأمن مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق جميع الدول، بما فيها ذات الحياد الدائم والمؤقت، من خلال مجموعة من القرارات يقع على رأسها القرار ١٣٧٣ لعام ٢٠٠١، الذي ألزم بموجبه الدول باتخاذ مجموعة من الإجراءات ضدّ المجموعات الإرهابية، من ضمنها تجميد الأرصدة المالية لهم، ومنع التحويل المالي، ومنع شراء المعدات العسكرية، واستخدام

1. ove Bring, op. cit, P. P: 2122-.

2. TESS BRIDGEMAN, Op. cit, P 1212.

3. I bid, P. P: 12111213-.

الأراضي لشن الهجمات الإرهابية، ومنع التنقلات لهم، وعدم إعطاء الملاذ الآمن للأشخاص الذين تدعمهم وتؤمن لهم التسهيلات المالية، ومع ذلك ومع هذه الالتزامات فإن مفهوم الحياد لم يغيب غياباً كاملاً، فقد أكد مجلس الأمن بقراريه ١٥٢٥ و١٥٦٦ أن التزام الدول بمحاربة الإرهاب وفق القرارات السابقة يجب ألا يتعارض مع التزاماتها الدولية الأخرى بموجب القانون الدولي، بما فيها القانون الدولي الإنساني، وبالتأكيد قانون الحياد من بين هذه القوانين^٣، وبالتأكيد لا يعني ذلك كما ذكرنا تطبيق قانون الحياد تطبيقاً كاملاً، بل بما لا يتعارض مع قرارات مجلس الأمن، بمعنى آخر إن التصرفات التي تشكل خرقاً لقانون الحياد بالحروب العادية لا تعدّ مسموحة بل مطلوبة من الدول الحيادية بما يخصّ الحرب على الإرهاب، مثل السماح للجيش التي تحارب الإرهاب بالمرور في أراضيها، والسماح لهم بإنشاء القواعد لذلك، وتعدّ الدولة منتهكة للقانون الدولي في حال تطبيق قانون الحياد بما يتعارض مع الحرب على الإرهاب^٤، وبمراجعة ما سبق نجد أن الحياد لا يزال موضع حديث بالنسبة إلى الحرب على الإرهاب، ولكن بما يتماهى ويتوافق معها كمسألة قانونية، لما له من تأثير على السلم والأمن على العالم ككل وصعوبة مكافحته.

وبرأينا أن القول بوجود الحياد والسماح به بخصوص الحرب على الإرهاب ما هو إلا مكابرة قانونية للقول باستمرار الحياد، والحقيقة أن الحرب على الإرهاب لا تسمح بوجود الحياد، وبالأخص بدراسة قرارات مجلس الأمن الصادرة بهذا الشأن نجد بقايا الحياد، ولا يمكن القول بأن قانون الحياد ما زال سارياً ولو بشكل متغير أو بشكل آخر أقل حدة، وما يؤكد رأينا هو تصريحات وزيرة الخارجية السويدية بما يخصّ الحرب على الإرهاب بعد أحداث ١١/٩/٢٠٠١ فقد أكدت أن موضوع الحياد غير متصل بموضوع الحرب على الإرهاب في ظل الخطر والتهديد الذي تشكله العصابات الإرهابية، وأن السويد لن تبقى حيادية فيما يخصّ الحرب على الإرهاب إن كان هناك خطر من هذه التنظيمات^٥.

الخاتمة:

بمراجعة ما سبق نستطيع التوصل إلى النتائج الآتية:

يعدّ مفهوم الحياد مفهوماً قديماً ومتغيراً حسب تغير الحالة في التنظيم الدولي.

نلاحظ الغموض في مفهوم الحياد على الصعيد الدولي، واعتماد تحديده على الممارسة الدولية.

يندرج الحياد بعدد من الأنواع أهمها الحياد الدائم والمؤقت.

١. قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٢ لعام ٢٠٠١، على الرابط: <https://undocs.org/pdf?symbol=ar/S/RES/1373> (2001)

٢. قراري مجلس الأمن رقم ١٥٢٥ و١٥٦٦ لعام ٢٠٠٤، على الرابطين: [https://undocs.org/ar/S/RES/1535\(2004\)](https://undocs.org/ar/S/RES/1535(2004))، [https://undocs.org/ar/S/RES/1566\(2004\)](https://undocs.org/ar/S/RES/1566(2004)).

3. Tess Bridgeman, Op. cit, P. P: 12101211-.

4. Rina Weltner-Puig, Op. cit, P3.

لا يوجد اتفاقية واحدة تنظمّ الحياد، بل يوجد قانون الحياد في القانون الدولي في مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتفرقة، ومنها المعاهدات النازمة للحروب التي تعدّ بمجملها قديمة نسبياً، بالإضافة إلى أنه لا يوجد في أيّ منها تعريف للحياد.

أثرت العديد من العوامل على مفهوم الحياد مؤخراً، ومن أهمها الحديث عن السيادة على الفضاء الخارجي، ونظام الأمن الجماعي، والحرب على الإرهاب، والنزاعات المسلحة غير الدولية، ممّا أدى إلى تغيرات في مفهوم الحياد.

لا يوجد تعارض بين العضوية في المنظمات الدولية واتخاذ موقف الحياد الدائم، كما لا يوجد تعارض بين نظام الأمن الجماعي ونظام الحياد الدائم بل يوجد تماهٍ بين المفهومين.

يطبق قانون الحياد على النزاعات المسلحة غير الدولية، كما لو كانت نزاعات مسلحة دولية. على الرغم من الحديث عن الحياد في الحرب على الإرهاب، إلا أنه بالتطبيق العملي فإن الحياد لا يمكن تصوره في هذه الحرب.

كما يمكننا الوصول إلى التوصيات الآتية:

لا بدّ من وضع تعريف مانع وجامع لمفهوم الحياد على الصعيد الدولي. يجب على لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة التصدي لاتفاقية دولية بخصوص الحياد، تسمح بتحديد جوانبه، وحقوق الدول المحايدة وواجباتها، وتقرض الجزاءات على الخرق من قبل أيّ من طرفي الحياد، بدلاً من كونه مفرقاً في عدد من الاتفاقيات الدولية. لا بدّ وأن تتضمن الاتفاقية المتغيرات - وبالأخص المعاصرة والتكنولوجية - التي أثرت في مفهوم الحياد ليكون الحياد وفقاً لها ذا طابع عملي بعيد عن التجاذبات النظرية والفقهية، وأن يراعى نظام الأمن الجماعي وعلاقته بالحياد.

ويجب وضع مواد بخصوص منع الحياد في الحرب على الإرهاب، بما يتلاءم والتطبيق العملي على أرض الواقع، لما له من أهمية على صعيد حفظ السلم والأمن الدوليين.

يمكن تشكيل قوة تابعة للأمم المتحدة لحفظ حياد الدول المحايدة، لتتدخل في أي انتهاك للحياد، بدلاً من ترك الدول الحيادية تدافع عن حيادها بنفسها، أو اتباع الإجراءات الاعتيادية بخصوص الدفاع عن النفس.

يمكن تشكيل غرفة في محكمة العدل الدولية بخصوص الحياد، تتبع السرعة في النظر بالقضايا المقدمة لها بخصوص انتهاك الحياد، وذلك لأهمية الأمر بالنسبة إلى الدول المتحاربة التي تعاني تدخلاً من الدول المحايدة - بالأخص غير المباشر - والدول المحايدة التي يُخرق حيادها.

المراجع باللغة العربية: أولاً: الكتب

- د. أحمد سعيقان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، بيروت، ط١، ٢٠٠٤.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- أسماء العابدي، دور الجزائر في حركة عدم الانحياز من خلال مؤتمر الجزائر عام ١٩٧٣م أنموذجاً، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في التاريخ المعاصر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥.

ثالثاً: الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البرية، ١٩٠٧/١٠/١٨

- اتفاقية لاهاي بشأن حقوق وواجبات الدول المحايدة والأشخاص المحايدين في حالة الحرب البحرية، ١٩٠٧/١٠/١٨

- دليل سان ريمو بشأن القانون الدولي المطبق في النزاعات المسلحة في البحار، حزيران ١٩٩٤.

رابعاً: القرارات الدولية

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٨٠/٥٠ لعام ١٩٩٥، على الرابط: <https://undocs.org/80/ar/A/RES/50>

- قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ لعام ٢٠٠١، على الرابط: <https://undocs.org/2001%20pdf?symbol=ar/S/RES/1373>

- قرار مجلس الأمن رقم ١٥٣٥ لعام ٢٠٠٤، على الرابط: [https://undocs.org/ar/S/RES/1535\(2004](https://undocs.org/ar/S/RES/1535(2004)

- قرار مجلس الأمن رقم ١٥٦٦ لعام ٢٠٠٤، على الرابط: [https://undocs.org/ar/S/RES/1566\(2004](https://undocs.org/ar/S/RES/1566(2004)

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٧٥/٧١ تاريخ ٢ شباط ٢٠١٧، على الرابط: <https://undocs.org/ar/A/RES/71>

خامساً: المواقع الإلكترونية

- موقع دساتير العالم على الرابط: https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=ar

- عادل جارش، الأمن الجماعي في الواقع الدولي، موقع المركز الديمقراطي العربي، على الرابط:
<https://democraticac.de/?p=38670>

باللغة الأجنبية

أولاً: المقالات العلمية

- Boleslaw A. Boczek, Permanent Neutrality and Collective Security: The Case of Switzerland and the United Nations Sanctions against Southern Rhodesia, Case Western Reserve Journal of International Law, volume1, issue2, 1969.
- Christine Agius and Karen Devine, neutrality: a really dead concept a reprise, cooperation and conflict journal, 46(3), 2011.
- Detlev F. Vagts, The Traditional Legal Concept of Neutrality in a Changing Environment, American University International Law Review, volume 14, issue 1, article 4, 1998.
- Heribert Franz Koeck, A Permanently Neutral State in the Security Council, Cornell International Law Journal, Vol. 6, Issue. 2, Article 2, may 1973.
- Michael Gehler, Finis Neutralität? Historische und politische Aspekte im europäischen Vergleich: Irland, Finnland, Schweden, Schweiz und Österreich, Discussion Paper, Zentrum für Europäische Integrationsforschung Center for European Integration Studies Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität, Bonn, 2001.
- ove Bring, The Concept of Neutrality: Origins and Challenges from the Peace of Westphalia to the European Union, NEUTRALITY IN THE 21st CENTURY LESSONS FOR SERBIA, International and Security Affairs Center, Beograd, 2013.
- Rebecca Ingber, Untangling Belligerency from Neutrality in the Conflict with Al-Qaeda, Texas International Law Journal, volume 47, issue 1.
- Rina Weltner-Puig, Finland and Sweden: two neutral EU member states reacting against international terrorism, Institut Universitari d'Estudis Europeus, núm.1, Octubre 2001, Barcelona.
- Rune Müller, The Law of Neutrality Obstruction or Completion to the System of Collective Security?, JURIDISKA FAKULTETEN vid Lunds universitet, Rättsvetenskaplig uppsats Uppsats på juristprogrammet, 2013.
- Tess Bridgeman, The Law of Neutrality and The Conflict with AL Qaeda, New York University LAW REVIEW, Vol. 85:1186, 2010.
- Thomas Fischer, European Neutrals in the Cold War, Neutrality in The 21st Century Lessons for Serbia, International and Security Affairs Center, Beograd, 2013.

- Thomas Fischer, Neutrality and Nonalignment in World Politics during the Cold War, Journal of Cold War Studies, vol. 18, no. 4.
- Urs Loeffel, Swiss Neutrality and Collective Security: The League of Nations and The United Nations, Naval Postgraduate School, Monterey, California, march 2010.
- Wolff Heintschel von Heinegg, Neutrality and Outer Space, U.S naval war college, Published by the Stockton Center for the Study of International Law, volume: 93, 2017.
- Wolfgang Zecha, Neutrality and international solidarity – a comparison of the policy of certain neutral European countries with respect to the UN, AARMS, Vol. 10, No. 2, 2011.

ثانياً: الاتفاقيات الدولية

- Declaration concerning the Laws of Naval War, London, 26 February, 1909.
- The Hague Rules of Air Warfare, Hague, December, 1922-February, 1923.
- Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Bern, 15 May 2009.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

- Encyclopedia web site, on: <https://www.encyclopedia.com/history/modern-europe/british-and-irish-history/league-armed-neutrality>.
- RUSnet – network, on: <http://www.neva.ru/EXPO96/book/chap51-.html>.
- Sakari Sariola, Finland and Finlandization, History Today website, on: <https://www.historytoday.com/archive/finland-and-finlandization>.

العمل في خدمة المجتمع: نظام خاص لسياسة عقابية معاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريع البحريني والمقارن

الدكتور محمد حماد مرهج الهيتمي

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية الحقوق - جامعة البحرين

المقدمة

إن الصورة الراسخة في أذهان المهتمين بالسياسية العقابية بأن العقوبة السالبة للحرية هي صورة الجزء الأساسية، وأنها الصورة الأساسية والمسيطر على جميع القوانين الجنائية وربما الشرقية والغربية منها على حد سواء، بل يمكن القول بأن التشريعات تكاد تتفق على كون المؤسسة العقابية أو الإصلاحية - على التعبير الحديث نسبياً - هو المكان الأساسي لتنفيذها، بل وكونه المكان المهيمن، بل والوحيد لتنفيذها؛ إذ أصبح هذا مفهوماً راسخاً في الفكر والممارسة؛ لا سيما أمام تأثير الفكر السائد بشأن أفضلية العقوبة السالبة للحرية على العقوبات البدنية

وإذا كانت هذه العقيدة راسخة في الفكر والممارسة؛ فإن مسألة إعادة النظر ولو بجزء منها والمقصود العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وأسلوب تنفيذها يُعدّ أمراً غير مقبول على علته، لأن أي تغيير بشأنها أو بشأن أسلوب تنفيذها سيلاقي ردة فعل معارضة؛ لأن العقوبات السالبة للحرية أصبحت من الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني العقابي، بل والثقافة المجتمعية.

ومع اعتقادنا بأن النظام العقابي القائم لن يتخلى عن العقوبات السالبة للحرية بشكل عام وفي الوقت القريب وبالسهولة التي يمكن أن نتصورها. ومع أننا نأمل بأن يتخلى عنها، كما تخلى عن بعض أساليب تنفيذها؛ لا سيما أمام فشلها في منع الجريمة سواء من ذات المجرم، أم بشأن فشلها في منع غيره من الإقدام عليها؛ حتى وصفت بأنها تمثل فشلاً ذريعاً في السياسة العقابية لا يمكن التغاضي عنه؛ لأنها ومع ما يتاح من إمكانيات مادية وبشرية، بل ورؤوس أموال لم تفلح في القضاء على حالة العود إلى الجريمة⁽¹⁾، بل لم تمنع الآخرين ممن لم يرتكب جريمة إلى الإقدام على ارتكابها وعدم خوفه من أن يقبع وراء قضبان السجن؛ بمعنى بأن هذه المؤسسات كما فشلت في منع من دخلها من العود إليها مرة أخرى، فشلت في عدم استقطاب أشخاص آخرين؛ لذا فهي كما أضرت بالمجتمع أضرت بأفراده.

(1)- Sandeep Gopalan, Mirko Bagaric, Progressive Alternatives to Imprisonment in an Increasingly Punitive (and Self-Defeating) Society, Seattle University, Law Review Vol:40-2016 p.61.

وإزاء هذه الحقيقة الراسخة التي تكشف الإحصائيات الجنائية عنها، كما سيأتي بيانه في موضعه المخصص وحقائق أخرى سنأتي على بيانها يجري فقد اندفعت السياسة العقابية المعاصرة إلى البحث عن حلول يتم بموجبها إعادة النظر في أساليب تنفيذ العقوبات السالبة للحرية وعدم اشتراط أن يتحقق ذلك داخل المؤسسات العقابية فظهرت فكرة العقوبات البديلة؛ بحيث يتم تُستبدل العقوبة السالبة للحرية بأساليب تنفيذ خارج أسوار السجن وفق معايير وضوابط لا تنفي عنها كونها جزاءً وينبغي أن يتضمن المأياً كانت صورته. ومن تلك البدائل العمل في خدمة المجتمع موضوع هذا البحث.

أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من حداثة موضوعه؛ إذ يعدّ موضوعه من المواضيع المستحدثة في السياسة العقابية التي سنصنفها بالمعاصرة، وأنه مثلاً لتلك السياسة التي بدأت بالتخلي عن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية داخل المؤسسات العقابية؛ فضلاً عن حداثة تنظيمه وتطبيقه عند المشرع البحريني.

إشكالية البحث

يتمحور البحث في جملة من الإشكاليات أهمها الوقوف على حقيقة الأسباب التي دفعت السياسة العقابية المعاصرة إلى تبني عقوبة العمل في خدمة المجتمع، أو العمل للنفع العام بشكل خاص العقوبات البديلة بشكل عام. ومن ثم بيان موقف الفقه والتشريعات؛ إذ ثمة اختلاف في ذلك لا بدّ من مناقشته للوصول إلى المفهوم السليم الذي ينسجم مع واقعه.

والإشكالية الأخرى التي تتعلق بالموضوع هو التباين في الطبيعة القانونية للعمل ليس على مستوى الفقه؛ إنما على مستوى التشريعات وانعكاسات ذلك على منهج التشريعات في التعامل معه فهل هو تدبير، أم عقوبة، أم من طبيعة مختلطة، أم هو حقيقة له ذاتية المستقلة، ومن ثم هناك إشكالية تتعلق بالجدل الدائر حوله ومدى فاعليته بوصفه وسيلة حديثة ظهرت بديلاً للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة؛ لذا كان المطلوب أن نحدّد إشكالية نجاحه أو فشله من خلال البحث في مدى تحقيقه لأغراض العقوبة التي تنعكس على الحدّ من الإجرام وحماية المجتمع. وما إذا كان له أغراض أو أهداف أخرى إلى جانب أغراض العقوبة؟

أهداف البحث

تحدّد أهداف البحث من خلال الإشكاليات التي يعالجها؛ سواء التي تتعلق بمدلول العمل في خدمة المجتمع وتباين ذلك فقهاً وتشريعاً، أم في تحديد المنطلقات العملية والدعائم الفلسفية التي كان لها دورٌ في ظهور العمل في خدمة المجتمع، أم في تحديد الطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع وموقف التشريعات منه؛ حيث تمثلّ هذه بعض الأهداف الأساسية للبحث؛ وتدرج ضمنها أهداف ثانوية ومن

ثم الكشف عن موقف المشرع البحريني بشكل أخص. وأخيراً تقييم فاعلية العمل في خدمة المجتمع بوصفه بديلاً للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة سواء ببيان قدرة العمل للنفع العام على تحقيق الأغراض المتوخاة من العقوبة والأهداف المتوخاة من تنفيذها.

خطة البحث

سنقسم البحث إلى ثلاثة مباحث: نبيّن في الأول منها المنطلقات العملية والدعائم الفلسفية التي كانت وراء إقرار العمل في خدمة المجتمع أو الأخذ به في حين نخصص المبحث الثاني للبحث في الطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع على أن نخصص المبحث الثالث والأخير لبيان فاعليته من خلال بيانه في ميزان العقوبة من حيث خصائصها وأغراضها.

المبحث الأول الدعائم العملية والفلسفية لتبني التشريعات العمل في خدمة المجتمع

ليس من المنطقي أن نبيّن المنطلقات العمليّة والدعائم الفلسفية التي دفعت التشريعات لتبني العمل في خدمة المجتمع كعقوبة بديلة وإصدار قوانين خاصة بشأنه ما لم يُبيّن مدلوله؛ لذا قسمنا المبحث إلى مطلبين نبيّن في الأول مدلول العمل في خدمة المجتمع في الفقه وفي التشريع على أن يكون الآخر مخصصاً لبيان المنطلقات العملية والدعائم الفلسفية التي كانت وراء إقراره والأخذ به في مختلف التشريعات ومنها المشرّع البحريني.

المطلب الأول مدلول العمل في خدمة المجتمع فقهاً وتشريعاً

مع أن التعاريف هي من مهام الفقه، والتشريعات في الغالب تتجنب ذلك لما في إيراد التعاريف من محاذير؛ لا سيما فيما يتعلق بالظواهر المتطورة والقابلة للتغيير المستمر؛ إلا أن الملاحظ هو أن التشريعات قد تأتي وتحدّد مدلول بعض المصطلحات، ومنها المصطلح موضوع البحث لضرورة اقتضتها الجوانب العملية فضلاً عن الجوانب الفلسفية التي تقف وراء تبني هذا المصطلح أو ذاك ومن ثم مضمونه، وكان علينا قبل أن نتعرّف إلى موقف التشريعات من مدلول عقوبة العمل أن نستطلع موقف الفقه من ذلك.

أولاً: موقف الفقه من مدلول العمل في خدمة المجتمع

هناك من عرّف العمل للمنفعة العامة بأنه إلزام المحكوم عليه بإتمام عمل دون مقابل لمصلحة المجتمع، بدلاً من دخوله السجن، وذلك خلال مدة معينة تحددها المحكمة في قرارها بفرض هذا النظام^(١)، أو أنه على وفق اتجاه آخر نظام يطبّق على المحكوم عليهم خارج المؤسسات العقابية ويقوم على إلزام المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع دون مقابل خلال المدة المقررة في حكم الإدانة، وذلك في الحدود المنصوص عليها قانوناً^(٢) ولا يختلف عنها من عرفه بأنه (إلزام المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع بدون مقابل خلال المدة التي تقررها المحكمة وفي الحدود المنصوص عليها قانوناً)^(٣).

(١) - د. صفاء أوتاني - العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة - دراسة مقارنة - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٥ - العدد الثاني - ٢٠٠٩ - ص ٤٢٠.

(٢) - بوسري عبد اللطيف - عقوبة العمل للنفع العام كآلية لترشيد السياسة العقابية - مجلة دراسات وأبحاث - المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية - مركز ابن خلدون - الأردن - السنة التاسعة - العدد ٢٦ مارس ٢٠١٧ ص ٣٠٩، د. بن شنوف فيروز - عقوبة العمل للنفع العام الحل البديل من أجل تفعيل السياسة العقابية في الجزائر - مجلة المعيار - جامعة تيسمسيلت - المجلد العاشر العدد الثاني - ٢٠١٩ ص ١٦٥.

(٣) - د. شريف السيد كامل - الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث - دار النهضة العربية - ١٩٩٩ - ص ٤٧ وما بعدها.

ومع أن التعريف الأخير على ما يراه البعض لم يقدم شيئاً عن مدلول العمل للنفع العام^(١)؛ فإن ملاحظتنا عليه تتعلق بعبارته (إلزام المحكوم عليه) وكأن المحكمة يمكنها أن تلزم المحكوم عليه بها خلافاً لحقيقته الواقعية؛ لأن من شروط الحكم به أن يأخذ القاضي موافقة المحكوم عليه^(٢)، أي أن القاضي يأمر باستبدال العقوبة على المحكوم عليه قبل أن ينطق به، ومن ثمّ يكون من حق الأخير أن يرفض أو يوافق عليه، بل إن ثمة تشريعات تشترط على المحكمة أن تفهم المحكوم عليه بأن من حقه رفض العقوبة البديلة^(٣)؛ فضلاً عن كونها ملزمة بإفهام المحكوم عليه بلغة بسيطة بالالتزامات التي ينبغي عليه تنفيذها في حال قبوله به.

لكن لا ينبغي أن يفهم من هذا القول بأن المحكوم عليه غير ملزم بتنفيذه؛ إنما إلزامه بذلك لن يكون إلا بعد الموافقة عليه، وحينئذٍ فقط يكون العمل إلزامياً عليه؛ بمعنى أن إلزامية العمل كعقوبة بديلة تكون في أثناء تنفيذها وليس عند النطق بها؛ لذا لا يكون سليماً من الناحية القانونية أن يحكم القاضي بالعمل في خدمة المجتمع من تلقاء نفسه حتى قدرّ بأن هذا الأمر في صالح المحكوم عليه، بل ولا يكون سليماً من الناحية القانونية إن تحققت موافقة المحكوم عليه بعد النطق بعقوبة العمل؛ إنما الموافقة المطلوبة هي قبل النطق بالحكم. ولعلّ ما يؤيد الطابع الإلزامي لعقوبة العمل عند التنفيذ وليس قبل الحكم به الجزاء الذي يفرض عليه عند إخلال المحكوم عليه بالالتزامات التي يفرضها تنفيذ العمل؛ إذ تفرض التشريعات جملة من الجزاءات التي تدرج من الإنذار حتى تصل إلى إلغاء العقوبة البديلة والمقصود عقوبة العمل، ومن ثم العودة لتنفيذ ما بقي من العقوبة السالبة للحرية داخل السجن وليس خارجه^(٤).

أما تعريف العمل في خدمة المجتمع بأن يقوم المحكوم عليه بأعمال مفيدة لمصلحة المجتمع، وخلال عدد معين من الساعات، وأن هذه الأعمال تُحدّد سلفاً، وأنها تؤدّى مجاناً في وقت فراغ المحكوم عليه من أعماله المهنية أو الدراسية^(٥) فإن هذا التعريف يواجه إشكالية تتعلق بكون تنفيذ العمل في خدمة المجتمع يتم في أوقات فراغ المحكوم عليه؛ إذ لا شك ذلك يتعارض مع فكرة العقاب البديل والغايات التي يسعى إليها؛ فضلاً عن تعارضه مع العقوبة وأغراضها أصلاً وحق الدولة في ذلك الذي ينشأ من لحظة ارتكاب فعل يجرمه المشرّع والذي يتميز بالجبر والإكراه ولا يمكن أن يكون خياراً وتنفيذاً

(١) - د. باسم شهاب- عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري- مجلة الشريعة والقانون -كلية القانون- جامعة الإمارات العربية- العدد السادس والخمسون- أكتوبر ٢٠١٣- ص ٩٢.

(٢) - لاحظ المادة (٣) من القانون البحريني بشأن العقوبات والتدابير البديلة.

(٣) - لاحظ المادة (٥ مكرر ١) من قانون العقوبات الجزائري. وأيضاً الفقرة الثامنة من المادة (١٢١) من قانون العقوبات الفرنسي التي تلزم بإخبار المحكوم عليه بحقه في الرفض؛ فضلاً عن إثبات المحكمة لرده. القانون متاح باللغة الإنجليزية على الموقع الإلكتروني: <https://www.legal-tools.org/doc/418004/pdf/>

(4) - Gill McIvor, Paying back: 30 years of unpaid work by offenders in Scotland, European. Journal of Probation University of Bucharest, Vol. 2, No.1, 2010, P. 50.

(٥) - د. أمينة محمدي بو زينة- شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية- كلية الحقوق - جامعة الجزائر -١- المجلد (٥٢) العدد (٤) ص ٦٢.

العقوبة لمطلق إرادة المحكوم عليه ينفذ منها ما يشاء ووقت ما يشاء؛ ناهيك عن الصعوبات العملية التي يمكن أن تواجه الجهات التي تتولى تنفيذ العقاب البديل فيما لو تم الأخذ به، بل إن ما جاء به هذا الاتجاه من كون العمل يؤدي في وقت فراغ المحكوم عليه لم نجد له سنداً.

ومن مجمل ما تقدم، نرى بأن العمل في خدمة المجتمع على التعبير الذي فضلناه يعني رضا المحكوم عليه الذي يصدر بحقه حكم قضائي بالحبس لمدة سنة فأقل بأن يؤدي نشاطاً بدنياً أو ذهنياً بدلاً عن العقوبة المحكوم بها لصالح جهة تؤدي خدمة مجتمعية لمدة لا تقل عن المدة المحكوم بها. أو هو بعبارة أخرى موافقة الجاني في جلسة النطق بالحكم على القيام بعمل ذهني أو فكري أو بدني لصالح المجتمع لمدة لا تزيد على ثماني ساعات في اليوم مقابل مدة العقوبة السالبة للحرية التي يُحكم بها والتي لا تزيد على سنة.

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من تعريف العمل في خدمة المجتمع

إذا كان ما يلاحظ على منهج التشريعات هو أنها قد تباينت في التسمية التي استعملتها فحيث استعمل المشرع البحريني العمل في خدمة المجتمع، استعملت تشريعات أخرى العمل للنفع العام التي استعملتها^(١)، أو الخدمة المجتمعية على تعبير تشريعات أخرى^(٢)؛ فإن ما يلاحظ أيضاً هو أنها قد تباينت فيما وضعته من تعاريف فمنها من عرفه بأنه «تكليف المحكوم عليه وبموافقته بالعمل لصالح إحدى الجهات دون مقابل...» وهو حال المشرع البحريني الذي خصص المادة الثالثة من القانون الخاص بالعقوبات البديلة له، ومنها من استعمل عبارة العمل للنفع العام وعرفه بأنه «العمل بلا مقابل لمصلحة شخصية معنوية عامة أو جمعية مخولة بمباشرة أعمال للمصلحة العامة» وهو حال المشرع الفرنسي^(٣)؛ أما المشرع الجزائري الذي استعمل ذات تعبير المشرع الفرنسي فوصفه بالمادة الخامسة مكرر / ١ بأنه «...استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر...».

ومن التشريعات من استعمل مصطلح الخدمة المجتمعية كالمشرع الإماراتي ووضعه ضمن التدابير المقيدة للحرية^(٤) ولم يضعه ضمن العقوبات البديلة مع أنه في الواقع ومن خلال مدلوله يتعامل معه على أساس أنه عقوبة بديلة، فقد نصّ على أن الخدمة المجتمعية تعني «إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي أحد أعمال الخدمة المجتمعية التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الوزراء، وذلك في إحدى المؤسسات أو المنشآت التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الداخلي

(١) - من التشريعات التي استعملت هذه العبارة القانون الجزائري لاحظ المادة الخامسة مكرر / ١ من قانون العقوبات.

(٢) - ومن التشريعات التي استعملت هذه العبارة المشرع الإماراتي لاحظ المادة (١٢٠) من قانون العقوبات المعدلة.

(٣) - أنظر الفقرة (١٢١/٨) من قانون العقوبات الفرنسي متاح باللغة الإنجليزية على الموقع الإلكتروني:

<https://www.legal-tools.org/doc>.

(٤) - المادة (١١٠) من قانون العقوبات والتي استبدلت بالقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٦ والتي حددت التدابير المقيدة للحرية بـ (حظر

ارتياح بعض المحال العامة، ومنع الإقامة في مكان معين، والمراقبة، والخدمة المجتمعية، الإبعاد عن الدولة).

والموارد البشرية والتوطين ولا يكون الحكم بالخدمة المجتمعية إلا في مواد الجرح، وذلك بديلاً عن عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته عن ستة أشهر أو الغرامة...»^(١).

ومن التشريعات الأجنبية التي استعملت ذات المصطلح ما استعمله المشرع الإماراتي وأقصد الخدمة المجتمعية المشرع الإيرلندي، الذي عالج الأمر بالفقرتين الأولى والثانية من المادة الثالثة من القانون الخاص بالخدمة المجتمعية بنصه «... أن يقوم الجاني، وفقاً لهذا القانون، بعمل غير مدفوع الأجر لعدد من الساعات كما هو محدد في الأمر ولا يقل عن ٤٠ ساعة ولا يزيد عن ٢٤٠ ساعة»^(٢).

وبخصوص موقف المشرع الأردني الذي وإن كان قد عنون المادة التي أضافها إلى قانون العقوبات ببدائل إصلاح مجتمعية، وعرف الخدمة المجتمعية بأنها إلزام المحكوم عليه بالقيام بعمل غير مدفوع الأجر لخدمة المجتمع لمدة تحددها المحكمة لا تقل عن (٤٠) ساعة ولا تزيد على (٢٠٠) ساعة^(٣).

والملاحظ على موقف التشريعات إنها وإن تباينت في المصطلح المستعمل للدلالة على ما يقوم به المحكوم عليه من عمل بدلاً عن العقوبة السالبة للحرية؛ وتباينها أيضاً بشأن العمل في خدمة المجتمع وكيفية التعامل معه لكنها اتفقت على أنه عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية على اتجاه التشريع البحريني والجزائري والفرنسي، بل حتى المشرع الإماراتي يتعامل مع الخدمة المجتمعية على أنها بديل للعقوبة السالبة للحرية من حيث المدلول الذي قدمه وإن كان قد وضعه كما قلنا تحت التدابير المقيدة للحرية. وأن المحكوم عليه بهذه العقوبة يؤدي عملاً لصالح مؤسسة أو هيئة أو جهة تؤدي أعمالاً تصب في صالح المجتمع؛ والبعض منها كما هو حال المشرع البحريني قد خول جهات معينة هي التي تتولى تحديد تلك الجهات فضلاً عن اتفاق التشريعات في جلها على أن ما يؤديه المحكوم عليه من عمل يكون بدون مقابل بدلاً من العقوبة التي يصدرها القضاء بحقه، وأنها قد اتفقت على أنه عقوبة بديلة عن العقوبة السالبة للحرية باستثناء موقف المشرع الإماراتي الذي جعل الخدمة المجتمعية بديلاً عن عقوبة الغرامة، الأمر الذي يجعله محل نظر بشأن ذلك كما سيأتي بيانه.

المطلب الثاني المنطلقات العملية والدعائم الفلسفية لإقرار عقوبة العمل في خدمة المجتمع

بادي ذي بدء نؤكد أن المنطلقات العملية والدعائم الفلسفية التي سنذكرها أنها كانت وراء تبني التشريعات لنظام العمل في خدمة المجتمع بديلاً للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة سواء منها ما

(١) - لقد عدل المشرع المادة (١٢٠) في سنة ٢٠١٦ وكان نصها (للخدمة المجتمعية تكليف المحكوم عليه بأداء العمل المناسب في إحدى المؤسسات على أن يمنح ربع الأجر المقرر).

(2) - Section 3 subsection 2 of the Criminal Justice (Community Service) Act, 1983.

(٣) - المادة (٢٥) مكررة والتي أضيفت إلى قانون العقوبات بالقانون رقم ٢٧ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٠٨٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/٨/٣٠.

تعلق بالعامل الاقتصادي، أم بالجانب النفسي وما يؤدي إليه من تجنب المخاطر سواء بالنسبة إلى المحكوم عليه أم بالنسبة إلى المجتمع؛ فقد دفعت مجمل هذه الأفكار إلى أن يعاد النظر في تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، ومن ثم طرح مزيد من الأنظمة التي تقود إلى احترام الإنسان واحترام حقوقه؛ وفيما يأتي بيان ذلك وكل في فقرة مستقلة.

أولاً: عجز المؤسسات العقابية عن تحقيق الإصلاح والتأهيل

من المعلوم أن الفكر الجنائي قد عوّل على العقوبة السالبة للحرية وعلى المؤسسات العقابية بمختلف أنواعها في تنفيذ العقاب وتحقيق أغراضه سواء بمنع الجريمة من ذات المجرم، أم بمنع غيره من الإقدام عليها والتي ثمة حقائق تؤكد أنها قد فشلت في تحقيقه^(١)، بل إن ثمة من يؤكد أن الفكر الجنائي المسيطر على العقاب، وعلى كيفية تنفيذه وما بات يشكله تنفيذ العقوبة السالبة للحرية بشكل خاص من ضرر بشأن العجز عن تحقيق أغراض العقوبة وبالذات منع العود إليها هو المسوّغ الأساسي لاتجاه التشريعات إلى بدائل العقوبة السالبة للحرية؛ لا سيما أن العقوبة السالبة للحرية باتت تشكل خطأ فادحاً وعميقاً أصاب المفاهيم التي تقوم عليها السياسة العقابية^(٢) في واقعها الملموس؛ لا سيما أمام زيادة الشك في قدرة المؤسسات التي تنفذ فيها تلك العقوبات على إعادة تأهيل المحكوم عليهم ممن تُنفذ العقوبة عليهم داخل أسوارها^(٣).

وتأكيداً على ذلك تشير الدراسات التي تبحث في مسألة العود إلى الجريمة إلى أن الدلائل على السجون ليست واعدة. ففي أحد أكثر التقييمات تعقيداً للعودة إلى الإجرام أجريت في عام ٢٠٠٢ قدمت إحصائية عن السجناء الذين أُطلق سراحهم في عام ١٩٩٤ أن ٦٧,٥٪ من السجناء قد أعيد محاكمتهم ممن أُطلق سراحهم بسبب جرائم جديدة؛ في حين بلغت نسبة من أدينوا عن جريمة جديدة ٤٦,٩٪، وأن ٢٥,٤٪ أعيدوا الحكم عليهم بالسجن، وأن ما يقرب من ٣٠٪ من أفراد العينة قُدموا في غضون ٣ أشهر من تاريخ إطلاق سراحهم^(٤).

ومراجعة هذه الإحصائية لا شك تعطي الانطباع على أن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية في المؤسسات العقابية لم يكن بالمستوى الذي يعوّل عليه في الحد من الجريمة ولا في الحد من عودة المحكوم عليه إلى السجن مرة أخرى. ولو نظرنا إلى النسب وأجرينا مقارنة بسيطة بشأن من أدينوا بجريمة جديدة قياساً إلى من أعيد محاكمتهم لوجدنا أن نسبة من أعيد محاكمتهم تقترب من الثلثين. وأن ما نسبته

(١) - تشير عدد من الدراسات المقارنة بأن السجن يضع المحكوم عليهم في ظروف يصعب عليهم فيها التكيف مع الجمهور بعد قضاء مدة عقوبتهم ويجعلهم عرضة للعودة إلى الإجرام لاحظ في ذلك.

Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, Alternatives to Imprisonment: Provision, Implementation, and Projection of Alternatives to Imprisonment in Indonesia, Published by: Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), First Edition: September 2019, p.2.

(2)- Sandeep Gopalan, Mirko Bagaric, op. cit.p.61.

(3)- Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, op. cit. p. 2

(4)- Francis T. Cullen1, Cheryl Lero Jonson, and Daniel S. Nagin, Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science, The Prison Journal Supplement to 91(3),2011, p. 54.

النصف إلا بشي قليل هي نسبة من أُعتقلوا خلال فترة وجيزة من تاريخ إطلاق سراحهم. ولا يبتعد عن هذه الحقيقة مَنْ يذهب إلى القول بأن الآثار السلبية التي تحدثها المؤسسات العقابية والتي لا تحمد عقباها لما تحدثه من تغيّرات في شخصية المحكوم عليه هي التي دفعت إلى تبني الدعوة للتغيير نحو بدائل العقوبة؛ لأن الحقيقة هي أن تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في المؤسسات العقابية لا تتضمن تغييراً إيجابياً في شخصية من يُنفذ هذا النمط من العقاب عليه؛ إنما العكس من ذلك، أي أنها تُحدث تغييرات سيئة في شخصيته؛ بحيث تجعله يعتاد على بيئة الإجمام، فضلاً عن أن تنفيذ العقوبة داخل المؤسسات العقابية تدفعه إلى الإجمام بدلاً من إصلاحه وتأهيله، وهذا الكلام ليس نظرياً إنما ثمة دراسات تشير إلى المؤسسات العقابية التي تؤدي إلى آثار عكسية على جهود إعادة تأهيل الجناة والمجرمين الأقل خطورة الذين ينتمون إلى الفئات ذوي العوامل الإجرامية الضعيفة⁽¹⁾، أو مبتدئي الإجمام.

ثانياً: دور عقوبة العمل في الحدّ من ظاهرة العود إلى الجريمة

فضلاً عما يؤدي إليه تنفيذ العقوبة السالبة للحرية داخل أسوار السجن من ضرر ومن شكوك في قدرتها على إعادة التأهيل؛ فإن ثمة مَنْ يرى بأن تبني العقوبات البديلة بمختلف صورها ومن ضمنها عقوبة العمل يقف وراءه مسوّغ أساسي ألا وهو منع الجاني من العودة إلى الإجمام؛ إذ يرى المهتمون بالشؤون العقابية بأن اختلاط المحكوم عليهم داخل المؤسسات العقابية يعدّ من أهم الأسباب المؤدية إلى تنامي معدلات الجريمة، وأن العود إلى ارتكاب الجرائم يُعدّ - في الغالب - نتيجة لتأثير المحكوم عليهم معتادي الإجمام على المبتدئين؛ لذا كان من اللازم عزل المحكوم عليهم بعقوبة سالبة وعدم السماح لهم بدخول تلك المؤسسات.

ومع أن الحقيقة هي عدم وجود إحصائيات كافية تُظهر أن العقوبات البديلة ستقلل من الإجمام نظراً إلى حداثة تطبيق هذا النظام إلا أن ما ينبغي النظر في شأنه هو أن الحكم بالعقوبة البديلة أمر مرغوب فيه لأنه على الأقل يُقلل من العودة إلى الجريمة من جديد، وذلك من خلال السماح للمجرمين بأن يصبح كل منهم عضواً مساهماً في المجتمع. وحتى إذا لم يكن هناك دليل يدعم الفكرة القائلة بأن أحكام العقوبات البديلة تقلل بالفعل من العودة إلى الإجمام؛ فإنها على الأقل لا تزيد تلك النسبة⁽²⁾؛ بمعنى ينبغي ألا تهمل عقوبة العمل في خدمة المجتمع؛ لأنها إذ تُجنّب المحكوم عليه من الاختلاط بالمجرمين؛ فإن من نتائج ذلك المنطقية، أو النظرية الصرفة على الأقل أن عقوبة العمل تعدّ أهم البدائل المقترحة التي تسعى إلى الحدّ من المشاكل التي تواجهها السياسة العقابية؛ فهي من جهة تحول دون اختلاط المحكوم عليهم مع معتادي الإجمام، ومن جهة أخرى فإنها تسهم إسهاماً كبيراً في تقليل احتمالات العود؛ لأن المحكوم عليه بعقوبة العمل في خدمة المجتمع لن يُخشى

(1)- Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, op. cit. p. 2.

(2)-Cooper Jones, Does Alternative Sentencing Reduce Recidivism? A Preliminary Analysis, Xavier Journal of Politics, Vol. V (201415-): p. 18.

عليه من التردّي في مهاوي الإجرام والتعودّ على نظام البيئة العقابية طالما أنه ينفذ العقوبة خارج أسوار المؤسسة العقابية^(١)، بل وربما في بيئة عمله؛ حيث تسمح بعض الدول بذلك كما هو الحال في مملكة البحرين^(٢).

ثالثاً: دور العمل في خدمة المجتمع في معالجة مشكلة اكتظاظ المؤسسات العقابية (السجون)

بدءاً نؤكد أن اكتظاظ المؤسسات العقابية يقصد به زيادة عدد المحكوم عليهم على الإمكانيات الاستيعابية للسجن المتاحة^(٣)؛ إذ المقرر بأن لكل مؤسسة عقابية طاقة استيعابية يُطلق عليه بالمقرر الصحي، ويتحدّد بعدد محدّد من المحكوم عليهم يمكن للمؤسسة العقابية استيعابهم، ومن ثم الاستفادة ممّا تتيحه لهم سواء من حيث بناؤها أو المرافق الملحقة بها؛ بحيث لا تزيد طاقتها الاستيعابية عن ذلك العدد مقاساً على أساس المساحة المخصصة لكل محبوس في المكان المعدّ للنوم وتصميم المؤسسة أو نوعها، وبموجبه تتحدّد السعة الاستيعابية الصحية للمؤسسة العقابية، وعندما يزيد العدد الفعلي للمحبوسين على مقدار السعة الاستيعابية للمؤسسة فإننا نواجه مشكلة اكتظاظ. أما ظاهرة اكتظاظ السجون؛ فهي ذات آثار مزدوجة: يتعلق الجانب الأول منها بوظيفة المؤسسة العقابية؛ إذ يؤدي تحقق هذه الظاهرة إلى اختلال في أداء المؤسسة العقابية لوظيفتها الإصلاحية فضلاً عن الآثار السلبية على شخصية المحكوم عليهم التي تؤثر في النهاية على إصلاحه وتأهيله؛ فإلى جانب ما يؤدي إليه هذا الاكتظاظ من مشاكل اجتماعية وصحية... إلخ^(٤)؛ فإنه يؤثر بصورة سلبية على أداء المتخصصين في المؤسسات العقابية؛ إذ لا يمكنهم متابعة كل المحكوم عليهم وتلبية متطلبات إصلاحهم وتأهيلهم؛ فضلاً عمّا يؤدي إليه الاكتظاظ من أثر سيّء على ميزانية الدولة؛ لا سيما بشأن توفير متطلبات العيش من سكن وطعام ورعاية صحية... إلخ؛ فكلما زاد عدد النزلاء ازداد العبء الذي تتحمله الدولة^(٥).

(١) - شعيب ضريف - آليات تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - سعيد حميد - جامعة الجزائر/ ١ - ٢٠١٩ - ص ٦٤.

(٢) - لاحظ المادة السابعة من قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٨ بشأن تحديد جهات العمل والأعمال التي تنص على (إذا كان المحكوم عليه من منتسبي قوة دفاع البحرين أو وزارة الداخلية أو الحرس الوطني أو جهاز الأمن الوطني فيكون تنفيذ العقوبة البديلة المقصّي بها بالعمل في خدمة المجتمع لدى الجهة التي ينتسب إليها، وعلى هذه الجهة أن تحدّد نوع العمل المقرّر وفقاً لما تراه مناسباً).

(3)-Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, Alternatives to Imprisonment: op. cit. p.19

(٤) - شعيب ضريف- المرجع السابق- ص ٦٧.

(5)-Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, Alternatives to Imprisonment: op. cit. p.19

ومن البلدان التي تعاني من مشكلة اكتظاظ السجون، الولايات المتحدة الأمريكية، وإنجلترا التي تواجه بالفعل عددًا متزايدًا من السجناء^(١)، وكذا الأمر بالنسبة إلى أندونيسيا إذ تُشير التقارير الحديثة إلى تعاظم هذه الظاهرة في ذلك البلد^(٢)؛ لذلك فإن البحث عن البدائل التي من شأنها أن تخفف من هذه المشكلة بات ضرورة تقتضيها متطلبات الإصلاح والتأهيل. وعلى أساس ما تقدم نرى بأن الحاجة إلى العقوبات البديلة تبدو ملحّة بعدما تبين لنا الآثار السلبية النفسية والاجتماعية الناجمة عن سلب الحرية وعزل المحكوم عليه عن المجتمع ومن ثم اختلاطه مع معتادي الإجرام خاصة إذا نظرنا إلى اتساع نطاق التجريم وبشكل خاص ما فرضه التقدم التقني والتكنولوجي على المجتمعات وفي مختلف مجالات الحياة؛ فضلاً عن أن هناك هدفاً أساسياً دفع التشريعات إلى تبني أساليب العقاب المستحدثة ألا وهو جعل أسلوب تنفيذ العقوبة أكثر إنسانية؛ لا سيما إذا نُظر إلى بدائل العقوبة في مجملها، وأنها قادرة أكثر من غيرها على تحقيق معظم الأهداف المناسبة والقابلة للتحقيق من وراء تنفيذ العقوبة، بل أن منها ما يمكن إن يستفيد من التطورات التكنولوجية التي يشهدها العالم اليوم؛ إذ توفر بعض البدائل تقنيات أكثر كفاءة في تحقيق ما يقصد من وراء العقوبة كالمراقبة الإلكترونية وغيرها^(٣).

رابعاً: العوامل الاقتصادية ودورها في الأخذ بالعمل في خدمة المجتمع

تعدّ العوامل الاقتصادية من المسوّغات الأخرى التي يُستند إليها في دعم الاتجاه إلى نبذ تنفيذ العقوبة السالبة للحرية داخل المؤسسات العقابية والاتجاه إلى العقوبات البديلة، ومنها تخفيف العبء على خزينة الدولة؛ لأن قضاء العقوبة داخل المؤسسة العقابية يزيد من نفقات الدولة على المحبوسين وبشكل خاص المحكومين بعقوبة بسيطة وما يتطلبه تنفيذها داخل المؤسسة العقابية من مأكّل ومشرب... إلخ^(٤)؛ إذ يُعدّ هذا العامل من المسوّغات المهمة في تبني عقوبة العمل في خدمة المجتمع لما يتطلبه تنفيذ العقوبات السالبة للحرية من إنشاء للمؤسسات العقابية في مختلف أنواعها، وما يسببه هذا الأمر من إرهاق لميزانية الدولة^(٥)؛ لا سيما أمام ظاهرة ازدياد عدد المحكوم عليهم

(1)- Josine Junger-Tas, Studies on crime and Justice, series from the Dutch Research and Documentation center, Alternatives to prison sentences and developments, Ministry of justice, Kugler publications -Amsterdam, New York 1994, p.13.

(٢) - وتشير التقارير التي تؤكد ظاهرة اكتظاظ السجون إلى أن نسبة المحكوم عليهم في أندونيسيا قد بلغت ما يقارب ٢٠١٪ مقارنة بسعة السجن في أربع إصلاحيات. يلاحظ في ذلك

Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, Alternatives to Imprisonment: op. cit. p. 2.

(3)- Sandeep Gopalan, Mirko Bagaric, Progressive, op. cit. p.61.

(٤) - حضر باش بشرى - فعالية العقوبات البديلة في التشريع الجزائري - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف مسيلة - الجزائر - ٢٠١٩ - ص١٦.

(٥) - رفعات صافي أو حجلة - العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١٩ - ص٣٦.

التي قد تؤدي إلى الوقوع في مشكلة اكتظاظ السجون في حال عدم الاستجابة لتضخم عدد المحكوم عليهم وإنشاء مؤسسات عقابية جديدة، وهي بحد ذاتها مشكلة، أو أن يقود ذلك إلى إنشاء السجون بمختلف أنواعها^(١) ومن ثم ازدياد متطلبات الإنفاق عليها من إداريين واختصاصيين... الخ وما يستتبع ذلك من زيادة النفقات التي تستقطعها من الميزانية السنوية لإنفاقها على السجون وعلى القائمين عليها؛ فقد خصصت بعض الدول في عام ٢٠١٨ ما مقداره (٣١٪) من ميزانيتها لسدّ نفقات المؤسسات الإصلاحية بسبب تزايد عدد المحكوم عليهم^(٢)، إلى جانب عدم وجود مردود مادي مضمون من المؤسسات العقابية الإصلاحية سواء في منع الجريمة أو الوقاية منها، أو من ناحية حماية المجتمع من الإجرام^(٣)؛ فضلاً عن الخسائر المالية التي يتكبدها المحكوم عليهم وأفراد أسرهم بسبب الحيلولة بين المحكوم عليهم وممارسة أعمالهم التي هي مصدر رزقهم والذي قد يؤدي إلى فقدان وظائفهم أحياناً، والذي من شأنه أن يعرضهم إلى ضائقة مالية^(٤)، وما يترتب على ذلك من عواقب على المحكوم عليهم وذويهم جراء تنفيذ العقوبات قصيرة المدة.

وفي الوقت الذي يؤكد فيه البعض أن سبب اللجوء إلى العقوبات البديلة في الولايات المتحدة الأمريكية هو الفشل الذي تعاني منه المؤسسات العقابية في منع الجريمة؛ فضلاً عما يرصد لها من أموال ضخمة التي تُنفق على المحكوم عليهم في سبيل إصلاحهم؛ فعلى سبيل المثال بلغ متوسط الإنفاق على الإصلاح في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ٢٠٠٠ مليار دولار سنوياً^(٥) فإن جانباً آخر يرى في أفضلية العقوبات البديلة وفعاليتها يتعلق بالكلفة الاقتصادية التي يتطلبها تنفيذ العقوبات البديلة قياساً إلى كلفة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية؛ إذ يؤدي انخفاض الكلفة الاقتصادية الذي تتطلبه تنفيذ العقوبات البديلة قياساً إلى كلفة تنفيذ العقوبات السالبة للحرية إذ يقدر متوسط نسبة الانخفاض الذي يتحقق جراء العقوبات البديلة بـ ٨٠٪ من تكلفة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية وتؤكد الإحصائيات أن متوسط تكلفة تنفيذ العقوبة في السجن للشخص الواحد بلغت حوالي ٢٥٠٠٠ دولار؛ في حين تبلغ تكلفة نظم بدائل السجن الذي يقوم على المشاركة المجتمعية في تنفيذ العقوبة (AIP) الذي طبقت في إحدى الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية ٥٠٠٠ دولار لكل شخص وما هذا إلا مجرد مثال آخر لكيفية توفير الدول للمال في وقت تكون فيه الدول أكثر حاجة للأموال^(٦).

(١) - لاحظ في أنواع المؤسسات العقابية على سبيل المثال لا الحصر د. محمود نجيب حسني - دروس في علم الإجرام والعقاب - دار النهضة العربية - ١٩٨٨ ص ٢٥٩ وما بعدها د. محمد حماد مرهج الهيتي - علم العقاب وتطبيقاته في التشريع البحريني والمقارن كتاب محكمة طبع على نفقة جامعة المملكة ط/ الأولى ٢٠١٠ ص ٢٥٩ وما بعدها.

(2)- Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, op. cit. p. 2

(٣) - للمزيد عن الموضوع يراجع زياني عبد الله - العقوبات البديلة في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران - ٢٠٢٠ - ص ١٨ وأيضاً أيمن بن عبد العزيز المالك - بدائل العقوبة السالبة للحرية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - كلية الدراسات العليا - ٢٠١٢ ص - ٤٠.

(٤) - رفعات صافي أو حجلة - المرجع السابق - ص ٣٦.

(٥) - قياساً إلى ما تم إنفاقه عام ١٩٨٠ ما يقرب من ٢٨٠ مليون دولار على إصلاح السجناء وتأهيلهم، بينما

Cooper Jones, op. cit p. 18 - 19.

(6) - Cooper Jones, op. cit. p. 22.

وإذ تؤكد التقارير أن تكاليف السجن في مجال تعليم المحكوم عليهم وإصلاحهم قد تضاعفت بشكل لافت للنظر بعد عام ٢٠١٧ فقد وصلت إلى ٢٥ مليار دولار وبلغ متوسط التكلفة السنوية لاحتجاز كل محكوم عليه ما يقارب ٢٤ ألف دولار ممّا يمثل تحديات كبيرة في رأس المال للميزانيات المحلية^(١)؛ فإن تقارير أخرى تؤكد زيادة التكاليف الطبية لكل محكوم عليه خلال الفترة من عام ٢٠٠١ إلى عام ٢٠٠٨؛ فقد بلغت الزيادة للرعاية الصحية فقط في بعض الولايات إلى ما نسبته ٣٠٠٪، في حين تراوحت الزيادات في ولايات أخرى ما بين ١٢٠٪، إلى ١٠١٪^(٢). وعلى أساس معادلة بسيطة^(٣) يشير البعض إلى أن وجود المحكوم عليهم في المؤسسات العقابية يؤدي إلى خسارة في الإنتاج المحلي فضلاً عن الأجور المفقودة للمحكوم عليهم التي تقترب أجورهم المفقودة من ٧٠ مليار دولار^(٤).

وإذا أخذنا بعين الحسبان ما تقدّم وما يتضح من خلال مراجعة الإحصائيات التي سلفت والتي تُظهر ازدياد حجم الإنفاق الحكومي على المؤسسات العقابية، بصورة مضطربة؛ فإنّ هذا إن كان يُعدّ مؤشراً على ازدياد عدد المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية؛ فإنه يعد بذات الوقت مبرراً مقبولاً دفع الجهات المسؤولة إلى طرح فكرة العمل في خدمة المجتمع كبديل للعقوبة السالبة للحرية؛ لا سيما بشأن الكلفة الاقتصادية للمحكوم عليه قياساً للكلفة الاقتصادية لتنفيذ العمل في خدمة المجتمع.

وما يمكن أن تتميز به عقوبة العمل في خدمة المجتمع عن غيرها من العقوبات البديلة في تحقيق الجانب الاقتصادي ويؤكد فاعليتها في هذا المجال هو أنها إن كانت تخفف كغيرها من العقوبات البديلة الأخرى عن كاهل الدولة؛ فإنها تحقق إيراداً للدولة، ممّا يجعلها تُفضّل عن غيرها من العقوبات. أمّا أنها تحقق إيراداً للدولة فله وجهان: الأول أن ما يؤديه المحكوم عليه بالعقوبة من عمل سيكون مقابل، أي بصورة مجانية وهذا يعني أن الدولة ستنتفع بالعمل أو الخدمة دون أن تتحمل كلفة مادية جراء ذلك^(٥)؛ فضلاً عن أن الأعمال أو الخدمات التي يقدمها المحكوم عليه للجمهور دون أن تتحمل نفقات مادية جراء ما يقوم به يقلل من الكلفة المادية للعمل؛ فيحقق بصورة أكيدة انتفاع

(1)- State and Local Expenditures on Corrections and Education A Brief from the U.S. Department of Education, Policy and Program Studies Service.2016.

متاح بتاريخ ٢٠٢١/٩/١٨ على الموقع الإلكتروني:

<https://www2.ed.gov/rschstat/eval/other/expenditures-corrections-education/brief.pdf>

(٢) - وكانت أعلى نسبة في ولاية نيوهامشير في حين تلتها في الترتيب ولاية ألاباما ومن ثم ولاية أركنساس التي بلغت نسبة الزيادة ١٠٥٪ ومن ثم مونتانا إذ بلغت نسبة الزيادة ١٠٢٪ وفي المرتبة الأخيرة ولاية ماريلاند.

Michael Caudell - Feagan, Michael D. Thompson, Yolanda Lewis, Local Spending on Jails Tops \$25 Billion in Latest Nationwide Data Costs increased despite falling crime and fewer people being admitted to jail. Jan 2021, p.p 35-.

(٣) - هذه المعادلة مبنية على أساس ضرب عدد المحكوم عليهم داخل المؤسسة العقابية بمتوسط الأجر المحتمل تحقيقه ويكون الناتج هو المبلغ الذي يخسره المحكوم عليه وينعكس على المجتمع.

(4) -Michael McLaughlin, Carrie Pettus-Davis, Derek Brown, Chris Veeh, Tanya Renn, The Economic Burden of Incarceration in the U.S. Working Paper July 2016.p. 9.

(٥) - صفاء أو تاني - المرجع السابق- ص ٤٤٤.

الدولة منه بدلاً من أن يكون مصدر عبء عليها ويحملها نفقات إضافية فيما لو نفذت مدة عقوبته في المؤسسات العقابية.

خامساً: اتساع نطاق تطبيق العمل في خدمة المجتمع في الواقع العملي

في الوقت الذي نؤكد فيه أننا لم نستطع أن نقف على الحقيقة الكاملة لواقع العمل في خدمة المجتمع في التطبيق العملي؛ إذ لا توجد إحصاءات رسمية كافية تُظهر حجم استعمال العقوبات البديلة بشكل عام، والعمل في خدمة المجتمع بشكل خاص، وهو ما دفعنا إلى أن نستند إلى ما يشير إليه البعض؛ إذ ثمة من يؤكد على أن المحاكم الهولندية قد فرضت في عام ٢٠١٥ لوحدها العمل في خدمة المجتمع بحوالي ٢٠ ألف حكم، وكانت الفئات التي شملتهم هذه الأحكام موزعة على الشكل الآتي (٢٣٪) على الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم متعلقة بالملكات و(٢٥٪) على الأشخاص مرتكبي جرائم العنف الجنسي، أما جرائم المخدرات البسيطة فكانت النسبة (٨٪)^(١).

وعلى صعيد التطبيق العملي في مملكة البحرين فقد عزز الواقع العملي ما يمكن أن يُعدّ مسوغاً للتمسك بالعمل في خدمة المجتمع بشكل خاص وبالعقوبات البديلة بشكل عام؛ إذ بلغ عدد المحكوم عليهم ممن استفاد من تطبيق العقوبات البديلة بشكل عام ما يقارب ٣٢٩٧ محكوماً^(٢) منذ تاريخ بدء تطبيقه.

ويؤكد البعض استخدام العمل في خدمة المجتمع بدأ يتسع بشكل لافت خاصة في فرنسا إذ تكشف الإحصائيات عن أن مجموع إجمالي الأحكام التي صدرت في سنة ٢٠٠٩ تقدر بـ (٢٦٥٧٨) بين عقوبة أصلية وتكميلية، وهو يؤكد اتساع نطاق تطبيقه واستخدامه بشكل متسارع. وعلّة ذلك كما يؤكد هذا الاتجاه أن العمل في خدمة المجتمع يحقق أغراضاً عقابية شتى؛ فهو يفيد المحكوم عليه في أن يجنبه مساوئ الحبس قصير المدة وخاصة في الجرائم قليلة الخطورة، ويسهم في الوقت نفسه في الحدّ من اكتظاظ السجون، ونجاحه في الحدّ من العقاب ومكافحته العود^(٣).

سادساً: ملاءمة العمل في خدمة المجتمع لبعض طوائف المجرمين

من المسوّغات العملية التي كشف عنها الواقع والتي تؤكد أفضلية العمل في خدمة المجتمع ما يؤكد البعض بشأن ملاءمته لبعض طوائف المجرمين؛ ويمكن أن يصنف المجرمون إلى طائفتين: طائفة ترتكب جرائم خطيرة، وأخرى ترتكب جرائم ليست على تلك الدرجة من الخطورة، وهذا يتطلب إعادة النظر في العقاب المقرر للطائفة الأخيرة؛ إذ يمكن أن نجادل بأن نظام الأحكام الحالي قاسٍ للغاية ضد أشكال معينة منهم^(٤)؛ لا سيما إذا نُظر إلى الجرائم التي ترتكبها هذه الطائفة على أنها

(1) - Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, op. cit. p. 26.

(٢) - لاحظ الموقع الرسمي لوكالة أنباء البحرين التي نقلت الخبر عن مساعد النائب العام بتاريخ ٨ أبريل. لاحظ الموقع الإلكتروني الذي تم زيارته بتاريخ ١٥/٧/٢٠٢١:

<https://www.bna.bh/733297>.

(٣) - انظر في تفصيل ذلك بوسري عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ٣١١.

(4) - Sandeep Gopalan, Mirko Bagaric, Progressive, op. cit. p.61.

جرائم ليست بالخطيرة نسبياً.

ويركز البعض على ما تحدثه عقوبة العمل لخدمة المجتمع من أثر بالنسبة إلى المحكوم عليه والمجتمع، وطالب بضرورة عدم إهماله؛ فهو من جهة يجنب المحكوم عليه مضار الاختلاط بالمجرمين ويزيد من عوامل قبوله لما يحققه من تخفيض شديد ومضمون لتكاليف الإصلاح والتأهيل، كما سبق أن اشرنا؛ فمن الحكمة ألا يُهمَل ذلك؛ إنما أن تأخذ الدول على عاتقها تبني العقوبات البديلة وعدم الاعتراض عليها^(١)، كونها تحقق مصلحة المجتمع في خفض تكاليف الإنفاق على تنفيذ العقوبة السالبة للحرية وبذات الوقت يحقق غاية العقاب وما يرجى منه بشأن المحكوم عليه.

وإذا أخذنا بعين الحسبان فئات المحكوم عليهم وبشكل خاص من لا يكون من الملائم زجهم في السجون بسبب ظروفهم سواء ما تعلق منها بالظروف المحيطة بالواقعة الجرمية، أو ما تعلق منها بظروف الجاني ذاته؛ فضلاً عن مدة العقوبة المحكوم بها التي قد تشكل عائقاً أمام إصلاحه وتأهيله؛ فإننا نرى بأن عدم خطورة الجاني لا على المجتمع ولا على غيره، بل وعدم خطورة الغير على الجاني نفسه بالأحرى يُحتمل التصادم بينه وبين المجني عليه أو ذويه. ومن المسوغات الأساسية الأخرى التي تقف وراء تبني هذا النمط من العقاب والتي يفرضها الجانب العملي، الأمر الذي له انعكاساته على الجرائم التي ينبغي ألا يُستثنى الحكم بالعمل في خدمة المجتمع بحق من يحكم عليه بها؛ فغاية المشرع من العقاب بشكل عام والعقوبة البديلة هو ليس وقوع جريمة لاحقة من ذات الجاني؛ إنما أيضاً من أن يكون الأخير موضوعاً لجريمة بسبب ما ارتكبه؛ لذا على القاضي أن يأخذ ذلك بعين الحسبان قبل أن يقرر استبدالها بعقوبة العمل.

ومما تقدم يمكننا القول بأن المسوغات التي تقف وراء اعتماد العمل في خدمة المجتمع عقوبةً بديلةً، بل والتوسع في تطبيقها، وعددها الأسلوب الأفضل في تنفيذ العقوبة السالبة للحرية الذي يحقق مصلحة المجتمع والمحكوم عليه في آن واحد؛ هي السماح في تحقيق العدالة الجنائية من خلال حماية المجتمع، وتجنب الاستخدام غير الضروري لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية داخل السجون؛ فضلاً عن تمتعه بالمرونة التي من شأنها أن تجعله يتوافق مع طبيعة الجريمة، بل ومع خطورتها ومن ثم خطورة مرتكبها؛ إذ إنه الأسلوب المناسب للجرائم الأقل خطورة على المجتمع، وأخيراً توافقه مع خلفية الجاني الإجرامية ووضعه داخل المجتمع فضلاً عن مراعاته لإمكاناته البدنية والعقلية؛ لا سيما أن التشريعات ومنها المشرع البحريني يلزم جهة العمل بأن تراعي المحكوم عليه بالعمل بأن يكون متوافقاً مع مهنته - إن أمكن... وبما لا يجاوز ثماني ساعات يومياً وألا يزيد على خمسة أيام في الأسبوع، على أن تراعى الحالة البدنية والصحية للمحكوم عليه في الحالات التي تستدعي ذلك^(٢).

(1)- Cooper Jones, p.18.

(٢) - المادة السادسة من قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٨ بشأن تحديد جهات العمل في خدمة المجتمع.

المبحث الثاني الطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع

كما تباين موقف الفقه وموقف التشريعات في مدلول العمل في خدمة المجتمع، تباين موقف الفقه وموقف التشريعات في طبيعته القانونية، وهو تطلب منا أن نخصص مطلباً مستقلاً لاستعراض الاتجاهات المختلفة في الفقه ومطلباً لبيان الرأي الراجح، ومن ثمّ نستعرض موقف التشريعات المقارنة وموقف المشرع البحريني الذي جسّد نظريته إلى العمل بكونه أسلوباً مستحدثاً ونظاماً خاصاً من أنظمة السياسة العقابية المعاصرة.

المطلب الأول

موقف الفقه من الطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع

أثار العمل في خدمة المجتمع جدلاً في الفقه حول ما إذا كان يُعد عقوبة، أم تديباً، أم أنه يجمع بينهما فيكون من طبيعة مختلطة؛ بمعنى أن يكون عقوبة في جانب منه وتديباً في جانب آخر، أم أنه نظام خاص له ذاتيته؟ وقد اقتضى الفصل في هذه الحقيقة القانونية استعراض موقف الفقه في اتجاهاته المختلفة وسنبيّن كل أمر في فقرة مستقلة.

أولاً: العمل في خدمة المجتمع مجرد تديب جنائي

ثمة من يرى بأن العمل في خدمة المجتمع الذي اتجهت إلى الأخذ به التشريعات حديثاً بأنه ما هو إلا نظام ينتمي إلى التدابير الجنائية ويأخذ بطبيعتها؛ وإن كان يسعى إلى تجنب مخاطر مجتمع السجن الفاسدة؛ فإنه فوق هذا يُفرض لاعتبارات تتعلق بمصلحة الفرد والمجتمع معاً؛ لذا فإنه «يحمل بعض صفات التديب كونه يرمي إلى الحدّ من ظاهرة العود عن طريق تأهيل الفرد ويهدف كذلك إلى حماية المجتمع كونه يحمل في طياته فلسفة التعويض»^(١).

والحقّ أن هذا الرأي غير مقبول لا في الوصف الذي أعطاه للعمل في خدمة المجتمع، ولا في التسويغات التي يسوغها؛ لتعارضها من الناحية القانونية مع فكرة التدابير سواء من حيث المدلول أو الغاية؛ لأن التدابير إذ تقوم على أساس مواجهة الخطورة الإجرامية^(٢) واحتمال ارتكاب الجاني لجريمة جديدة كونها ترتبط بالحالة النفسية والعضوية^(٣) للشخص التي من شأنها أن تجعل صاحبها مصدراً لجريمة أخرى؛ وهو ما يتطلب الإيواء في مؤسسات متخصصة لعلاج تلك الخطورة لا أن يُبقى على المحكوم عليه طليقاً في المجتمع وهو ما ومن الممكن أن يختلط بأشخاص في بيئة العمل،

(١) - صفاء أوتاني - المرجع السابق - ٤٢٣، سعود أحمد - بدائل العقوبة السالبة للحرية - عقوبة العمل في خدمة المجتمع نموذجاً

-رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة أبو بكر بلقايد- الجزائر - ٢٠١٧ - ص ١٦٢

(٢) - التي هي مجرد احتمال ارتكاب جريمة تالية - د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٢٤٨، وللمزيد راجع في ذلك د.

محمد حماد مرهج الهيئي - علم العقاب - ص ٢٤٣.

(٣) - الأمر الذي يؤكده المشرع البحريني بشأن كون العلة التي يعاني مرتكب الجريمة قد تكون حالة جنون أو اختلال عقلي أو ضعف عقلي أو نفسي يفقده القدرة على التحكم؛ ممّا يقتضي إيداعه في مأوى علاجي.

فضلاً عن عدم أخذ هذا الاتجاه بعين الحسبان الأساس الذي بموجبه تُقدَّر التدابير الجنائية؛ لأن الأساس في تقديرها ليس التناسب مع جسامة الجريمة كما يذهب هذا الاتجاه؛ لأن معيار التناسب هو المعيار الذي يقوم عليه الحكم بعقوبة العمل التي يُحكم بها بدلاً عن العقوبة السالبة للحرية؛ فمعيار فرض التدابير وباتفاق الفقه هو الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص من تفرض عليه^(١)، يجعلها - أي التدابير - غير محددة المدة، وتلك صفة من أهم صفاتها؛ وهو على خلاف الأمر بالنسبة إلى العمل في خدمة المجتمع التي تُستبدل بالعقوبة السالبة للحرية وهي عقوبة محددة تبعاً للمدة المقررة للعقوبة التي يحكم بها وأنها تفرض على أساس التناسب مع جسامة الجريمة؛ وأن من أهم خصائصها أن تكون محددة المدة؛ لأن القاضي لا يمكن أن ينطق بعقوبة العمل إلا بعد تحديد مدة العقوبة السالبة للحرية لصراحة المشرع بنصه «...أنَّ يستبدل بها بعد تحديد مدة الحبس...» المادة العاشرة من القانون.

أما الاختلاف الأساسي الذي يمكننا الاستناد إليه في الكشف عن عدم إمكانية نسبة العمل في خدمة المجتمع إلى التدابير فيتعلق بالأساس الذي تقوم عليه الأخيرة؛ إذ تتجرد من المدلول الأخلاقي^(٢) الذي تقوم عليه العقوبة التي جاء العمل في خدمة المجتمع بديلاً ليحل محلها، وهو ما لا يمكن أن تتجرّد عقوبة العمل في خدمة المجتمع عنه؛ فهي تقوم على ذات الأساس الذي تقوم عليه العقوبة الأصلية وتهدف إلى ذات الأهداف، كما سيأتي بيانه عندما نضع عقوبة العمل في خدمة المجتمع في ميزان العقوبة. فضلاً عن أن عقوبة العمل في خدمة المجتمع تتضمن إيلاماً للمحكوم عليه لا تتضمنه التدابير الاحترازية، إذ لا يقصد من وراء فرض الأخيرة ذلك؛ إنما علاج مكامن خطورة الجاني، وهذا وجه آخر لتعارض العمل في خدمة المجتمع مع التدابير.

أما قول البعض بأن التشابه بين العمل في خدمة المجتمع تدابير الأمن يتجلى «بأن كليهما يسعى إلى إيجاد علاج للتأثيرات السلبية الناجمة عن تطبيق العقوبات السالبة للحرية»^(٣) فلا يمكن التسليم به أيضاً لأمر بسيط هو أن التدابير لا يمكن أن تُنفذ في المكان الذي تنفذ فيه العقوبات السالبة للحرية؛ إذ تنفذ الأخيرة في المؤسسات العقابية؛ في حين تنفذ التدابير في المؤسسات العلاجية، كمصحة لمعالجة الأمراض العقلية، أو لمعالجة الإدمان على المخدرات والمسكرات فضلاً عن أن عقوبة العمل لا تُفرض إلا بحق من توافرت فيه متطلبات الأهلية الجنائية، وتقصد الإدراك وحرية الإرادة في

(١) - راجع في ذلك د. محمد أبو العلا عقيدة - النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية - دار النهضة العربية ط/ الرابعة ٢٠٠٩ - ص ٢٥٥. د. محمد عبد الله الوريكات - أصول علمي الإجرام والعقاب - دار وائل للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - ط/ الأولى - ٢٠٠٩ - ص ٢٥٢.

(٢) - د. محمد حماد مرهج الهيبي - علم العقاب - مرجع سبق الإشارة له - ص ٢٤٢. د. أحمد موسى هياجنة - نظام العقوبات والتدابير البديلة: نظام ذو ملامح خاصة لفلسفة عقابية متغيرة - مجلة جامعة الشارقة - المجلد ١٤ - العدد ١ - يونيو - ٢٠١٧ ص ٣٦٢.

(٣) - أحمد سعود - شروط الحكم بعقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري - مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة الوادي - الجزائر - العدد ١٣ - ٢٠١٦ - ص ١٦٢.

الاختيار، الأمر وهو قد لا يشترطه الحكم بالتدبير في كثير من الأحوال؛ بمعنى أن التدابير تفرض حتى لو لم يكن فاعل الجريمة أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية^(١)؛ إذ المهم في أن تكمن في مقترف الجريمة الخطورة الإجرامية^(٢)، التي من شأن تحققها أن يشكل المجرم خطراً على المجتمع بقيام احتمالية عودته للجريمة^(٣)، وهو ما تقوم عليه فكرة الخطورة الإجرامية التي تهدف التدابير إلى علاجها.

وإذا أردنا أن نستطرد في الأمر فإن المعلوم عن التدابير الجنائية أنها لا تهدف كالعقوبة لا إلى تحقيق العدالة ولا إلى تحقيق الردع العام^(٤) وهذا يضع هذا الرأي أمام تساؤل ينبغي الإجابة عنه يتعلّق بما إذا كان من أهداف العمل في خدمة المجتمع إذا وضعناه في منزلة التدابير. ألا يهدف إلى تحقيق العدالة، وتحقيق الردع؟ لا شك أن الإجابة عن ذلك ستكون خلاف ذلك بمعنى أن العمل يهدف إلى الأمرين معاً فضلاً عن أهداف أخرى؛ ممّا يجعله لا ينتمي إلى التدابير الجنائية بأي حال من الأحوال.

وعلى أساس كل هذه المسوّغات يمكننا القول بأن العمل في خدمة المجتمع يتعارض في أساسه وفي منتهاه، بل وفي أغراضه مع التدابير؛ إذ إنه لا يفرض إلا حيث يثبت ارتكاب المحكوم عليه فعل مجرم وقد تحققت فيه متطلبات الأهلية الجنائية لتحمل تبعة فعله؛ فضلاً عن أنه أي العمل في خدمة المجتمع يتضمن إيلاماً جسدياً ونفسياً، بل إنه يتضمن إيلاماً مادياً؛ يتمثل بحرمانه من المقابل المادي للعمل الذي يقوم به؛ فكل هذه السمات لا تتوافر في التدابير.

ثانياً: العمل في خدمة المجتمع عقوبة جنائية

ثمة اتجاه خالف الاتجاه السابق وذهب إلى أن العمل في خدمة المجتمع يعدّ عقوبة، كونه يحمل جميع الخصائص الكلاسيكية (القديمة) للعقوبة^(٥)، بل والخصائص الأساسية، كخضوعه لمبدأ الشرعية، وأنه مقيد بشروط معينة ويُفرض من قبل القضاء، إلى جانب كونه نظاماً يتحقق فيه كل من النفع العام وإصلاح الجاني كأبرز ما يميز العقوبة، ويميزه، كعقوبة بديلة^(٦)، ويؤيد جانب آخر هذه الطبيعة على أساس أن عقوبة العمل في خدمة المجتمع تتشابه مع العقوبة في كثير من خصائصها وفوق هذا يتوافر فيها عنصر الإكراه والإجبار علاوة على أنها تمثل تقييداً لحرية المحكوم عليه من خلال إلزامه بالعمل لفترة محددة قد تستغرق وقتاً طويلاً وجهداً وعناء وهو فضلاً عن ذلك يقدم

(١) - د. محمد أبو العلا عقيدة - المرجع السابق - ص ٢٤٥.

(٢) - التي تعرف بأنها احتمال ارتكاب المجرم لجريمة تالية - د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٢٤٨.

(٣) - لاحظ المادة (٨٧) من قانون العقوبات البحريني التي تسمح للقاضي بالإيداع في مأوى علاجي بحق من يقع الفعل المكون للجريمة تحت تأثير حالة جنون أو اختلال عقلي أو ضعف عقلي أو نفسي جسيم أفقده القدرة على التحكم في تصرفاته بصفة مطلقة.

(٤) - د. شريف سيد كامل - علم العقاب - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٩١.

(٥) - جباري ميلود - أساليب المعاملة العقابية للسجناء في التشريع الجزائري - رسالة ماجستير - مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الطاهر مولاي - الجزائر - ٢٠١٥ ص ٨٦.

(٦) - د. باسم شهاب - المرجع السابق - ص ٩٢.

بصورة مجانية^(١).

وإذا جئنا إلى تقييم هذا الاتجاه فإننا لا نوافقه فيما يسوقه من حجج بشأن عدّ العمل عقوبة بديلة؛ لأن ما يسوقه من حجج لا يتعلق بطبيعته القانونية؛ إنما هو مقارنة بين العقوبة السالبة للحرية بوصفها عقوبة أصلية وما تتميز به ومن ثم قياس ذلك على العمل في خدمة المجتمع؛ بمعنى أنه لا يسوق المسوّغات التي تؤكد الطبيعة القانونية للعمل وكونه عقوبة بديلة؛ إنما كل ما جاء على ذكره ما هو إلا تأكيد على كونه يتصف بخصائص العقوبة دون أن يقدم الدليل على كونه عقوبة على الأقل فيما يخص جوهره؛ إذ كان من المفترض فيه أن يبيّن الحقائق التي تؤكد أن العمل في خدمة المجتمع عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية.

والحق أن اشتراك العمل في خدمة المجتمع مع العقوبة في لفظ العقوبة وفي بعض الخصائص والتي سيأتي تفصيلها عند التعرض للخصائص التي يتميز بها لا يعني أنه من ذات الطبيعة؛ لأننا لو أخذنا بذلك لتعيّن علينا التساؤل عمّا إذا كانت العقوبة في خدمة المجتمع تقوم على ذات الأساس الفلسفي الذي تقوم عليه العقوبة، وهل العمل في خدمة المجتمع عقوبة أصلية يستطيع القاضي أن يحكم بها مباشرة، كما يحكم بعقوبة الحبس مثلاً؟ لا شك أن الجواب سيكون بالنفي حتماً. وهذا من شأنه أن يدفعنا للقول بأن الصفات التي ذُكرت في نطاق من يذهب في هذا الاتجاه؛ إنما يؤكد الأمور التي يلتقي بها الأخير مع العقوبة وليس فيما يعرضه من مسوّغات تؤكد طبيعته الخاصة، أو على الأقل أنه عقوبة لها ذات الطبيعة، وتقوم على ذات الأساس الذي تقوم عليه.

ثالثاً: الطبيعة المختلطة للعمل في خدمة المجتمع

ثمّة اتجاه آخر يذهب في إطار بيانه للطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع إلى أنه نظام ذو طبيعة استثنائية خاصة يجمع بين العقوبة والتدبير؛ ففي نطاق كونه عقوبة فهو يتوافر فيه صفة الإكراه والإجبار التي تتسم بها العقوبة الجنائية، فهو يمثل إلزاماً وتكليفاً وإجباراً^(٢) وصورة هذا الإجبار جسدي ونفسي كونه يعدّ تقييداً لحرية المحكوم عليه، إلى جانب أثره على العامة فإنه يُنذر الجميع بسوء عاقبة الإجرام؛ لذلك فهو يحقق وظيفة العقوبة بالردع، وأنه فوق ذلك يحقق وظيفة العقوبة بالعدالة؛ لأنه كما يعيد للعدالة وزنها بوصفها قيمة اجتماعية يسعى إلى محو هذا العدوان فيفرض على المحكوم عليه جبر الضرر الذي سببه بأداء عمل نافع ومفيد للمجتمع دون مقابل، يستغرق وقتاً وهو فوق ذلك ذو هدف في جانب المحكوم عليه؛ إذ يتطلّب منه توظيف قدراته وخبراته وحسن أدائه في تنفيذ أو العمل الذي يكلف به، ممّا يدلّ على ندمه والتكفير عن جريمته بعدم الرجوع إليها ثانية^(٣).

(١) - سعود أحمد - المرجع السابق - ص ١٦٢، وأيضاً صفاء أوتاني - المرجع السابق - ص ٤٢٢ مع ملاحظة أنها ليست من مؤيدي

وجهة النظر هذه؛ إنما هي من مؤيدي الطبيعة المختلطة، كما سيأتي بيان موقفها في موقعه المناسب من هذا البحث.

(٢) - د. أحمد موسى هياجنة - المرجع السابق - ٢٦٢.

(٣) - د. صفاء أوتاني - المرجع السابق - ص ٤٢٢.

وثمة من يسير بذات الاتجاه ويؤكد أن العمل في خدمة المجتمع أو العمل للمنفعة العامة يحمل بعض صفات التدابير فهو الطابع التأهيلي الوقائي الذي يميزه^(١)؛ لأن العمل في خدمة المجتمع في الوقت الذي يفرض لمصلحة الفرد والمجتمع معاً؛ فإنه يسعى إلى تأهيل المحكوم عليه بأن يعيده إلى المجتمع فيكون إنساناً صالحاً فيه، ومن ثمّ علاجه وهذا من شأنه أن يهدّب سلوك المحكوم عليه بعلاج إجرامه^(٢) فضلاً عن أن تأهيل المحكوم عليه من شأنه أن يجنبه مخاطر مجتمع الجريمة ومجتمع السجن، وهو ما يجعل العمل في خدمة المجتمع وسيلة لإعادة إدماج المحكوم عليه بالمجتمع ومن ثمّ إصلاحه وعلاجه . وكل هذا على حسب قول هذا الاتجاه من صفات التدابير التي تهدف إلى حماية المجتمع وجبر الضرر الاجتماعي الواقع على المجتمع^(٣).

لكن ثمة جانب من هذا الاتجاه يذهب إلى أن العمل في خدمة المجتمع يتميز عن العقوبة بكونه يسعى إلى تحقيق أغراض متميزة عن أغراض العقوبة، فالعقوبة جزاء، وجوهر الجزاء الإيلام، ويتحقق هذا الإيلام عن طريق المساس بحق من حقوق من تُقرض عليه العقوبة، في حين العمل للمنفعة العامة يسعى بشكل أساسي إلى تحقيق هدفين: الأول هو إصلاح ضرر الجريمة، أما الهدف الثاني فهو إعادة تأهيل المحكوم عليه اجتماعياً^(٤).

والحقّ إنّنا لا نوافق هذا الاتجاه لا بشأن الطبيعة التي وصفها للعمل بخدمة المجتمع ولا بشأن المسوّغات التي ساقها بشأن عدّه منتظماً تحت مدلول التدابير؛ فقد سبق أن أفضنا في مسألة تعارض العمل في خدمة المجتمع مع التدابير، بل إنّنا لا يمكن أن نتفهّم مسألة أن يجمع الجزاء الواحد بين طبيعة جزاءين منفصلين في الأسس والمتطلبات التي تقف وراء فرض كل منهما؛ بمعنى أنّنا لا يمكن أن نفهم كيف يكون العمل في خدمة المجتمع في جزء منه عقوبة وفي ذات الوقت تديباً؛ مع تعارض كل منهما في جوانب مهمة فإذا تقوم العقوبة على أساس فكرة الخطأ تقوم التدابير على أساس الخطر أو الخطورة الإجرامية، بل إنّنا نرى بأن هناك خلطاً غير محمود بشأن فكرة العقوبة والتدابير والأهداف التي تسعى إليها الأخيرة على وجه الخصوص وكأنها هي ذات الأهداف التي تسعى إليها العقوبة فمع أنها تقوم على أساس الخطورة الإجرامية وتحتصر أهدافها بنزع عواملها؛ فإنها أي التدابير لا يمكن أن تلتقي أهدافها بالأهداف التي تسعى العقوبة إليها وإن كان من الممكن أن يقال أنه يجمعها هدف مكافحة الجريمة، والجريمة اللاحقة من ذات المجرم على وجه الخصوص؛ إلا أن

(١) - د. جزول صالح، عقوبة العمل للنفع العام كبديل للحبس قصير المدة، ومدى فاعلية شروط تطبيقها في تعزيز سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية- كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - الجزائر - المجلد الخامس العدد (٠١) ص ٢٧.

وأيضاً د. صفاء أوتاني - المرجع ذاته- ص ٤٢٣.

(٢) - علي نبيل علي صبيح- العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة في القانون الجزائي الفلسطيني- رسالة ماجستير- كلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية - فلسطين - ٢٠١٧ - ص ٢٥.

(٣) - د. جزول صالح، المرجع السابق - ص ٢٧.

(٤) - د. صفاء أوتاني- المرجع السابق- ص ٤٢٢.

هذا لا يعني أنهما من ذات الطبيعة ويقومان على ذات الأساس.

المطلب الثاني الرأي الراجح بشأن الطبيعة القانونية لعقوبة العمل في خدمة المجتمع

بعد أن بينا المسوّغات التي تؤكد عدم قبولنا للرأي الذي يرى بأن العمل في خدمة المجتمع يعدّ تدبيراً، والمبررات التي تؤكد عدم دقة الاتجاه الذي يرى أنه يجمع بين العقوبة والتدبير؛ ومن أجل أن نصل إلى ضالتنا، وأقصد حقيقة الطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع، فما علينا إلا أن نبين حقيقته وبكونه يتميز بذاتية تميزه تتعلق بكونه عقوبة بديلة ليس إلا.

لكن قبل أن نثبت رأينا بشأن طبيعة العمل في المجتمع وما إذا كان يستقل عن العقوبة وعن التدابير بذاتية تؤكد المسمّى الذي سمّي به من قبل المشرّع البحريني على الأقل، وأنه لا يخرج عن وصفه بالعقوبة البديلة لكونه الوصف الذي ينطبق عليه واقعاً وتشريعاً، ولا بد لنا من أن نناقش من ينازع في صحة التسمية التي جاءت بها التشريعات والمقصود بذلك بدائل العقوبة السالبة للحرية التي يندرج العمل في خدمة المجتمع تحت هذا المسمى؛ إذ ثمة من يرى بأن هذه التسمية تسمية غير صحيحة؛ ويعمل ذلك بكونها تسمية تتعارض مع الواقع؛ لأن البديل نفسه قد ينطوي على سلب حرية المحكوم عليه ولو بصورة جزئية، ويستشهد في إطار ذلك بأنواع أخرى من العقوبات البديلة ويذكر منها تحديداً الإقامة والسوار الإلكتروني ويضيف إليها المبيت في مركز الشرطة^(١).

وقبل أن نناقش هذا الاتجاه بشأن اعتراضه على التسمية التي أطلقت على هذه العقوبات؛ فإننا لا نعلم السند الذي استند إليه لعدّه المبيت في مركز الشرطة من ضمن بدائل العقوبة السالبة للحرية؛ لأن عند مطالعنا للقانون الجزائري الذي يتحدث عنه لم نجد المبيت في مركز الشرطة من بين بدائل العقوبة التي يعترف بها المشرّع. وإلى جانب ذلك فإننا نرى بأن هذا الرأي - حتى مع الأخذ بعين الاعتبار ما جاء به من غير سند في القانون ونقصد المبيت في مركز الشرطة - قد جانبه الصواب؛ لأنه لم يميّز بين العقوبة السالبة للحرية والعقوبة التي لا تتضمن ذلك؛ إنما فقط تتضمن تقييداً لبعض الحريات التي تقوم عليها فكرة العقوبات البديلة. فجوهر العقوبات السالبة للحرية هو سلب جميع حقوق المحكوم عليه، ومن أهمها حقه بالرواح والعودة، بل إن تنفيذها يتطلب إيداع المحكوم عليه في مؤسسة عقابية وعزله كلياً عن بيئته ومحيطه الاجتماعي؛ فسلب الحرية شيء وتقييدها شيء آخر مع أن سلب الحرية يمتد إلى أمور تتجاوز الحقوق التي تقيدها العقوبات البديلة؛ لأن هذه البدائل، ومن ضمنها عقوبة العمل في خدمة المجتمع ليس فيها من سلب للحرية حتى يمكن أن تنازع في صحة أو عدم صحة هذا المصطلح؛ لا سيما أنه يتضمن تقييداً مؤقتاً لحقّ من الحقوق هو حقّ

(١) - فوزية هوشات - العقوبات البديلة في التشريع الجزائري - مجلة العلوم الإنسانية - جامعة منتوري - قسنطينة - الجزائر العدد

٥٢ - المجلد (أ) - ديسمبر ٢٠١٩ - ص ٧٤.

العمل؛ بحيث يتطلب من المحكوم عليه أن يؤديه في جهة معينة ولصالح المجتمع. وعلى أساس ذلك يبدو لنا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم بما يذهب إليه؛ لأنه لم ينظر إلى جوهر الفكرة التي جاءت بها التشريعات ونصت على أنها تعدّ بديلاً للعقوبات السالبة للحرية^(١)؛ فهي إذ تحل محلّ العقوبات السالبة للحرية التي يُحكم بها؛ فإنها ستُنفذ في أماكن ليس فيها من سلب للحقوق التي تسلبها العقوبة السالبة للحرية، بل إن تجرّد العقوبات البديلة من تقييد حرية المحكوم عليه بها ينفي عنها أن تكون عقوبة سالبة للحرية حتى ولو بصورة جزئية. وما يلحق الجاني من ألم عند فرض العقوبة البديلة وعقوبة العمل من ضمنها ما هو إلا تجسيد للفلسفة المستقرة بشأن ارتباط العقوبة بالألم الذي لا يكون مقصوداً لذاته؛ إنما لغايات تصبّ في صالح مكافحة الجريمة؛ لذا فما تضمنته التشريعات من بدائل لا ينبغي أن يتجرّد من الألم الذي تتباين درجاته على حسب طبيعة البديل، ولا يمكن للفكر العقابي أن يقبل أن تتجرّد العقوبات من الألم إلا في حال أن تتجرّد العقوبات السالبة للحرية منه وهذا أمر محال.

وعلى أساس تحليل مكونات العبارة التي استخدمتها التشريعات، ونقصد بذلك عبارة العقوبات البديلة تلك العبارة التي صارت دارجة في الفقه وعلى مستوى التشريعات - كما هو الحال عند المشرّع البحريني^(٢)؛ فإن أمر تحليلها يقود إلى القول بأنها تتكون من مصطلحين: العقوبة والبديل للعقوبة. وفي نطاق إثباتنا بأن العمل في خدمة المجتمع وغيره ممّا نصّت عليه التشريعات من البدائل التي لها ذاتيتها التي تميّزها، فما علينا إلا أن نبين مدلول المصطلحين؛ إذ لا يمكن من غير ذلك الوصول إلى غايتنا؛ فمن خلال بياننا لمدلول العقوبة ومن ثمّ البديل يمكننا إثبات أن لكل منهما مدلوله المستقل وباجتماعهما نكون أمام نظام جديد ابتكرته السياسة العقابية المعاصرة.

ولكون العقوبة مصطلحاً ثابتاً ومستقراً سواء على مستوى الفقه، أم على مستوى التشريعات؛ فلا نرى ضرورة لبيان مدلولها؛ وما ينبغي بيانه هو المقصود بالبديل؛ إذ على ضوءه يُحسم الموضوع محلّ النقاش؛ أما البديل فإذ يعني في اللغة العوض عن شيء بحيث يمكن أن يحلّ محله^(٣)؛ فإن هذا يقود إلى أن العمل في خدمة المجتمع يكون عقوبة بديلة يمكن أن يستعاض به عن العقوبة الأصلية التي على اتجاه المشرّع البحريني عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته سنة على حسب ما أورده المشرّع بالمادة العاشرة من القانون، أو الحبس الذي لا تتجاوز مدته ستة أشهر والغرامة وفق اتجاه المشرّع

(١) - مع ملاحظة أن هذه التسمية وإن كانت هي التسمية الشائعة التي نفضلها على غيرها من التسميات إلا أن هناك من يؤكد وجود تسميات أخرى مرادفة للعقوبات غير الاحتجازية، أو بدائل السجن، والعقوبة البديلة التي اختارها عنواناً مؤلفه يلاحظ في ذلك Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu Iftitahsari, M. Eka Ari Pramuditya, op. cit. p 14.

(٢) - أصدر المشرّع البحريني القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن العقوبات والتدابير البديلة: القانون متاح على الموقع الإلكتروني: <https://www.legalaffairs.gov.bh>.

(٣) - معجم المعاني معنى كلمة بديل متاح على الموقع الإلكتروني: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/> بديل

الإماراتي^(١).

وعلى أساس ما تقدّم فإن العمل في خدمة المجتمع ينبغي أن يجمع بين الأمرين: ونقصد بذلك وصف العقوبة ومضمونها وما تهدف إليه من أغراض تتسجم مع طبيعته وأهدافه وخصائصه الخاصة التي سنستعرضها في موقع آخر من هذا البحث، كونه ينفذ خارج أسوار السجن وبديلاً لعقوبة أصلية هي العقوبة السالبة للحرية، ولا يمكن أن ينفرد بإحداهما؛ فهو أي العمل لا يمكن أن يوصف بالعقوبة فقط؛ لأن هذا من شأنه أن يجعله غير منسجم مع وضعه التشريعي، وينبغي أن يكون عقوبة بديلة للعقوبة الأصلية التي يحددها القاضي، ثم يقرر استبدالها في ظلّ شروط معينة سواء تعلق تلك الشروط بالجريمة التي يجوز الحكم في نطاقها بعقوبة العمل، أم بالعقوبة، أم الشروط المتطلبية بالمحكوم عليه... إلخ من الشروط^(٢).

وبناءً على ما انتهينا إليه من عدّ عقوبة العمل في خدمة المجتمع عقوبة بديلة تحلّ محلّ العقوبة السالبة للحرية؛ فإن هذا الأمر يجعلها من ذات الطبيعة في جانب منها؛ لا سيما بشأن خصائصها وصفاتها؛ فهي من جانب منها تتكافأ مع العقوبة الأصلية التي جاءت بديلاً عنها؛ لأنها تقوم مقامها، وأقصد مقام العقوبة الأصلية التي حكم القاضي باستبدالها؛ وتكافؤها مع العقوبة الأصلية لا يقتصر على القواعد التي تخضع لها وبشكل خاص ما يتعلّق بعنصر المدة؛ إذ إنها تتحد معها في المدة مع ملاحظة خصوصيتها في كيفية تنفيذها. والمقصود بذلك مدّة العمل الذي ينبغي أن يقوم به المحكوم عليه مقابل اليوم في العقوبة السالبة للحرية^(٣)؛ فضلاً عن أنها تتكافأ معها من حيث قوتها القانونية والآثار التي تترتب على النطق بها، وبل وما يتعلّق بالقواعد التي ترتبط بانتهاء تنفيذها، أي أن لهذه الطبيعة آثارها القانونية ومن أهمها: أن تنفيذ العقوبة البديلة يعني سقوط العقوبة الأصلية وأقصد العقوبة السالبة للحرية التي حددها القاضي في الحكم، أو سقوط ما يعادلها في حال إلغاء عقوبة العمل. وعدم إمكان العودة إلى تنفيذ الأخيرة عند تنفيذ المحكوم عليه للعمل الذي كلف بإنجازه وبالمدة التي حددها الحكم؛ إلى جانب أن الحكم بها له ذات الحجية التي يحوزها الحكم بالعقوبة السالبة للحرية.

وعلى أساس هذا الفهم وإذا أخذنا بعين الحسبان المظلة التي يندرج تحتها العمل في خدمة المجتمع؛ فإننا نرى بأنه لا ينبغي أن يخرج في طبيعته القانونية عن مدلول العبارة التي أدرج تحتها ونقصد العقوبة البديلة؛ فهو إن كان قد وصف بالعقوبة؛ فإنه لا يمكن أن يكون إلا بديلاً لنوع معين من العقوبات، وعلى وجه التحديد بديلاً للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة. وإن طبيعته وشروط الحكم به تقتضي تنفيذه ليس داخل المؤسسة العقابية إنما خارجها؛ لذلك لا يمكن أن يُدرج تحت

(١) - لاحظ المادة (١٢٠) ونصها «ولا يكون الحكم... عن عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته عن ستة أشهر أو الغرامة...».

(٢) - للمزيد عن شروط الحكم بعقوبة العمل لخدمة المجتمع انظر: زياني، عبد الله - المرجع السابق - ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٣) - في الوقت الذي يقرر فيه المشرّع البحريني أن مدة العمل هي ثماني ساعات نرى تشريعات أخرى حددت عدد ساعات العمل بساعتين عن كل يوم حبس كما هو حال المشرّع الجزائري. المادة (٥ مكرر / ١).

ما يُسمّى بالمعاملة العقابية الحديثة التي تتمثل بتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج أسوار السجن؛ لأنه وإن كان يتم تنفيذه أيضاً خارج إطار المؤسسات العقابية وتحت إشراف جهات معينة؛ فإنه يتمتع باستقلالية عن ذلك فمن جهة يصدر به حكم يتضمنه صراحة، وأن ثمة جزاء يترتب على الإخلال به.

وعلى أساس ما تقدم؛ فإن الأسباب التي دفعت إلى الأخذ بالعمل في خدمة المجتمع عقوبةً بديله وأهمها تفادي سلبيات المؤسسات العقابية التي تنفذ به العقوبات وبوجه خاص ما يترتب على اختلاط المحكوم عليهم وغيرها تجعل نظاماً مستقلاً، رسم المشرع البحريني إطاره وحدّد شروطه وآليات الحكم به ووسائل تنفيذه، ولعلّ أهم قاعدة هي ألا يدخل المحكوم عليه المؤسسة العقابية أصلاً لا ابتداءً ولا انتهاءً إلا في حال الإخلال بمتطلبات العمل في خدمة المجتمع؛ لذلك فإن الرأي عندنا بشأن الطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع هو أنه نظام قانوني خاصّ ليس مستقلاً كلياً عن العقوبة؛ إنما له علاقة وصلة وثيقة؛ لكن هذه العلاقة ليست علاقة التبعية التي تضي عليه وصف العقوبة التبعية التي تتبع العقوبة الأصلية بحكم القانون، وليست بالعلاقة التي تضي عليه وصف العقوبة التكميلية التي يقتضي النطق بها إلى جانب العقوبة الأصلية من قبل القاضي في الأحوال التي يجيزها المشرع؛ إنما يعدّ العمل في خدمة المجتمع وما أخذت به التشريعات من صور أخرى نظاماً قانونياً مستقلاً أفرزته السياسة العقابية المعاصرة، وبنى على اعتبارات متعددة، ويُفرض في حالات وبناءً على شروط، واعتبارات يأخذها القاضي ويستقل بتقديرها، الأمر الذي يؤكد ذاتيته واستقلاله عن أنظمة أخرى قد تتشابه معه.

المطلب الثالث منهج التشريعات المقارنة في التعامل مع العمل في خدمة المجتمع

بعد أن انتهينا من العمل في خدمة المجتمع عقوبةً بديلة للعقوبة السالبة للحرية كان لزاماً علينا أن نبيّن هل تعاملت معه على أساس أنه عقوبة بديلة؟ وهل أنها تعاملت معه بوصفه عقوبة بديلة تلجأ إليه المحكمة ابتداءً، أم أنه من الممكن أن يطبق على المحكوم عليه بعد أن ينفذ مقدراً من العقوبة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الفرعين القادمين؛ نبيّن في الأول موقف التشريعات المقارنة من العمل في خدمة المجتمع وتخصص الثاني لاستعراض موقف المشرع البحريني مفصلاً لخصوصيته.

الفرع الأول

موقف التشريعات المقارنة من العمل في خدمة المجتمع

كشفت لنا مراجعة القوانين التي اطلعنا عليها أنها، وإن كانت قد اتفقت، أو كاد الإجماع يتعقد فيها على أن العمل في خدمة المجتمع عقوبة بديلة للعقوبات السالبة للحرية. إلا أنها أيضاً تباينت في أسلوب تعاملها بشأنه، وهو ما سنتولى الكشف عنه من خلال استعراض موقف بعض التشريعات.

أولاً: موقف المشرّع الإماراتي:

ما ينبغي الالتفات إليه بشأن موقف المشرّع الإماراتي هو أنه استخدم عبارة الخدمة المجتمعية للدلالة على ما تستعمله التشريعات بشأن العمل في خدمة المجتمع، هذا من جانب، ومن جانب آخر قد نظم الخدمة المجتمعية مع بقية الأنواع تحت عنوان التدابير المقيّدة للحرية ومن ثمّ عرّف الخدمة المجتمعية بأنها «إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي أحد أعمال الخدمة المجتمعية التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الوزراء، وذلك في إحدى المؤسسات أو المنشآت التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الداخلية والموارد البشرية والتوطين... ولا يكون الحكم بالخدمة المجتمعية إلا في مواد الجرح، وذلك بدلاً عن عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على ستة أشهر أو الغرامة، وعلى ألا تزيد مدة الخدمة المجتمعية على ثلاثة أشهر»^(١).

وقبل أن نبدي بعض الملاحظات على مضمون ما جاء به المشرّع الإماراتي من مدلول للخدمة المجتمعية لا بدّ من الإشارة إلى أن إيراد الخدمة المجتمعية تحت عنوان التدابير المقيّدة للحرية بحدّ ذاته يثير التحفظ بشأن كون المشرّع ينظر إليها بوصفها تدبيراً، أم بوصفها عقوبة بديلة؟ لو أعدنا النظر إلى مدلول الخدمة المجتمعية الذي يقدمه المشرّع لوجدنا أنه يكون بديلاً لعقوبتين: الحبس الذي لا تزيد مدته على ستة أشهر أو الغرامة وهي مقررة في نطاق الجرح؛ فالمشرّع من خلال ذلك يتعامل مع الخدمة المجتمعية من حيث مضمونها على أنها عقوبة بديلة على حسب صريح عبارة المشرّع (وذلك بدلاً عن) وبهذا يخالف المشرّع وصفه لها وكونها من التدابير المقيّدة للحرية؛ لأن من يحكم بعقوبة الحبس أو بالغرامة في نطاق جنحة يمكن أن يستبدلها ويكلف بعمل لخدمة المجتمع. أما بالنسبة إلى منهج المشرّع بكون الخدمة المجتمعية بديلاً عن الغرامة فمحلّ نظر؛ إذ لا تتور بشأنها الإشكالات التي يسعى المشرّع لدرئها عن المحكوم عليه ونقصد في ذلك الاختلاط الضار؛ لأن الاختلاط الضار هو الذي يمكن أن يتحقق في العقوبة السالبة للحرية عندما يدخل المؤسسة العقابية لفترة قصيرة وليس بعقوبة الغرامة.

(١) - لقد عدّل المشرّع المادة (١٢٠) في سنة ٢٠١٦ وكان نصّها «للخدمة المجتمعية تكليف المحكوم عليه بأداء العمل المناسب في إحدى المؤسسات على أن يمنح ربع الأجر المقرر».

ثانياً: موقف المشرّع الأردني

أما بالنسبة إلى ما ذهب إليه المشرّع الأردني فثمة مَنْ يعترض على منهج بخصوص العمل بخدمة المجتمع؛ إذ يرى في إطار تقييمه لما ذهب إليه المشرّع بشأن طبيعة عقوبة العمل في خدمة المجتمع؛ بأن المشرّع الأردني مع أنه أضاف فصلاً مستقلاً لقانون العقوبات؛ إلا أنها لا ينطبق عليها وصف العقوبة؛ لأنه وفق رأي هذا الاتجاه لم يضع المشرّع ما يؤكد طبيعتها في نطاق إدراجه لها ضمن العقوبات الأصلية، وهو ما دفع هذا الاتجاه إلى القول بأن المشرّع قد وقع في الغموض غير المحمود^(١).

غير أن مراجعة التعديل الذي أجراه المشرّع على قانون العقوبات يكشف إضافته المادة (٢٥) مكررة وقد وضع المادة المذكورة تحت عنوان بدائل إصلاح مجتمعية، وجاء بموجبها بثلاثة أنواع من البدائل الأولى: هي الخدمة المجتمعية، والثانية: هي المراقبة المجتمعية والثالثة والأخيرة: المراقبة المجتمعية المشروطة، وقد حدّد مدلول الأولى التي هي موضوع البحث بأنها إلزام المحكوم عليه بالعمل غير مدفوع الأجر لخدمة المجتمع لمدة تحددها المحكمة ولا تقل عن (٤٠) ساعة ولا تزيد على (٢٠٠) ساعة على أن يُنفذ خلال مدة لا تزيد على سنة.

وبما أنها قد وردت ضمن التسلسل الذي وضعه المشرّع للعقوبات وأعطاه التسلسل رقم (٥) وأعطاه عنواناً هو بدائل إصلاح مجتمعية من ضمن العقوبات الجنائية وأن مدلولها أنف الذكر لا يكشف عن كونها عقوبة بديلة؛ إذ ليس فيها من إشارة إلى أنها تحل محل أي نوع من أنواع العقوبات؛ فهذا كله يقطع بأن المشرّع الأردني لا يعرف العقوبات البديلة؛ إنما يعرف نمطاً آخر من الجزاءات الجنائية اصطلاح عليه بالخدمة المجتمعية.

ولكن هذا ليس هو الأمر المستغرب؛ إنما الأغرب من ذلك الذي يمكن أن يؤكد وجهة نظرنا هو أنه قد أجاز للمحكمة أن تقضي بإحدى بدائل الإصلاح الاجتماعية أو جميعها عند الحكم بوقف تنفيذ العقوبة بناءً على الحالة الاجتماعية، وموافقة المحكوم عليه فيما عدا حالة تكرار الجريمة، أي العود وفقاً لما هو منصوص في المادة (٥٤ مكرر)^(٢)، وهو ما يتعارض مع نظام وقف التنفيذ سواء نُظر إليها بوصفها عقوبة بديلة على وفق الاتجاه الأول - مع تحفظنا على فكرة العقوبة البديلة - أو عدّها بدائل الإصلاح المجتمعية نوعاً من أنواع العقوبات الجنائية.

(١) - فلم يدرجها ضمن العقوبات الجنائية ولا الجنحية ولا التكميلية مع أنه قد وضعها في الفصل الخاص بالعقوبات، مما يعني أنه يتعامل معها بوصفها عقوبة. لاحظ في هذا الرأي طایل محمود الشايب، وسلامة رشيد حسين - عقوبة الخدمة المجتمعية في التشريع الأردني والإماراتي بين الواقع والمأمول. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون - عادة البحث العلمي - الجامعة الأردنية - العدد الرابع المجلد ٤٦ لسنة ٢٠١٩. ص ٤٠٦.

(٢) - لاحظ التعديل رقم ٢٧ على قانون العقوبات الأردني بعدد ٢٠٨٢٠١٧ المنشور بتاريخ ٢٠١٧/٨/٣٠ على الصفحة ٥٢٣٤ من الجريدة الرسمية.

ثالثاً: موقف المشرّع الجزائري

قد لا يكون مستغرباً بأن المشرّع الجزائري قد سار على خطى المشرّع الفرنسي لتقاربهما، بل ولتطابقهما في التسمية التي أعطاهما كلا المشرعين للعمل في خدمة المجتمع؛ فقد استعمل التشريعان عبارة «العمل للنفع العام». لكن مع التقارب مع المشرّع الفرنسي إلا أن المشرّع الجزائري لم يسايره في منهجه؛ إنما قصر على الأخذ به بوصفه عقوبة بديلة، وهذا يتّضح من خلال متابعة النصوص التي عالج بها هذا الأمر ومن خلال بأنه «...استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر...»^(١).

رابعاً: موقف المشرّع الفرنسي

مع أن المشرّع الفرنسي استعمل عبارة «العمل للنفع العام» وعده عقوبةً بديلة كما سبق أن أشرنا في نطاق تعريفه له في الفقرة الثامنة من المادة (١٣١) إلا أنه لم يقتصر على عده عقوبةً بديلة؛ إنما عده أيضاً عقوبةً أصليةً في بعض الجنح والمخالفات؛ فقد وضع المبدأ في الفقرة (٢٢) المادة (١٣١) ونصها «تحدد المحكمة التي تفرض خدمة المجتمع المدة التي يجب خلالها أداء عمل خدمة المجتمع، والتي لا تتجاوز اثني عشر شهراً».

وما يؤكد اختلاف منهج المشرّع الفرنسي في تعامله مع العمل بأن أقرّ بذات المادة الأحوال التي يجوز فيها للمحكمة أن تحكم بعقوبة العمل؛ فقد نصّ في الجزء الأخير من الفقرة ذاتها على أن «إذا أدين الشخص في جنحة منصوص عليها في قانون المرور أو المواد ٢٢١-٦-١، ٢٢٢-١٩-١، ٢٢٢-٢٠-١ و٤٣٤-١٠، يقوم الجاني بخدمة المجتمع في إحدى المراكز المتخصصة التي تتعامل مع ضحايا حوادث الطرق».

الفرع الثاني موقف المشرّع البحريني

ما دفعنا لأن نضرد عنواناً مستقلاً لموقف المشرّع البحريني هو منهجه؛ إذ تميز، بل وانفرد بنظرته للعمل في خدمة المجتمع عن منهج بقية التشريعات التي تمكّنت من الاطلاع عليها فلم ينظر إلى العمل بوصفه عقوبةً بديلةً فحسب؛ إنما أيضاً بوصفه أسلوباً من أساليب المعاملة العقابية، فقد نصّ على إمكان تطبيقه بعد تنفيذ المحكوم عليه مدة من العقوبة ووفق ضوابط، وهو ما سنتولّى بيانه تباعاً.

أولاً: العمل في خدمة المجتمع عقوبةً بديلةً عند المشرّع البحريني

ابتداءً نقول إن هذا الوضع يشترك فيه المشرّع مع بقية التشريعات التي حرصت على أن يكون العمل في خدمة المجتمع بديلاً للعقوبة السالبة للحرية، وهو ما تكشف عنه مراجعة النصوص التي

(١)- المادة (٥ مكرراً) من قانون العقوبات.

عالج بها المشرع ذلك؛ إذ لا يمكننا إلا القول بأنه لا يمكن أن يظهر في نطاقه ما يمكن أن يُجادل به بشأن عدّ المشرع العمل في خدمة المجتمع عقوبةً بديلةً فقد حسم أمره بشأن ذلك؛ فهو من جانب نُظّمه وبقية العقوبات البديلة في قانون مستقل؛ وبين في هذا القانون الأحكام التي يخضع لها الحكم به. ودليلنا نص المادة الثانية من قانون العقوبات والتدابير البديلة والتي حدد فيها المشرع العقوبات البديلة بنصه «العقوبات البديلة هي: أ العمل في خدمة المجتمع....» فالعبارة صريحة وواضحة ولا تحتاج إلى تدليل، أكثر من القول بأن المشرع في المادة الثالثة من ذات القانون حدّد مضمون العمل في خدمته المجتمع بنصه «العمل في خدمة المجتمع يكون بتكليف المحكوم عليه وبموافقته بالعمل لصالح إحدى الجهات دون مقابل....».

أما النتيجة التي تترتب على كون العمل في خدمة المجتمع عقوبةً بديلةً يُستعاض بها عن العقوبة الأصلية التي يقرّها المشرع بالنص الجنائي؛ فهي أنها لا يمكن أن تكون إلا مرتبطة بالعقوبة التي ستحل محلها ليس من حيث مدتها فحسب؛ إنما من حيث كونها عقوبة ترتبط بالعقوبة الأصلية وتحلّ محلّها في جميع آثارها وفي جميع ما يطرأ عليها؛ هذا فضلاً عن أن القاضي لا يستطيع أن يحكم بها لمفردها؛ إنما تأتي في نطاق الترتيب الزمني بعد تحديد مدة العقوبة الأصلية، كما أكد على ذلك المشرع البحريني في المادة العاشرة من القانون بأن ينطق القاضي بعقوبة العمل بعد أن يحدد العقوبة السالبة للحرية. ولهذا الأمر نتائج التي تتعلق بمضمون الحكم، من ثمّ الفصل في سلامته لمطابقتها للقانون، أم مخالفتها؛ وأهمها أن يتضمن الحكم مدة العقوبة الأصلية ومن ثمّ قراره باستبدالها بعقوبة العمل؛ إذ إن عدم تحديد مدة العقوبة السالبة للحرية في الحكم، والنطق بعقوبة العمل في خدمة المجتمع من شأنه أن يجعل الحكم معيباً؛ إذ لا بد أن يتضمّن الحكم مدة العقوبة السالبة للحرية؛ إذ يكون حينئذٍ قد وافق صحيح القانون.

ومن آثار منهج المشرع البحريني بشأن العمل في خدمة المجتمع وعلى أساس طبيعته المستقلة بكونه عقوبة بديلة وعدم عدّه لا عقوبة فرعية، ولا عقوبة تكميلية خلاف ما تذهب إليه بعض التشريعات كالمشرع الفرنسي؛ إذ يتعامل مع عقوبة العمل للنفع العام بصورتين: كعقوبة أصلية وعقوبة تكميلية كما سبق أن أشرنا في الصفحات السابقة؛ ومن آثار ذلك عدم جواز الجمع بين العقوبتين: العقوبة السالبة للحرية والعمل في خدمة المجتمع؛ لتعارض ذلك مع كون الأخير عقوبة بديلة للأولى، فضلاً عن أنه، ونقصد العمل في خدمة المجتمع إن أُستعملت بديلاً للعقوبة السالبة للحرية لا تحجب العقوبات الفرعية؛ بمعنى أن تنفيذها لا يمنع من تنفيذ العقوبات الفرعية: التبعية منها، أو التكميلية لصريح نصّ المشرع البحريني^(١)؛ لذلك نؤكد ما سبق أن أشرنا إليه من أنها عقوبة بديلة للعقوبة الأصلية فقط.

(١) - لاحظ المادة (١٧) من القانون البحريني ونصها «تسري على العقوبة البديلة الأحكام المقررة قانوناً للعقوبة الأصلية للحرية، ولا يُخلّ توقيع العقوبة البديلة بتنفيذ العقوبات الفرعية».

وثمة جوانب أخرى تؤكد ارتباط العمل في خدمة المجتمع بوصفه عقوبة بديلة بالعقوبة الأصلية ما جاء به المشرع البحريني بأن نصّ على أنها في مجملها تخضع لأحكام القسم العام^(١)؛ فلأن العمل يحلّ محلّ العقوبة الأصلية ممّا ينبغي أن يخضع لما تخضع له من أحكام؛ فضلاً عمّا أشرنا إليه سلفاً بشأن عدم الإخلال بما يمكن أن ينفذ بحق المحكوم عليه من عقوبات فرعية: تبعية أو التكميلية في حال الحكم بها.

ثانياً: العمل في خدمة المجتمع أسلوب من أساليب المعاملة العقابية خارج أسوار السجن قبل استعراض متطلبات هذا العنوان لا بدّ من الإشارة إلى أن المشرع البحريني قد تفرّد في نطاق التشريعات التي تيسّر لنا الاطلاع عليها بهذا الأمر ممّا يتطلب منا استعراضه كونه ذا طابع خاص وتجاهله وعدم استعراضه بشكل خلاً منهجياً في إطار العنوان الذي وضعناه للبحث. أمّا استعراض موقف المشرع من العمل في خدمة المجتمع فيقتضي منا بيان التطور الذي طرأ على المادة (١٣) من القانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ التي تُجيز لجهات معينة تطبيق هذا النظام بحقّ من يصدر بحقه حكم لا تنطبق عليه الشروط المتطلبة للحكم بعقوبة العمل بدلاً من عقوبة الحبس لسنة فأقل، حيث تم إلغاؤها واستبدالها بنصّ جديد.

ومن أجل أن نفهم ما طرأ على هذه المادة من تعديل سنضطر إلى ذكر النصين، والمقصود المادة (١٣) قبل التعديل وبعده. ثم نستنتج من خلال المقارنة بينهما الحقائق التي جاء بها التعديل. وتتص المادة (١٣) قبل التعديل على أنه «يجوز لمؤسسة الإصلاح والتأهيل أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم بها عقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون، لمدة تساوي باقي العقوبة أو مجموع العقوبات المحكوم بها، وذلك إذا توافرت في المحكوم عليه الاشتراطات الآتية:

- (١) أن يكون قد أمضى نصف مدة العقوبة أو العقوبات المحكوم بها.
- (٢) أن يكون حسن السيرة والسلوك.
- (٣) ألا يكون في الإفراج عنه خطر على الأمن العام.
- (٤) أن يكون قد أدّى الالتزامات المالية المحكوم بها عليه من المحكمة الجنائية، ما لم يكن من المستحيل عليه الوفاء بها.

ويفصل قاضي تنفيذ العقاب في الطلب بعد سماع أقوال النيابة العامة.»

أما المادة (١٣) بعد التعديل فتصّ على «يجوز للجهة المعنية بوزارة الداخلية أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم بها قبل البدء في تنفيذها عقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون، بشرط ألا يكون في ذلك خطر على الأمن العام، وأن

(١) - لاحظ الفقرة الأولى من المادة (٢٢) ونصّها تسري أحكام القسم العام من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦.... فيما لم يرد بشأنه نصّ خاصّ في هذا القانون، وبما لا يتعارض مع أحكامه.

يكون المحكوم عليه قد أدى الالتزامات المالية المحكوم بها عليه من المحكمة الجنائية ما لم يكن من المستحيل عليه الوفاء بها. كما يجوز للجهة المعنية بوزارة الداخلية بعد التنسيق مع مؤسسة الإصلاح والتأهيل أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم بها عقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون، لمدة تساوي باقي العقوبة أو مجموع العقوبات المحكوم بها، وذلك إذا توافرت في المحكوم عليه الاشتراطات الآتية:

- ١- أن يكون حسن السيرة والسلوك.

- ٢- ألا يكون في الإفراج عنه خطر على الأمن العام.

- ٣- أن يكون قد أدى الالتزامات المالية المحكوم بها عليه من المحكمة الجنائية، ما لم يكن من المستحيل عليه الوفاء بها.

ويفصل قاضي تنفيذ العقاب في الطلب بعد سماع أقوال النيابة العامة...»

والحقيقة أن المقارنة بين النصين تكشف عن أن هناك جوانب مهمة جاء بها المشرع من خلال هذا التعديل هي:

الجانب الأول: إن المادة (١٣) المعدلة قد أضاف المشرع من خلالها حالة أخرى من الحالات التي يجوز فيها تطبيق العمل في خدمة المجتمع من بين بدائل العقوبة السالبة للحرية التي عالجها المشرع في القانون الخاص بالعقوبات البديلة، والمقصود بذلك ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة المعدلة.

الجانب الثاني: إن المادة (١٣) المعدلة أبقى على مضمون المادة (١٣) الملقاة حرصت على الصياغة التي كانت عليها المادة قبل التعديل باستثناء التغيير بشأن المدة المتطلبية لتطبيق العمل في خدمة المجتمع؛ فإذا كانت تشترط المادة قبل التعديل تنفيذ المحكوم عليه نصف المدة المحكوم بها أو نصف مجموع العقوبات؛ لاستبدال العقوبة المتبقية في العمل في خدمة المجتمع؛ فإن هذا الشرط قد ألغي؛ بحيث يجوز تطبيق العمل بشأن المحكوم عليه مهما كانت المدة التي نفذها؛ طالما توافرت بحقه الشروط الأخرى. وحسناً فعل المشرع بذلك؛ لأن المشرع في الوقت الذي ابتعد فيه عن نظام مشابه هو الإفراج تحت شرط لا يختلف في مضمونه عنه إلا في المدة والشروط المتطلبية في الإفراج؛ فإنه أيضاً وسّع من نطاق تطبيق العمل في خدمة المجتمع، أي البدائل بشكل عام

الجانب الثالث: إن المشرع بالمادة (١٣) المعدلة لم يغير الجهة التي كان لها الحق في تقرير تطبيق بدائل العقوبة بما فيها العمل في خدمة المجتمع؛ إذ يكون قاضي تنفيذ العقاب هو الذي يفصل في ذلك، وهذا أيضاً حسنة يمكن أن نثبتها بشأن موقف المشرع البحريني؛ فقد أعطى الأمر إلى الجهة القضائية للبت، في أسلوب معاملة المحكوم عليه، ومدى تناسبها مع المحافظة على المركز القانوني للمحكوم عليه الذي أنشأه الحكم.

الجانب الرابع: إن المشرع بالمادة (١٣) المعدلة قد غير الجهة التي يجوز لها أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب تطبيق العمل في خدمة المجتمع، أو أي بديل آخر من بدائل العقوبة؛ فإذا كان المشرع بالمادة

(١٣) قبل التعديل يجيز لمؤسسة الإصلاح والتأهيل أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب؛ فإن المادة (١٣) المعدلة أجاز للجهة المعنية بوزارة الداخلية بالتنسيق مع مؤسسة الإصلاح والتأهيل أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب استبدال العقوبة الأصلية السالبة للحرية المتبقية بالعمل في خدمة المجتمع، ويبدو لنا أن هذا أمر إداري صرف؛ فضلاً عن أنه لم يتجاوز الجهة المسؤولة عن التنفيذ؛ فقد بقي لها وضعها في نطاق استبدال ما بقي من العقوبة؛ وسيكون لها رأيها في إطار من تنفذ بحقه العقوبة. إذن لو جئنا إلى حقيقة ما أجراه المشرع البحريني على المادة (١٣) فهو تعديل لبعض أحكامها وبالتحديد ما يتعلق بإلغاء شرط المدة الذي كان متطلباً لتطبيق العمل في خدمة المجتمع أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها من الشروط المتطلبية للتطبيق؛ فقد أبقي على بقية الشروط الأخرى، وأضاف فقرة جديدة تتضمن حكماً جديداً لتطبيق العقوبات البديلة بما فيها العمل في خدمة المجتمع عندما لا يبدأ بتنفيذ العقوبات الأصلية السالبة للحرية طبعاً.

ولعل ما يتطلب بيانه هو العنوان الذي وصفنا من خلاله ما عالج به المشرع البحريني بالمادة (١٣) سواء المعدلة، أو الملغاة والذي يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية وإذا ما كان هو حقيقة من أساليب المعاملة العقابية خارج أسوار السجن فإن جوابنا على ذلك يكمن في الأدلة التي نسوقها والتي تعضد هذه الرؤية وهي:

إن الشروط التي وضعها المشرع بشأن تطبيق العمل في خدمة المجتمع أو أي بديل من بدائل العقوبة السالبة للحرية، أو ما تبقى من العقوبة السالبة للحرية في العمل في خدمة المجتمع بعد تنفيذ مدة معينة بحيث ما هي في جوهرها إن توافرت تلك الشروط إلا استبدال العقوبة الأصلية المحكوم بها قبل البدء في تنفيذها بعقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من القانون، والمقصود القانون الخاص بالعقوبات والتدابير البديلة^(١).

إن إعطاء الجهة المسؤولة عن تنفيذ العقاب جواز الطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل بالعقوبة المحكوم بها قبل التنفيذ، أو في أثناء التنفيذ ما هو إلا تأكيد على كون هذه الجهات وبناءً على ما يراه قاضي تنفيذ العقاب بأن المعاملة العقابية ستكون أنجع للمحكوم عليه خارج أسوار السجن من زجّه في السجن.

ولعل الدليل الذي يؤكد ذلك تطبيق المادة (١٣) قبل التعديل؛ إذ تؤكد النيابة العامة أنها وبالتنسيق مع إدارة تنفيذ الأحكام قد درست أوضاع المحكوم عليهم وحصرت الحالات التي تتوافر فيها الشروط المتطلبية والمنصوص عليها بالمادة أنفة الذكر^(٢).

(١) - مع ملاحظة أن المشرع كان يشترط في المادة (١٣) قبل التعديل تنفيذ المحكوم عليه نصف المدة المحكوم بها أو مجموع العقوبات المحكوم بها إلى جانب الشروط الأخرى.

(٢) - لاحظ الموقع الرسمي لوكالة أنباء البحرين التي نقلت الخبر عن مساعد النائب العام بتاريخ ٨ أبريل والذي أعلن فيه عن تطبيقه على (٧٢) محكوماً. لاحظ الموقع الإلكتروني الذي تم زيارته بتاريخ ١٥/٧/٢٠٢١:

<https://www.bna.bh/733297>

وبما أن أعمال هذا النظام وفقاً للشروط التي تتضمنها المادة (١٣) لا يمكن أن يتم إلا بحق المحكوم عليه سواء كان ذلك قبل البدء بتنفيذ العقوبة وفقاً لما تنصّ عليه الفقرة الأولى، أو في أثناء تنفيذه وفق ما تنصّ عليه الفقرة الثانية^(١) من المادة ذاتها، فإن هذا لا شك يؤيد وجهة نظرنا بكون ما جاء به المشرّع ما هو إلا أسلوب من أساليب المعاملة العقابية خارج أسوار السجن، لا سيما إذا نظرنا إلى مقارنة شروط تطبيق ذلك بالأساليب الأخرى التي يلجأ إليها المشرّع لاستكمال تنفيذ العقوبة المحكوم بها خارج أسوار السجن، والمقصود بذلك الإفراج تحت شرط^(٢)، إذ تكشف المقارنة بينهما عن اتفاق هذه الحالة والشروط المتطلبية في الإفراج مع الشروط التي يتطلبها المشرّع؛ إذ هي ذاتها في الحالين.

ويبنى على هذا القول إن الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة (١٣) من قانون العقوبات البديلة كوجوب أن يكون حسن السيرة والسلوك. وألا يكون في الإفراج عنه خطر على الأمن العام. وأن يكون قد أدى الالتزامات المالية المحكوم بها عليه من المحكمة الجنائية، ما لم يكن من المستحيل عليه الوفاء بها هي ذاتها المتطلبية في الإفراج تحت شرط، أي أنها شروط مشتركة بين العمل في خدمة المجتمع والإفراج تحت شرط، بل إن العبارات التي استعملها المشرّع هي ذاتها في النظامين. أما الدليل الذي نسوقه لنؤكد كون العمل في خدمة المجتمع من أساليب المعاملة العقابية خارج أسوار السجن فهو عدم اشتراط المشرّع في العقوبة التي تُستبدل نوعاً معيناً من العقوبات سواء التي لم يتم البدء بتنفيذها؛ أم أنواع العقوبة أو العقوبات المتبقية؛ بمعنى أنه يستوي في تطبيق العمل في خدمة المجتمع أن يكون المحكوم عليه قد حكم عليه بعقوبة السجن، أم بعقوبة الحبس، وسواء كان قد بدأ بتنفيذ عقوبة السجن، أو عقوبة الحبس، أو الحبس والسجن، فكل هذا لا يمنع من تطبيق هذا النظام، وإحلال العمل في خدمة المجتمع محلّ العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها أو العقوبة المتبقية والدليل، على ذلك عبارة المشرّع «أن يُستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم بها»؛ إذ لم يحدد المشرّع لا نوع العقوبة ولا حتى مدتها.

وإذا كان هذا يعدّ اقتراباً من نظام الإفراج تحت شرط؛ لا سيما إذا أخذنا بعين الحسبان الشروط المتطلبية لتطبيقه التي قلنا بتمامثلها في الحالين ولا اختلاف بينهما إلا في نطاق المدة التي أسقطها المشرّع من حساباته بعد أن كانت المادة (١٣) الملغاة تعتدّ بها؛ فإننا نرى بأن اتجاه المشرّع هذا يعدّ توسعاً منه، والاتجاه إلى استبدال العقوبات السالبة للحرية بأساليب لتنفذها غير المؤسسات

(١) - لقد كانت المادة (١٣) الملغاة تشترط أن يكون المحكوم عليه قد أمضى نصف مدة العقوبة أو العقوبات المحكوم بها؛ فإن المدة التي يتطلبها المشرّع في الإفراج الشرطي أن يكون المحكوم عليه قد نفذ ثلاثة أرباع المدة، أو على الأقل ٢٠ سنة إن كان محكوماً بالسجن المؤبد (المادة ٢٤٩) من قانون الإجراءات وبهذا الشرط يختلف العمل في خدمة المجتمع عن الإفراج الشرطي.

(٢) - المادة (٢٤٩) إجراءات جنائية ونصها «يجوز الإفراج تحت شرط عن كل محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية إذا كان قد أمضى في السجن ثلاثة أرباع مدة العقوبة وتبين أن سلوكه أثناء وجوده في السجن يدعو إلى الثقة في تقويم نفسه وذلك ما لم يكن في الإفراج عنه خطر على الأمن العام ولا يجوز أن تقل المدة التي تقضي في السجن عن تسعة أشهر.. وإذا كانت العقوبة هي السجن المؤبد فلا يجوز الإفراج إلا إذا أمضى المحكوم عليه في السجن عشرين سنة على الأقل».

العقابية، وبذلك نستطيع القول أن ثمة نهجاً يتجه إليه المشرّع محاولاً رسم سياسة عقابية معاصرة تكون أكثر إنسانية من سلب الحرية الذي له آثاره الاجتماعية والنفسية؛ إذ يسعى بذلك إلى تجنب جميع إشكالات سلب الحرية التي سبق أن بيّنا في بداية هذا البحث أن هناك مسوغات دفعت إلى تبني العقوبات البديلة بشكل عام، وعقوبة العمل في خدمة المجتمع بشكل أخصّ، إلى جانب حفاظها على مصلحة المجتمع، والغاية التي يهدف إليها من وراء فرض العقاب؛ إذ لا يجوز تطبيقه على من يشكل خطراً على المجتمع .

ومع ما بيّناه من تماثل بين العمل في خدمة المجتمع بوصفه أسلوباً من أساليب المعاملة العقابية خارج المؤسسات العقابية والإفراج تحت شرط إلا أن هذا لا يعني إلغاءً للأخير؛ لأن الإفراج تحت شرط له شروطه الأخرى التي تتعلق بكيفية تنفيذه والتي ينبغي أن يتضمنها الأمر الصادر بالإفراج^(١)؛ إذ يُعلق الإفراج أو يُلغى بناء على الوفاء بالشروط التي يتضمنها أمر أو قرار منح والتي يتضمنها أمر الإفراج أو الإخلال بها^(٢) وليس من بينها طبعاً التكليف بعمل.

أما الدليل الآخر الذي يؤكد وجهة نظرنا بكون الحالة التي ينظمها المشرّع بالمادة (١٣) من القانون بأنها أسلوب من أساليب المعاملة العقابية، فهو خضوعها لمبدأ الجبرية الذي يحكم المعاملة العقابية؛ إذ لم يضع المشرّع ما يفيد ضرورة موافقة المحكوم عليه، وإذا كنا نستطيع القول بأن العمل في خدمة المجتمع يتميز عن بقية العقوبات البديلة بصفة الرضائية؛ إذ يعلّق أمر إقراره من قبل المحكمة على شرط وهو موافقة المحكوم عليه؛ فإن هذا أيضاً يدفعنا للقول بأن هذه الحالات لا يمكن تكييفها بكونها عقوبة بديلة؛ إذ لو كانت كذلك لكان على المشرّع أن يلتفت إلى هذا الشرط ويخصّ به العمل في خدمة المجتمع، كما خصّه في إطار عدّه بديلاً من بدائل العقوبة السالبة للحرية؛ حيث اشترط المشرّع موافقة المحكوم عليه شرطاً من شروط صحة الحكم .

وثمة نتائج تترتب على هذا التكييف، وأقصد أن يكون العمل في خدمة المجتمع أسلوباً من أساليب المعاملة العقابية خارج أسوار السجن، أهمها: أن استبدال العقوبة قبل تنفيذها، أو استبدال ما تبقى منها بعد البدء بالتنفيذ يخضع إلى السلطة التقديرية للسلطة التي تطلبه والتي تمنحه، فالسلطة التي تطلبه هي الجهة المعنية في وزارة الداخلية، والسلطة التي تمنحه يراد بها قاضي تنفيذ العقاب، أي أنه ميزة تمنح بشروط بحق من توافرت فيه. والنتيجة الأخرى التي ترتبط بالنتيجة السابقة وتعدّ أثراً لها أن هذا أسلوب ليس بحق من حقوق المحكوم عليه فلا يستطيع المحكوم عليه أن ينازع السلطة لعدم منحه إياه، بل ولا يستطيع أن يطلب ذلك من السلطة القائمة على تنفيذ العقوبة؛ إنما هي التي تقدر ذلك وتتقدّم بطلبها إلى قاضي تنفيذ العقاب، وحسناً فعل المشرّع بأن وضع هذه السلطة بيد قاضٍ متخصص هو قاضي تنفيذ العقاب؛ لكون السلطة القضائية هي صمام أمان للمجتمع ومن ضمنها طبعاً قاضي تنفيذ العقاب، واشترك النيابة العامة في ذلك.

(١) - المادة (٢٥٢) قانون الاجراءات الجنائية البحريني.

(٢) - المادة (٢٥٤) من قانون الاجراءات الجنائية البحريني التي تحدد متى يجوز إلغاء الإفراج تحت شرط.

وما يمكن أن يستفاد من الشروط التي وضعها المشرع بالمادة (١٣) أنفة الذكر هو أن هذا الأسلوب من أساليب المعاملة لا يطبق على جميع المحكوم عليهم؛ إنما فقط من تتوافر به الشروط مجتمعة؛ ونؤكد الشروط مجتمعة بحيث لا يصح إغفال شرطٍ منها؛ بمعنى لو تخلف أي شرط من هذه الشروط فلا يمكن تطبيقه بحق من لا تتوافر فيه. فليس كل من بدأ بتنفيذ العقوبة يمكن أن يستفيد من هذا الأسلوب؛ إنما لا بد أن تجتمع معه الشروط الأخرى؛ أي أن يكون حسن السيرة والسلوك، وألا يكون الإفراج عنه خطراً على الأمن العام وهكذا.

وقد يكون من المفيد التساؤل عن وجه اختلاف العمل في خدمة المجتمع بوصفه نمطاً من أنماط المعاملة العقابية، وبين أن يكون بديلاً للعقوبة السالبة للحرية؟

للإجابة عن ذلك يمكننا القول بأن الاختلاف واضح بينهما، ومع ذلك فإن هذه الاختلافات تفرضها طبيعة كل منهما سواء ما تعلق منها فيما يخص الجهة التي تحكم به والإجراءات التي تتبع والوقت الذي يحكم به؛ فحيث يكون الحكم بالعمل عقوبةً بديلةً عند النطق بالحكم من قبل المحكمة التي تصدر الحكم، وقبل دخول المحكوم عليه السجن ومن بعد أن تأخذ موافقة المحكوم عليه؛ أما عدّ العمل أسلوباً من أساليب المعاملة العقابية فسيكون إقراره من قبل قاضي تنفيذ العقاب وفي حالتين: إما أن يُطلب استبدال العقوبة قبل تنفيذ أي جزء منها، أو أن يطلب استبدالها عندما يدخل السجن ويبدأ بتنفيذها.

وبشأن المقارنة بين العمل في خدمة المجتمع بوصفه عقوبة بديلة وبين عدّه نمطاً جديداً ومستحدثاً من أساليب المعاملة العقابية المعاصرة فثمة اختلاف في العناصر الجوهرية. وأولها ما يتعلق بمدة العقوبة السالبة التي يجوز استبدالها؛ فإذا حدّد المشرع المدة التي يجوز استبدالها في نطاق العمل كعقوبة بديلة بسنة فأقل؛ فإن الذي يتضح من صيغة المشرع «يستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم...» «أن يستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم بها عقوبة.. تساوي باقي العقوبة أو مجموع العقوبات المحكوم بها» أن العقوبة التي ستستبدل بالعمل في خدمة المجتمع هي: أما مدة العقوبة الأصلية التي حكم بها، أو مدة العقوبة الأصلية المتبقية أو باقي مجموع العقوبات المحكوم بها؛ فالعبارتان أنفتا الذكر تقيدان بأن العقوبة التي يجوز استبدالها قد تكون أكثر من سنة أو سنتين أو أكثر، أو ربما أقل من سنة؛ حيث لم يحدّد المشرع كما سبق أن أشرنا لا نوعها ولا مدتها.

أما النقطة الأخرى من أوجه الاختلاف فتتعلق بموافقة المحكوم عليه؛ فإذا يشترط المشرع موافقة المحكوم عليه في العمل كعقوبة بديلة؛ فلا يشترط ذلك في نطاق العمل بوصفه أسلوب معاملة، وهذا حتماً هو مقتضى من مقتضيات طبيعة كل منهما؛ إذ تمتلك السلطة القائمة على تنفيذ العقوبة تقدير مدى ملاءمة أو عدم ملاءمة هذا الأسلوب أو ذاك من أساليب المعاملة العقابية ومن ثم مراعاتها لمصلحة المجتمع وسلامته فإنها تطلب ذلك، أو أنها تقدّر ملاءمة هذا الأسلوب فتطلب من قاضي تنفيذ العقاب، كي يصدر موافقته.

ثالثاً: العمل في خدمة المجتمع بناءً على طلب المحكوم عليه

إذا كان البعض يذهب إلى أن التشريعات بشأن تعاملها مع عقوبة العمل قد عدت العمل في خدمة المجتمع عقوبة بديلة للإكراه البدني في الغرامة كما هو الأمر عند المشرع الإيطالي^(١)؛ فإننا نؤكد أن هذا الأمر ليس بأمر مستحدث فضلاً عن أنه قد لا يعدّ من العقوبات البديلة وفقاً للمدلول الذي تقدّم؛ لا سيما أن هذا الأسلوب متبع أيضاً بشأن الإكراه البدني في بقية التشريعات^(٢)، بل أن التشريعات تضع ذلك حتى بالنسبة إلى العقوبة السالبة للحرية ومن بينها المشرع المصري الذي ذهب إلى أبعد قليلاً من المشرع البحريني بشأن المدة المقررة للعقوبة السالبة للحرية فإذا قارنا النصين الواردين في قانون الإجراءات الجنائية؛ المشرع المصري أجاز لكل محكوم عليه بالحبس البسيط مدة لا تتجاوز ستة أشهر أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن وفقاً لما هو مقرّر بالمواد (٥٢٠) وما بعدها، وذلك ما لم ينص في الحكم على حرمانه من هذا الخيار^(٣).

أما المشرع البحريني الذي أجاز بالمادة (٢٣٧) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني أيضاً للمحكوم عليه بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب من قاضي تنفيذ العقاب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن وفقاً لما هو مقرّر بالمادة (٢٧١) الذي أجاز للمحكوم عليه أن يطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل الإكراه البدني بعمل يدوي أو صناعي يقوم به قبل صدور الأمر بالإكراه البدني. فإننا نرى بأن ما جاء به المشرع في قانون العقوبات والتدبير البديلة يدفعنا للقول بأن هذا النصّ وبالذات ما يتعلق بالعقوبة السالبة للحرية قد لا يكون ثمة موجب لإعماله أمام ما وضعه المشرع من حكم؛ فقد نص على أن «لكل محكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالإكراه البدني أن يطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل بتنفيذ عقوبة الحبس أو الإكراه البدني عقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون، ويفصل قاضي تنفيذ العقاب في الطلب بعد سماع أقوال النيابة العامة»^(٤).

والنص واضح لا يحتاج إلى تعليق وهو إن كان يعالج حالة الإكراه البدني؛ فإن ما يهم في هذا المجال طلب المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تزيد على سنة، وهي ذات المدة التي نصّ عليها بشأن استبدالها من قبل محكمة الموضوع؛ غير أن هذا النص لا يمكن إعماله إلا إذا كان هناك طلب من المحكوم عليه، أو من ينوب عنه قانوناً، كالمحامي بوصفه وكيلاً عنه، وأن يقدّم الطلب إلى قاضي تنفيذ العقاب الذي له صلاحية البتّ في الأمر بعد أخذ رأي النيابة العامة.

(١) - لبيدي خيرة عقوبة العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في التشريع الجزائري دفاثر السياسة

والقانون، كلية السياسة والقانون- جامعة قاصدي مرباح ورقلة - الجزائر- المجلد: ١٢ العدد: ٢- ٢٠٢٠ - ص ٢٩.

(٢) - لاحظ المواد من (٣٦٣ إلى ٢٧٤) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني.

(٣) - المادة (٤٧٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٤) - المادة (١٢) من قانون العقوبات والتدابير البديلة.

حكم الإخلال بشروط العمل في خدمة المجتمع أو الهروب من تنفيذه

ما يجدر الإشارة إليه هو أن ما قلناه بشأن الحجية التي تكتسبها عقوبة العمل في خدمة المجتمع وتكافؤها مع العقوبة السالبة للحرية ليس مطلقاً؛ إذ يمكن النظر بشأن العودة إلى تنفيذ العقوبة الأصلية ونقص عقوبة الحبس، أو تنفيذ ما تبقى منها إن تحقق ما يوجب ذلك وهو مخالفة المحكوم عليه لواجبات تنفيذ عقوبة العمل في خدمة المجتمع؛ فقد أعطى المشرع البحريني قاضي تنفيذ العقاب إما الأمر بتنفيذ العقوبة الأصلية أو ما تبقى منها أو الإلزام بعقوبة بديلة أخرى في حالة الامتناع عن تنفيذ أي من العقوبات البديلة أو الإخلال بها خلال مدة تنفيذها^(١)؛ خلاف الأمر بالنسبة إلى حالة الهروب من تنفيذ العقوبة البديلة، أي من العمل في خدمة المجتمع من ضمنها؛ فقد عدّ المشرع ذلك جريمة ونص على أن «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بالغرامة التي لا تتجاوز مائتي دينار كل من هرب من تنفيذ أي من العقوبات البديلة...»^(٢).

ولا شك في أن العلة من هذا النص واضحة وهي أن المحكمة لم تلزم المحكوم عليه بالعمل بوصفه بديلاً من بدائل العقوبة؛ إنما عرضت عليه ذلك فوافق، فلا ينبغي أن يستعمل الحيل من أجل أن يتخلص من الجزاء الذي يستحقه عن جرم اقترافه؛ فمن يختار العمل بإرادته ينبغي ألا يهرب منه بإرادته ومتعمداً عدم تنفيذ ما التزم به من جهة رسمية، موثوق فيها رمز للحق والعدل وهي الجهة التي تتكفل بحماية المجتمع طبقاً للقانون، وهو ما يجعل هروب المحكوم عليه من تنفيذ عقوبة العمل الذي أقرته وتفاهمت بشأنه معه تعدياً على مصداقيتها، كونها الجهة التي تحمي المجتمع ممن يعيب بأمنه.

المبحث الثالث

القيمة العقابية للعمل في خدمة المجتمع

انتهينا إلى أن العمل في خدمة المجتمع بديل من بين بدائل العقوبة السالبة للحرية؛ وما ينبغي النظر إليه هو تحديد قيمته العقابية من خلال البحث في أمرين: الأول هو وضع عقوبة العمل في ميزان المبادئ التي تحكم العقوبة ومن جانبين: الأول هو خصائصها، والجانب الآخر هو الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، ثم النظر في الخصائص التي تميزه والتي من شأنها أن تجعله قادراً على تحقيق أغراضه وأهدافه؛ وقد أفردنا لكل أمر مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

العمل في خدمة المجتمع في ميزان الخصائص العامة للعقوبة

تخضع عقوبة العمل في خدمة بوصفها عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية إلى ذات المبادئ التي تخضع إليها العقوبة، مما يجعلها تتميز بذات الخصائص التي تتميز بها العقوبة؛ فمن حيث كونها

(١) - لاحظ الفقرة (أ) من المادة (١٦) من قانون العقوبات والتدابير البديلة.

(٢) - لاحظ المادة (٢٢) من قانون العقوبات والتدابير البديلة.

عقوبة بديلة لا بد أن تكون محدّدة من قِبَل المشرّع، فهي إذن قانونية، ولكون القاضي يفرضها عند الحكم بعقوبة سالبة للحرية؛ فإنّ ذلك هو قضائية، ولأنّها تفرض على من هو أهل لها وبناءً على جريمة ارتكبتها وثبتت بحقه؛ فإنّها هي شخصية. وفيما يأتي بيان ذلك تباعاً.

أولاً: شرعية أو قانونية عقوبة العمل في خدمة المجتمع

يُقصد بشرعية أو قانونية العمل في خدمة المجتمع كعقوبة بديلة بأنه محدّد بنصّ القانون، ممّا يجعله لا يخرج عن المبدأ الذي يحكم أنواع العقوبات ونقصد بذلك الشرعية الجنائية، أو شرعية العقوبة. ولعلّ ما يؤكد ذلك هو ليس القانون الذي اعترف بالعقوبة البديلة ومن ضمنها عقوبة العمل؛ إنّما أيضاً ممّا تتميز به عقوبة العمل عند المشرّع البحريني من أنها عقوبة محددة المدة؛ فقد ألزم المشرّع القاضي بأن يحكم بها بعد أن يحدّد مدة العقوبة السالبة للحرية، كما سبق أن أشرنا إليه؛ فقد ألزمت القاضي بذلك المادة العاشرة من القانون.

وعلى أساس ذلك فهي أي عقوبة العمل فضلاً عن كونها منصوصاً عليها في القانون فهي أيضاً مساوية للعقوبة السالبة للحرية التي يحكم بها القاضي وتنفذ بدلاً عنها وبذات مدتها؛ بحيث تقتضي مدة عقوبة العمل بانقضاء مدة العقوبة السالبة للحرية. ولا شك أن تحديد مدة عقوبة العمل في خدمة المجتمع له أهميته بالنسبة إلى تحديد طبيعته القانونية؛ إذ يعدّ هذا دليلاً على أنه لا يمكن أن تأخذ وصف التدبير ولا وصف الطبيعة المختلطة التي تجمع بين العقوبة والتدبير كما سبق أن بينا. لكن لو نظرنا إلى عقوبة العمل؛ فإننا نستطيع القول بأنّ شرعيته شرعية خاصة، أو على الأقلّ فيها خصوصية بحيث أن المشرّع يأتي وينظم العمل في خدمة المجتمع من حيث بيان مدلوله في نصوص خاصة لكن القانون لا يكتفي بذلك؛ إنّما يأتي وينظم أحوال فرضه وشروطه أو الحكم به بنصوص خاصة خلاف بقية العقوبات، ثم يأتي ويحدد الأحكام الخاصة سواء فيما يتعلق بالحالات التي يمكن فيها فرضه من حيث نوع الجرائم ومدة العقوبة، أو حتى شروط ذلك، بل وحتى الإجراءات التي ينبغي على القاضي أن يتبعها في إصداره، كضرورة تشاور القاضي مع المحكوم عليه والحصول على موافقته قبل فرضه، وهذا ما لا يمكن أن نجده في أي عقوبة من العقوبات التي يضمنها قانون العقوبات.

ومع ما يقال من أن هذا الأمر هو من مقتضيات مبدأ الشرعية الجنائية التي لا تتطلب في النصّ الجنائي أن يكون محدداً وواضحاً⁽¹⁾ فحسب؛ إنّما أيضاً من أجل أن يكون الأفراد على علم بما يصيبهم من جزاء في حال ارتكاب الفعل المجرم؛ فإن ما نراه بأن مقتضيات الشرعية إنّ كانت تتطلب أن يتضمن النصّ على العمل في خدمة المجتمع كعقوبة بديلة شأنه في ذلك شأن أي نصّ جنائي يتضمن جزاءً لكن النصّ الخاص بعقوبة العمل لكونه نظاماً خاصاً فإنه يختلف عما تتضمنه النصوص الجنائية ووجه خصوصيته أنه عقوبة لا تقابل جرماً معيناً كبقية نصوص التجريم والعقاب.

(1) - لأن كل غموض في النص من شأنه أن يؤدي إلى التحكم القضائي الخطر - للمزيد عن الصفات الخاصة في نصوص قانون العقوبات- د. أحمد فتحي سرور- الوسيط- في قانون العقوبات- القسم العام- ط/ السادسة - ٢٠١٥ مكان الطبع- بلا - ص ١٣٠.

وتوضيح ذلك أن شرعية عقوبة العمل للنفع العام تتميز - إلى جانب ما تقدّم - عن شرعية العقوبة بأنه عقوبة العمل لا تقابل فعل مجرم، كما هو الأمر بالنسبة إلى شرعية العقوبة التي تفترض أن تكون هناك عقوبة مقابلة ومحددة للجرم الذي يتضمنه النص، وتتناسب معه في جسامته الفعل وجسامته النتيجة وجسامته خروج إرادة عن أوامر المشرع، وأقصد العمد والخطأ؛ بحيث لو أننا اخترنا أي نص فسنرى هناك جريمة وهناك عقاب يقابلها؛ خلاف الأمر بالنسبة إلى عقوبة العمل فلن نجد نصاً يضع عقوبة العمل في خدمة المجتمع مقابلها؛ لأنها ليست عقوبة أصلية ولا تبعية ولا تكميلية؛ إنما هي عقوبة بديلة للعقوبة الأصلية. إذاً شرعية عقوبة العمل شرعية خاصة، كونه نظاماً خاصاً يضع القاضي أمام خيار هو استبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل.

وعلى أساس هذه الخصوصية اقتضى أن يتدخل المشرع ويرسم معالم هذا النظام لضرورات التطبيق العملي للنص التي تقتضي من القاضي ليس فهم النص فحسب؛ إنما كيفية تطبيقه والالتزام بشروط ذلك على الحالات التي نصّ عليها المشرع، والذي لا يكون سهلاً عليه إن لم يبيّن المشرع تلك الضوابط، فضلاً عن أن هذا التفصيل في قواعد نظام العمل في خدمة المجتمع هو من أجل تقديم الضمانات لحماية حرية الأفراد من التعسف الذي يمكن أن يتحقق لو ترك الأمر من غير ضوابط وأخيراً طمأننة المجتمع من أن هذا الأسلوب من العقاب الذي يبقى فيه المحكوم عليه بين أفراد المجتمع محاط بتدابير وشروط خاصة تميّزه عن بقية العقوبات، ممّا يبعث في نفوس أفراد الطمأنينة.

ثانياً: قضائية عقوبة العمل في خدمة المجتمع

يعني هذا الأمر بأن عقوبة العمل في خدمة المجتمع تُفرض من قبل السلطة القضائية، بل وأكثر تحديداً من المحكمة الجنائية المختصة بنظر الدعوى وفقاً لقواعد الاختصاص التي ينظمها قانون الإجراءات الجنائية^(١) ولا نريد أن نسرف بشأن فكرة الاختصاص؛ فذلك يخرج عن أهداف البحث. ويطرّب على هذا القول بأن السلطة الإدارية لا يحقّ لها فرض عقوبة العمل في خدمة المجتمع، بل ولا يحق لها فرض هذه العقوبة حتى ولو كان قد صدر جرم مَمّن هم تحت ولايتها الوظيفية؛ لأن القضاء الجنائي هو المختصّ بفرض الجزاء عبر الأحكام التي تصدر عنه.

لكن ما ينبغي أن نركز عليه في هذا المجال هو أن تكون العقوبة الأصلية قد تضمنها الحكم وأن يكون قد صدر عن محكمة مختصة نوعياً في نظر القضية، وأن يتضمن ذات الحكم الصادر عنها الإشارة إلى استبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل في خدمة المجتمع بعد أن تكون قد أجرت له محاكمة قانونية عادلة.

ولعلّ الدليل الذي يُوَكّد وجوب أن تكون عقوبة العمل في خدمة المجتمع قضائية؛ هو موقف المشرع البحريني بنصه في المادة العاشرة من القانون للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على

(١) - لاحظ قواعد الاختصاص المواد التي تضمنها الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجنائية رقم (٤٦) لسنة

سنة أن يستبدل بها بعد تحديد مدة الحبس، وهو ما يفترض أن يحكم القضاء بعقوبة الحبس ثم يستبدلها بعقوبة العمل؛ لذا لا يصح للحكم إلا أن ينطق به القاضي بعد أن يتولى تحديد مدة العقوبة الأصلية التي سيحلّ العمل في خدمة المجتمع محلّها.

أما الأمر المهم في نطاق قضائية عقوبة العمل في خدمة المجتمع فهو أنه وإن كان يشترك مع العقوبة بأن يصدر بحكم قضائي إلا أن له خصوصيته التي تتمثل بأن الحكم به يخضع لإجراءات واشتراطات خاصة، والذي يمكننا استخلاصها من مراجعة نصوص المشرّع البحريني وموقف التشريعات المقارنة. فمن جهة الإجراءات ينبغي أن تتأكد المحكمة من موافقة المحكوم عليه الصريحة على العمل في خدمة المجتمع، أو رفضه له. ويتوجب أيضاً حضور المحكوم عليه جلسة النطق بالحكم. أما بالنسبة إلى لاشتراطات فينبغي أن يحكم القاضي بعقوبة الحبس لسنة فأقل، وألا يصدر الحكم إلا بعد أن يحدد القاضي مدة العقوبة السالبة للحرية^(١). ثم يتضمن الحكم استبدالها بعقوبة العمل.

ثالثاً: شخصية عقوبة العمل في خدمة المجتمع

من أهم ما تتميز به العقوبة بشكل عام هو شخصيتها، وهو ما حرصت على النص عليه الشرائع السماوية والقوانين الوضعية على حدّ سواء، بل إن التشريعات الوضعية ونظراً إلى أهميته فقد جعلته مبدأً دستورياً كما هو الأمر عند المشرّع الدستوري البحريني^(٢).

وإذ يعني مبدأ شخصية العقوبة أنها لا تُطبق إلا على المحكوم عليه الذي صدرت بحقه العقوبة، وفي نطاق موضوعنا العقوبة السالبة للحرية؛ فإن هذا سينعكس على ما يحلّ بدلاً عنها ونقصد بذلك عقوبة العمل؛ إذ تُستبدل العقوبة السالبة للحرية بعقوبة العمل. ويعني هذا ألا مجال لتنفيذ عقوبة العمل إلا بحق من ارتكب الجريمة دون سواه وثبتت بحقه وصدر حكم بإدانته بعقوبة أصلية سالبة للحرية وفقاً للمعيار الذي وضعه المشرع، ولا يصحّ تنفيذها بحق شخص غير المحكوم عليه حتى ولو قبل بذلك بها ومهما كانت درجة قرابته أو صلته بالمحكوم عليه؛ إذ إن العقوبة الأصلية وتتبعها العقوبة البديلة لا تقبل الإنابة.

ومن التعاريف التي نفضّلها بشأن عقوبة العمل في خدمة المجتمع والتي تعكس أيضاً فكرة كونه يتميز بصفة الشخصية هو ما يذهب إليه البعض من أن العمل في خدمة المجتمع وهو الجهد المشروط والبديل لعقوبة الحبس والمقدم من المحكوم عليه شخصياً لدى مؤسسة ومنفعة عامة^(٣).

(١) - هذه الشروط هي مجمل لنص المادة الثالثة من القانون البحريني، والفقرة الثامنة من المادة (١٢١) من قانون العقوبات الفرنسي، والفقرة الرابعة من المادة (١٢) من قانون العدالة الإيرلندي لسنة ١٩٩٦، والمادة ٥ مكرر ١/ من قانون العقوبات الجزائري للمزيد عن تفصيل هذه الشروط يراجع د. حسيبة محيي الدين - عقوبة العمل للنفع العم في التشريع الجزائري - مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الجزائر - المجلد ١٢ العدد (٠١) أبريل ٢٠٢١ ص ١٣٢ وما بعدها.

(٢) - لاحظ الفقرة (ب) من المادة (٢٠) من الدستور البحريني ونصها (العقوبة شخصية).

(٣) - ليلي قايد - السياسة العقابية الحديثة في الجزائر - عقوبة العم للنفع العام أنموذجاً - مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - تيارت - المجلد ٧ - العدد (٠١) السنة ٢٠٢١ ص ٤.

وإذا كان المقرر بالنسبة إلى عقوبة الأصلية بأنه لا يجوز أن يمتد نطاقها إلى غير من له صلة بالجريمة سواء كان هو من ارتكب الجريمة بنفسه، أو كونه شريكاً فيها؛ فإن هذا أيضاً قيد ينبغي أن يتحقق في إطار العقوبة البديلة؛ بمعنى ألا يجوز أن يمتد أثر عقوبة العمل إلى أحد أفراد أسرة المحكوم عليه، أو إلى أحد ورثته أو حتى أقاربه؛ لا في حال حياته ولا في حال تعرضه للموت؛ إذ لا يجوز الطلب من أحد الورثة تنفيذ العمل الذي التزم به المحكوم عليه؛ إذ المبدأ بأن العقاب لا يورث؛ فمن أهم آثار شخصية عقوبة العمل في خدمة المجتمع أنها تسقط، أي تقضي ولا مجال لتنفيذها في حال وفاة المحكوم عليه بها^(١) وعلة عدم إمكان تنفيذها هي استحالة التنفيذ، كونها تؤدي من قبل المحكوم عليه بنفسه، أي بشخصه وقد انقضت شخصيته بموته.

والجدير بالذكر أن متطلبات السياسة العقابية المعاصرة تفرض على القاضي في مجال اختيار العقوبة؛ أن ينظر ليس إلى نوع الجريمة المرتكبة وخطورتها، بل وأن يأخذ في حسبانها شخصية الجاني، طبقاً لمقتضيات مبدأ تفريد العقاب^(٢) الذي يتطلب أن يكون الجزاء الجنائي من حيث نوعه ومقداره وطريقة تنفيذه ملائماً لشخصية المحكوم عليه، بل وأن يكون له دور في ذلك فضلاً عن دور مؤسسات المجتمع.

المطلب الثاني الخصائص الخاصة التي تميز بها العمل في خدمة المجتمع بديلاً للعقوبة

إن لفظ العقوبة الذي يشترك به العمل في خدمة المجتمع مع العقوبة السالبة للحرية بوصفه بديلاً عنها، هو الذي دفع جميع البحوث والدراسات لأن تركز فقط على خصائص العقوبة وتسببها إليه وأهملت ذاتيته، والخصائص التي يتميز بها ويستقل بها عن العقوبة وعن أنظمة أخرى قد تشابه معه؛ لذا فإننا وعلى أساس هذه النظرة سنتولى استعراض أهم الخصائص التي تميز العمل في خدمة المجتمع بوصفه عقوبة بديلة وهي كما يأتي:

(١) - لاحظ المادة (٢٨٩) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني؛ حيث يقرر المشرع فيها أيضاً ما تعلق بذمته المالية والجدير بالذكر أن هذا الحكم ينطبق على جميع العقوبات البديلة الوارد ذكرها بالمادة الثانية من القانون لكننا نرى بأن هذا الحكم يستثنى منه العقوبة البديلة والواردة في الفقرة (ز) المتعلقة بإصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة؛ لكون ذلك يمكن أن يقدر بالمال ويمكن أن يستوفى من تركته.

(٢) - ويصنف التفريد العقاب على حسب الجهة التي تتولى القيام به إلى تفريد تشريعي يتولى المشرع تحديد العقاب المتناسب والملائم لشخصية مرتكب الجريمة عبر ما يضعه بين يدي القاضي من ظروف تخفيف: قضائية وأعدار، وتفريد قضائي يكون مجاله النطق بالعقوبة، وتفريد تنفيذي يكون مجاله في أثناء تنفيذ العقوبة. للمزيد عن الموضوع يراجع: خوري - عمر - السياسة العقابية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - بن عكنون - جامعة الجزائر - ٢٠٠٨ ص ٩٢، وما بعدها.

أولاً: عقوبة العمل في خدمة المجتمع عقوبة بديلة جوازيه

نقصد بجوازية عقوبة العمل كعقوبة بديلة هو أن أمر إقرارها من قبل القاضي بديلاً للعقوبة التي يحكم بها يُعد أمراً غير ملزم له، أي يدخل في نطاق سلطته التقديرية؛ فيجوز للقاضي في نطاقه أن يستبدل العقوبة السالبة للحرية بعقوبة العمل دونما إلزام عليه، ويجوز له أن يحكم بالعقوبة الأصلية ولا يستطيع المحكوم عليه أن يفاصله ولا لأي جهة أخرى أن تفاصل القاضي في ذلك وتلومه إن لم يحكم به حتى وإن كان العمل إجراء مناسب للمحكوم عليه من بين جملة البدائل الأخرى والدليل على ذلك هو عبارة المشرع «للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس...» الواردة في المادة العاشرة من القانون، وهو ما يفيد الجواز وليس الوجوب؛ إذ لو جاءت عبارة المشرع على القاضي لكان الأمر مختلفاً جداً؛ إذ تعني هذه العبارة الوجوب، وهذا يعني أن قرار استبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل لا يكون محلاً للطعن؛ نعم قد يكون الحكم برمته قابلاً للطعن أما أن يقتصر الطعن عن سبب اتجاه المحكمة إلى الحكم بالعقوبة البديلة فلا يجوز الطعن به على وجه الاستقلال طالما توافرت شروط الحكم به؛ لكن هذا لا يعني تحصن الحكم إن خالف الشروط الموضوعية والشخصية والإجرائية المتطلبية للنطق بعقوبة العمل^(١)، أي الشروط المتطلبية لاستبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل.

ثانياً: عقوبة العمل في خدمة المجتمع عقوبةً بديلةً اختيارية:

المقصود بكون عقوبة العمل في خدمة المجتمع أنها عقوبةً بديلةً اختيارية، هو أن من حق القاضي أن يفاضل بينها وبين الأنواع الأخرى من أنواع العقوبات البديلة التي حددها المشرع في المادة الثانية من القانون وله سلطته التقديرية في أن يختارها من بين تلك العقوبات.

لكن صفة الاختيارية بالنسبة إلى عقوبة العمل لا ينبغي أن ينصرف مدلولها فقط إلى سلطة القضاء كما أشير إلى ذلك في الفقرة السابقة؛ إنما المقصود بكونها عقوبة اختيارية أنها اختيارية بالنسبة للمحكوم عليه أيضاً؛ بمعنى أن ما يعرضه القاضي على المحكوم عليه ليس بالأمر الملزم للأخير؛ إنما يعود إلى مطلق رغبته، فإن شاء قبل باستبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل وإن شاء رفضها، وهذا يستتج ممّا تفرضه التشريعات بشأن تحقق قبول المحكوم عليه استبدال عقوبة الحبس المحكوم بها بعقوبة العمل للنفع العام، ويترتب عليه ألا يجوز للقاضي إجبار المحكوم عليه عليها فالمحكوم عليه له الخيار في قبولها أو رفضها^(٢).

(١) - للمزيد عن هذه الشروط ينظر غضبان نبيلة- عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس قصير المدة -مجلة معارف جامعة البويرة الجزائر- المجلد ١٥ - العدد ٢- ديسمبر ٢٠٢٠. ص ٩ وما بعدها، وأيضاً حسيبة محيي الدين - المرجع السابق- ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) - جزول صالح - المرجع السابق- ص ٢٠، غضبان نبيلة- المرجع السابق - ١٠ وما بعدها.

لكن أن يكون للقاضي الخيار بين عقوبة العمل وبين العقوبات البديلة الأخرى، وأن يكون له الخيار بين أن يحكم بالعقوبة الأصلية أو يستبدلها بعقوبة بديلة؛ فإن هذا من شأنه أن يقود إلى القول بأن المشرع قد وسع من سلطة القاضي الجزائي في تفريد العقاب؛ فقد أعطاه المشرع فضلاً عن سلطة اختيار الجزاء الجنائي المناسب لحالة المتهم وفق ما يمليه عليه ضميره المهني وطبقاً لما يتطلبه أعمال مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته من حيث نوع العقوبة أو مدتها، وما يتيح له المشرع من عقوبات يتضمنها النص؛ كما أعطاه فضلاً عن ذلك سلطة المفاضلة بين أنواع العقوبات البديلة؛ إذ كما يكون له الخيار في الحكم بعقوبة العمل له الخيار في الحكم بالمراقبة الإلكترونية أو غير ذلك مما تضمنته المادة الثانية من القانون الخاص بالعقوبات البديلة.

غير أننا نرى بأن القاضي حتى يقوم بتفريد العقاب على أتم وجه فإن اختياره لعقوبة العمل لا ينبغي أن يكون وفق سلطة تقديرية، كما هو الأمر بشأن تقدير العقوبة؛ فهذه السلطة، أي التقديرية قد مارسها في تحديد العقوبة الأصلية؛ إنما عليه أن يأخذ بعين الحسبان بعض الضوابط عند الاتجاه إلى العمل والتي ينبغي على المشرع البحريني أن يضعها في حسبانها وينص عليها صراحة، كما تذهب إلى ذلك بعض التشريعات؛ لا سيما بالنسبة إلى الأوضاع التي تتعلق بالوضع الاجتماعي للمحكوم عليه وطبيعة الجريمة التي ارتكبها، وما إلى ذلك من اعتبارات تتعلّق بشكل خاص بوضع المحكوم عليه، ومدى ملائمة عقوبة العمل لوضعه، وما إذا كان هذا الخيار يناسبه ويناسب إمكانياته العقلية والبدنية .

ونظراً إلى كون المشرع البحريني لم يضع ضوابط يمكن أن يستند إليها القاضي في إقراره للعقوبات البديلة ولا لعقوبة العمل بشكل أخص؛ لا سيما بشأن الماضي الإجرامي للمحكوم عليه؛ إذ ينبغي على القاضي أن يفرق بين المجرم العادي والخطير، بل إن فرض العمل في خدمة المجتمع يتطلب، كما يذهب البعض ونؤيده في ذلك، بأن يكون في مواجهة أشخاص ذوي خصائص معينة ومن هذه الخصائص تقييم ظروفهم وما إذا كان المحكوم عليه ممّن سبق أن أدين بجريمة عائداً أو حتى مرتكباً لجرائم متعددة، وينبغي أيضاً الفصل فيما إذا كان من المرجح بقوة ألاّ يكرّر الجريمة، من خلال دراسة تاريخ سلوكه السابق، وما إذا كان الجاني قد ندم على فعله؛ فضلاً عن دراسة وضعه في المجتمع⁽¹⁾..... إلخ من الاعتبارات التي للأسف تجاهلها المشرع البحريني ولم ينص عليها؛ خلافاً لموقف بعض التشريعات التي فوق أنها تنصّ على أن المحكمة ينبغي أن تكون مقتنعة بأن ما تحكم به يعد ضرورياً للمحكوم عليه بعد أن تستمع إلى رأي ضابط المراقبة، وأن الجاني شخص مناسب لأداء العمل بموجب هذا الأمر⁽²⁾؛ أو حسب ما يجري عليه العمل في بعض البلدان؛ إذ ثمة من يؤكد أن المحكمة عليها أن تتأكد قبل النطق بالعقوبة البديلة من جملة أمور أهمها: الحصول على تقرير ذي مضمون اجتماعي من إدارة العمل الاجتماعي في السلطة المحلية يوضح وضع المحكوم عليه، وأن

(1)- Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, op. cit.p.16.

(2)- Section 13 (4) of the Criminal Justice Act (Northern Ireland) 1996.

تكون مقتنعة بأن الجاني مناسب للاضطلاع بخدمة المجتمع، وأن هناك عملاً مناسباً ومتاحاً للجاني يمكنه القيام به^(١)، ولا شك أن هذا كله يدفعنا إلى القول بضرورة أن تكون هناك ضوابط تمكن القاضي أو تعيينه على تطبيق هذا النظام.

ثالثاً: عقوبة العمل في خدمة المجتمع عقوبة رضائية

يؤكد البعض أن التشريعات حين اشترطت موافقة المحكوم عليه على العمل في خدمة المجتمع؛ فإنها بذلك تكرر قاعدة هامة تميز السياسة الجنائية الحديثة وهي العقوبات الرضائية^(٢)، التي تعتمد على رضا أو موافقة المحكوم عليه بالعقوبة، وهو ما يترتب عليه أن عقوبة العمل لا يمكن فرضها من قبل المحكمة من تلقاء نفسها؛ فهي لا تملك ذلك كما هو مقرر لها بشأن العقوبة الأصلية؛ إنما لا بد أن تحصل على موافقته المسبقة والصريحة، وهذا ما تؤكدته التشريعات.

ويعدّ المشرع البحريني من التشريعات التي تبنت هذا الشرط صراحة عندما عرف العمل في خدمة المجتمع في المادة الثالثة من القانون الخاص بالعقوبات البديلة بأنه «تكليف المحكوم عليه وبموافقته بالعمل لصالح إحدى الجهات...». وقريب من هذا ما جاء به المشرع الفرنسي في الفقرة الثامنة من المادة (١٣١) من قانون العقوبات ونصها «...ولا يمكن إصدار الحكم بشأن العمل في خدمة المجتمع ضد المتهم الذي يرفضه أو الذي لم يحضر الجلسة وعلى رئيس المحكمة قبل إصدار الحكم إبلاغ المتهم بحقه في رفض التنفيذ خدمة المجتمع وتسجيل رده...»^(٣). وكذا الأمر بالنسبة إلى المشرع الجزائري الذي سار في ذات الاتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي؛ بأن ألزمت المادة ٥/مكرر ١ بفقرتها الأخيرة الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم. وكذا الأمر بالنسبة إلى اتجاه المشرع الإيرلندي الشمالي؛ فإنه تطلب في القانون الخاص بمعاملة المجرمين لسنة ١٩٩٦ موافقة المحكوم عليه في حال اتجاه المحكمة إلى فرض العمل في خدمة المجتمع بنصه «لا يجوز للمحكمة أن تصدر أمر خدمة المجتمع فيما يتعلق بأي مجرم ما لم يوافق الجاني وكانت المحكمة مقتنعة... بأن الجاني شخص مناسب لأداء العمل بموجب هذا الأمر...»^(٤).

وإذا كان هذا الوضع أي ضرورة تحقق المحكمة من موافقة المحكوم عليه قد دفع البعض إلى انتقاد هذا الشرط بقوله بأن فيه شذوذاً عن قاعدة عدّ أحكام قانون العقوبات من النظام العام ولا يصح أن تكون العقوبة اختيارية وتخضع للتفاوض بين القاضي والمحكوم عليه^(٥)، أي ليس من المستساغ

(1)- Gill McIvor, Paying back: 30 years of unpaid work by offenders in Scotland, op. cit.p.46.

(٢)- لعبيدي خيره-المرجع السابق - ص ٢٢.

(3)- Penal code -Section-1318-.

(4)- Section 13 (4) of the Criminal Justice Act (Northern Ireland) 1996,

متاح على الموقع الإلكتروني

<https://www.legislation.gov.uk/>

(٥)- لاحظ في ذلك د. جزول صالح - المرجع السابق- ص ٢٥.

في نطاق القانون الجنائي- من حيث المبدأ - أن تأخذ المحكمة رأي المحكوم عليه بالعقوبة فإن هذا مردود عليه بأن الموافقة التي تتطلبها التشريعات لا تتعلق بالعقوبة الأصلية؛ إنما تتعلق بالعقوبة البديلة، والمقصود هنا عقوبة العمل التي تُنفذ بدلاً عن العقوبة السالبة للحرية؛ بمعنى أن موافقة المحكوم عليه تعني الاستيضاح منه بشأن الأسلوب الذي ستُنفذ به العقوبة الأصلية، ومن ثم عليه أن يعبر عن رضاه بأن ينفذ عملاً يؤديه لصالح المجتمع بدلاً عن تنفيذ عقوبة الحبس التي سيحكم بها عليه؛ بمعنى أن المحكمة تعرض عليه فكرة ألا يدخل السجن؛ إنما يبقى خارجه لكنه عليه أن ينفذ عملاً وفق شروط محددة بدلاً عن ذلك؛ فإن رفض حينئذٍ رَجَّه في السجن؛ فالتفاوض إن صح التعبير لا يتعلق بأصل العقاب؛ إنما على أسلوب تنفيذه.

رابعاً: ارتباط عقوبة العمل في خدمة المجتمع بالعقوبة الأصلية

نظراً لكون عقوبة العمل في خدمة المجتمع عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية وأنها تحل محلها على حسب ما انتهينا إليه بشأن تحديد طبيعته القانونية؛ فإن من أهم النتائج المنطقية التي تفرضها تلك الطبيعة هو ارتباطه بالعقوبة الأصلية، الأمر الذي يمكن أن نحدده بأمرين: الأول هو أن العمل في خدمة المجتمع سيحكم به عند ما يحكم القاضي بالعقوبة الأصلية التي أجاز المشرع استبدالها بالعمل، أي عندما يحكم القاضي بالحبس ولا يصح أن يحكم القاضي بالعمل وحده. أما الأمر الآخر فالمفترض بأن العمل في خدمة المجتمع من حيث مدته سترتبط بمدة العقوبة الأصلية؛ إذ يتطلب هذا الأمر منطق العقوبة البديلة؛ بمعنى آخر أن تكون مدة العمل في خدمة المجتمع مساوية لمدة العقوبة السالبة للحرية؛ لأنها ستحل محلها.

وهنا ثمة تساؤل يمكن أن يُطرح يتعلق بموقف التشريعات من ذلك؛ بمعنى هل أخذت بمبدأ المساواة؟ في إطار الإجابة عن ذلك نؤكد أن المشرع البحريني دون بقية التشريعات قد اختص بهذا الحكم؛ بمعنى أنه أقر مبدأ مساواة عقوبة العمل لمدة العقوبة الأصلية حسب عبارته «للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أن يستبدل بها بعد تحديد مدة الحبس»^(١). وهذا يقود إلى أن التشريعات الأخرى لم تأخذ بهذا الحكم فلا المشرع الإماراتي ولا المشرع الفرنسي ولا حتى المشرع الجزائري أخذ بهذا المبدأ؛ إنما اتجه كل منهم إلى مسلك مختلف.

وكنتيجة ترتبط بالعبرة السابقة فإن هذا يتطلب من المحكمة - وفقاً لقواعد المنطق - أن تُحدد مدة العقوبة السالبة للحرية أولاً التي يستحقها الجاني والتي يفصل بها القاضي على ضوء ملاسبات الواقعة، ومن ثم تأتي الخطوة الأخرى والمقصود اتجاه القاضي إلى استبدال هذه العقوبة بعقوبة العمل في خدمة المجتمع، وهذا الأمر أكدّه المشرع البحريني ويمكن استخلاصه من عبارته «أن يستبدل ... بعد تحديد مدة الحبس عقوبة بديلة أو أكثر...».

ولا شك في أهمية مبدأ المساواة الذي اعتمده المشرع البحريني والذي يعني أن مدة عقوبة العمل في

(١) - لاحظ المادة (١٠) من قانون العقوبات والتدابير البديلة.

خدمة المجتمع مساوية لمدة العقوبة الأصلية السالبة للحرية التي يحكم بها القاضي؛ إذ إن الأولى تنتهي بانتهاء مدة الأخيرة، وهو ما له أهميته العملية بالنسبة إلى الجهة التي تتولّى تنفيذها؛ فضلاً عن أن هذا المبدأ يعد معياراً منضبطاً لسلطة القاضي الذي يحكم به، ناهيك عن أن المبدأ يمنع القاضي من أن يستخدم سلطته التقديرية مرتين مرة عند تحديد العقوبة الأصلية، ومرة عند تحديده عقوبة العمل، وهو ما يتحقّق بشأن التشريعات التي لم تعتمد هذا المعيار.

خامساً: ارتباط عقوبة العمل في خدمة المجتمع بالعقوبة الأصلية بالأساس الفلسفي الذي تقوم عليه

من المعلوم أن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية التي يتم من خلالها يُسند الفعل إلى الفاعل من الناحية المادية، أي نسبة الفعل المجرم إلى الفاعل وكونه قد صدر عنه وترتب عليه آثاراً يعتدّ بها المشرّع وأنها ارتبطت بفعله من الناحية المادية وفقاً لقوانين العلاقة السببية التي تحدد صلة الأفعال بالنتائج التي تحققت؛ فضلاً عن أن المسؤولية الجنائية يتم في نطاقها التحقق من كون الفاعل قد ارتكب خطأ بالمعنى العام؛ إذ المقرّر بالأ مسؤولية من غير خطأ^(١)، وهذا ما يجعل العقوبة الأصلية مفروضة والحكم بها على أساس أخلاقي، أي على أساس تحقق الخطأ بمعناه العام الذي إما أن يأخذ القصد الجنائي، أو الخطأ غير العمدي؛ فحيث تثبت بحق مرتكب الجريمة أنه ارتكب خطأ نهضت مسؤوليته سواء اتخذ الخطأ صورة العمد أو غير العمد؛ فإن هذا يقود إلى أن عقوبة العمل في خدمة المجتمع بوصفه عقوبة بديلة عن العقوبة الأصلية تقوم على ذات الأساس الذي تقوم عليه العقوبة الأصلية وهو الخطأ، كونها عقوبة تحلّ محلّها وتنفذ بدلاً عنها.

وما يمكن أن نصل إليه ممّا تقدّم هو أن العمل في خدمة المجتمع يصلح بديلاً يمكن الحكم به في نطاق الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية على حدّ سواء إذا تحققت الشروط المتطلبية سواء ما تعلق منها بشرط المدة والشروط القانونية الأخرى، ويترتب على ذلك أن عقوبة العمل لا يمكن أن تفرض إلا إذا نهضت المسؤولية بحق الجاني وحكمت المحكمة بعقوبة سالبة للحرية كعقوبة أصلية يجيز المشرّع استبدالها، وهذا ما يؤكّد حقيقة أنها عقوبة وليست تديبيراً.

المطلب الثالث

العمل في خدمة المجتمع في ميزان أغراض العقوبة

على الرغم من المنافع والمحاسن التي كانت وراء إقرار فكرة العقوبات البديلة بشكل عام وعقوبة العمل في خدمة المجتمع بشكل خاص بديلاً من تلك البدائل إلا أن هذا النظام قد تعرّض إلى انتقادات شكك من خلالها البعض في القيمة العقابية له، وإذا نظرنا إلى هذه الانتقادات يمكننا

(١) - للمزيد عن القاعدة وآثارها تراجع- د. محمد حماد مرهج الهيتي - الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - ٢٠٠٥ ص ٢٦ وما بعدها.

القول بأنها في مجملها تتعلق بتعارضه مع أغراض العقوبة وقصوره في تحقيقها. وبعد أن نبين حقيقة هذه الانتقادات التي خصصنا لها الفرع الأول، سنتولى بيان أغراض العمل الواقعية بوصفه عقوبة بديلة لا يقتصر دوره على تحقيق أغراض العقوبة؛ إنما له أغراضه الخاصة.

الفرع الأول مكانة العمل في خدمة المجتمع وأغراض العقوبة

لقد تعرّض العمل في خدمة المجتمع إلى انتقادات جلتها تعلقت بقصوره في تحقيق أغراض العقوبة سواء ما تعلق منها بغرض العقوبة في الردع العام، أم في الردع الخاص، أو فيما يتعلق بغرض العقوبة بالعدالة. وسنتولى في هذا الموضع بيان الانتقادات والرد عليها على أن يكون كل غرض في فقرة مستقلة، مع الإشارة إلى أن بعض الانتقادات قد تتداخل في أكثر من غرض.

أولاً: العمل في خدمة المجتمع وغرض العقوبة في الردع العام

في نطاق معارضة البعض للعقوبات البديلة بشكل عام وبضمنها عقوبة العمل، ثمة من يعترض على ذلك؛ بالقول بأن هذه العقوبات تؤدي إلى مزيد من الجريمة من خلال تخفيف الأثر الرادع للعقوبات الجنائية وتقليل احتمالات إعادة تأهيل المجرمين⁽¹⁾، بل ثمة من يؤكد أن إقرار التشريعات لعقوبة العمل في خدمة المجتمع من شأنه أن يقود إلى إضعاف الدور الرادع للعقوبة، ويعلل هذا الاتجاه ذلك بكون العمل يُفقد الرهبة والتخويف لدى نفس المحكوم عليه؛ فضلاً عن افتقاده إلى عنصر الإيلام، بل إنه سيكون في أقل درجاته، بل قد لا يتحقق هذا عند بعض المحكوم عليهم طالما أن العقوبة تنفذ خارج أسوار المؤسسة العقابية⁽²⁾.

وقبل أن نناقش هذه الأفكار لا بد لنا من النظر إلى أن فكرة الردع الذي تسعى إلى تحقيقه العقوبة يمكننا القول في إطارها بأننا نقرّ مع غيرنا بأن من أغراض العقوبة الردع العام الذي يظهر في جانب أساسي منه في الحالة الساكنة للنصوص من خلال ما تتضمنه من عقوبات يتم بموجبها ترهيب الناس وتخويفهم من ارتكاب الجريمة، وهو ما يجعل غرض العقوبة هذا يندرج تحت فكرة الغرض الوقائي للعقوبة⁽³⁾ لأن دورها منع الأفراد من الإقدام على الجريمة ومن ثمّ وقاية المجتمع من مخاطر تحققها؛ بخلاف الأمر فيما لو تحققت أو وقعت الجريمة بتحقيق النشاط الذي يعدّ خرقاً للقاعدة القانونية الجنائية؛ حيث سيكون الغرض من العقاب هو الردع الفعلي الذي يتحقق

(1) -Sandeep Gopalan, Mirko Bagaric, op. cit p.91.

(2) - د. خلفي عبد الرحمان- الدعائم الفلسفية لعقوبة العمل للنفذ العام- المجلة الأكاديمية للبحث القانوني- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية- الجزائر- المجلد ١٢ العدد ٢٠٢- ٢٠١٥- ص ١٢٦ وما بعدها. د. باسم شهاب- مرجع سابق- ص ٩٥ وما بعدها.

(3)- Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, Alternatives to Imprisonment, op. cit, p.10

عند مساس الجزاء الذي تقرره القاعدة بحق من حقوق الجاني، ويعتمد الردع في جانب منه على العقوبة وشدتها^(١)؛ ولا شك في أن فكرة الردع التي تحققها العقوبة تقوم على مبدأ هو الإكراه النفسي والذي من شأنه أن يقود إلى إضعاف دور العوامل الإجرامية الكامنة لديهم وعدم التفكير في مخالفة القانون^(٢)؛ إذ يخلق التهديد بإيقاع العقاب بحق كل من يقترف الجريمة شعوراً لديهم مردّه الخشية من العقاب.

وبعد هذا التوضيح فإن السؤال الذي يُطرح هل العمل في خدمة المجتمع يقود إلى إضعاف فكرة الردع العام الذي تسعى إلى تحقيقه العقوبة؟ وهل هذا الأمر يعدّ حقيقة في الواقع العملي بحيث إن تنفيذ العقوبة في الأسلوبين له نتائج الواقعية لا النظرية؟

في إطار الإجابة عن الشق الأول من التساؤل يجيب البعض عن ذلك بالقول بأن الردع العام مهما أُعترض عليه؛ فهو يجعل الأشخاص الخاضعين للعقاب وسيلة لإرهاب الغير وتخويفهم إلا أنه يبقى من أفضل الوسائل للوقاية من الجريمة وفي نطاق العمل في خدمة المجتمع من الممكن أقلمته وفق متطلبات السياسة الجنائية الحديثة، بحيث يمكن أن تكون العقوبة إنسانية وراذعة بذات الوقت، فهي أخفّ من العقوبة الأصلية كونها عقوبة اختيارية وذلك لا يلغي العقوبة الأصلية، وأنه لا يخلو من ردع مهما قيل بحقه؛ لأنه فضلاً عن كونه مقررّاً في نصوص ليعلم به الكافة^(٣)؛ فإن في جوهره الإيلاء الذي يتناسب مع طبيعته.

أما بالنسبة إلى ردنا على وجهة النظر التي تعترض على عقوبة العمل بكونها تضعف قوة العقوبة في الردع، فيمكننا القول بأنها مجرد وجهة نظر نظرية بحتة تفتقد إلى الدليل العلمي؛ بمعنى أنها لم تقدم الدليل العملي والواقعي على كونه يؤدي إلى إضعاف الردع العام للعقوبة؛ لذا لا يمكن التسليم بها؛ لا سيما إذا نظرنا إلى حقيقة عقوبة العمل الواقعية؛ إذ إننا نرى بأنها تحقق الردع من جانب مهم ألا وهو عدم عودة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، والدليل على ذلك هو الدراسات التي أجريت على مجموعات دخلت السجن ومجموعات استفادت من العقوبات خارج السجن. وتبيّن من خلالها أن الجناة المحكوم عليهم بالسجن ليس لديهم معدل عود إلى الجريمة أقل من أولئك الذين يتلقون عقوبة غير مقيّدة للحرية^(٤)، بل إن بعض الدراسات تُظهر بأن معدل العود بين الجناة المحكوم عليهم بالسجن أعلى ممّن يتلقون عقوبة غير مقيّدة للحرية^(٥).

(١) - ويشار إلى هذا بالتأثير الوقائي للجريمة؛ إذ تركز الدراسات إلى تقييم إلى أي مدى يشجع التهديد بالعقاب لدى الناس على طاعة القانون.

Jennifer E. Copp, The Impact of Incarceration on The Risk of Violent Recidivism, Marq, Law Rev. volume 103- Issue 3 Symposium -2020, p.776.

(٢) - وثمة معايير أخرى تحقق التوازن بين العقوبة والجريمة، وينبغي النظر في شأنها من قبل المشرّع للمزيد يراجع د. محمد حماد مرهج الهيبي - علم العقاب مرجع سبق الإشارة له - ص ٩٢ وما بعدها.

(٣) - ليلي قايد - المرجع السابق - ص ١٥.

(4) - Francis T. Cullen1 , Cheryl Lero Jonson, and Daniel S. Nagin, op. cit p.p 5455-.

(٥) - تشير الدراسات بشأن من نفذ العقوبات السالبة للحرية داخل المؤسسات العقابية بأن ٤٦,٩% قد أدينوا بجرائم جديدة بعد

ومع أن البعض يشكك في هذه الدراسات ويعيب عليها أنها قد لا تعكس الواقع كونها دراسات لم تشمل جميع المناطق^(١) إلا أننا نرى بأن هذا الاعتراض لا يكون له محل في ضوء النتائج التي عكست الحقيقة في المناطق التي أجريت فيها، بل على أساس عدد الدراسات التي أجريت؛ لأنها ليست دراسة واحدة حتى يُقبل الاعتراض عليها؛ إنما هي خمس دراسات^(٢) وأن منها ما اعتمدت على معايير متنوعة كقطع الروابط الأسرية، وزيادة ارتباطهم بجناة آخرين، ومن ثم وصمة السجن والتأكد من قياس نسبة ميل المحكوم عليهم وعودتهم للجريمة بحيث تم التوصل إلى نتيجة هي أن للسجن آثاراً إجرامية قوية غير مباشرة، وأن السجنون تزيد النزعة الإجرامية ومن ثم تزيد من العودة إلى الإجرام^(٣).

وعلى أساس ما تقدم فإننا نرى بأن هذا الاستنتاج من شأنه أن يقود إلى حقيقتين: الأولى إيجابية وهي في صالح موضوعنا، وهي أن عقوبة العمل تمنع المجرم المحكوم بها من العودة إلى الجريمة أكثر من العقوبات السالبة للحرية إذا ما نُفذت داخل السجن؛ بمعنى أن العودة إلى الجريمة بحق من ينفذ العقوبة في السجن أكبر ممن ينفذ العقوبة خارجها؛ وهذا يعني فاعلية عقوبة العمل في خدمة المجتمع في تحقيق الردع، بل هي أفضل في تحقيق الردع بنوعيه: العام والخاص من العقوبات السالبة للحرية، والتي تثبت هذه الإحصائيات فشلها في إصلاح المحكوم عليه، وتأهيله وعدم إمكانها القضاء على عوامله الإجرامية، مما يكون طريق العودة إلى الجريمة أمامه متاحاً.

أما الحقيقة الأخرى التي تكشف عنها هذه الإحصائيات والمرتبطة بتنفيذ العقوبات السالبة للحرية فهي حقيقة سلبية تكمن في أن المؤسسات العقابية التي تُنفذ فيها تلك العقوبات تؤثر سلباً في شخصية المحكوم عليه، وتدفعه إلى الإجرام، وهذا يقتضي إبعاد المحكوم عليهم من الدخول إليها والسبيل إلى ذلك هو العمل في خدمة المجتمع والعقوبات البديلة الأخرى، بل إننا إذا نظرنا إلى الدراسات التجريبية؛ فإنها تشير بشكل أكبر إلى تحقق عوامل إجرامية متأتية من الآثار المضددة للعقاب بدلاً من التأثير الوقائي للعقوبات البديلة التي تقوم على عدم احتجاز المحكوم عليه^(٤)، أي عدم دخوله السجن، وهذا يؤكد حقيقة السبب الذي يدفع التشريعات إلى تبني العقوبات البديلة، والعمل في

أن نفذوا عقوباتهم لاحظ ذلك.

Francis T. Cullen¹, Cheryl Lero Jonson, and Daniel S. Nagin, op cit. p. p 5354-

(1)- Sandeep Gopalan, Mirko Bagaric, op. cit p. 91.

(٢)- وأظهرت الدراسة أنه وفي غضون ٣ أشهر من إطلاق سراح المحكوم أُعتقل ما يقرب من ٢٠٪ منهم. وأن معدل العودة إلى السجن بسبب ارتكاب جرائم جديدة قد بلغ ٨, ٥١٪ لاحظ ذلك.

Francis T. Cullen¹, Cheryl Lero Jonson, and Daniel S. Nagin, op cit. p. 54.

(٣)- إذ يواجه المحكوم عليهم موجهاً إجرامياً بسبب تجربتهم في السجن فيزيد السجن من التعرض إلى عوامل الخطر الإجرامية. وتشمل الارتباطات التفاضلية مع الجناة فيما يصطلح عليه بمدرسة الجريمة وتحمل ضغوط ذلك وقطع الروابط الاجتماعية التقليدية، ومواجهة علامات الوصم التي تعزز الغضب والشعور بالتحدي. وحتى لو كان السجناء يرغبون في تجنب السجن في المستقبل، فإنهم يعودون إلى المجتمع وهم ينزعون إلى الجريمة نزوعاً مكثفاً، وإن لم يكن قهراً.

Francis T. Cullen¹, Cheryl Lero Jonson, and Daniel S. Nagin, op cit. p.53.

(4)- Sandeep Gopalan ,Mirko Bagaric, op. cit p.92.

خدمة المجتمع من ضمنها وتقصد في ذلك تجنب المحكوم عليه مضار الاختلاط الذي يتحقق عند تنفيذ العقوبة في المؤسسات العقابية.

ثانياً: العمل في خدمة المجتمع وغرض العقوبة في الردع الخاص:

يوجه البعض الانتقاد إلى العقوبة البديلة بشكل عام، والعمل في خدمة المجتمع من ضمنها يكون عقوبة العمل في خدمة المجتمع لا تضمن لا تحقيق الردع الخاص، ولا تحقيق العدالة التي تتحقق بكون العقاب ينبغي أن يتناسب من حيث الجساماة مع الجرائم الجسيمة أو الخطرة، والعمل لا يحقق هذا الأمر فضلاً عن أن تنفيذه يتم خارج أسوار السجن، وهذا يقود إلى التساؤل عن كيفية تطبيق البرنامج الإصلاحي للمؤسسة العقابية بشأن من يحكم عليه بالعمل للنفع العام خارج المؤسسة العقابية، وأنها هي الأكثر مواءمة ومتابعة وتنفيذها ببرامج الإصلاح^(١).

ويبدو لنا أن هذه الحجة تهدم نفسها بنفسها؛ لأن هذا الرأي الذي يسوق هذه الحجة فاته أن العمل في خدمة المجتمع هو للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، وأن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة هي من تواجه هذه المشكلة سواء فيما تعلق بتنفيذ برنامج الإصلاح والتأهيل^(٢)، أو ما تعلق منها بعدم قدرتها على تحقيق وظيفة العقوبة في الردع العام والخاص^(٣) لا العمل في خدمة المجتمع، فكان نتيجة ذلك ألا يزج المحكوم عليه في المؤسسة العقابية التي هي بذاتها ليس بمقدورها أن تطبق أي برنامج إصلاحي بسبب قصر المدة؛ لذا كان البرنامج الأفضل الذي يحقق الإصلاح والتأهيل هو العمل في خدمة المجتمع الذي سيحقق غاية أساسية، هي تجنب المحكوم عليه الدخول إلى المؤسسة العقابية التي لا يجني منها إلا الأضرار بسبب الاختلاط، وهذا يجعلنا نقول إن العمل في خدمة المجتمع هو برنامج إصلاحي بذاته لأنه في الوقت الذي يشعر المحكوم عليه بالألم الذي ينتابه وهو يؤدي عملاً من دون أجر؛ فإنه يمنعه من أن يختلط ببيئة السجن التي لا يمكن أن يستفيد منها شيئاً إيجابياً يصحح ما هو فيه.

أما الانتقاد الآخر الذي يوجه إلى عقوبة العمل ويتعلق بفكرة تنفيذ العمل في خدمة المجتمع خارج أسوار السجن؛ فتمّة من يرى بأن هذا الأسلوب لن يكون له إلا آثار سلبية؛ لأن تنفيذه يتم دون رقابة العاملين في المؤسسة المعنية بتنفيذ العقوبات، وهو ما سيجعل الالتزام بشروطها وأحكامها ضعيفاً؛

(١) - د. خلفي عبد الرحمان - مرجع سابق - ص ١٢٧.

(٢) - إذ ينسب للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة عيب أنها لا تتيح الكافي لإمكان تنفيذ برنامج الإصلاح والتأهيل في مواجهة المحكوم عليهم - للمزيد عن الموضوع راجع سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي - نظرية الجزاء الجنائي - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية - ٢٠٠١ ص ١١.

(٣) - وللمزيد عن آثارها النفسية والاجتماعية د. نسيغة فيصل - بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كآلية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة: عقوبة العمل للنفع العام أنموذجاً - أبحاث المؤتمر السنوي الرابع - القانون أداة للإصلاح والتطوير الذي عقد في كلية القانون الكويتية العالمية للفترة من ٩-١٠ مايو ٢٠١٧ ملحق خاص - العدد (٢) الجزء الثاني - صفر/ ربيع الأول ١٤٢٩ هـ - نوفمبر ٢٠١٧ م ص ٤٠٦ وما بعدها.

لا سيما أن الجهات التي ستتولى تنفيذها والتي عليها أن تتأكد من تطبيق الشروط المطلوبة في العقوبة هم على الغالب جهات غير رسمية، ومن ثمَّ فإنَّ هذا من شأنه أن يجعل تلك العقوبة عديمة الجدوى^(١).

لكن هذا الرأي يمكن أن يُرد عليه من جانبين: الأول التحفظ الذي يرد على عبارته «جهات غير رسمية» التي نعتقد أنه قد جانبه الصواب بشأنها؛ لأنه لا مجال لتكليف من يخضع للعمل في خدمة المجتمع إلا في مؤسسة من مؤسسات المجتمع لها كيائها سواء كانت تلك الجهة من مؤسسات الدولة الرسمية، أو من الجمعيات التي تؤدي خدمة عامة^(٢)، ولا يعقل بأن يعهد هذا العمل إلى شخص طبيعي؛ إنما لا بدَّ أن يكون العمل عند شخص اعتباري يمارس نشاطاً في صالح المجتمع. والجانب الآخر هو مجافاته للمنطق ومخالفته للواقع العملي؛ لأن ما يجري عليه العمل هو أن الجهات التي تتولى تنفيذ العمل في خدمة المجتمع لا تنفذه بمعزل عن رقابة وتوجيه الجهات المعنية بتنفيذ العقوبات بشكل عام، بل إننا نعتقد بأن المحكوم عليه سيكون خاضعاً لرقابة جهتين: الجهة التي ينفذ العمل لصالحها، والجهة التي تتولى الإشراف على المحكوم عليه والمقصود قاضي تنفيذ العقاب؛ فضلاً عن أن رقابة الجهة التي يعمل المحكوم عليه لصالحها ستكون فعالة؛ فهل يقبل المنطق أن تترك تلك الجهة المحكوم عليه ينجز العمل كيف يشاء؟ لا شك أن هذا غير مقبول.

وبخصوص الردع الخاص بوصفه الغرض الآخر للعقوبة الذي يتحقق بإصلاح المحكوم عليه وتأهيله وإعادة اندماجه في المجتمع^(٣)؛ فهناك من يعترض على العمل في خدمة المجتمع بالقول بعدم كفاءته في تحقيق ذلك، أو عدم قدرته على تحقيقه بسبب إشكالات تعترضه في أثناء تنفيذه سواء ما تعلق بقلة مجالات العمل التي يمكن تشغيل المحكوم عليهم فيها، أو عدم قدرة القائمين على تنفيذه على المتابعة الجدية للمحكوم عليهم فضلاً عن سعي القائمين عليه على إنجاز العمل في أقرب وقت دون البحث في المضمون^(٤).

ويبدو لنا أن هذه الحجة لا تتعلّق بالفكر الفلسفي الذي يتعلّق بغرض الردع الخاص الذي سبق أن تم الرد عليه في الصفحات السابقة؛ إنما هذه الحجة تتعلّق بالجانب العملي أكثر ماهي فكرة معنوية، مما يدفعنا للقول بإمكان التغلب عليها، ولا تعدّ عائقاً أمام تحقيق الردع الخاص؛ لأن ما يتعلّق بقلة مجالات تشغيل المحكوم عليه، فمسؤولية ذلك تقع على الجهة التي تتولى تشغيل المحكوم عليهم

(١) - زياني عبد الله - العقوبات البديلة ص ١٧٨ من رسالة الدكتوراه ٢٠١٩.

(٢) - حدد القرار الصادر عن وزير العدل والشؤون الإسلامية رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٨ الجهات التي يجوز العمل بها والملاحظ عليه أنه حدّد جهات العمل في الوزارات وكلها جهات حكومية.

(٣) - من خلال القضاء على خطورته الإجرامية والحيولة دون العودة إلى الجريمة من خلال البرامج الإصلاحية التي تتولى تغيير القيم الفاسدة التي في ذهن المحكوم عليه بما يتلاءم وقيم المجتمع - د. أحمد عوض بلال - علم العقاب النظرية العامة والتطبيقات - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٢ - ص ١١٧.

(٤) - هاجر سيف الحميدي - الخدمة المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة - دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون الفرنسي - أطروحة ماجستير - كلية القانون - جامعة الإمارات العربية - يونيو ٢٠١٩ - ص ٥٥.

ومتابعتهم. أما بالنسبة إلى عدم قدرة القائمين على تنفيذه، وأن سعيهم في إنجاز العمل في أقرب وقت دون البحث في المضمون فيثير تحفظنا؛ لأن هذه الحجة تفتقد إلى الدليل العلمي؛ إذ ليس هناك إحصائيات أو إشكالات طرحتها الجهات المسؤولة على التنفيذ تدعم رأي هذا الاتجاه؛ إنما النقيض من ذلك إذ ثمة دراسة أجريت على المحكوم عليهم ممن طبق بحقه هذا الأسلوب وكانت نتيجتها بأن (٧٧٪) ممن شملهم الاستطلاع سعداء جداً بمستوى العمل، بوصفه وبشأن استفادتهم من العمل بوصفه تجربة؛ في حين ذهب ٨٧٪ منهم بشأن ما إذا أضاف العمل لهم شيئاً إلى أن العمل كان مفيداً كثيراً لهم^(١).

وثمة من ينظر إلى عقوبة العمل وغيرها من العقوبات البديلة ويذهب إلى القول بأن هذه العقوبات لن تحقق غرض العقوبة في الردع؛ فهي من جهة عاجزة عن زرع الخوف في نفس المجرم؛ ومن جهة أخرى لا تقطع صلته بالمجتمع؛ لأن المحكوم عليه يمكنه الاستمرار في ممارسة أنشطته الحياتية المعتادة^(٢). وثمة مسوّغ آخر عند من يسير في ذات الاتجاه وهو أن المؤسسة التي تتولى تنفيذ العقاب هي الأكثر رعاية ومواءمة لمسيرة وتتنوع تنفيذ وتطبيق برامج الإصلاح والتأهيل التي ينبغي أن تطبق على المحكوم عليه. وأن العاملين فيها لا يباشرون أي عمل خارجها، بل إن الغايات من التأهيل حددت في إطار هذه المؤسسات وفي داخلها وليس خارجها، فضلاً عن ذلك فإن هذا الاتجاه يطرح تساؤلاً عن كيف يتحقق الإصلاح والتهديب بحق من لا يفقد الأسرة والمجتمع فيه فهو لم يتغير وسطه الاجتماعي؛ إذ إنه مازال يلتقي بأسرته والأصدقاء ويمارس سلطته داخل مجتمعه سواء بشأن أسرته، أو في محيطه الاجتماعي^(٣).

وردنا على هذه الحجة ينطلق من ضرورة النظر إلى أمر مهم هو أن العمل بحد ذاته برنامج تأهيلي، وكل ما فيه أنه ينفذ خارج أسوار المؤسسة العقابية؛ فالعمل كما من الممكن أن يكون داخل المؤسسة العقابية يمكن أن يكون خارجها، بل إن ثمة تجارب تؤكد أهمية العمل خارج المؤسسة العقابية. أما مسألة ضرورة فقدان الشخص لعلاقاته الاجتماعية حتى يكون سبيلاً للتأهيل كما يعتقد هذا الاتجاه فمردود عليه؛ لأن العقوبة قد تجاوزت دورها في هذا الأمر واتجهت إلى الإصلاح الذي قد يكون من أهم وسائله أن يبقى المحكوم عليه في اتصال مع المجتمع، وهو ما تحرص عليه التشريعات وتجعله قاعدة أساسية، بل وحقاً من حقوق المحكوم عليه، بل إن فقدان المحكوم عليه بيئته ووسطه الاجتماعي لمدة قصيرة هي مدة العقوبة السالبة للحرية له أضراره النفسية والاجتماعية التي تجعل سلب الحرية وبالأعلى المحكوم عليه^(٤).

(1)- Gill McIvor, op. cit. P.43.

(2)-Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, op. cit. p.82.

(٣) - لقد أسندت هذه المعلومة للدكتور. خلفي عبد الرحمان - المرجع السابق - ص ١٢٨؛ لأنه لم يستند إلى مرجع مع أننا وجدنا أنه ليس من مؤيدي هذا الرأي؛ لأنه يرد على هذه الحجة في ص ١٤١ من ذات البحث.

(٤) - للمزيد عن آثار سلب الحرية على المجتمع أو الآثار النفسية والاجتماعية لسلب الحرية على المحكوم عليه يراجع سعود أحمد - المرجع السابق - ص ٥٠ وما بعدها، وأيضاً زياني عبد الله - المرجع السابق - ص ١٨٠..

وما يزيد من قوة الحجة التي نقول بها هو الموازنة بين الآثار التي تترتب على سلب حرية المحكوم وزجه في السجن لمدة ستة أشهر أو أقل من سنة على اتجاه المشرّع البحريني، وما يترتب على ذلك من آثار اجتماعية تمتد إلى أسرته، وبين الإبقاء عليه في محيطه الاجتماعي فلو جئنا إلى هذا الأمر ونظرنا إليه من حيث القيمة النفعية؛ فإننا لا شك سنخرج بحصيلة تؤيد عدم ضرورة فقدان المحكوم عليه بيئته الاجتماعية، لأننا نرى بأن من مصلحة المجتمع قبل الفرد في ألا يفقد المحكوم عليه بيئته الاجتماعية للآثار التي تترتب على ذلك ابتداءً من رعاية لأسرته وممارسة الرقابة على أفرادها وعدم انحرافهم إلى توفير متطلباتها؛ فضلاً عن أن عودة المحكوم عليه إلى عمله الأصلي بل إلى حياته الطبيعية بعد الانتهاء من مدة العمل يجعله يقدر قيمة الحرية ويدرك صعوبة تقييدها ويجنبه بذات الوقت المشاكل الاجتماعية أو النفسية التي يتعرض لها فيما لو نُفذت العقوبة عليه في السجن؛ إذ سيتعذر عليه متابعة حياته الطبيعية إن دخل السجن بسبب الوصمة التي ستلصق به جراء ذلك^(١).

وفيما يخصّ الدليل الذي يؤكّد أن كون إعادة تأهيل المحكوم عليهم يعدّ من الأهداف التي يسعى إليها العمل في التشريع الهولندي، وهو ما يتحقّق من خلال إعطاء فرصة للمحكوم عليه للتواصل الاجتماعي مع المجتمع وتعلم الانضباط باستقلالية، فضلاً عن كونه يقلل من ميل المحكوم عليه لتكرار جريمته على أساس أنه يقلل من فرصة اللقاء بالسجناء الآخرين والذي يقود الاحتكاك مع بعضهم البعض إلى تعلّم أساليب جديدة لارتكاب الجريمة؛ لأن السجن ما زال المعتقد الراسخ في الممارسة والعمل لأنه هو المكان الملائم للغاية للنزلاء «للتعلم وتبادل الخبرات» مع بعضهم البعض حول أساليب ارتكاب الجريمة^(٢).

وفيما يتعلق بالردّ على حجة أن العمل في خدمة المجتمع يتطلب موافقة المحكوم عليه مما يتعارض مع مفهوم العقوبة، وما تتطلبه من إجبار وإكراه في فرضها؛ فإننا نعتقد بأن هناك خلطاً بين العقوبة وأسلوب تنفيذها من جانب، وتجاهلاً لحقيقة العمل في خدمة المجتمع من جانب آخر؛ لأننا نرى بأن العمل في خدمة المجتمع ما هو إلا بديل للعقوبة التي حُدّدت ومن ثمّ أُستبدل تنفيذها فبدلاً من أن يتم تنفيذها في السجن أو ما يصطلح عليها الآن بالمؤسسات الإصلاحية تُنفذ خارج تلك المؤسسات، مما يعني أن عقوبة العمل في خدمة ما هو إلا أسلوب من أساليب تنفيذ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة تتم خارج أسوار المؤسسات العقابية المفتوحة لمونها المؤسسات الأكثر ملاءمة للمحكوم عليهم بمثل هذه العقوبات^(٣)، وأن هذا الأسلوب يقتضي موافقة المحكوم عليه.

(١) - صفاء أو تاني - المرجع السابق - ص ٤٤١.

(2) - Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, op. cit. p. 26.

(٣) - انظر في المؤسسات العقابية المفتوحة مؤلفات علم العقاب وعلى سبيل المثال د. شريف سيد كامل - المرجع السابق - ص ٢١١، د. محمد حماد مرهج الهيتي - علم العقاب - مرجع سبق الإشارة له - ص ٢٦٨.

إذن العمل في خدمة المجتمع يتحقق فيه الشرط المتطلب في العقوبة؛ بمعنى أن العقوبة السالبة للحرية التي يقرها القاضي والتي يأتي العمل في خدمة المجتمع بديلاً عنها يتحقق فيها شرط الإكراه والإكراه؛ إذ إن هذه العقوبة أي العقوبة الأصلية يفرضها القاضي دون الرجوع إلى المحكوم عليه، وما الموافقة المتطلب من المحكوم عليه إلا موافقة على الأسلوب الذي تنفذ به، وما أقره المشرع إلا لمقتضيات المجتمع وصالحه، واحترام حقوق الإنسان وكرامته التي يضمنها الدستور ويمنع فرض المعاملة الحاطة من الكرامة^(١)؛ لا سيما أن هذا الشرط يتوافق مع الطبيعة البشرية، ممّا يجعله شرطاً يحقق اعتبارات إنسانية. وهو في منتهاه يعدّ مظهراً من مظاهر أنسنة القانون الجنائي التي ينبغي أن يصير إليها أو يسعى إلى تحقيقها في جميع إجراءاته الماسة بالحرية أو السالبة لها. أما إذا جئنا إلى فكرة الإكراه الذي ينبغي أن تتصف به العقوبة فإننا نستطيع القول بأن هذا الرأي قد تجاهل طبيعة العمل في خدمة المجتمع؛ لأن فيه أيضاً إرغاماً وإكراهاً على تنفيذه؛ إذ لا يستطيع المحكوم عليه أن يعدل عن العمل في خدمة المجتمع بعد الموافقة عليه، بل إنه يتعرض إلى جزاءات نص عليها القانون في حال مخالفته الواجبات المفروضة عليه؛ إذن الموافقة تقتصر على الرضاء بعدم دخول المؤسسة العقابية والقبول بأن يُنفذ العقاب خارجها بعد أن يعرض عليه أمرها، أما بعد ذلك فهو كأى عقوبة أخرى يخضع ما تخضع له، بل أن تنفيذ العمل لا يكون لمشئته إرادة المحكوم عليه؛ إنما سيكون أداة محكوماً بأوقات الجهة التي يعمل لديها فضلاً عن أنه ليس له الخيار في نوع العمل الذي ينجزه؛ إنما تحدّد ذلك الجهة المسؤولة عن التنفيذ.

ثالثاً: العمل في خدمة المجتمع وغرض العقوبة في العدالة

وفي ضوء ما ينبغي أخذه بعين الحسبان في حال الحكم بالعمل في خدمة المجتمع؛ إذ يتطلب الحكم به موافقة المحكوم عليه؛ ولا يصح فرضه إلا بعد أن يأخذ القاضي موافقته الصريحة خلاف العقوبات الأخرى فإن هذا دفع البعض إلى الاعتراض على العمل في خدمة المجتمع بالقول بأن الشرط الأساسي في العقوبة لا يتحقق؛ إذ لا تتضمن عقوبة العمل الأمل الذي تتضمنه العقوبات الأخرى، ممّا يؤدي بذات الوقت إلى عدم عدالته قياساً إلى بقية العقوبات؛ لا سيما أن المحكوم عليه الذي يدخل السجن لتنفيذ العقوبة سيقضي يومه مسلوب الحرية فيما لا يقضي المستفيد من عقوبة العمل في خدمة المجتمع إلا عدد الساعات^(٢) التي يباشر فيها العمل في هذه المؤسسة أو تلك. وبالنسبة إلى الرد على أن العقوبة حتى تحقق غرضها بأن تكون عادلة ينبغي أن تتضمن ألماً يشعر به المحكوم عليه، وأن المفترض في العقاب أن يكره عليه الجاني إكراهاً وإكراهاً يأتي من قبل السلطة

(١) - لاحظ الفقرة (د) من المادة ١٩ من الدستور البحريني المعدل؛ إذ نظنّ بأن فرض أسلوب معين في تنفيذ العقاب رغماً عن إرادة الشخص فوق أنه لا يحقق مصلحة المجتمع فإنه يتعارض مع كرامة الإنسان.

(٢) - ويحدد البعض عدد الساعات بساعتين عمل عن كل يوم حبس د. باسم شهاب- مرجع سابق- ص ٩٥.

العامة بوصفها ممثلة للمجتمع، وأنها تفرضه لمصلحته؛ وأن فرض عقوبة العمل يتجرّد من ذلك كونه لا يفرض فرضاً ولا ينطوي على القسر الإكراه وهو ما تتطلبه العقوبة لا أن يُنتظر قبولها أي العقوبة من قبل المحكوم عليه كما هو الحال بالنسبة إلى عقوبة العمل؛ إذ تشترط التشريعات موافقة المحكوم عليه. فيمكننا القول بأن مفهوم الإيلام وعلى حسب ما هو مستقرّ عليه في الفقه الجنائي يختلف من عقوبة إلى عقوبة؛ فإذا كان المقرر بأن العقوبة يمكن أن تحقق غرض العدالة عندما يتماثل ألم العقوبة مع جسامه الجرم الذي يرتكبه الجاني، وهو ما يمكن أن يتحقّق في عقوبة القصاص^(١)؛ فإن هذه الصورة هي ليست الصورة الوحيدة التي تحقق العدالة؛ لأن العدالة المادية إن صح التعبير تقابلها عدالة وجدانية وإن كانت تتحقق بالجزاء المادي إلا أنها قد تتحقق بوسائل أخرى؛ فضلاً عن أن التشريعات الوضعية لا تقوم على هذا المبدأ. ثم وهذا هو المهم بأن ائمة مفهوم للعدالة يتعدّى هذه الحدود؛ فحيث إنه شعور يكمن في ضمير المجتمع فلا شك أن إعادة التوازن إلى هذا الشعور لكونه يحقق العدالة ينبغي أن يؤخذ بعين الحسبان مقدار الألم الذي يصيب الجاني والذي ينبغي بذات الوقت أن يتناسب مع جسامه الجرم والألم الذي سببه الجاني؛ بمعنى أكثر اختصاراً أن إيلام العقوبة من حيث طبيعته ليس على نوع واحد فقد يكون مادياً وقد يكون حسياً وقد يكون نفسياً أو معنوياً، بل إن إيلام العقوبة يتدرج على حسب نوعها ومدتها قياساً إلى جسامه الجرم ومقدار أذاه الذي أحدثه في المجتمع.

وعلى ضوء هذا المفهوم للإيلام؛ فإن الإيلام المقرّر للعمل في خدمة المجتمع ليس معدوماً؛ إنما هو متحقق؛ بمعنى أن إيلام المتطلب في العقوبة متحقق في العمل بخدمة المجتمع ومتحقق في العقوبة الأخيرة من وجهين: الأول أن هناك تقييداً لحرية المحكوم عليه في أثناء فترة العمل، بل إنه يتضمن الإيجاب والإلزام على العمل وفق متطلبات العمل وقواعده في الجهة التي يكلف بأداء العمل لمصلحتها، والوجه الآخر هو حرمان المحكوم عليه من الأجر^(٢)؛ لأنه يؤدي العمل المكلف به من دون مقابل، ممّا يشعره ليس بالألم النفسي فحسب، بل والألم المادي الذي لولا فرض العمل في خدمة المجتمع لكان قد تقاضى عن ذلك مقابلاً.

ولا شك أن هذا الألم من شأنه أن يحقق غرض العقوبة سواء في الردع العام من خلال غرس يقين راسخ وصادق بأن العقوبة ستطاله إذا ما ارتكب جرماً، وأنه لن يفلت من العقاب^(٣)، وسواء في تحقيق الردع الخاص؛ إذ إن هذا النمط من العقاب يتفق مع الغرض الذي تسعى إليه العقوبة، ويتفق أيضاً مع ما يتطلبه عقاب الفئة التي تطبق عليها عقوبة العمل في خدمة المجتمع؛ لا سيما أنهم ليسوا من

(١) - الذي تقوم عليه نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية؛ إذ تشعر المجني عليه والمجتمع بالعدالة عندما يوقع بالجاني ذات الأثر الذي أوقعه بالمجني عليه ما لم يعف.

(٢) - عبد الرحمن بن محمد طريمان - التعزير بالعمل للنفع العام - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية - رسال دكتوراه - جامعة نايف للعلوم الأمنية - كلية الدراسات العليا - قسم العدالة الجنائية - ٢٠١٣ - ص ١١٣.

(٣) - د. بكري يوسف بكري محمد بدائل العقوبة السالبة للحرية في ضوء الاتجاهات الجنائية المعاصرة - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - العدد الواحد والثلاثون المجلد الأول - ٢٠١٦ - ص ٢٣٦.

أرباب السوابق، وأن ما يقترفونه من أفعال جرمية لا تدرج تحت الأفعال الجسيمة؛ إنما تدرج ضمن الأفعال الجرمية البسيطة^(١)، وهم كذلك لا يشكلون خطراً على المجتمع، ولا تتعرض السلامة العامة للخطر جراء أفعالهم^(٢).

ويتهم العمل في خدمة المجتمع من جانب آخر بفرض آخر من أغراض العقوبة ألا وهو العدالة؛ إذ ثمة من يرى بأن العمل في خدمة المجتمع يمثل خلافاً في التوازن الاجتماعي الذي تسعى إلى إدراكه العقوبة، والمقصود بذلك العدالة؛ فإذا ينبغي للعقوبة أن تحقق العدالة لكون ذلك غرضاً من أغراضها الأساسية، بأن تعيد للعدالة توازنها بعد أن أخلت به الجريمة سواء فيما يخص تحقيقها لهذا الشعور لدى المجني عليه أم لدى أفراد المجتمع الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بعقاب الجاني لأن الجريمة شرّ أصاب المجتمع العقوبة نفي لذلك الشر.

وإذا كان هناك من يقول أيضاً إن العمل في خدمة المجتمع هو من بين العقوبات التي تكون أقل إيلاماً من العقوبة الأصلية؛ لتشجيع المتهم على قبوله، وأن فرضه بناء على إجراءات مختصرة وبموافقة المحكوم عليه ممّا يوحي بأن هناك تنازلاً أو تضحية بالعدالة في سبيل تحقيق غرض نفعي يتمثل بتبسيط الإجراءات واختيار العقوبة بغية حل أزمة القضاء الجنائي المتولدة عن الإطالة والمماطلة في صدور الأحكام الجنائية وتنفيذها^(٣)؛ فلا مجال لقبول هذا الرأي لأن المسوغات التي اعتمدت في إنتاج العقوبات البديلة - إن صح التعبير - لم يكن من بينها أزمة القضاء الجنائي التي يقول بها هذا الاتجاه، بل إن العمل في خدمة المجتمع لا يقوم على إجراءات مختصرة أو مبتسرة؛ إنما تتبع في شأنه ذات الإجراءات فضلاً عن الإجراءات الخاصة التي أحاطت بها التشريعات إصداره كوجوب حضور الجلسة، ومن ثم استطلاع المحكمة لرايه.

وبخصوص عدم تحقيق العمل في خدمة المجتمع لغرض العقوبة في العدالة كونه يسمح للمجرمين بتجنب العقاب العادل على أفعالهم؛ لأن الجريمة باعتبارها السلوك الذي، إذا ثبت وقوعه على النحو الواجب، سيترتب عليه حكم جاد لإدانة المجتمع الأخلاقية للجريمة فضلاً عن فرضه العقاب الذي كما قد يكون على الأفعال الأخلاقية قد يكون على الأفعال التي لا تتعارض مع الأخلاق^(٤)، والحق أن هذا الاعتراض لا موجب له، كونه لا يتعلق بسياسة العقاب؛ إنما بسياسة التجريم وهو لا يتعلق بمقتضيات الأخلاق بقدر تعلّقه بمصلحة المجتمع؛ إذا ظهرت الحاجة إلى تجريم الأفعال مع عدم تعارضها مع الأخلاق.

أما الجانب الآخر الذي يرى بأن العمل في خدمة المجتمع لا يحقق العدالة فينظر من جانب آخر إلى ذلك ويذهب إلى القول بأنه لا يحقق العدالة بين جميع المحكوم عليهم؛ لأن المحكوم عليه في العمل

(١) - عبد الرحمن بن محمد الطريمان - المرجع السابق - ص ١١٢ وما بعدها.

(2) - Cooper Jones, op.cit p.23.

(٣) - ليلي قايد - المرجع السابق - ص ١٤.

(4) - Cooper Jones, op. cit p.23 .

في خدمة المجتمع ينفذ العقوبة خارج أسوار السجن؛ خلافاً لما يقتضيه غرض العدالة، فضلاً عن أن بقاء المحكوم عليه خارج أسوار السجن سيجعله معرضاً للالتقاء بالمجني عليه في أي وقت مما يؤدي إلى تحقق التصادم معه لا سيما أن المجني عليه سينتقم لنفسه طالما أنه يشعر بأنه لم يُنصف ولم تحقق الدولة له ذلك فيسعى إلى تحقيقها بنفسه^(١).

ويبدو لنا أن هذا الاتجاه فاته بأن التجارب في بعض البلدان تقيّد الحكم بعقوبة العمل لخدمة المجتمع بالنسبة إلى مرتكبي فئات من الجرائم وأهمها جرائم الاغتصاب وإتلاف الأموال وجرائم الإضرار المتعمد بالغير، ومن ثم الجرائم المتعلقة بالسرقة من المحلات أو المتاجر، وكذلك جرائم الاعتداء على سلامة جسم الغير^(٢) حتى إن توافرت فيها الشروط المتطلبة ومنها شرط المدة لكونه أهم الشروط القانونية المنصوص عليها صراحة؛ فضلاً عن أن هذا الرأي يغفل حالة عن التصالح التي من الممكن أن تتم بين الجاني والمجني عليه، مما يهدم حجة التصادم بينهما، وأخيراً أن العقوبة الشديدة هي ليست الأمل المنشود وليست غاية القاضي عند النطق بها، والقول بغير ذلك يهدم غرضاً أساسياً من أغراض العقوبة، ونقصد بذلك العدالة. وما يؤدي إليه من أثر على سمعة القضاء وكونه لا يراعى ولا يتوخى أن تكون العقوبة عادلة وهذا خلاف المقرر؛ إذ المقرر أن ينطق القاضي بعقوبة تتلاءم مع حالة الجاني الشخصية، بما فيها ظروف الواقعة وإلا صار القضاء سبباً أو عاملاً يدفع إلى الجريمة، مما لا يحقق الغرض الأساسي للعقوبة وهو ضمان عدم عودة المجرم إلى الإجرام.

ويجادل آخرون بأنه لا توجد طريقة للحدّ من العودة إلى الجريمة بشكل فعال أو حتى إصلاح المجرمين، مما يعني أنه يجب علينا فقط حبس الجناة وإبعادهم عن المجتمع إلى الأبد^(٣). لكن هذه النظرة فوق أنها نظرة تشاؤمية فهي نظرة غير واقعية؛ لأن منع الجريمة من ذات المجرم أمر صار واقعاً؛ وفوق هذا فإن هذا النظام وغيره من بدائل العقوبة السالبة للحرية؛ يقوم على أساس إبعاد المحكوم عليه عن غيرهم من المجرمين ممن هم داخل المؤسسات السجون أو المؤسسات العقابية لمنع مضار الاختلاط الذي يمكن أن يؤدي إلى تعلّم المبتدئ في الإجرام وسائل وأساليب إجرام جديدة ممن هم عريقو الإجرام، فإن ثبت من خلالها أنهم لم يعودوا إلى الجريمة فهذا أمر يرحّب به المجتمع، كونه في صالحه، إلى جانب تحذيراً يمكنه استخدامه للجميع عن سوء عاقبة الجريمة.

وينتقد العمل في خدمة المجتمع من جانب أن المحكوم عليه قد استفاد من الظروف المخففة والتي جعلت العقوبة التي حكم بها القاضي تصل إلى الشرط المتطلب في العقوبة التي يجوز الحكم فيها بالبدل والمقصود شرط المدة. وقد يكون هذا الشخص في الحقيقة هو أخطر من الذي يقبع خلف القضبان^(٤).

(١)- د. خلفي عبد الرحمان - المرجع السابق - ص ١٢٩.

(2)- Josine Junger – Tas, op. cit, p 54.

(3)- Cooper Jones, op.cit p.24.

(٤)- باسم شهاب - المرجع السابق- ص ٩٥.

وإذا كان ما يفهم من هذا القول بأن المحكوم عليه الذي أُستبدلت عقوبته بالعمل قد يمثل خطراً على المجتمع وأنه قد ارتكب جريمة خطيرة لكن القاضي أعمل سلطته بشأن الظروف والأعدار المخففة حتى وصل إلى عقوبة الحبس لمدة أو أقل، ومن ثمَّ يحكم عليه بعقوبة العمل في خدمة المجتمع فلا شك أن هذا الرأي قد تجاهل الضوابط المتعلقة بالجرائم التي يجوز فيها استبدال العقوبة والتي ينبغي على المشرِّع البحريني أن يضع لها الضوابط كما تذهب إليه تشريعات أخرى^(١) فضلاً عن أن هذا الانتقاد لو كان حقيقياً؛ فإنه يُعدُّ انتقاداً خطيراً لأنه لو سُلِّم به لوجب رفضه للنتائج التي تترتب عليه، كونه يقود إلى نتيجتين: الأولى هو أنه قد يؤدي إلى الإضرار بالمجتمع؛ لأن المحكوم عليه الذي يُحكم بالعقوبة البديلة وفق هذا التصور هو أخطر من غيره على المجتمع ومع ذلك أُستبدلت عقوبته، وهذا من شأنه أن يقود إلى الأمر الآخر وهو عدم عدالة القضاء في الأحكام التي يصدرها. لكننا نرى بأن هذا الانتقاد مجرد انتقاد ظاهري وليس حقيقياً؛ لأن ما يجري عليه العمل يبدي هذه المخاوف؛ فمن جانب لا يحكم القضاء بالبديل أي العمل في خدمة المجتمع على شرط المدة وحده؛ إنما بناء على جملة معطيات منها ما يتعلق بدراسة وضع المحكوم عليه وشخصيته... إلخ، بل إننا نؤيد من يرى بأن بناء نظام قانوني متكامل بشأن العمل في خدمة المجتمع بشكل خاص وببقية بدائل العقوبة بشكل عام يتطلب دراسة شخصية الجاني المائل أمام القاضي، ومن ثم دراسة ظروفه وأحواله المعيشية وظروف ارتكاب جريمته، وهذا يتم من خلال ملف الشخصية (٢). وفوق هذا كله فإن القاضي وبناءً على هذه المعطيات، أي من خلال وقائع الدعوى وشخصية الجاني قد يتراءى له بأن التزام الأخير بالعمل في خدمة المجتمع يكفي لإصلاحه وإعادة تأهيله واندماجه في المجتمع^(٣). وعدم عودته للإجرام مستقبلاً؛ لا سيما إذا أخذ القاضي أيضاً بعين الحسبان جسامه الجريمة التي ارتكبها.

وعلى أساس ما تقدم فإن ما ينبغي قوله هو أننا ينبغي أن نبتعد عن الانتقادات النظرية لأي نظام عقابي، بل وينبغي أن نمتلك الشجاعة الفكرية، بل والمسؤولية الأخلاقية التي يفرضها علينا واقع السياسة العقابية الحالية، كي نرفض - مع غيرنا - الاعتقاد القائم على أن السجن هو الأسلوب الأفضل لإدراك عمليات الإصلاح^(٤)؛ لا سيما أنه لم يكن لدى أي شخص فكرة ثابتة مدعومة بالأدلة

(١) - ويؤكد البعض أن المشرِّع الهولندي لا يسمح للمحكمة أن تفرض عقوبة العمل على مرتكبي جرائم الاعتداء على سلامة الجسم، والتعذيب الشديد، والجرائم المتعلقة بالمواد الإباحية للأطفال، والجرائم الجنسية ضد الأطفال والتي يُعاقب عليها بعقوبة السجن لمدة ست سنوات أو أكثر بشكل منفرد.

24. Napitupulu Ifitahsari M. Eka Ari Pramuditya, op. cit. p. Genoveva Alicia K. S. Maya, Erasmus A.T

(٢) - الذي يتضمن حالته قبل الحكم وبعد ثبوت الإدانة ممَّا يساعد القاضي على اختيار العقوبة المناسبة لكل حالة - د. بكري يوسف محمد بكري - المرجع السابق - ص ٥١.

(٣) - فقد باتت نظم السجن محلَّ سخط وقلق في المؤسسات الحقوقية العالمية - أمانة امحمدي بوزينة - بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري - عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً - مجلة المفكر - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيدر بسكرة - الجزائر - العدد الثالث عشر - أكتوبر ٢٠١٦. ص ١٢١.

(٤) - إذ لا ينبغي التسليم بأن الآراء القائمة على ما يسمى بالمنطق السليم يمكن أن تكون صحيحة؛ إنما قد تكون غير صحيحة؛ لذا فإن من الضروري اختبار مفاهيمنا المتعلقة بالسجون بأفضل البيانات العلمية المتاحة. واعتمادنا على ما يخبرنا به الدليل.

والبراهين عما إذا كان وضع الجناة وراء القضبان يجعلهم أكثر أو أقل عرضة للعودة إلى الجريمة، وهو ما تمسك به الجميع مع عدم وجود الدليل الذي يؤكد حقيقة دوره في منع الجريمة، بل إن ما يؤيد وجهة نظرنا وما نطالب به هو ما كشفت عنه الإحصائيات التي أشرنا إلى بعضها؛ لأن ما قيل من حجج ترفض العمل في خدمة المجتمع مجرد أفكار نظرية لم تدعم بأي دراسة واقعية. لكن حيث قدمنا الدليل العملي فلا مجال بعد ذلك للنظر بعين الريبة والشك إلى هذا النمط من العقاب، بل علينا أن نؤكد أنه قد آن الأوان كي نغيّر مفاهيمنا التي تستند إلى الحجج غير الواقعية؛ وأن نتمسك فقط بالمنطق النظري الذي يرى بأن تنفيذ العقوبة داخل السجن هي أفضل الوسائل والأساليب، ولا ينبغي أن نظلّ متمسكين برفض كل جديد؛ لأنه يخالف نوااميس ما اعتدنا إليه؛ بمعنى علينا أن ننظر إلى الأمور المستجدة نظرة إيجابية لا نظرة تشاؤم وأن نتفتح عقولنا، كي نستفيد مما أتاحه العلم الحديث من وسائل يمكنها أن توفر الجهد والمال، وتحقق منفعة المجتمع ومنفعة المحكوم عليه في آن واحد.

الفرع الثاني الأغراض الواقعية للعمل في خدمة المجتمع

بعد أن نبين حقيقة الانتقادات التي يتعرّض لها العمل في خدمة المجتمع في الفرع السابق سنتولّى بيان أغراض العمل الواقعية بوصفه عقوبة بديلة لا يقتصر دوره على تحقيق أغراض العقوبة فحسب؛ إنما له أغراض أخرى سنتولّى بيانها مستعرضين موقف الفقه وموقف بعض التشريعات التي حرصت على تحديد تلك الأغراض.

أولاً: موقف الفقه من أغراض العمل في خدمة المجتمع

ثمة من يرى بأن بدائل العقوبة السالبة للحرية هي عقوبات جنائية إن كان غرضها الرئيسي هو محاربة الجريمة دون فرض العقوبة السالبة للحرية أو إنزال العقوبة دونها؛ فإنها تهدف إلى تحقيق هدفين أساسيين هما: منع الجريمة بحماية المجتمع من مخاطرها ومن ثمّ معاقبة المجرم مرتكبها^(١). في حين يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن الهدف الرئيسي للعقوبات البديلة هو محاربة الجريمة وتطوير مكافحتها، دون تنفيذ عقوبة السجن بعزل المحكوم عليه، مما يعني فرض العقاب عن طريق تدابير لا تصل إلى عزل المحكوم عليه عن المجتمع، وهذا أمرٌ فوق أنه يحقق حماية المجتمع من الجريمة^(٢)؛ فإنه يسعى إلى قمع الجريمة لدى الجاني من خلال معاقبته^(٣).

Francis T. Cullen1, Cheryl Lero Jonson, and Daniel S. Nagin, op cit. p. p 5354-.

(1) -Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, Alternatives to Imprisonment: op. cit. p.16.

(2)- Genoveva Alicia K. S, Maya Erasmus, A.T. Napitupulu Iftitahsari M. Eka Ari Pramuditya, op. cit. p16, Adrian Leka, op. cit. p 220.

(3)- Adrian Leka, Cooperative Overview of Alternative Measures in Different Places, Academic Journal of Interdisciplinary Studies MCSER Publishing, Rome-Italy, Vol 3 No 4 July 2014. p 220.

أما البعض الآخر فيؤكد أن التقرير الصادر عن مكتب المحاسبة العامة الأمريكي يذهب إلى أن أهداف العقوبات البديلة تتمثل بثلاثة أهداف أساسية: أول هذه الأهداف هو تقليل عدد نزلاء السجون، والثاني هو خفض التكاليف عن طريق استبدال أحكام السجن الباهظة ببدائل ذات كلفة اقتصادية أقل، وأخيراً خفض أعداد المحكوم عليهم العائدين إلى الجريمة^(١).

والحقيقة أن هذا الرأي لا يحدد الأهداف أو الأغراض بقدر ما يبين أو المسوغات التي تدفع إلى تبني هذا النمط من أساليب العقاب؛ لا سيما أن نظرتة تتطرق من أساس اقتصادي بحت يبتعد عن الهدف الذي تسعى إليه العقوبة، وهو مكافحة الجريمة بوصفها هدفاً تسعى إليه المجتمعات ليس عن طريق العقوبات البديلة؛ إنما بجميع الوسائل لكونه هو الهدف الأسمى والأهم.

وعلى المستوى العملي فإذا كان هناك من يرى بأن عقوبة العمل لا يقصد منها السيطرة على نمو عدد نزلاء السجون والتكاليف المرتبطة بذلك، وما يرتبط بتطبيقها من خفض لأعداد المحكوم عليهم وخفض النفقات الحكومية على السجون؛ إنما تهدف في الوقت نفسه إلى تلبية مطالب الجمهور بالعقاب المناسب للمجرمين وزيادة الحماية للمجتمع، ومن ثمّ مساهمة المجتمع في إعادة تكوين الجاني، وأخيراً تعزيز دور المراقبة على الجناة وتوفير عقوبات مناسبة؛ فإن من بين أهداف بدائل العقوبة السالبة للحرية التي يصطلح عليها البعض ببدائل السجن تجنب الاستخدام غير الضروري للسجن كلما أمكن، وأن تكون العقوبة من المرونة بمكان بما يجعلها متوافقة ليس مع طبيعة الجريمة وخطورتها فحسب، بل ومع شخصية وخلفية الجاني فضلاً عن حماية المجتمع^(٢).

إذن ومهما تعددت الآراء في تحديد الأغراض التي يسعى إلى تحقيقها العمل فإننا نؤيد من يرى بأنها تنجزاً إلى أربعة أغراض رئيسية هي: (١) ردع الجاني وأشخاص آخرين مثله، (٢) حماية الجمهور من خلال منع الجاني من الإضرار بهم، (٣) إعادة تأهيل الجاني، وأخيراً معاقبة الجاني عما اقترفه من فعل^(٣)؛ لأن من شأن هذه الأغراض مجتمعة أن تؤدي إلى أن يحقق العمل في خدمة المجتمع دوره الفاعل في تجنب مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.

أهداف العمل في بعض التشريعات

بخصوص موقف بعض التشريعات بشأن أهداف عقوبة العمل في خدمة المجتمع، فقد وجدنا أن اللجنة الوطنية الإنجليزية لأوامر خدمة المجتمع قد حددت أهداف العقوبة بثلاثة أهداف هي: فرض العقوبة إلى جانب تمييز المجتمع فضلاً عن تحقيق عمل لصالح المجتمع^(٤)؛ في حين هناك من يرى بأن هدف خدمة المجتمع في إسكتلندا تهدف إلى عقاب الجاني «من خلال حرمانه من وقت فراغه»،

(1)- Josine Junger – Tas, op. cit, p.13.

(2)- Genoveva Alicia K. S, Maya Erasmus, A.T. Napitupulu Iftitahsari M. Eka Ari Pramuditya, op. cit. p 16.

(3)- Cooper Jones, op. cit, p.19.

(4)- Josine Junger – Tas, op. cit, p.13.

ومن ثم إعادة تأهيله «من خلال الآثار الإيجابية التي يتلقاها من الآخرين» ومن ثم التعويض «من خلال القيام بعمل يعود بالفائدة على الأقسام التي بحاجة إلى العمل الاجتماعي»^(١).

لكن عند النظر في الأهداف التي حدّتها اللجنة الوطنية الإنجليزية لأوامر خدمة المجتمع فإننا نستطيع القول بأن منها ما يُعدّ هدفاً استراتيجياً، لا يمكن التغاضي عنه أو إهماله ومنها ما يكون تحقيقه ليس غاية بذاته؛ إنما هو هدف يمكن أن يقال عنه إنه هدف ثانوي مع وجوب ملاحظة أن هذه الأهداف لا ينبغي أن تغفل الأهداف الأخرى التي تسعى العقوبات بشكل عام إلى إدراكها^(٢).
ففرص العقوبة على الجاني يعد من الأهداف الاستراتيجية، لكن تعويض المجتمع والعمل لصالحه لا يمكن أن يكون إلا هدفاً ثانوياً؛ لأنه ليس من أهداف تنفيذ العقوبة تحقيق منفعة للمجتمع تتجاوز منع الجاني من العودة إلى الإجرام، وهو ما يحققه تنفيذ العقوبة بذاتها وليس من ضمنها تكليفه بعمل لصالحه.

أما بالنسبة إلى أهداف العمل في خدمة المجتمع في فنلندا؛ فإنها إن كانت قد أدخلت خدمة المجتمع إلى النظام القانوني في عام ١٩٩١؛ فإنها قد حددت أهدافه الرئيسية بما يأتي: خفض عدد نزلاء السجون، وتقليل الآثار الضارة الناجمة عن عقوبة السجن، والسعي إلى جعل العمل في إطار اجتماعي عادي ويؤدي تجربة إيجابية للجاني^(٣).

وعلى أساس ما تقدم فإننا نرى بأن غرض عقوبة العمل هو تحقيق صالح المحكوم عليه بمنع اختلاطه مع المجرمين، ومن توجيه الإنذار إليه عن طريق إشعاره بالخطأ أو الذنب الذي ارتكبه، وهذا يتحقق من خلال الأثر النفسي الذي تتركه عقوبة العمل عليه، وما يمكن أن يسبب له ذلك من أذى لا يقتصر على الأذى الجسدي والنفسي لصدور حكم قضائي ضده بالإدانة؛ إنما يصل إلى الأذى المادي خاصة أن العمل يؤديه دون مقابل وأنه مفروض عليه، ممّا يعزز لديه الشعور بالندم اتجاه المجتمع ويحمّله على الإقلاع عن ارتكاب الجريمة مرة أخرى، وأنه بصدد التعويض عن الضرر الناجم عن فعلته، وهو ما ينعكس بالإيجاب على سلوكه، ويؤدي إلى ابتعاده عن سلوك الجريمة^(٤).

وعلى أساس ذلك فإننا نميل إلى القول بأن العمل في خدمة المجتمع ذو أغراض نفعية متعددة منها ما يعود للمحكوم عليه، ومنها ما ينصرف إلى المجتمع ولا يقف على قمتها إصلاح المحكوم عليه وتأهيله؛ إنّما يعد هذا الغرض غرضاً من بين الأغراض التي يسعى إليها فضلاً عن أن إعادة تأهيل المحكوم عليه وإدماجه في المجتمع قد يكون أكثر وضوحاً في بعض العقوبات البديلة من غيرها؛ لكن ما ينبغي النظر إليه هو عدم إهماله، كما يذهب إليه البعض^(٥) ونؤيده في ذلك، لأنّ العنصر الجزائي بوصفه

(1)- Gill McIvor, Paying back: op. cit, p.42.

(2)- Genoveva Alicia K. S, Maya Erasmus, A. T. Napitupulu Iftitahsari M. Eka Ari Pramuditya, op. cit. p16.

(3)- Josine Junger –Tas, op. cit, p.11.

(٤) - شعيب ضريف - المرجع السابق - ص ٦٢.

(5)- Josine Junger – Tas, op. cit, p.12.

هدف تسعى إلى تحقيقه العقوبة لا يوجد مكان للقول بأن يُطرح من معادلة العقوبات البديلة؛ بمعنى أن الأخيرة لا تتخلى عن الأهداف التي تسعى إليها العقوبة، كونها جزاءً حتى وإذا اتخذت تسمية العقوبة البديلة.

أما الغرض النفعي الأساسي للعمل في خدمة المجتمع فهو باتجاه المحكوم عليه وباتجاه المجتمع فبالنسبة إلى المحكوم عليه، فهو يجنبه الدخول إلى السجن والتعرض إلى مخاطره وأضراره كونه بديلاً لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية، وغرضه النفعي بالنسبة إلى المجتمع فيتمثل بأنه يستفيد من الخدمات التي يقوم بها المحكوم عليه، والأعمال التي يقوم بها؛ لا سيما أن المحكوم عليه سيتولى القيام بعمل يحتاجه المجتمع وفيه مصلحة ومنفعة له، ومن ثم من دون مقابل، بل إن هذا النظام في الوقت الذي يجنب المحكوم عليه الدخول إلى السجن ومنعه من الاختلاط السيء وما يقود إليه من احتمالية ارتكاب جريمة يعود أيضاً بالنفع على المجتمع كونه يجنبه جريمة أخرى وضحية جديدة من أفراد.

الخاتمة

لقد توصلنا من خلال البحث إلى ما يأتي:

أولاً: بشأن موقف التشريعات من العمل في خدمة المجتمع فقد توصلنا إلى أن التشريعات:

تباينت في المصطلح الدالّ على ما يقوم به المحكوم عليه مع اتحادها في المضمون.

إن بعض التشريعات وإن خرجت عن وضع العمل في خدمة المجتمع تحت عنوان العقوبات البديلة، كما هو حال المشرّع الإماراتي إلا أنه يتعامل معه على أنه بديل للعقوبة السالبة للحرية من حيث المدلول الذي قدّمه.

قد اتفقت على أنه عقوبة بديلة عن العقوبة السالبة للحرية باستثناء موقف المشرّع الإماراتي الذي جعل الخدمة المجتمعية بدلاً عن عقوبة الغرامة.

قد اتفقت على أن المحكوم عليه بهذه العقوبة يؤدي عملاً لصالح مؤسسة أو هيئة أو جهة تؤدي أعمالاً تصبّ في صالح المجتمع.

قد اتفقت على أن ما يؤديه المحكوم عليه من عمل يكون دون مقابل بدلاً من العقوبة التي يصدرها القضاء بحقه.

ثانياً: وبخصوص المسوغات التي كانت تقف وراء تبني السياسة العقابية المعاصرة للعمل فقد توصل البحث إلى أن هناك دعائم عملية وفلسفية كانت وراء الأخذ بعقوبة العمل في خدمة المجتمع بدلاً للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وفي إطار تحديد هذه المسوغات توصلنا إلى أنها تمثلت في: عجز العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، والمناطق التي تنفذ فيها أي المؤسسات العقابية عن تحقيق إصلاح المحكوم عليه وتأهيله.

أن عقوبة العمل في خدمة المجتمع باتت أسلوب علاج لحالة العود إلى الجريمة، وأسلوب معاملة عقابية خارج المؤسسات العقابية.

أن العمل في خدمة المجتمع أخذ به بدلاً لمعالجة مشكلة اكتظاظ المؤسسات العقابية.

أما المسوغات الأخرى ذات الآثار الاقتصادية فإن العمل في خدمة المجتمع بات أسلوباً تأخذ به التشريعات من أجل التخفيف عن كاهل الدولة.

وأخيراً توصلنا إلى أن العمل في خدمة المجتمع يعدّ أسلوباً ملائماً لبعض طوائف المجرمين، وهو ما أثبتته الواقع؛ فقد توسّع نطاق تطبيقه في الواقع العملي بالنسبة إلى التشريعات التي أخذت به، كما هو الحال عند المشرّع البحريني.

ثالثاً: ومن خلال استعراضنا لموقف التشريعات توصلنا إلى أن هناك تبايناً في موقفها بشأن تعاملها مع العمل في خدمة المجتمع؛ سواء في نطاق طبيعته القانونية؛ أو في نطاق وضعه من كونه بديلاً للعقوبة، أو تديراً جنائياً.

رابعاً: وبخصوص تحليلنا لموقف المشرّع البحريني فقد توصلنا إلى أنه:

قد تعامل مع العمل في خدمة المجتمع بوصفه بديلاً للعقوبة عند الحكم بعقوبة الحبس لسنة فأقل. وأن المشرّع قد انفراد في تعامله مع العمل في خدمة المجتمع بوصفه أسلوباً من أساليب المعاملة العقابية لمن نفذ نصف مدة العقوبة إذا تحققت الضوابط الأخرى لحسن السلوك وعدم الخشية على كونه يشكل خطراً على أمن المجتمع.

وتعامل معه بوصفه بديلاً لعقوبة الحبس لسنة فأقل أو بديلاً عن الإكراه البدني بناءً على طلب المحكوم عليه.

خامساً: وفي نطاق بياننا للطبيعة القانونية للعمل في خدمة المجتمع توصلنا إلى:

أنه لا يمكن أن يكون لا من طبيعة مختلطة ولا من طبيعة التدابير الجنائية؛ إنما هو في حقيقته أسلوب تعامل التشريعات بشأنه عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية. وعلى أساس طبيعته أنفة الذكر يشترك مع العقوبة بالخصائص الأساسية وهي الشرعية والقضائية والشخصية.

ويتميز بخصائص خاصة وهي: كونه عقوبة جوازية؛ بمعنى عقوبة ليست إلزامية على القضاء الحكم بها؛ إنما له السلطة التقديرية، وإلى جانب ذلك فإن العمل عقوبة اختيارية يعود أمر الحكم بها للسلطة القضائية، ولها أن تفاضل بينه وبين العقوبات البديلة الأخرى، وأخيراً وهو عقوبة رضائية لا تنفرد السلطة القضائية بشأنه؛ خلافاً للعقوبة؛ إنما هو قرار تتخذه المحكمة بعد التشاور مع المحكوم عليه.

سادساً: يحقق العمل في خدمة المجتمع أغراض العقوبة السالبة للحرية في الردع العام والخاص فضلاً عن غرضها في العدالة، وقد قدّمنا الدلائل على ذلك بعد أن ناقشنا موقف الفقه من ذلك.

سابعاً: العمل في خدمة المجتمع له أغراضه أو أهدافه الخاصة، التي تتمثل:

في حماية المجتمع بمنع الجاني من الإضرار به مستقبلاً.

ضمان تأهيل الجاني والمحافظة عليه من الاختلاط السيئ.

وأخيراً ضمان معاقبة الجاني عمّا اقترفه بعقوبة مناسبة وأكثر إنسانية؛ إذ لا يحرم من وسطه الاجتماعي.

التوصيات:

على المشرّع البحريني أن يستكمل منهجه بشأن العمل في خدمة المجتمع، ويضع الضوابط التي من شأنها أن تساعد القاضي على الحكم به.

التوسع بشأن تطبيقه في نطاق عدّه نمطاً من أنماط المعاملة العقابية؛ لا سيما أن أمر الاستفادة منه مرهون بشروط أخرى هي الجوهر في منحه أو عدم منحه من قبل قاضي تنفيذ العقاب وليس المدة التي يتطلبها المشرّع في النص.

ومع ما يقال بشأن اختلاف العمل في خدمة المجتمع عن الإفراج المشروط؛ بشأن الشروط المتطلبية من المحكوم عليه إلا أننا نأمل من المشرّع أن يزيل اللبس الذي يمكن أن يحصل بين العمل في خدمة المجتمع والإفراج المشروط لا سيما بشأن تشابه الشروط المتطلبية فيهما. نأمل من المشرّع أن يجعل العمل في خدمة المجتمع أسلوباً لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية لكن شريطة أن يتم ذلك بعد إجراء الفحص لشخصية المحكوم عليه، والنظر في شأن خطورته وخطورة الجريمة التي ارتكبها. نظراً إلى أننا لم نستطع أن نحصل على ما يؤيد فاعلية العمل في خدمة المجتمع في نطاق تجربة البحرين لتطبيقها هذا النظام حديثاً؛ فإننا نأمل من الجهات المسؤولة عن تطبيقه أن تجري الدراسات المتخصصة لتحديد معوقات تطبيقه. ونأمل من الجهات ذاتها في دراسة حالات العودة إلى الجريمة بشأن الفئات التي استفادت من تطبيقه لتحديد مدى فاعليته.

مراجع البحث

أولاً: المراجع باللغة العربية

- أحمد سعود - شروط الحكم بعقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري - مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة الوادي - الجزائر - العدد ١٣-٢٠١٦.
- أحمد عوض بلال - علم العقاب النظرية العامة والتطبيقات - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٣.
- د. أحمد فتحي سرور - الوسيط - في قانون العقوبات - القسم العام - ط/ السادسة - ٢٠١٥ مكان الطبع - بلا.
- أحمد موسى هياجنة - نظام "العقوبات والتدابير البديلة: نظام ذو ملامح خاصة لفلسفة عقابية متغيرة - مجلة جامعة الشارقة - المجلد ١٤ - العدد ١ - يونيو - ٢٠١٧.
- أمنة امحمدي بوزينة - بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري - عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً - مجلة المفكر - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيدر بسكرة - الجزائر - العدد الثالث عشر - أكتوبر ٢٠١٦. شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية - كلية الحقوق - جامعة الجزائر ١ - المجلد (٥٦) العدد (٠١).
- بن عبد العزيز المالك - بدائل العقوبة السالبة للحرية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - كلية الدراسات العليا - ٢٠١٢.
- باسم شهاب - عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري - مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون - جامعة الإمارات العربية - العدد السادس والخمسون - أكتوبر ٢٠١٣.
- بكري يوسف بكري محمد - بدائل العقوبة السالبة للحرية في ضوء الاتجاهات الجنائية المعاصرة - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - العدد الواحد والثلاثون المجلد الأول - ٢٠١٦.
- بن شنوف فيروز - عقوبة العمل للنفع العام الحل البديل من أجل تفعيل السياسة العقابية في الجزائر - مجلة المعيار - جامعة تيسمسيلت - الجزائر - المجلد العاشر العدد الثاني - ٢٠١٩.
- بوسري عبد اللطيف - عقوبة العمل للنفع العام كألية لترشيد السياسة العقابية - مجلة دراسات وأبحاث - المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية - مركز ابن خلدون - الأردن - السنة التاسعة - العدد ٢٦ مارس ٢٠١٧.
- حضر باش بشري - فعالية العقوبات البديلة في التشريع الجزائري - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف مسيلة - الجزائر - ٢٠١٩.
- حسيبة محيي الدين - عقوبة العمل للنفع العم في التشريع الجزائري - مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الجزائر - المجلد ١٢ العدد (٠١) أبريل ٢٠٢١.

- خلفي عبد الرحمان - الدعائم الفلسفية لعقوبة العمل للنفع العام - المجلة الأكاديمية للبحث القانوني - تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية - الجزائر - المجلد ١٢ العدد ٠٢ - ٢٠١٥.
- جباري ميلود - أساليب المعاملة العقابية للسجناء في التشريع الجزائري - رسالة ماجستير - مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الطاهر مولاي - الجزائر - ٢٠١٥.
- جزول صالح - عقوبة العمل للنفع العام كبديل للحبس قصير المدة، ومدى فاعلية شروط تطبيقها في تعزيز سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي - مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - الجزائر - المجلد الخامس العدد (٠١).
- خوري عمر - السياسة العقابية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - بن عكنون - جامعة الجزائر - ٢٠٠٨.
- رفعات صايف أو حجلة - العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١٩.
- زياني عبد الله - العقوبات البديلة في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران - ٢٠٢٠.
- سعود أحمد - بدائل العقوبة السالبة للحرية - عقوبة العمل في خدمة المجتمع أنموذجاً - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - الجزائر - ٢٠١٧.
- سليمان عبد المنعم سليمان - أصول علم الجزاء الجنائي - نظرية الجزاء الجنائي - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية - ٢٠٠١.
- شعيب ضريف - آليات تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - سعيد حميدين - جامعة الجزائر/١ - ٢٠١٩.
- شريف سيد كامل - علم العقاب - دار النهضة العربية - ١٩٩٧.
- صفاء أوتاني - العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة - دراسة مقارنة - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٥ - العدد الثاني - ٢٠٠٩.
- طايل محمود الشايب، وسلامة رشيد حسين - عقوبة الخدمة المجتمعية في التشريعين الأردني والإماراتي بين الواقع والمأمول. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون - تصدر عن عادة البحث العلمي - الجامعة الأردنية - العدد الرابع المجلد ٤٦ لسنة ٢٠١٩.
- عبد الرحمن بن محمد طريمان - التعزير بالعمل للنفع العام - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية - رسال دكتوراه - جامعة نايف للعلوم الأمنية - كلية الدراسات العليا - قسم العدالة الجنائية - ٢٠١٣.
- علي نبيل علي صبيح - العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة في القانون الجزائري الفلسطيني - رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية - فلسطين - ٢٠١٧.
- غضبان نبيلة - عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس قصير المدة - مجلة معارف - جامعة البويرة الجزائر - المجلد ١٥ - العدد ٢ - ديسمبر ٢٠٢٠.

- فوزية - هوشات العقوبات البديلة في التشريع الجزائري - مجلة العلوم الإنسانية تصدر عن جامعة منتوري - قسنطينة - الجزائر - العدد ٥٢ - المجلد (أ) - ديسمبر ٢٠١٩.
- لعبيدي خيرة - عقوبة العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في التشريع الجزائري دفا تر السياسة والقانون، تصدر عن كلية السياسة والقانون - جامعة قاصدي مرباح ورقلة - الجزائر - المجلد: ١٢ العدد: ٢ - ٢٠٢٠.
- ليلي قايد - السياسة العقابية الحديثة في الجزائر - عقوبة العم للنفع العام أنموذجاً - مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - تيارت - المجلد ٧ - العدد (٠١) السنة ٢٠٢١.
- محمد أبو العلا عقيدة - النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية - دار النهضة العربية ط/ الرابعة ٢٠٠٩.
- محمد عبد الله الوريكات - أصول علمي الإجرام والعقاب - دار وائل للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - ط/ الأولى - ٢٠٠٩.
- محمود نجيب حسني - دروس في علم الإجرام والعقاب - دار النهضة العربية - ١٩٨٨.
- نسيغة فيصل - بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كآلية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية العاصرة: عقوبة العمل للنفع العام أنموذجاً - أبحاث المؤتمر السنوي الرابع - القانون أداة للإصلاح والتطوير الذي عقد في كلية القانون الكويتية العالمية للفترة من ٩-١٠ مايو ٢٠١٧ ملحق خاص - العدد (٢) الجزء الثاني - صفر/ ربيع الأول ١٤٣٩هـ - نوفمبر ٢٠١٧.
- هاجر سيف الحميدي - الخدمة المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة - دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون الفرنسي - أطروحة ماجستير - كلية القانون - جامعة الإمارات العربية - يونيو ٢٠١٩.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

- Adrian Leka Cooperative Overview of Alternative Measures in Different Places, Academic Journal of Interdisciplinary Studies MC SER Publishing, Rome-Italy, Vol 3 No 4 July 2014.
- Cooper Jones, Does Alternative Sentencing Reduce Recidivism? A Preliminary Analysis, Xavier Journal of Politics, Vol. V (201415-).
- Francis T. Cullen¹, Cheryl Lero Jonson, and Daniel S. Nagin, Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science, The Prison Journal Supplement to 91(3), 2011.
- Genoveva Alicia K.S. Maya, Erasmus A. T. Napitupulu, Alternatives to Imprisonment: Provision, Implementation, and Projection of Alternatives to Imprisonment in Indonesia, Published by: Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), First Edition: September 2019.

- Gill McIvor, Paying back: 30 years of unpaid work by offenders in Scotland, European. Journal of Probation University of Bucharest, Vol. 2, No.1, 2010.
- Sandeep Gopalan, Mirko Bagaric, Progressive Alternatives to Imprisonment in an Increasingly Punitive (and Self-Defeating) Society, Seattle University, Law Review Vol:40- 2016.
- Jennifer E. Copp, The Impact of Incarceration on The Risk of Violent Recidivism, Marq, Law Reviews, volume 103- Issue 3 Symposium -2020.
- JOSINE JUNGER-TAS, Studies on crime and Justice, series from the Dutch Research and Documentation center, Alternatives to prison sentences and developments, Ministry of justice, Kugler publications -Amsterdam, New York 1994.
- Michael Caudell-Feagan, Michael D. Thompson, Yolanda Lewis, Local Spending on Jails Tops \$25 Billion in Latest Nationwide Data Costs increased despite falling crime and fewer people being admitted to jail. Jan 2021.
- Michael McLaughlin, Carrie Pettus-Davis, Derek Brown, Chris Veeh, Tanya Renn, The Economic Burden of Incarceration in the U.S. Working Paper July 2016.

ثالثاً: القوانين العربية

- قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٢.
- قانون العقوبات البحريني رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦.
- قانون العقوبات الإماراتي المعدل بالقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٦.
- قانون العقوبات الجزائري الأمر رقم (٦٦-١٥٦) المؤرخ في ١٨ صفر عام ١٣٨٦ الموافق ٨ يونيو سنة ١٩٦٦.
- قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
- القانون البحريني رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧ - بشأن العقوبات والتدابير البديلة. متاح على الموقع الإلكتروني

<https://www.legalaffairs.gov.bh>.

رابعاً: القوانين الأجنبية:

- Community Service Orders Act 18 of 1994 in force 31 December 1994.
- Criminal Justice Act (Northern Ireland) 1996.
- French Penal law 1994, Criminal Law Articles, General principles.

التوفيق بوصفه آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار

دكتورة/ مروة محمد محمد العيسوي

أستاذ القانون التجاري المشارك

قسم الأنظمة- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة القصيم

مقدمة

لقد اقتضت طبيعة المنازعات التي تثيرها التجارة الدولية البحث عن وسائل تكفل الحفاظ على استمرارية العلاقات بين أطرافها، وتكون بمنأى عن سلوك سبل اللدد والتمادي في الخصومات، في ظل تعقيد الإجراءات أمام قضاء المحاكم إلى حد يصل إلى إنكار العدالة أحياناً، وفي ظل بعض الوهن الذي يعتري قضاء التحكيم وارتفاع تكاليفه وكذا المعاملة التي تلقاها الأحكام الصادرة عنه، بحيث بدأ ملحوظاً أنه لا يلج الخصوم طريقيهما إلا خائفين، وعندئذ لا جناح عليهم إن هم أعرضوا عنهما، وخلوا إلى أنفسهم وتسوية منازعاتهم بما يحقق مصالحهم.

كل ذلك، دعا إلى التفكير في الوسائل الودّية لتسوية المنازعات، كالتوفيق والوساطة والتفاوض كي تساهم بدور فعال في حل النزاعات التي تثور بين أطراف التجارة الدولية.

يراعى أن الوسائل الودّية لتسوية المنازعات هي الأقدم ظهوراً، فهي الوسائل التي فطر الناس عليها وأعملوها، حينما تعاملوا فيما بينهم، وتشابكت علاقاتهم، ونزع الشيطان بينهم، وبغى بعضهم على بعض، وجحد كل منهم حق الآخر، وتنازعا واختلفوا. فإن رجع كل منهم إلى الحق، اتصل بصاحبه، وجادله بالحسنى في رؤيته حول ما يدعيه، ويحدوه الأمل في أن يصلح الله بينهما، فإن بدا الأمر عصياً صبر على ما أصابهما، وحاولا أن يبعثا أحداً من غيرهما يتوسطهما، عسى أن يوفق بينهما، وينهي نزاعهما.

وتلك الوسائل الودّية قد تكون نظماً مباشرة، كالتفاوض والصلح، إذ يلتقي الخصوم شخصياً وجهاً لوجه، يتدارسون أسباب شقاقهم وأوجهه، وكيفية تجاوز ذلك، ويصلوا إلى كلمة سواء بينهم، تحقق ما ينفعهم ولا يضرهم.

وقد تكون تلك الوسائل نظماً غير مباشرة كالتوفيق والوساطة، يتخذ فيها أطراف النزاع شخصاً من غيرهم يجدون فيه محطّ تقّتهم؛ ليقارب بينهم، ويعمل على استنهاض أفكارهم، ويأخذ بأيديهم إلى إبرام اتفاق تسوية، ويصبرون به متوافقين، بعد ما كانوا متنازعين مختلفين.

لذا، وجدت الوسائل الودّية - كالتوفيق والوساطة - البيئة الملائمة للمساهمة بدور أكثر إيجابية في تسوية منازعات التجارة الدولية. ولقد تعاضم هذا الدور بعد نجاحها في حسم العديد من القضايا.

ويعزي ذلك إلى أنه ليس من الضروري أن يتمكن الطرف المحايد - الوسيط أو الموفق - إلى تسوية كلية أو شاملة لعناصر النزاع، وإنما قد يتوصل - وهذا الغالب - إلى تسوية جزئية لبعض المسائل التي أثارها الأطراف. فالراجح أن يساعد الأطراف الطرف المحايد في تجزئة عناصر النزاع، وإجراء التصالح على كل جزء منها حتى لا تنتهي التسوية بالفشل.

ومن ثم، أضحت للتوفيق دور واضح في مجال التجارة الدولية؛ إذ إن تطور معاملات التجارة الدولية، والتقدم العلمي والتقني الهائل، وما ترتب عليه من ضرورة مسيرته، من خلال التعويل على وسائل بديلة - منها التوفيق - لفض المنازعات، مع الأخذ بعين الحسبان انصراف رغبة أطراف المنازعات إلى تحقيق العدالة الناجزة، بتكلفة أقل، وبإجراءات سريعة وميسرة، ورغبتهم - أيضاً - في المحافظة على العلاقات وانتظامها واطرادها فيما بينهم. ومن منطلق الاعتبارات السابقة، جعلت العديد من المراكز والمؤسسات الدولية تكثر بالتوفيق وسيلة لتسوية المنازعات، وقد أخذ الاهتمام به، منحى كبيراً، تمثل في تبني تلك الوسيلة وجعلها في مصاف الوسائل البديلة لفض المنازعات، فقد اهتم به المنظمات الدولية - وعلى سبيل المثال لجنة اليونسيترال التابعة للأمم المتحدة فقد أعدت القانون النموذجي للتوفيق التجاري عام ٢٠٠٢، وكذلك التشريعات الوطنية، والمراكز والمؤسسات التي تقدم خدمات التحكيم إلى جانب التوفيق، فأفردوا للتوفيق من لوائح لتنظيمها مع إيضاح الأسس التي يرتكز التوفيق عليها.

أهمية البحث

من منطلق المكانة التي يحظى بها التوفيق في الوقت الراهن، لكونه وسيلة هامة لتسوية منازعات التجارة الدولية. ، تأمل الباحثة في أن ما يتضمنه هذا البحث من جوانب قانونية، يساعد إلى حد ما، على إلقاء الضوء على هذه الوسيلة؛ لكي تسهم بدور فعال في تسوية المنازعات بصورة عامة، ومنازعات التجارة الدولية على وجه الخصوص، كما أن حداثة موضوع هذا البحث - مع أنه بات يحتل مكانة رفيعة - حث الباحثة إلى إثراء المكتبة القانونية العربية بذلك البحث، لما يتضمنه من تحقيق مصلحة عامة وخاصة على السواء؛ فالنسبة إلى المصلحة العامة، فإن التوفيق يسهم في تخفيف كم القضايا التي تثقل عاتق القضاء، ويتمكن من تحقيق العدالة الناجزة، وبالنسبة إلى المصلحة الخاصة، فإن التوفيق يخدم المصلحة الخاصة للأشخاص - سواء أكانوا من الطبيعيين أو الاعتباريين - في الانتهاء من النزاع بسرعة، والاقتصاد في الإجراءات والتكاليف.

فالتوفيق أصبح - بلا أدنى شك - وسيلة ودية مقبولة يفرضها الواقع، فلم يعد دورها مقصوراً على فض المنازعات، بل أصبحت أداة فعالة يجب استخدامها للحيلولة دون نشوب المنازعات في أثناء

(١) عدل القانون النموذجي في عام ٢٠١٨ بإضافة باب جديد عن اتفاقات التسوية الدولية وإنفاذها. وعدل اسم القانون النموذجي إلى «القانون النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة».

إبرام العقود أو حين تنفيذها. ويمكن القول - في ضوء الإدراك المتقدم - أنه من منطلق أهمية التوفيق، وهو ما حدا بالباحثة إلى ضرورة كتابة بحث في هذا الشأن.

إشكالية البحث

لم يتناول الفقه نظام التوفيق بالتحليل والتأصيل على نحو واسع، بل على نحو مختصر ومقتضب. وكان ذلك هو المسلك - أيضاً - من جانب المشرعين القانونيين هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، هناك إشكاليات يثيرها ذلك البحث تتعلق بدور التوفيق في تسوية منازعات التجارة، وما طبيعة اتفاق التوفيق وما هو النطاق الشخصي لهذا الاتفاق؟ وهل يقتصر على أطرافه أم أنه من الممكن أن يمتد أثره للغير؟ وهل هناك آثار تترتب من جراء الاتفاق على اللجوء للتوفيق؟ وما دور الموفق في عملية التوفيق؟ وكيفية سير عملية التوفيق، وكذلك النتائج التي تتمخض عنها عملية التوفيق؟ كل هذه الإشكاليات مثارة على بساط البحث، تحاول الباحثة الإجابة عنها بقدر من التحليل والتأصيل الموجزين.

الصعوبات التي واجهت الباحثة

لا يكاد بحث علمي يكون بمنأى عن وجود صعوبات. وهو ما واجهته الباحثة، بدءاً من لحظة اختيار موضوع البحث، وحتى الانتهاء منه. ولعل أهم الصعوبات في هذا الشأن تكمن في الآتي:

- ندرة المراجع العربية الخاصة بموضوع التوفيق وقلتها.
- صعوبة الحصول منازعات عُرِضت بالفعل على المراكز والمؤسسات المختلفة للتوفيق.
- صعوبة الحصول على القرارات المنهية لعملية التوفيق الخاصة بتلك المنازعات، سواء التي سوّيت، أو تلك التي انتهت دون تسوية، أو حتى الحصول على ملخص لها، نظراً لعدم نشر تلك القرارات.
- ومن منطلق أن التوفيق يتميز بطابع السرية الذي يحظر إفشاء أسرار إجراءات التوفيق، أو الجلسات التي تداولت فيها، والمعلومات، والمستندات، والأقوال أو الأدلة الخاصة بعملية التوفيق، كل ذلك من شأنه أن يضفي صعوبة أشد على الباحثة.

منهج البحث

اقتضت الجوانب القانونية المتعددة والمتنوعة لموضوع البحث تعدّرتابع الباحثة منهجاً واحداً لمعالجة تلك الجوانب؛ لذا، اتبعت الآتي:

المنهج التحليلي

الذي يعتمد على إجراء دراسة متعمّقة لكل جزئية من تضاعيف البحث.

المنهج المقارن

لم تكثف الباحثة بالتعويل على لائحة لمركز معين للتوفيق، بل شمل تناول العديد من اللوائح وكذلك القانون النموذجي، واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين من رعايا دول أخرى، ومن ثم، اتباع المنهج المقارن الذي يزيد التعمق في تناول الجوانب القانونية للبحث، وكذلك يضيف عليه ثراءً.

خطة البحث

تشتمل خطة البحث على:

مبحث أول: اتّفاق التوفيق.

مطلب أول: ماهية التوفيق، وخصائصه، والتمييز بينه وبين الوساطة.

مطلب ثانٍ: الطبيعة القانونية لاتفاق التوفيق وصوره، والأثر المترتب عليه.

مبحث ثانٍ: إدارة عملية التوفيق وما تؤول إليه من نتائج.

مطلب أول: تشكيل هيئة التوفيق وضوابط اختيارها وإدارة عملية التوفيق.

مطلب ثانٍ: نتائج التوفيق.

فرع أول: نتيجة إيجابية الوصول إلى تسوية.

فرع ثانٍ: نتيجة سلبية فشل أو إخفاق عملية التوفيق.

الخاتمة.

المراجع.

المبحث الأول اتفاق التوفيق وجوانبه

يتناول المبحث إشكالية اتفاق التوفيق وجوانبه وذلك لما لها من أهمية في بيان دور التوفيق بوصفه وسيلة وديّة مقبولة يفرضها الواقع، فلم يعد دورها مقصوراً على فضّ المنازعات، بل أصبحت أداة فعّالة يجب استخدامها للحيلولة دون نشوب المنازعات في أثناء إبرام العقود أو حين تنفيذها. ومن ناحية أخرى، هناك إشكالية أخرى يثيرها ذلك المبحث تتعلق ببيان الفرق بين التوفيق وبين الوساطة لبيان استقلال التوفيق بوصفها وسيلة من وسائل فضّ المنازعات. ولذلك جاءت الإشكالية الأخيرة للمبحث وهي التعرف على ما طبيعة اتفاق التوفيق وما النطاق الشخصي لهذا الاتفاق؟ وهل يقتصر على أطرافه أم أنه من الممكن أن يمتدّ أثره للغير؟ وصوره والأثر المترتب عليه.

ويتم تناول المبحث الأول من خلال مطلبين:

المطلب الأول: ماهية التوفيق، وخصائصه، والتميز بينه وبين الوساطة.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التوفيق، وصوره، والأثر المترتب عليه. وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول ماهية التوفيق وخصائصه والتميز بينه وبين الوساطة

تتسم الوسائل الحديثة في تسوية المنازعات ببعض السمات التي قد تؤدي إلى الخلط بينها. فاشترك هذه الوسائل في بعض الجوانب يؤدي في بعض الأحيان إلى صعوبة أو دقة التمييز بينها. لهذا يتعين لإبراز ذاتية وسيلة «التوفيق» "La Conciliation" التطرق إلى ماهية التوفيق في إطار ذلك البحث؛ إذ إن الماهية هي كنه وحقيقة الشيء وجوهره، التي بها تتحدد هويته وطبيعته. ومن ثم، فإن الإفصاح عن حقيقة التوفيق وجوهره، ويلزم التطرق إلى مفهوم التوفيق، وتعريفه لغة واصطلاحاً، وتمييزه عما يختلط به.

الفرع الأول مفهوم التوفيق

يراعى أن التوفيق الذي يهدف هذا البحث تناوله هو «التوفيق غير القضائي La Conciliation extra - Judiciaire» أي الذي يتحقق - طبقاً لما ذهب إليه جانب من الفقه - في غياب القاضي. وهو بهذا المعنى (التجاري) يختلف عن مثيله القضائي La Conciliation

Judiciaire أي الذي يتم في حضور القاضي في أثناء نظر الخصومة^(١). ويجري تناول موضوع ذلك الفرع من خلال النقاط الآتية:

أولاً: مفهوم التوفيق من المنظور اللغوي

التوفيق في اللغة العربية

جاء بمعجم مختار الصحاح: «وفق من الوفاق والموافقة، والتوافق يعني الاتفاق والتظاهر، وواقفه أي صادقه، ووقفه الله من التوفيق، واستوفى الله سألته التوفيق، والوقف من الموافقة بين الشيثيين كالالتحام^(٢).

وفي المعجم الوجيز، «وفق الأمر، يفق وفقاً؛ كان صواباً موافقاً للمراد. ووافق فلان بين الشيثيين موافقة، ووافقاً؛ جانس ولاء. ووافق فلاناً: صادقه، ووافق فلاناً فلاناً في الشيء، وعليه: اجتمعا على أمر واحد فيه. ووفق بين القوم: أصلح. ووفق بين الأشياء المختلفة: ضمها في تناسق. واتفق مع فلان: وافقه. واتفق الاثنان: تقاربا واتحدا. وتوافقت الجماعة: اتفقت وتظاهرت. ويقال توافقت الخواطر. وتوفق فلان: وفقه الله وأرشده^(٣).

يستخلص – مما سبق بيانه – أن التوفيق من التقارب، والتجانس، والاتفاق، والاجتماع على أمرين مختلفين.

التوفيق شرعاً:

هو الإصلاح بين مختلفين: قال عز وجل: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا»^(٤)، أي عند حدوث شقاق ونفور بين الزوجين ويكلف شخصان، أو حكمان بالإصلاح بينهما، فهما يقومان بعمل للتقريب وتخفيف الخصام، فإن فعلاً ذلك كانت النتيجة هي توفيق الله لهما.

كما جاء قول الله تعالى – في هذا الصدد – «قَالَ يَا قَوْمِ أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُ عَلَىٰ بَيْنِنَا مِنْ رَبِّي وَرَزَقَنِي مِنْهُ رِزْقًا حَسَنًا وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمْلِكُكُمْ إِلَيَّ مَا أَنْهَاكُمْ عَنْهُ إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ»^(٥). فمن سعى إلى الإصلاح والتوفيق هداه الله إليهما، وعلى المصلح

(١) في هذا المعنى يقرر شارل جارسون أن:

La Conciliation extra – Judiciaire peut cependant être définie négativement comme toute conciliation que se réalise en l'absence d'un juge ou en dehors d'une instance pendant la notion d'arbitrage. Ch. Garrosson: La nation d'arbitrag, L. G. D. J., 1987, p. 30.

(٢) مختار الصحاح/ للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، ترتيب محمود خاطر، دار الحديث – القاهرة، دون ذكر تاريخ للنشر، ص ٧٢٠.

(٣) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية – القاهرة، طبعة ١٤٢١ هـ – ٢٠٠٠ م، ص ٦٧٦.

(٤) سورة النساء، الآية (٣٥).

(٥) سورة هود، الآية (٨٨).

أو الموافق أن يسعى ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، لما فيه من الخير.

التوفيق في اللغة الإنجليزية

جاء في «قاموس لونغمان» - LONG MAN Dictionary^(١)، أن التوفيق اسم من فعل Conciliate والتوفيق Conciliation هو عملية تتم فيها محاولة وضع حدٍّ وإنهاء خصومة بين الناس، والعمل التوفيق Conciliatory act هو الذي يقصد فيه جعل شخص معين يتوقف عن أن يكون غاضباً أو متخاصماً.

كما ورد في قاموس Oxford أن كلمة توفيق Conciliation من فعل وفق أو صالح Conciliate ومعناه العمل على جعل الشخص الأقل غضباً والأكثر صرامة ووداً، خصوصاً بالتلطف معه ومجاملته. والتوفيق أو المصالحة تعني خدمة المساعدة في تسوية المنازعات، «الموفق» Conciliator هو شخص أو منظمة تحاول تهدئة الأشخاص الغاضبين بما يجعلهم أقل غضباً أو خصاماً على نحوٍ يمكنهم من حل مشكلاتهم بنجاح.^(٢)

التوفيق في اللغة الفرنسية

جاء «بقاموس روبير» - ROBERT Dictionnaire^(٣)، أن التوفيق Conciliation اسم من فعل وفق Concilier ويعني العمل على الذهاب سوياً، وإعادة التناسق إلى ما كان مختلفاً، ومتناقضاً، وفق تعني جمع الآراء والمصالح المختلفة وتوحيدها، كما يعني التأليف والتوحيد بين المختلفين، والتوفيق عكس التفريق Désunir، والانقسام Diviser، والتعارض Opposer والموقف Le Conciliateur هو الشخص الذي يجتهد لتوفيق الأشخاص مع بعضهم، وهو الذي يكلف بعمل اتفاق جيد بين فرقاء عن طريق تقديمهم تنازلات.

ثانياً: التوفيق من المنظور الفقهي

على الرغم من تكريس الاتفاقيات الدولية لوسيلة «التوفيق» لكونها من سبل تسوية المنازعات التجارية، إلا أنه لم تتطرق إلى وضع تعريف لها، فقد اكتفت هذه الاتفاقيات بتبيان وسائل تسوية المنازعات الدولية، سواء أكانت ودية^(٤) أو قضائية^(٥)، ثم أغفلت أو تجنبت وضع تعريف للأولى

(1) LONGMAN dictionary active Study, ed 2000, p. 137.

(2) Oxford advanced Learners dictionary 6th ed. 2000, p. 253.

(3) PETIT ROBERT: Dictionnaire de la Langue Française par Paul ROBERT, Paris Société du nouveau Littré, 1973, p. 321.

(٤) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، فكرة التوفيق في القانون المصري، بحث منشور ضمن فعاليات المؤتمر الذي أقامته كلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٥ مارس ٢٠٠٢، ص ٢؛ د. أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، المؤتمر السابق، ص ٩.

(٥) يراعى أن هناك تطبيقات عديدة في التشريعات الوضعية للتوفيق القضائي والمثال الواضح على ذلك التوفيق الذي أقره القانون المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ للجان فض المنازعات. انظر د. مصطفى المتولي فتدليل، التوفيق كوسيلة لنفض المنازعات، دراسة في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن فض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، بحث مقدم إلى مؤتمر قسم المرافعات كلية الحقوق - جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢، ص ١٦.

تاركة عبء هذا الأمر على الفقه؛ لذا، ذهب جانب من الفقه - في إطار تعريف التوفيق - إلى أنه تدخل أشخاص خاصة ليسوا بقضاة، تكون مهمتهم الوحيدة البحث عن أرضية للتوفيق وتفاذي المعترك القضائي^(١)، كما ذهب جانب آخر من الفقه - في هذا الصدد - إلى أنه طريق وديّ لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأغباء للقيام بالتوفيق (الموفق) وصولاً إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون أن تميد دورة إلى اقتراح حلّ يرتضيانه^(٢). كذلك ذهب البعض إلى أن التوفيق هو إحدى الطرق الودية لتسوية المنازعات التي بمقتضاها يقوم الأطراف باللجوء إلى شخص من الغير يسمى الموفق Conciliateur والذي يكون محايداً - Impartial وهذا الموفق يقوم بتسهيل الاتصال بينهم، ويوضح المشاكل التي يثيرها النزاع، ويحدد النقاط محل الخلاف، ويقرب في النهاية بين وجهات نظر الأطراف؛ لكي يتوصلوا بأنفسهم إلى حل يرتضيانه بالنسبة إلى النزاع^(٣).

ثالثاً: التوفيق من منظور لوائح مراكز وهيئات التحكيم والتوفيق

في إطار قانون اليونسيترال - UNICITRAL النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر عام ٢٠٠٢^(٤)، عرّفت المادة الأولى في بندها الثالث من ذات القانون التوفيق بأنه: «أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو تعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين».

كما أنه في إطار لائحة إجراءات التوفيق التحكيم التجاري لدى مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري النافذ في ٣ يناير ١٩٩٣؛ عرّفت المادة (١٨) من تلك اللائحة التوفيق بقولها: «التوفيق

انظر - أيضاً - المادة (١٥٧) من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٦، وتعديلاته التي تقرر بأنه: «تنشأ بالهيئة المختصة لجان لفحص المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون يصدر بتشكيلها وإجراءات عملها ومكافآت أعضائها قرار من الوزير. وعلى أصحاب الأعمال والمؤمن عليهم وأصحاب المعاشات والمستحقين عنهم وغيرهم من المستفيدين قبل اللجوء إلى القضاء تقديم طلب إلى الهيئة المختصة لعرض النزاع على اللجان المشار إليها لتسويته بالطرق الودية». (1) R. Perrot, institutions Judiciaries, Paris, Ed. Montchrestin, 4ed No. 487.

(٢) والتوفيق بهذا المعنى يختلف اختلافاً كلياً عن غيره من الأفكار القانونية التي قد تختلط به كالمسرة والوكالة أو الأفكار غير القانونية كالمجالس العرفية. نظر - في هذا الصدد - د. أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص ٤.

(٣) د. مصطفى المتولي فتديل، مرجع سابق، ص ١٦.

(٤) بتاريخ ١٧ ديسمبر ١٩٦٦ قرّرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم (٢٢٠٥) الدورة (٢١) إنشاء لجنة دائمة تسمى: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية The United Nations Commission of International Trade Law وتعرف اختصاراً باسم "يونسيترال - UNCITRAL وهي الحروف الأولى من الكلمات المكونة لاسم هذه اللجنة. تهدف اللجنة أساساً إلى تسييق القواعد القانونية في مجال التجارة الدولية وتوحيدها، ويشمل هذا الهدف: إعداد مشروعات اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية. وقد أنجزت إعداد قواعد التحكيم عام ١٩٧٦، القانون النموذجي للتحكيم عام ١٩٨٥، اتفاقية هامبورج للنقل البحري عام ١٩٧٨، اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع ١٩٨٠م - أنظر د. محمود سمير الشرفاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٤١ وما بعدها.

وسيلة من وسائل حل المنازعات التجارية ودياً بموجبها تساعد هيئة التوفيق أطراف النزاع على الحد من اتساعه، واقتراح أفضل السبل لحله ودياً بما يكفل تجنب المنازعة التحكيمية أو القضائية وبما يحقق استمرار مصالحهم القائمة أو المستقبلية».

الفرع الثاني خصائص التوفيق

يُستخلص ممَّا سُرِد من تعريفات - بالتحديد السالف بيانه - أنها تجمعها قواسم مشتركة تسوّغ ذاتية هذه الوسيلة وخصوصيتها، هي:

١- إنّ التوفيق وسيلة ودية لفض المنازعات وتسويتها

توضّح التعريفات السابقة القاسم المشترك المميز للتوفيق بوصفه وسيلة ودية لتسوية ما يثور بين الأطراف من منازعات، وما يعوق علاقاتهم من إشكاليات قد تحول دون استمرارها أو اكتمال تنفيذها، فالتوفيق لا يعدّ - على خلاف التحكيم - وسيلة قضائية يعوّل عليها للفصل فيما يثور بين الأطراف من منازعات، وإنما أحد الوسائل التي يتكوّن فيها القرار من خلال رضا الأطراف المتنازعة. فإذا كان التوفيق يرمي - شأنه في ذلك شأن الوسائل الحديثة كافة - إلى تسوية المنازعات، فإنه يتميز بكونه وسيلة ودية لفضّها، ولعلّ هذه الخصيصة هي التي تجعل تلك الوسيلة بمنأى عن رقابة القضاء، فما يقوم به الموقّق لا يخضع إلى رقابة القضاء بصفة عامة^(١)، فعلى خلاف نظام التحكيم فإنه وفقاً لنظام عمل الموقّق يمكن الاستغناء عن اللجوء إلى القضاء.

٢. تقتضي وسيلة التوفيق اتفاق مسبق يبرم بين طرفي النزاع، واتخاذ سبيلاً لحسم نزاعهما.

التوفيق طريق وديّ Mode amiable رضائي يتم - كما سبق ذكره - دون تدخّل من القضاء، وينبغي الحفاظ دوماً على الودّ والاتصال بين الفرقاء، والتوفيق هو طريق اتفاقي Mode Conventional، لا يوجد بغير اتفاق أطراف النزاع، وهم الذين اتّفقوا - سواء قبل حدوث النزاع أم بعده - على اتخاذ التوفيق طريقاً أولياً لحسم نزاعهم؛ لذا، ذهب البعض إلى أن التوفيق بهذا المعنى هو الأصل الذي تنصّ عليه الشروط التعاقدية، ولوائح هيئات ومراكز التوفيق والتحكيم^(٢). فإذا اتّفق أطراف النزاع، في صلب العقد أو في ورقة مستقلة، على تنظيم إجراءات التوفيق، أو لدى

(١) وذلك على عكس التوفيق القضائي، إذ يخضع ما يقوم به الموقّق إلى رقابة القضاء في بعض الأحوال الاستثنائية التي قررها المشرّع صراحة. هذا ما يتضح من عمل لجان التوفيق التي يعد اللجوء إليها وجوباً قبل ولوج السبيل القضائي، ومن قبيل ذلك المادة (٩/١٢٨) من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعي، فقد أجازت لصاحب العمل أن يطعن على قرار اللجنة أمام المحكمة المختصة خلال الثلاثين يوماً التالية لصدوره. ولمزيد من التفصيل حول طبيعة عمل لجان التوفيق التي أنشأها المشرّع المصري بالقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، انظر د. أسامة أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، ص ١٠.

(٢) د. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص

إحدى مراكز التوفيق، وشرعوا -بالفعل - في عملية التوفيق، فهم على هذا النحو ينفذون شرطاً تعاقدياً يسوون بموجبه نزاعهم.

٣. يقتضي التوفيق تدخل شخص من الغير، خارج أطراف النزاع

يتّضح من التعريفات السابقة للتوفيق، بأن العنصر الأساسي الذي تعوّل عليه تلك الوسيلة الوديّة هو تدخل شخص من الأغيار؛ لدراسة أوجه الخلاف بين أطراف النزاع، وبذل مساعيه للتقريب بين وجهات النظر المتباينة، وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق من أجل إيجاد أرضية مشتركة للتفاهم حول تسوية النزاع.

ويراعى أنه في إطار التوفيق، لا يملك الموقّق - طبقاً لما ارتأه البعض - إمكانية الانفراد بتقرير الحل أو فرضه عليهم^(١)، فالغير الذي ينهض بالتوفيق هو شخص محايد يقتصر عمله على الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء دون أن يمتد لإصدار قرار أو حكم ملزم للطرفين، فالموقّق Conciliator لا يؤدي عملاً قضائياً، لذا فإن ما يصدر عنه لا يرقى إلى مرتبة الأحكام أو القرارات الملزمة. كذلك بعد صدور التوصية من الموقّق وقبول الأطراف لها لا يخضع مسلك الموقّق إلى تقدير من جانب القضاء، وذلك للنظر في مدى صحة التوصية الصادرة من عدمه، على عكس القرار أو الحكم الصادر من المحكم، إذ يخضع إلى تقدير أخير من جانب المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، للنظر في مدى صحة الحكم الصادر عندما يسلك المحكم ضده (المحكوم ضده) سبيل دعوى بطلان حكم التحكيم^(٢).

الفرع الثالث التمييز بين التوفيق والوساطة

أدى اشتراك الوسائل (التوفيق والوساطة) في بعض الجوانب إلى الخلط بينها؛ أوّلها هو قيامها على إرادة طرفي النزاع، فاللجوء إلى التوفيق أو الوساطة يعتمد بصورة أساسية على رغبة الطرفين في الوصول إلى تسوية وديّة للنزاع المثار بينهما، وثانيها هو اعتمادها على تدخل شخص من الغير للتقريب بين الطرفين أو اقتراح بعض الحلول التوفيقية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فالموقّق يسعى إلى إنهاء النزاع بين طرفيه وديّاً، وهو غاية الوسيط ذاتها، فكلاهما يقوم بتقريب وجهات نظر أطراف النزاع، وتضييق هوة التباعد بقدر الإمكان بينهم، وإيجاد أرضية مشتركة للتفاهم وارتضاء تسوية تحقّق مصالحهم المشتركة.

(١) د. هشام خالد، أوّليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٥٥.
(٢) حددت المادة الفقرتين (١) و (٢) من المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الأحوال على سبيل الحصر، التي تقبل فيها دعوى بطلان حكم التحكيم.

لذا، فإنَّ الوقوف عند هذه الغاية يفضي إلى القول - طبقاً لما ارتأه جانب من الفقه - بأن التوفيق هو الوساطة، والوساطة هي التوفيق^(١)، كذلك إذا كان جانب آخر من الفقه، قد جعل مهمة الموفِّق اقتراح حلٍّ للنزاع بين الخصوم، وأناط بالوسيط كذلك أن يقدم حلاً للنزاع الذي يتوسط في إنهائه، دون تفرقة بين دور كل منهما، فهو على هذا النحو يصل إلى أن التوفيق هو الوساطة، فالاصطلاحان مترادفان ولا يفترقان^(٢).

بيد أن جانباً من الفقه - عكس ما سبق - ذهب إلى أنه إذا كان الفاصل المميز بينهما يبدو حد دقيق؛ إذ يتركز الفاصل المميز في الدور المتروك للغير في تسوية النزاع؛ إذ أهم ما يميز التوفيق عن الوساطة هو الدور الذي يؤديه كل من الموفِّق والوسيط في حسم ما يتدخل في تسويته من منازعات، فالمساحة التي يمكن للوسيط التحرك من خلالها تسمح له بأداء دور أكثر فاعلية وأكبر إيجابية، وخلص إلى أنه لعل هذا الدور الذي يؤديه الوسيط هو ما أعطى هذه الوساطة رونقها ووصل بها إلى مصاف الوسائل الأساسية لتسوية منازعات التجارة الدولية^(٣).

كما ذهب جانب آخر من الفقه^(٤) - في هذا الصدد - إلى أن التوفيق والوساطة نظامان متميزان، لا يختلطان، مع أنهما متقاربان؛ إذ وجه التقارب هو أن كليهما يتضمن تدخل أحد من غير المتنازعين يسعى بينهم إلى تخفيف حدّة الخلاف، وإقامة جسور الاتصال، وتقريب وجهات النظر، وبيان نقاط النزاع، وإقناعهم ببساطتها، وإمكانية تخطيها أو تجاوزها، ومخاطر عدم الوصول إلى تسوية وديّة رضائية، والذهاب إلى الخصومة القضائية، أمّا وجه التمايز، فإنَّ الموفِّق يحاول فقط، خلق^(٥) جوٍّ ودّيٍّ، وتهدئة الخواطر، والتلطّف مع الأطراف، وتقريب وجهات نظرهم، وكيفية التفاوض عن بعض ادعاءاتهم، واستنهاض قرائنهم؛ ليقدموا لأنفسهم بوادٍ حلّ لمنازعاتهم، حلاً نابعاً منهم، عاكساً ما يعتقدونه كل منهم هو الحق، ينال رضاهم، ويحظى باحترامهم، والتزامهم به.

أما الوسيط، فهو أنشط من الموفِّق، يوازن ما بين الواقف، ويطرح الرؤى والخيارات، وبيصّر الأطراف بحقيقة كل ما يدعونه، فإن توصلوا إلى حل ذاتي نابع منهم، باركه ودعاهم إلى تحريره وتوقيعه، وإن استغلق الأمر عليه، ساعدهم، وقدم لهم رؤيته ومقترحاته بالتسوية، وحاول إقناعهم بها، فإن قبلوها حرروها ووقّعوها، وإن رفضوها، فهذا اختيارهم، ويتحملون نتائجها، وعادوا إدراجهم، وبقى

(١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف - الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢١.

(٢) د. محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١١.

(3) Antaki N, les contrats de médiation commercial, in solutions de rechange au règlement des conflits, Aternative Dispute Rosolution Université Laval, Sainte - Foy 1993, p. 15.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودّية لتسوية المنازعات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠١٢، ص ٢٥٦ وما بعدها.

(٥) استخدم الفقيه الكبير/ أحمد عبد الكريم كلمة «خلق» للتعبير عما هو من صنع البشر، والباحثة لا تحبذ - في هذا الصدد - استخدام كلمة «خلق» للتعبير عما هو من صنع البشر، وينوه إلى قصر استخدام هذه الكلمة للتعبير عما هو من خلق الله سبحانه وتعالى، امتثالاً لقول الحق تبارك وتعالى في الآية رقم (٥٩) من سورة الواقعة: ((أنتم تخلقونه أم نحن الخالقون)). لذا، تميل الباحثة إلى الدعوة لقصر كلمة (خلق) على ما هو من صنع الله وحده.

خلافهم، ورفعوا به الدعوى إلى القضاء، المحاكم أو التحكيم، وتناضلوا في شأنه أمامه^(١).

دليل عدم اختلاط التوفيق بالوساطة

للتدليل على ذلك، فإن الباحث يعول على الأسانيد الآتية:

إنّ بعض نوائح هيئات التحكيم خصصت أحكاماً لتنظيم الوساطة، وأخرى لتنظيم التوفيق، إيماناً بالفوارق الفنية بينهما. من ذلك لائحة الإجراءات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات التابعة للمنظمة العربية للتنمية الإدارية - وهي منظمة منبثقة من جامعة الدول العربية - لعام ٢٠١٣، التي أوردت المواد من ٥٦ - ٧٠ للوساطة، والمواد من ٧١ - ٨١ للتوفيق إن كلاً من الوساطة والتوفيق نظام قانوني له سماته وخصائصه التي يستدل بها عليه؛ فالوساطة بوصفها نظاماً قانونياً، خصصت لها التشريعات التي اعتدّت به أحكاماً مغايرة لتلك المخصصة لنظام التوفيق.

ومن قبيل تلك التشريعات، قانون المرافعات الفرنسي الذي خصّص المواد من (١٣١ - ١) إلى (١٣١ - ١٥) للوساطة القضائية، والمواد من (٢١ إلى ٢٥) من القانون رقم ١٢٥ الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ والمواد من (١٥٢٨ - ١٥٣٥) للوساطة الاتفاقية.

بينما خصص المواد (٢١) و (٢٧) إلى (١٣١) للتوفيق القضائي، والمواد (١٥٣٠) و (١٥٣١) ومن المادة (١٥٣٦ إلى ١٥٤١) للتوفيق الرضائي.

وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر في ٢٨ فبراير ٢٠٠٨ الذي نظم الوساطة القضائية في المواد (٩٩٤) إلى (١٠٠٥)، دون أن يتطرق إلى نظام التوفيق.

كما اعتدّ المشرّع المصري بالتوفيق في عدة تشريعات، من ذلك:

القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها.

والقانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة (٢).

أما بالنسبة إلى الوساطة، فقد سبق أن اعترف المشرّع المصري بالوساطة وقتنّها بخصوص منازعات العمل الجماعية في المواد من (١٧٠) إلى (١٧٩) من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الوساطة تقوم على أساس الاستعانة بطريق ثالث أجنبي عن النزاع تسمح له مؤهلاته الشخصية بالمساهمة في إيجاد حلّ النزاع وأضاف أن الوساطة هي طريقة مرنة وفعالة، وخلص إلى أنه إذا كان قانون العمل المصري قد نصّ لأول مرة على نظام الوساطة في القانون

(١) المرجع السابق، ذات الموضوع السابق.

(٢) إذ تشير نصوص هذا القانون إلى تسوية المنازعات بين الهيئة المنوط بها إقامة المنطقة الاقتصادية وتمييزها والشركات والمشروعات التي تنشأ في المنطقة، وذلك بطريق التوفيق كنظام ودي اتفاقي بين الطرفين، كما تنص المادة (٥١) منه على أن: «ينشأ بالمنطقة مركز يسمى «مركز تسوية المنازعات» يختص بتسوية المنازعات المنصوص عليها في المادة (٥٢) من هذا القانون بطريق التوفيق...».

الجديد، فإنّ هذا النظام معمول به لحلّ منازعات العمل الجماعية في فرنسا منذ عام ١٩٥٥^(١). كما اعتدّ المشرّع المصري بنظام الوساطة في إطار قانون الإستثمار الصادر بالقانون رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧؛ إذ تنصّ المادة (٩١) منه على أن: «يُنشأ مركز مستقل للتحكيم والوساطة يسمّى (المركز المصري للتحكيم والوساطة) تكون له الشخصية الاعتبارية، ويتخذ من محافظة القاهرة مقراً له. ويتولى المركز تسوية المنازعات الاستثمار التي قد تنشأ بين المستثمرين، أو بينهم وبين الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها عامة أو خاصة...»

وترى الباحثة أن نصّ المادة (٩١) قد شابه عيب في الصياغة المتعلقة بمسمى «المركز المصري للتحكيم والوساطة»، فالصحيح هو «المركز المصري للوساطة والتحكيم» لكون الوسيلة الودّية تسبق - طبقاً للمألوف والمنطقي للأمر - الوسيلة الإلزامية (التحكيم)، بحيث إذا فشلت الوسيلة الودّية أي الوساطة، فعندئذ لا يكون هناك من سبيل سوى اللجوء إلى التحكيم، وليس كما جاء بالنص.

المطلب الثاني الطبيعة القانونية لاتفاق التوفيق وصوره والأثر المترتب عليه

يجري تناول موضوع ذلك المطلب من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول الطبيعة القانونية لاتفاق التوفيق

ذهب جانب من الفقه إلى أنه ليس ثمة شكّ في الطبيعة التعاقدية لاتفاق التوفيق؛ ولذا، يعد عقداً من عقود القانون الخاص، يخضع شأنه شأن غيره إلى القواعد التي تنظم العقد^(٢). كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التوفيق هو طريق اتفاقي mode conventional، لا يوجد بغير اتفاق الأطراف في النزاع، وهم الذين يتراضون، سواء قبل حدوث ذلك النزاع، أم بعده، على اتخاذ التوفيق طريقاً أولياً لحسم نزاعهم، وهم أصحاب المبادرة إليه، ومن غير مبادرتهم، واتفاقهم، لا يتصور أن يوجد توفيق^(٣).

كذلك يرى البعض أن التوفيق بهذا المعنى هو الأصل الذي تنصّ عليه الشروط التعاقدية، ولوائح هيئات التوفيق والتحكيم ومؤسساتتها، فإذا اتفق الأطراف، في صلب العقد أو في ورقة مستقلة، على تنظيم إجراءات التوفيق، أو لدى إحدى هيئات أو مراكز التوفيق، ودخلوا بالفعل في عملية التوفيق، فهم ينفذون شرطاً اتفاقياً يسوون به منازعاتهم^(٤).

(١) د. السيد عيد نايل، الوجيز في قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢١٢ - ٢١٣.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٣) د. فتحي إسماعيل والى، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٤) د. مصطفى المتولي فتدليل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٥٨.

الفرع الثاني صور الاتفاق على التوفيق

تتضمن صور الاتفاق على التوفيق في ثلاث. يتم تناولهم في إطار من النقاط الآتية:

الصورة الأولى: شرط التوفيق

هو اتفاق أطراف العقد، على اللجوء إلى التوفيق؛ لتسوية ما قد ينشأ بينهم من منازعات مستقبلاً، سواء ورد هذا الاتفاق ضمن شروط أو بنود عقد معين، أم ورد في صورة اتفاق مستقل ملحق بذلك العقد.

يتضح ممّا سبق أن شرط التوفيق يكون دائماً قبل وقوع النزاع، لا بعده؛ لذا فهو يندرج في صلب العقد عند إبرامه، أو في ملحق له، ويكون الطرفان في مبدأ تعاملهما، **ويحدو كل واحد منهما الأمل في تنفيذ التزاماته بهدوء وحسن نية**، ولا يرجو حدوث أي نزاع مع الآخر، غير أنهما يحتاطان للمستقبل، ويتفقان على أنه إذا وقع ما لا يرجونه وهو النزاع، حاولا تسويته بطريق التوفيق.

وقد حرص القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي أعدته «لجنة اليونسيترال - UNCITRAL» عام ٢٠٠٢، على الإشارة إلى شرط التوفيق Clause de Conciliation في إطار البند رقم (٨) من المادة الأولى منه؛ إذ ينص ذلك البند على أن «... يطبق هذا القانون بصرف النظر عن الأساس الذي يجرى التوفيق بناء عليه، بما في ذلك اتفاق الطرفين سواء تم التوصل إليه قبل نشوء النزاع...».

ويترتب على ما سبق عدة اعتبارات قانونية:

١- أن شرط التوفيق لا يكون إلا في شأن التوفيق الرضائي الاتقائي، وليس التوفيق القضائي، فهذا الأخير تكون المبادرة إليه من القاضي، أو من أطراف النزاع أنفسهم بموجب مشاركة أو موافقتهم التي تُثبت في محضر الجلسة.

٢- يتعذر تحديد موضوع النزاع في شرط التوفيق، بحسبان أن النزاع لم يحدث، ولم تتضح أبعاده أو معالمه.

٣- أن شرط التوفيق، هو اتفاق كامل على اختيار وسيلة التوفيق سبيلاً لتسوية المنازعات بين أطراف النزاع، أو هو بالأحرى عقد من عقود القانون الخاص، ويخضع - ومن ثم - إلى القواعد القانونية التي تنظم العقد، ومن ثم لا يكون صحيحاً إلا إذا استوفى أركانه من: أهلية أطرافه، ومشروعية محلّه، ومشروعية سببه.

٤- أنه على نهج شرط التحكيم^(١)، فإن شرط التوفيق مستقل عن بقية شروط العقد، أو الملحق به، فلا يبطل ببطلان ذلك العقد، ولا يتأثر بما يلحق به من أسباب تؤدي إلى فسخه، طالما استجمع شرط التوفيق في ذاته شروط وجوده وصحته.

شرط التوفيق النموذجي

رغبة في التشجيع على التوفيق، والحرص على تفعيل شرط التوفيق، تحرص بعض مراكز التحكيم والتوفيق وهيئاته على إيراد نموذج لصياغة شرط التوفيق بالعقود والمعاملات، وتتصح المتعاملين لإدراجه في تلك العقود والمعاملات.

ومن قبيل ذلك على سبيل المثال، لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ١٩٩٣؛ إذ تنص المادة (٩) منها على أنه: «يعتمد مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري شرطاً نموذجياً لحل النزاعات التجارية الوطنية والدولية بالتوفيق لاعتماد هذا الشرط في معاملاتهم بإدراجه في عقودهم واتفاقاتهم وفق النص التالي: «سائر النزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير أو إنهاء هذا الاتفاق تحلّ نهائياً عن طريق التوفيق وفقاً لأحكام التوفيق المنصوص عليها في لائحة مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، وذلك بواسطة هيئة توفيق مؤلفة من (موفّق واحد أو ثلاثة موفّقين أو أكثر) ويصار إلى تسميتها واستدعائها وفقاً للإجراءات والأصول المنصوص عليها في لائحة المركز».

كذلك يعدت بذات النهج نظام التوفيق والتحكيم بمركز الكويت للتحكيم التجاري لعام (٢٠٠٠) الذي أورد تحت عنوان الشروط النموذجية، ما يلي: «يوصى مجلس إدارة المركز أن تتضمن العقود التي يرغب أطرافها في اللجوء إلى المركز أحد النماذج الثلاثة الآتية:

- «بند التوفيق: كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يحال إلى التوفيق وفقاً للأحكام الواردة في نظام التوفيق والتحكيم لمركز الكويت للتحكيم التجاري».

- كما جاء - في هذا الصدد - الصياغة التي وردت في القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢ الذي أعدته لجنة اليونسيفترال، ما نصّه:

- «في حالة حدوث نزاع حول هذا العقد أو يرتبط به، وعندما يأمل الأطراف البحث عن تسوية وديّة لهذا النزاع عن طريق التوفيق، فإن ذلك يتم وفقاً للائحة التوفيق الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي السارية حالياً».

كذلك جاء في المادة (٢/٧١) من لائحة الإجراءات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الوديّة للمنازعات التابعة للمنظمة العربية للتنمية الإدارية^(٢) الصيغة النموذجية الآتية:

(١) لمزيد من التفصيل من استقلال شرط التحكيم انظر رسالة دكتوراه في هذا الشأن:

C. Bla NCHIN, L'autonomie de la Clause Compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction, Thèse Paris 1994.

(٢) يراعى أن المنظمة العربية للتنمية الإدارية مقرها «روكسي» مصر الجديدة بالقاهرة هي منظمة منبثقة عن جامعة الدول العربية.

«توصي الغرفة الأطراف الراغبين في تسوية نزاعهم بطريق التوفيق تحت رعاية الغرفة أن يضمنوا عقودهم أو اتفاقاتهم الصيغة التالية: «كل المنازعات أو الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد، أو العلاقة أو تتعلق به، أو الإخلال به أو إنهائه أو بطلانه تُسوّى بطريق المصالحة أو التوفيق وفقاً للقواعد الواردة في لائحة الإجراءات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات».

الصورة الثانية: مشاركة التوفيق

هي نوع من الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق الذي يتم التراضي عليه بعد نشوب النزاع بين طرفيه. وينبغي على طرفي النزاع عند الاتفاق على التوفيق، أن يتضمّن ذلك الاتفاق مراعاة الآتي:

1. الفرض في مشاركة التوفيق، أنه تم نشوب النزاع بين طرفيه، بما يعنى أن النزاع اتّضحت معالمه وأبعاده، ولا صعوبة في تحديد ما يبتغي طرفا النزاع غرضه على التوفيق. ومن هذا المنطلق فإنه يستلزم أن تتضمّن المشاركة (أي اتفاق التوفيق) تحديد المسائل التي يشملها التوفيق.
2. يراعى أن مشاركة التوفيق، يُتفقّ عليها بعد نشوب النزاع في حالة التوفيق الاتفاقي، الذي يتم خارج ساحات القضاء.

3. لا تثريب على أطراف النزاع إذا أبرموا مشاركة توفيق بعد وقوع النزاع، مع وجود شرط التوفيق في العقد قبل وقوع النزاع، وهو أمر قد تبدو فائدته - كما سبق ذكره - لتحديد المسائل التي سيدور التوفيق حولها، ولا يؤدي إبرام مشاركة التوفيق إلى إلغاء شرط التوفيق.

الصورة الثالثة: اتفاق التوفيق بالإحالة (شرط التوفيق بالإحالة)

على ذات نهج شرط التحكيم بالإحالة؛ إذ من المتصوّر أن ينصّ اتفاق أطراف النزاع على تسوية نزاعهم بوسيلة التوفيق عن طريق إحالة ترد في العقد أو المعاملة إلى مستند أو محرّر يتضمّن شرط التوفيق على النحو الوارد بالصورة الأولى بالتحديد السالف بيانه.

من ذلك مثلاً، أن يضمن أطراف عقد مقاولة من الباطن اتفاقهم بنداً حول تسوية المنازعات، وبدلاً من النصّ الصريح على وسيلة تسوية النزاع، يختصرون الطريق، ويكتبون بنداً في عقد المقاولة من الباطن يحيل إلى بند أو شرط وارد في عقد المقاولة الأصلي المبرم بين المفاوض العام وربّ العمل أو المالك ينص على تسوية المنازعات ودّيّاً عن طريق التوفيق، كأن ينصّ في عقد المقاولة من الباطن على أن: «تسوى منازعات هذا العقد بذات وسائل تسوية منازعات عقد المقاولة بين المفاوض العام وربّ العمل»، ويكون عقد المقاولة الأخير ينصّ على أن «أي نزاع ينشأ بين الطرفين، حول تفسير أو تنفيذ هذا العقد، أو أي أمر يتعلق به، يحاول الأطراف تسويته بطريق التوفيق، فإن لم تنجح مساعيهم في ذلك، يعرض النزاع على هيئة تحكيم يتم الاتفاق على تشكيلها وتحديد الإجراءات أمامها».

ونظراً إلى خطورة شرط التوفيق بالإحالة، ورغبة في حماية الأطراف من المفاجأة بالذهاب إلى التوفيق قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، يلزم للاعتراف بصحة اتفاق التوفيق بالإحالة من توفّر الشرطين الآتيين:

الشرط الأول: أن يكون العقد الواردة فيه الإحالة، كعقد المقاولة من الباطن مثلاً، مكتوباً. فلا تتصور الإحالة الشفهية التي يمكن إنكارها عند أول خطوة على طريق التوفيق.

الشرط الثاني: أن تكون الإحالة واضحة في عد شرط التوفيق المحال إليه جزءاً من العقد المحيل، بحيث يدل على معرفة الأطراف بشرط التوفيق الوارد في العقد أو الوثيقة المحال إليها، كما لو أنه منصوص عليه في العقد المحيل ذاته، سواء علم بذلك صراحة الأطراف باطلاعهم على العقد أو المستند المحال إليه، أو ضمناً، إذا كانوا بحكم تعاملهم المتكرر في نشاط معين وفق شروط عامة^(١) أو عقود نموذجية^(٢) تحتوي على شرط التوفيق، ويفترض قطعاً علمهم به.

شكل الاتفاق على التوفيق

يراعى أن الطرق الوديّة لتسوية المنازعات هي طرق بديلة Modes alternatifs عن القضاء، وهو ما يرسّخ أن صاحب الاختصاص الأصيل في حسم الخصومات هو القضاء، وما ظهور تلك البدائل إلا لتخفيف العبء عنه، ومساعدته في إقامة العدل والوصول إلى الحقيقة. فهو الأصل، وما عداه يعد استثناءً.

الحق في التقاضي وممارسته من الحقوق الأساسية للإنسان، وهو حق دستوري^(٣)، فإذا رغب صاحبه في عدم ممارسته عن طريق التنازل عن الحق في الدعوى، وجب عليه أن يكتب ذلك حتى يحتجّ عليه بما تنازل عنه.

وإذا كانت التشريعات التي نظّمت الوساطة قد استلزمت كتابة اتفاق الوساطة^(٤)، وكانت الوساطة مرادف التوفيق، فإن هذا الأخير يجب أن يكون مكتوباً كذلك.

ويمكن أن تتحقق الكتابة اللازمة لإثبات اتفاق التوفيق، بإحدى الطريقتين:

١- الكتابة العرفية، أي أن يرد الشرط أو المشاركة أو الإحالة في صلب العقد الناشئ عنه النزاع، والموقع من الطرفين، كما تتحقق الكتابة في اتفاق التوفيق إذا ورد في وثيقة موقعة من هؤلاء، أو في

(١) ذهب جانب من الفقه - في إطار إبراز ماهية الشروط العامة - إلى أنها شروط يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرّة بإتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة، وتحرر هذه الشروط عادة في نماذج مختلفة، يراعى في كل نموذج منها ظروف تجار السلعة في منطقة معينة، ويختار المتعاقدان النموذج الذي يتفق وظروفهم الخاصة، وقد داعت هذه الشروط العامة في الوقت الحاضر حتى صارت تشمل أنواعاً عديدة من السلع وتغطي مناطق جغرافية شاسعة، ومن قبيل الشروط العامة تلك التي وضعتها:

جمعية لندن لتجارة الفلال The London Corn Trade Association

جمعية لندن لتجارة المطاط The London Rubber Trade Association

انظر د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا ١٩٨٠)، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٢١ وما بعدها.

(٢) ويطلق على العقود النموذجية بالإنجليزية Standard Contracts، وبالفرنسية Contracts Types.

(٣) تنص المادة (٩٧) من الدستور المصري الجديد (٢٠١٤) على أن: التقاضي حقّ مضمون ومكفول للكافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا...».

(٤) من ذلك القانون المغربي، المادة (٢٢٧) فصل ١/٥٨ من قانون المرافعات المدنية المعدل عام ٢٠٠٨.

تبادل رسائل أو برقيات أو فاكسات، أو حتى بالبريد الإلكتروني Email فيما بينهم.

٢- محضر مكتوب، كمحضر جلسة المحكمة أو هيئة التحكيم، إذا بادر الأطراف إلى طرح فكرة الدخول في عملية التوفيق بعد رفع النزاع إلى القضاء، قضاء المحاكم أو التحكيم، أو كان هذا الطرح قد جاء من قبل الهيئة القضائية التي تنظر النزاع، كما تتحقق الكتابة إذا ورد ما يشير إلى الاتفاق على التوفيق في تبادل الأوراق والمستندات المتعلقة ببيان طلب التوفيق أو مذكرات الدفاع، التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التوفيق ولا ينكره الطرف الآخر.

وقد نصت المادة (٤٧/٤) من إجراءات الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات على شرط الكتابة، حيث نصت على أنه: «يجب أن يكون الاتفاق على التوفيق أو المصالحة مكتوباً، سواء في محرر رسمي، أم في محرر عريفي أم بمحضر تم تحريره لدى هيئة تحكيم أو إحدى المحاكم التي كانت تنظر النزاع».

ومن ثم، فإن شرط الكتابة في إطار التوفيق مقصود به حماية أطراف النزاع، وعدم سلبهم حقهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، إلا بناء على رغبتهم الصريحة والقاطعة بالدليل الكتابي اللازم للاتفاق على التوفيق.

الفرع الثالث

الأثر المترتب على اتفاق التوفيق

يراعى أن اتفاق التوفيق، سواء اتخذ صورة شرط التوفيق، أو صورة مشاركة التوفيق، أو صورة اتفاق التوفيق بالإحالة - بالتحديد السالف بيانه - قد يحتوي على أحد الفرضين.

الفرض الأول: أن يكون اتفاق التوفيق تخييراً، بما يعني تمتع أطراف النزاع بحرية اختيار الطريقة التي بموجبها تسوية نزاعهم، سواء بطريق التوفيق أولاً، أو غرضه مباشرة على التحكيم أو القضاء، فالخيار متروك للسلطة التقديرية لأطراف النزاع.

الفرض الثاني: يتعلّق بحالة نشوب النزاع وكان الأطراف قد اتفقوا على تسويته بطريق التوفيق، حينها تعيّن عليهم طرحه على التوفيق أولاً، وعند فشل مساعي التوفيق يمكن، في مرحلة ثانية عرض الأمر على التحكيم أو القضاء أيهما يختارون.

وعلى هذا الأساس، فإن الفرض الأول لا يثير أي إشكالية، عكس الفرض الثاني.

ومثال الفرض الأول: نصّ البند الأول من المادة (١٥) من النموذج المختصر لعقد الفيديك FIDIC الذي أعدّه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين^(١) عام ١٩٩٩، والمسّمى بالكتاب الأخضر الذي

(١) جدير بالذكر، أنه في عام ١٩١٣م، أنشئ الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ومقره في مدينة لوزان بسويسرا والمعروف باسم فيديك FIDIC وهي الحروف الأولى لاسم هذا الاتحاد باللغة الفرنسية.

«Fédération Internationale des ingénieurs conseillers»

وقد وضع الفيديك شروطاً خاصة لمواجهة حالات التعاقد بالنسبة إلى المقاولات الإنشائية، وقد لاقت شروط الفيديك، قبولاً دولياً واسعاً، إذ تبناها مختلف الدول في عقود المقاولات التي تبرمها. انظر د. محمود سمير الشرفاوي، منظمات التجارة الدولية، دار

جاء به: «... فإنَّ أيَّ نزاع أو خلاف ينشأ بين المفاوض وربِّ العمل كنتيجة أو ذو صلة بالعقد شاملة النزاع بخصوص تقدير قيمة أعمال أو أيِّ قرارات أخرى يصدرها لربِّ العمل يجب أن يتم الرجوع فيه، عن طريق كل من الطرفين إلى التوفيق طبقاً للقواعد (اللوائح) المرفقة (قواعد أو لوائح التوفيق)، والشخص الموفَّق يكون أيَّ شخص متَّفَق عليه عن طريق كل من الطرفين وفي حالة عدم الاتِّفاق في الشخص الموفَّق يتم تنصيبه طبقاً للقواعد».

ويضيف البنّان الثاني والثالث من المادة ذاتها أنه إذا لم يرتض أحد الطرفين ما ينتهي إليه الموفَّق، كان له، بعد تقديم إخطار بذلك، اللجوء إلى التحكيم.

وهذا يعنى أنه غير جائز اللجوء مباشرة إلى التحكيم، إلا بعد استنفاد طريق التوفيق، وعدم الوصول إلى حل، أو الوصول إلى حل لا يرضى عنه أحد الأطراف.

والفرض الثاني - الذي بصده الباحثة - يتحقَّق بخصوص تطبيق الشروط النموذجية للتوفيق، التي أوردتها بعض لوائحها هيئات ومراكز التوفيق والتحكيم.

ومن ذلك الشرط النموذجي الوارد في المادة (١١) من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ١٩٩٣، والذي جاءت صيغته كما يلي:

«سائر النزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير أو إنهاء هذا الاتفاق تحلّ عن طريق التوفيق أولاً بواسطة هيئة توفيق مؤلّفة من (موفَّق واحد أو ثلاثة موفِّقين أو أكثر) يتم تسميتها واستدعاؤها وفقاً لأحكام التوفيق المنصوص عليها في لائحة المركز. وفي حالة فشل مساعي هيئة التوفيق أو ارتضاء الخصوم التنازل عن شرط التوفيق الأنف، فيحلّ النزاع نهائياً عن طريق التحكيم بواسطة هيئة...».

فكأن هذا الشرط لا يسمح للأطراف بعرض نزاعهم على التحكيم مباشرة، إلا بعد فشل مساعي هيئة التوفيق وإخفاقها أو ارتضاء الخصوم التنازل عن شرط التوفيق. أي أنّ شرط التوفيق، هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق، يسلب الاختصاص من هيئة التحكيم، لحين استنفاد طريق التوفيق.

ولهذا الشرط نظير من لوائح غرف ومراكز التوفيق والتحكيم وهيئاتها في العديد من الدول.

من ذلك نظام التوفيق والتحكيم لدى غرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤، حيث نصّ - في هذا الصدد - على أن:

«كل نزاع يتعلّق بانعقاد أو تفسير أو إلغاء أو فسخ أو بطلان هذا العقد أو يتضرع عنه أو يرتبط بأيّ وجه من الوجوه بحال إلى التوفيق وفقاً للأحكام الواردة في نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، وإذا لم يُحسَم النزاع بالتوفيق يُحال إلى التحكيم وفقاً للأحكام الواردة في النظام المذكور»^(١).

النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٥٧.

(١) طبقاً لنص المادة (٣/٢) من ذات النظام المشار إليه بعاليه.

كما جاء بنظام التوفيق والتحكيم التجاري لمركز التحكيم التجاري في الكويت البند الآتي: «كل نزاع ينشأ عن هذا العقد أو تنفيذه أو إغائه أو فسخه يحال إلى التوفيق وفقاً للأحكام الواردة في نظام التوفيق والتحكيم لمركز الكويت للتحكيم التجاري، وإذا لم يحسم النزاع بالتوفيق، يُحال إلى التحكيم وفقاً للأحكام الواردة في النظام المذكور».

وحظر اللجوء إلى القضاء والالتزام بأولوية طريق التوفيق، أشار إليه صراحة القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي UNCITRAL عام ٢٠٠٢، فقد نص على أنه «حينما يكون الطرفان قد اتفقا على التوفيق وتعهدا صراحةً بالأستهلا خلال فترة زمنية معينة أو إلى حين وقوع حدث معين، إجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع حالي أو مستقبلي، تنفذ هيئة التحكيم أو المحكمة مفعول ذلك التعهد إلى أن يتم الامتثال لأحكامه، إلا بالقدر الذي يراه أحد الطرفين لازماً لصون حقوقه، ولا يعتبر استهلال تلك الإجراءات في حد ذاته تخلياً عن اتفاق التوفيق أو إنهاء لإجراءات التوفيق»^(١).

وتستخلص الباحثة - في ضوء ما سُرِد في هذا الشأن - أنه في حالة وجود اتفاق توفيق بالصيغة المشار إليها، أو أية صيغة تبدو فيها ضرورة استنفاد طريق التوفيق أولاً قبل اللجوء إلى القضاء - قضاء المحاكم أو التحكيم - وهنا يثور التساؤل بإشكالية حول مبادرة أحد الأطراف، رغم ذلك، ورفع دعواه إلى القضاء، فما السبيل إلى حماية اتفاق التوفيق، وإلزام هذا الطرف بالامتثال له وتنفيذه؟

الدفع بوجود اتفاق التوفيق:

إذا اشتمل الاتفاق المبرم بين الطرفين شرط التوفيق الذي ينص على ضرورة بذل مساعٍ لحلّ النزاع القائم بينهما بوسيلة التوفيق قبل اللجوء إلى المحاكم العادية أو التحكيم، ولم يمثل أحد الطرفين لذلك الشرط، عندئذ يثور التساؤل عن الوسيلة القانونية لإلزامه باحترام اتفاق التوفيق في هذا الشأن.

وقبل الإجابة عن هذا السؤال، يتعين الإشارة إلى أن ذلك التساؤل لا يتعلق بالنظام العام^(٢)، ومن ثم لا تقضى المحكمة أو هيئة من تلقاء نفسها d'office وإنما يلزم أن يتمسك أو يدفع الطرف الآخر باتفاق التوفيق، وإلا استمرت الجهة القضائية، المحاكم أو التحكيم في نظر في النزاع.

ويمكن القول - في إطار الإجابة عن هذا التساؤل - إن الدفع الذي عن طريقة تتخلى المحكمة أو التحكيم عن نظر النزاع لوجود اتفاق التوفيق ليس بحال، دفعاً بعدم الاختصاص، لأن اتفاق التوفيق

(١) طبقاً لنص المادة (١٣) من القانون النموذجي للتوفيق المشار إليه.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن «التحكيم هو طريق لفضّ المنازعات قوامه الخروج عن طريقة التقاضي العادية ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بأعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً...».

حكم محكمة النقض المصرية بجلاسة ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٢، الطعن رقم ٨٢٠ لسنة ٦٦ قضائية، س ٥٣، ٢٤، ص ١٨٧، ومشار إليه في البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية. وترى الباحثة أن ما قضت به محكمة النقض المصرية يسرى حكمه بدوره على شرط التوفيق.

لا ينزع الاختصاص من المحكمة أو التحكيم إنما يحجبها أو يمنعها مؤقتاً عن نظر الدعوى، وتتربص - بالتالي - ما تؤول إليه عملية التوفيق من تسوية أو فشل.

والحال كذلك، يتجه جانب من الفقه - وبحق - إلى أن الأمر يتعلق بدفع بعدم القبول Exception d'irrecevabilité وبه ينكر الطرف الذي يتمسك بحقه بمواجهة خصمة في الالتجاء إلى القضاء، التي تنازل عنه باتفاقه على التوفيق طريقاً ودياً مسبقاً لحل النزاع^(١).

وقد تبني المشرع المصري ذات الرأي الفقهي فيما هو مقرر بخصوص شرط التحكيم؛ إذ تنص المادة (١٢) من القانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن: «١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى». فالمشرع أوجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى متى دفع بوجود اتفاق تحكيم قبل إبدائه أي طلب في الدعوى.

ويبدو أن هناك بعض نصوص لوائح هيئة تؤيد ذات النهج، من ذلك لائحة الإجراءات بالغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات؛ إذ تنص المادة (٢/٧٢) من تلك اللائحة على أن: «يكون الاتفاق على التوفيق واجب النفاذ أولاً، تحت طائلة عدم القبول، إذا اتفق الأطراف على أن المنازعات الناشئة بينهم تحل عن طريق التوفيق أولاً بواسطة موفّق أو أكثر وفقاً لأحكام التوفيق المنصوص عليها في هذه اللائحة قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء».

ويمكن القول - في ضوء ما تقدّم - أن المحاكم أو التحكيم، لا تقضي بعدم القبول من تلقاء نفسها، بل يلزم التمسك بدفع اتفاق التوفيق قبل الكلام في موضوعه وإلا سقط الحق فيه.

المبحث الثاني

إدارة عملية التوفيق وما تؤول إليه من نتائج

يتم تناول إدارة عملية التوفيق وما تؤول إليه من نتائج ومآلها من أهمية، واشكالية هل هناك آثار تترتب من جراء الاتفاق على اللجوء للتوفيق؟ وما هو دور الموفّق في عملية التوفيق؟ وكيفية سير عملية التوفيق، وكذلك النتائج التي تتمخض عنها عملية التوفيق؟ ويتناول هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تشكيل هيئة التوفيق وضوابط اختيارها وإدارة عملية التوفيق.

ويتناول المطلب الثاني نتائج التوفيق سواء كانت النتيجة إيجابية أو سلبية، وذلك على النحو الآتي:

(١) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١٠٧.

المطلب الأول تشكيل هيئة التوفيق وضوابط اختيارها وإدارة عملية التوفيق

عند اختيار الموفِّق قد يثور التساؤل، هل يكفي اختيار موفِّق مفرد، أم يمكن تشكيل هيئة توفيق مؤلفة من عدة أعضاء؛ لذا يتم - في إطار الإجابة عن هذا التساؤل - تناول كيفية اختيار الموفِّق المفرد، وكذلك كيفية تشكيل هيئة التوفيق والضوابط في هذا الشأن، على النحو الآتي:

الفرع الأول كيفية اختيار الموفِّق

إن أساس التسوية الودّية تقوم على الثقة التي يولها أطراف النزاع في الطرف المحايد، ثقة مبناها ما يتمتع به من حيطة ونزاهة، ومقدرة على تقريب أوجه الخلاف بين الأطراف، ويختلف اختيار الموفِّق في حالة التوفيق من قبل المؤسسة عن التوفيق الحرّ.

أولاً: اختيار الموفِّق في إطار التوفيق المؤسسي أو النظامي^(١) Conciliation Institutionally

التوفيق المؤسسي هو التوفيق الذي تتولّى تنظيمه - بناء على رغبة أطراف النزاع، مؤسسة أو مركز توفيق.

ومن منطلق أهمية التوفيق وسيلةً لتسوية المنازعات، حرصت مراكز التحكيم المحلية والإقليمية والدولية وهيئاتها، على إنشاء هيئات داخلية أو مراكز، تختص بتقديم خدمات التوفيق لمن يطلبها قبل اللجوء إلى التحكيم، وضعت لوائح تنظم إجراءات التوفيق، من ذلك لجنة التوفيق والتحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار «إكسيد - ICSID»^(٢)، هيئة التوفيق لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري^(٣)، ولجنة التوفيق والتحكيم لدى مركز الكويت للتحكيم التجاري^(٤).

يراعى في إطار مراكز التوفيق المؤسسي أو النظامي وهيئاته، أن تختار أطراف النزاع بنفسها الموفِّق، أو هيئة التوفيق، سواء من القوائم التي تتوفر لدى تلك المراكز أو الهيئات أو من خارجها، فإن تعذر عليهم ذلك واختلفوا، فقد بينت اللوائح كيفية اختيار الموفِّق أو الموفِّقين.

(١) ذهب جانب من الفقه - في هذا الصدد - إلى أنه من الخصائص البارزة للتحكيم في معاملات التجارة الدولية هو «نظامية» أي جريانه في كنف مؤسسات أو منظمات تديره وتشرف عليه على نحو دائم ومستمر، هذه المنظمات التي أطلقت عليها تسميات متعددة (مثل محكمة تحكيم أو مركز تحكيم أو جمعية تحكيم. انظر د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة - بالمنصورة، الطبعة الثانية ١٩٩٥، ص ٢٦٥. وما ذهب إليه الفقيه الكبير في هذا الشأن يسرى بدوره على التوفيق النظامي.

(٢) طبقاً للمادة (٢٩) من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥.

(٣) انظر - في هذا الصدد - المادتين (٩)، (١٢) من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي.

(٤) المادة (١١) من لائحة التوفيق والتحكيم لدى مركز الكويت.

من ذلك، تنص المادة (٢٩) من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ التي أنشأت مركز الأكسيد الخاص بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين رعايا الدول الأخرى على أن:

«١- تشكل لجنة التوفيق فوراً بعد تمام تسجيل طلب التوفيق تطبيقاً للمادة (٢٨).

(أ) تشكل اللجنة من موفّق واحد أو أي عدد فردي من الموفّقين يتم تعيينهم بموافقة الأطراف المتنازعة.

(ب) إذا لم يتفق الطرفان على عدد الموفّقين وعلى طريقة تعيينهم، تشكل اللجنة من ثلاثة موفّقين، يقوم كل طرف بتعيين واحد، ويُعيّن الموفّق الثالث الذي يتولى في هذه الحالة رئاسة اللجنة».

كما تنص المادة (١٢) من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي على أن:

«١- يتم تشكيل هيئات التوفيق والتحكيم وفقاً لاشتراطات الأطراف واتفاقاتهم، وفي حال إغفال الأطراف، يقوم مدير عام المركز - بعد مشاورة الأطراف - باقتراح تشكيل الهيئات، ويعلم الأطراف بهذا الاقتراح للرد عليه خلال أسبوع من تاريخ هذا الإعلان.

٢- وإذا لم يرد إلى مدير عام المركز، أي اعتراض خلال المدة المذكورة في البند (١) السابق، فيعتبر اقتراح مدير عام المركز بتشكيل الهيئة أو تسمية أعضائها مقبولاً من الأطراف، ولا يجوز لأي طرف الاعتراض على هذا التشكيل أو التسمية، إلا إذا تم رد الهيئات المذكورة وفق حكم المادة (١٣).

٣- وإذا اعترض أي طرف على تشكيل الهيئة خلال المدة المحدودة في البند (١) السابق، فيصار إلى رفع هذا الاعتراض إلى لجنة الغرف والتحكيم لدى غرفة تجاره وصناعه أبوظبي، للفصل بقرار نهائي وملزم للأطراف».

وفي جميع الأحوال يختص مدير عام المركز بإعادة اقتراح تشكيل الهيئة على ضوء قرار لجنة الغرف والتحكيم السابقة».

غير أن هناك بعض لوائح مراكز التوفيق التي تجعل اختيار الموفّق من سلطة مركز التوفيق نفسه، دون تدخل من الأطراف، على أساس أن مجرد لجوء هؤلاء إليه هو رضاء وتفويض ضمني له باختيار الموفّق أو الموفّقين^(١).

(١) ذهب البعض - في هذا الصدد - أن التحكيم يكون نظامياً متى ما جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها أو قواعدها التنظيمية، أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم.

See P. A. Lalive Commercial, Problems Relatifs a L' Arbitrage Commercial International - Rec de Cours de L' Academie de Droit International, 1967, p. 665.

من ذلك، نظام التوفيق والتحكيم لمركز الكويت للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ٢٠٠٠، فقد عهد إلى اللجنة التنفيذية للمركز سلطة تعيين هيئة التوفيق؛ إذ تنص المادة (١٤) على أن «تعين اللجنة هيئة التوفيق من عضو أو أكثر من بين أعضائها أو من خارجها لإجراء التوفيق، ويستمر عضو الهيئة في أداء مهمته حتى الانتهاء منها».

يراعى أن اختيار الموقِّق، أو الموفِّقين، لدى مراكز وهيئات التوفيق والتحكيم المؤسسي، يتم من خلال قوائم معدة سلفاً، ولا يقيد بتلك القوائم إلا من استوفى الشروط المقررة بلوائح ونظم تلك المراكز والهيئات^(١).

ثانياً: التوفيق الحرّ أو الخاصّ Conciliation ad-hoc

التوفيق الحرّ أو الخاصّ - على خلاف التوفيق المؤسسي أو النظامي - هو الذي يتم فيه الاتفاق بين أطراف النزاع، من أجل تسوية النزاع خارج كنف أو مركز أو منظمة توفيق دائمة، عن طريق اختيار موقِّق أو أكثر، ويحددون مهام الموقِّق وإجراءات التوفيق التي تُتبع بشكل كامل.

وعادة ما يكون التوفيق الحرّ أو الخاصّ في إطار المنازعات التي تثور بين الأشخاص الطبيعيين، وكذا المنازعات ذات الطابع الفني، وهو الأكثر انتشاراً في منازعات عقود البناء والتشييد الوطنية. يتضح مما سبق أن التوفيق سواء أكان مؤسسياً أم خاصاً، فالموقِّق - الذي يُختار من جانب مركز التوفيق، أو من جانب أطراف النزاع - ليس شخصاً عادياً، بل لابد أن يتمتع ب قدر من المهارات الشخصية والمهنية التي تؤهله لأداء مهمته المنوطة به.

ثالثاً: مهارات ومؤهلات الموقِّق

إذا كان الأصل أن يقوم أطراف النزاع باختيار الموقِّق أو أعضاء هيئة التوفيق، إلا أن سلطة أطراف النزاع ليست مطلقة، إنما تخضع إلى بعض القواعد اللائحية التي تحدد شروط القيد في قوائم الموفِّقين لدى مراكز التوفيق والتحكيم ومؤسساته، من ذلك:

- نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤؛ إذ تنص المادة (١٩) منه على أنه: «لا يجوز أن يكون الموقِّق ... قاصراً، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية، أو مفلساً، كما لا يجوز أن يكون محامياً أو وكيلاً عن أحد أطراف النزاع أو موظفاً عنده أو شريكاً أو قريباً له بالنسب أو المصاهرة حتى الدرجة الرابعة، أو وصياً أو قيماً عليه، وألا تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في النزاع، أو أن يكون قد سبق له التوسط في حلّه بالتوفيق أو أبدى رأياً فيه، ما لم يقبل الأطراف بغير ذلك».

- كذلك نصّ الملحق الخاص بشروط القيد في جدول الموفِّقين المحليين لدى مركز الكويت للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ٢٠٠٠، على أنه: «يشترط للقيد في هذا الجدول ما يلي:

(١) يتم تناول تلك الشروط في موضع لاحق عند تحديد مؤهلات الموقِّق ومواصفاته.

١. أن لا يقلَّ سنه عن خمس وثلاثين سنة ميلادية.
٢. أن يكون قد مارس الأعمال التجارية أو القانونية أو المهنية أو إدارة الأعمال لمدة لا تقل عن خمس عشرة، وتخفف هذه المدة لعشر سنوات إذا كان حاصلاً على مؤهل علمي جامعي لا تقل الدراسة فيه عن ثلاث سنوات.
٣. ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة ماسة للشرف والأمانة.
٤. ألا تحظر عليه القوانين والأنظمة التي يخضع لها اكتساب هذه الصفة ويفقد عضو الجدول ٥، عضويته إذا تخلف أي من هذه الشروط^(١).
٥. ويضيف الملحق، بالنسبة إلى القيد في جدول الموقعين الدوليين، شروطاً إضافية هي:
 ٥. أن يكون سابق خبرة في مجال التوفيق.
 ٦. أن يجيد إحدى اللغات الأجنبية على الأقل».

وقد أجمعت المادة (١٤) من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى هذه الشروط؛ إذ تنص على أن: «يكون الأشخاص المعينون في قوائم المركز من ذوي الأخلاق العالية، وأن يكون معترفاً بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكماً مستقلاً وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم...».

ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا النص - سالف الذكر - يفصح بجلاء أن الموقِّق لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً، فلا يجوز أن يعهد بالتوفيق إلى شخص اعتباري، فلا يمكن أن يكون الموقِّق مركزاً أو هيئة، وخلص إلى أن هذا النص قد حسم خلافاً فقهيّاً حاداً بشأن من يتولّى تسوية المنازعات التجارية^(٢).

ومن الشروط المسلّم بها سواء في مجال التوفيق أو التحكيم، أنه يجب انتفاء مصلحة في النزاع الذي يتدخل لتسويته بصورة ودّية، فانتفاء المصلحة في النزاع يعدّ شرطاً أساسياً في نجاح الموقِّق في المهمة المكلف بها، ولاشك أن تلك المصلحة تنتفي عندما يكون الموقِّق مستقلاً عن أطراف النزاع^(٣).

الشرط ذاته تبرزه بوضوح قواعد التسوية لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي؛ إذ تنص المادة (٢/٤) منها على أنه: «وقبل قبول التعيين يقوم المرشح للتسوية بالتصريح بأي ظرف من شأنه

(١) وهذا النص منقول عن نصّ المادة (١٢) من النظام الأساسي لمركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم لعام ١٩٩٣.

(٢) د. محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي (وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية)، دار الجامعة الجديدة - بالإسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٤٣.

(٣) هذا الشرط صيغ صياغته في قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في إطار بعض العبارات أمعن في الدلالة؛ إذ تنص المادة (٢/١٦) منه على أن: «يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده». كما أمّد ذات القانون ذلك مثيلاً لطلب ردّ المحكم؛ إذ تنص المادة (١/١٨) منه على أنه «لا يجوز ردّ المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله». وتلك الأحكام تسرى بدورها على الموقِّق طبقاً لما هو وارد بلوائح مراكز التوفيق وهيئات.

خلق الاعتقاد بعدم الحيادة أو الاستقلال، وعند هذه المعلومات يستبدله المركز أو يُبلغ الأطراف فوراً بهذه المعلومات لمعرفة رأيهم، وفي حالة اختلاف الأطراف على تعيينه من عدمه يتم تعيين آخر بدلاً منه».

رابعاً: دور الطرفين في تشكيل هيئة التوفيق (عدد الموفقين)

يتمتع أطراف النزاع بسلطة اختيار موفِّق واحد أو أكثر، ويحكم تحديد العدد عدة اعتبارات، تتمثل في:

- تراضي الأطراف على العدد، فقد يقترح أحدهم موقفاً منفرداً، ويرفض الباقي هذا الاقتراح.
- مدى تشعب أو تعدد أوجه النزاع.
- الرغبة في سرعة تسوية النزاع.
- التكاليف المالية والأتعاب التي يتقاضاها الموفِّق أو الموقِّتون.

خامساً: إشكالية وترية تشكيل هيئة الموفِّقين

إذا كانت القاعدة هي تخويل الأطراف الحرية الكاملة في اختيار هيئة التوفيق، بل وتحديد عدد هذه الهيئة، غير أن هذه الحرية يحدوها قيد أساسي هو اشتراط وترية التشكيل عند اتفاق الأطراف على تحديدها، وذلك تحسباً لاختلاف وجهات النظر بين الموفِّقين، ومن ثم فإن هذا الاشتراط يثير إشكالية حول صحة تشكيل هيئة التوفيق المكونة من عدد زوجي في حالة وصولها إلى حل ودي للنزاع؟ أو بعبارة أخرى، في حالة تعدد أعضاء هيئة التوفيق هل يلزم أن يكون عددهم وتراً، أي ثلاثة، أو خمسة، أو سبعة...؟

ذهب جانب من الفقه في إطار معالجة تلك الإشكالية - وبحق - إلى أنه لما كان الموفِّق ليس محكماً، وبالنظر إلى الدور الذي يؤديه والمهمة التي ينهض بها، فإنه ليس بلازم، أن يكون العدد فردياً، لأن الأمر لن يحتاج إلى مرجح وتحقيق أغلبية، إذ لا يتخذ الموفِّق - في نهاية مهمته - قراراً ولا يصدر حكماً، وعلى ذلك يمكن أن يكون العدد زوجياً أو أكثر^(١).

وما ذهب إليه الفقيه هو النهج الذي تبنته لوائح ومراكز التوفيق والتحكيم هيئاته التي تتناول تشكيل هيئة التوفيق دون بيان عددها.

من ذلك - على سبيل المثال - نظام التوفيق والتحكيم لدى غرفة تجارة صناعة دبي لعام ١٩٩٤؛ إذ تنص المادة (١٧) منه على أن: «تعيين اللجنة هيئة التوفيق من عضو أو أكثر من بين أعضائها أو من خارجها لإجراء التوفيق...».

كذلك تبني ذات النهج نظام التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز الكويت للتحكيم التجاري لعام ٢٠٠٠؛ إذ تنص المادة (١٤) منه على أن: «تُعين اللجنة هيئة التوفيق من عضو أو أكثر من بين أعضائها أو من خارجها لإجراء التوفيق...».

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

وهذا ما أخذ به - أيضاً - القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي أعدته لجنة «اليونسيترال - UNCITRAL» عام ٢٠٠٢؛ إذ تنص المادة (٥) منه على أن:

- ١- يكون هناك موفق واحد، ما لم يتفق الطرفان على أن يكون هناك موفقان أو أكثر.
- ٢- على الطرفين أن يسعيا إلى التوصل إلى اتفاق على موفق أو أكثر، ما لم يكن قد اتفق على إجراء مختلف لتعيينهم.

ولا يكاد يشدّ عن هذا النهج إلا نظام التوفيق الذي قرّره اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار ورعايا المستثمرين الدول الأخرى، إذ أشارت إلى بطلان إجراءات التسوية الودية في هذه الحالة؛ إذ تنص المادة (٢/٢٩) منها على أن: تشكل اللجنة (لجنة التوفيق) من موفق واحد للتوفيق أو أي عدد فردي من الموفقين يتم تعيينهم بموافقة الأطراف المتنازعة.

إذا لم يتفق الطرفان على عدد الموفقين وعلى طريقة تعيينهم تشكل اللجنة من ثلاثة موفقين يقوم كل طرف بتعيين واحد، ويتم تعيين الموفق الثالث الذي يتولى في هذه الحالة رئاسة اللجنة بالاتفاق بين طرفي النزاع».

الفرع الثاني إدارة عملية التوفيق

أولاً: إدارة عملية التوفيق في إطار التوفيق الحرّ (الخاصّ)

أسوة بما يجري عليه العمل وفقاً لنظام التحكيم الدولي بوصفه مساراً للفصل في المنازعات، تبنت مراكز التحكيم نظاماً للتوفيق ييسر على أطراف التجارة الدولية تسوية ما يثور بينهم من منازعات. فإذا كان نظام التحكيم يعدّ الوسيلة الأساسية في تسوية المنازعات التجارية الدولية، فإن التوفيق يعدّ حلاً مفضلاً لمثل هذه المنازعات لما يؤدي إليه من تسهيل التسوية بالتراضي بين الأطراف. لهذا قامت مراكز التحكيم بوضع نظام للتوفيق الاختياري من شأنه التيسير على الأطراف للوصول إلى هذه النتيجة، وفي إطار الإجابة عن كيفية سير عملية التوفيق، فإن ذلك يقتضي تناول بعض الجوانب في هذا الشأن، من خلال النقاط الآتية:

أ- إبداء الرغبة في التسوية عن طريق التوفيق

إذا كان الأصل العامّ هو لجوء المضرور، عند نشأة النزاع بين الأطراف، إلى القضاء أو التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة، فإن هذا الوضع يتغيّر عندما يرى أطراف النزاع أن اللجوء للتوفيق قد يكون أجدى من سلوك سبيل المنازعة أو أجدر؛ لتفادي شطط الخصومة، ففي هذه الأونة يبدي الطرف المضرور رغبته في التوفيق في صورة طلب يقدم إلى الطرف الآخر، إلا أنه في إطار مراكز التحكيم والتوفيق، فإن الأمر يستدعي تقديم الطلب إلى الأمانة العامة لهيئة المركز، هذا ما يبرزه

نظام التسوية الوديّة الذي وضعته غرفة التجارة الدولية (ICC) بباريس؛ إذا تنصّ المادة (٢) منه على أن: «على الطرف الراغب في التوفيق أن يقدم طلباً إلى الأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية مبيّناً باختصار الغرض من الطلب ومرفقاً به الرسم المطلوب لفتح الملف كما هو مبين في ملحق هذا النظام»^(١). وهذا ما قررته - أيضاً - المادة (٢٨) من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥^(٢)؛ إذ تنصّ على أنه: «١- لأي دولة متعاقدة أو أي مواطن بدولة متعاقدة ترغب في إقامة إجراءات التوفيق تقديم طلب كتابي في هذا الخصوص إلى السكرتير العام الذي يرسل نسخة من الطلب للطرف الآخر في النزاع». بيد أنه يتعيّن أن يشتمل الطلب المقدم من أحد أطراف النزاع تحديداً لعناصر ذلك النزاع^(٣) حتى يتمكّن الطرف المحايد (الموفّق) من الإلمام بالمسائل التي تثير النزاع بين الأطراف كافة، هذا فضلاً عما يؤدّيه هذا التحديد من دور في اختيار الطرف المحايد ذاته (الموفّق)، إذ على أساسه يمكن لمركز التحكيم حسن اختيار الشخص المتدخل أو الهيئة التي يمكن تكليفها للقيام بالتوفيق بين الأطراف.

ب- تقديم المستندات وسلطة الموفّق بشأنها

يكون لدى كل طرف في أي نزاع المستندات التي تثبت ادعاءاته، مثل العقد الذي تثار المنازعات حوله، والمستخلصات أو الفواتير، والمراسلات، وخطابات النوايا المتبادلة، والطلبات التي يطمع الخصم في الاستجابة لها، ومذكرات الدفاع، والمذكرات الشارحة لوجهة نظره.

وللموفّق - بالطبع - فحص تلك المستندات وتقدير مدى كفايتها، وله أن يطلب استكمال المستندات التي يراها ملائمة لاكتمال الصورة لديه إزاء مختلف جوانب النزاع، كما أن له فحص مدى صحة تلك المستندات، ويطلب أصولها.

وللموفّق بعد استيفاء المستندات، وفحصها ودراستها، أن يطلب من كل طرف أن يعرض شفويّاً أو إلكترونيّاً Data Show Presentation ما احتوته تلك المستندات، وأسانيده القانونية والواقعية وحججه، وإبداء رأيه بشأن وسيلة تسوية النزاع عن طريق التوفيق.

ويجب على أطراف النزاع - طبقاً للمجرى المألوف لمبدأ حسن النية ومستلزماته - التعاون^(٤) مع

(١) مع ذلك تقضى المادة (٥) من مذكرة التفاهم على أنه بعدّ المساعي الحميدة والتوفيق إجراءات تتخذ طواعية إذا وافق على ذلك طرفا النزاع، فيجوز لأي طرف في النزاع أن يطلب المساعي الحميدة أو التوفيق في أي وقت، كما يجوز للمدير العام، بحكم وظيفته أن يعرض المساعي الحميدة أو التوفيق بهدف مساعدة الأطراف على تسوية النزاع.

(٢) تحتوى اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي أنشأت مركز تسوية منازعات الاستثمار (الإكسيد - ICSID) على ٧٥ مادة موزعة على عشرة فصول، حيث ينظم الفصل الثالث قواعد التوفيق: For more details in this context, see Stephen Zamora & Ronald Brand, Basic Documents of International Economic Law, volume I, Commerce Clearing House Chicago, 1990, part 2, P. 947 et seq.

(٣) هذا المعنى ترسخه المادة (٢/٢٨) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥؛ إذ تنص على أنه: «ينبغي أن يتضمن الطلب كافة المعلومات الخاصة بعناصر النزاع وشخصية الأطراف وموافقها على التوفيق تطبيقاً لقواعد وإجراءات التوفيق...».

(٤) لذا حرصت مبادئ يونيدروا - UNIDROIT المتعلقة بالعقود التجارية الدولية عام ١٩٩٤ الإشارة إلى الالتزام بالتعاون Co-operation between Parties بموجب المادة (٥-١-٣) من تلك المبادئ.

الموفق في استيفاء المستندات ومساعدته على فهم محتواها وإحاطته بتفصيلات النزاع، والالتزام بتقديم البيانات والمعلومات التي يطلبها بطريقة كاملة وحقيقية وأمنية.

ج- دور الموفق

بعد قيام الموفق بالإلمام جوانب النزاع وأبعاده كافة، ينحصر دوره في المهام الآتية: - حصر أوجه الاختلاف والاتفاق بين الأطراف، ومحاولة تعظيم أوجه الاتفاق، وفي المقابل الحرص على تخطي التشدد في المواقف بخصوص نقاط الخلاف.

١- على الموفق تبصير أطراف النزاع بفوائد ومزايا حل النزاع ودياً، والمخاطر والعواقب التي يمكن أن تحدث في حالة فشله، ولا سبيل في هذه الحالة من اضطرارهم إلى اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو نظام التحكيم، وما يتلزم مع ذلك من نفقات وتعقيدات إجرائية، وعدم ضمان نتيجة الحكم المنتظر صدوره سواء من المحاكم أو هيئات التحكيم.

٢- على الموفق عقد جلسات استماع انفرادية مع كل طرف على حدة، والتعرف إلى رؤيته ومقترحاته إزاء تسوية النزاع، وفي المقابل، على الموفق ذاته عقد جلسات استماع مشتركة للأطراف، للتعرف على شكل فعلى وجهات نظرهم، وصولاً إلى مقارنة المواقف، وتهديئة النفوس، وإيجاد المناخ أو البيئة المناسبة لبلوغ التسوية بقدر الإمكان.

وليس على الموفق - بخلاف الوسيط^(١) - تقديم مقترح أو توصية أو اقتراح بحل، وإنما يحرص على تقريب وجهات النظر، ويلقي الضوء على ما يقترحه الأطراف وتوضيح الأطروحات التي توجد بها قرائح الأطراف، ولا تثريب على الموفق في أن يظهر ميله لأحد الأطروحات، وإبداء ذلك لأطراف النزاع، دون أن ينال ذلك من حيده، ليس على أساس أنها من اقتراحه، بل من عند الأطراف، وذلك تحفيزاً لإقدام هؤلاء الأطراف، واتخاذها حلاً لنزاعهم.

هذا التباين في الأداء المهني بين الموفق والوسيط، فطنت إليه بعض لوائح غرف أو مراكز التوفيق والتحكيم؛ من ذلك نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤، إذ ينص النظام في هذا الصدد على أن: «تقوم الهيئة بتقريب وجهات النظر بين الأطراف وعند اتفاقهم على صيغة نهائية للحل يثبت ذلك بمحضر وتصادقت عليه الهيئة»^(٢). ويستخلص من ذلك أن هيئة التوفيق لا تقدم صيغة نهائية للحل، بل يقدمها الأطراف أنفسهم.

وقد تبنى النهج ذاته نظام التوفيق والتحكيم بمركز الكويت للتحكيم التجاري^(٣).

(١) لمزيد من التفصيل - في هذا الصدد - انظر د. عادل عبد العزيز السن، الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١١ وما بعدها.

(٢) البند رقم ٧ من المادة (٢١) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي الصادر من مجلس إدارتها عام ١٩٩٤.

(٣) حيث جاء بالبند رقم (٦) من المادة (١٨) ذات الصيغة الحرفية التي سبق الإشارة إليها من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤.

يراعي أن هناك اتجاهًا تشريعيًا ولائحيًا بفتح الطريق أمام الموقِّق لأن يقدم مقترحات بحلّ النزاع، على غرار ما يقوم به الوسيط.

من ذلك نظام التوفيق باتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا المستثمرين الدول الأخرى، إذ تنص المادة (١/٣٤) منه على أنه: «يجوز للجنة - لجنة التوفيق - في أيّ مرحلة من مراحل الإجراءات وكذا من حين لآخر أن توصي بوضع شروط للتسوية بين الطرفين، يقوم الطرفان بالتعاون في إخلاص مع اللجنة لتمكينها من القيام بوظائفها وأخذ توصياتها بعين الاعتبار»^(١).

ومن ذلك - أيضاً - القانون المصري رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة الذي اعتد بالتوفيق وسيلةً ودّية لتسوية المنازعات؛ إذ تنصّ المادة (٥٧) منه على أنه: «إذا توصلت هيئة التوفيق إلى تسوية النزاع وقبلها الأطراف كان قرارها ملزماً واجب التنفيذ»، ومفاد النص، فإن على هيئة التوفيق «التوصل» لحلّ يسوّي النزاع، ويعرض على الأطراف لقبوله، أو لرفضه. ومن قبيل ذلك، نظام المصالحة والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة قطر؛ إذ تنصّ المادة (١١) منه على أن: «تعمل لجنة المصالحة والتوفيق على تقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة واقتراح صيغة اتفاق»^(٢).

ثانياً: إدارة عملية التوفيق في إطار التوفيق المؤسسي

لبيان إدارة عملية التوفيق في هذا الشأن، فإن ذلك يقتضي - بدايةً - استعراض ما جاء في لوائح التوفيق لدى بعض مراكز التوفيق والتحكيم وغرفها، من خلال النقاط الآتية:

١- التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الإكسيد - ICSID).

أصدر المركز (الإكسيد - ICSID) عدداً من اللوائح والقواعد في اجتماعه السنوي الأول الذي عقد بتاريخ ٢٥ سبتمبر ١٩٦٧، بناءً على السلطة المخوّلة له بمقتضى الفقرات من (أ) إلى (ج) من المادة (١/٦) من اتفاقية واشنطن، وأصبحت هذه اللوائح والقواعد نافذة بدءاً من أول يناير سنة ١٩٦٨

(١) وجاء بنصّ المادة (١/٣٤) باللغة الفرنسية:

«... La Commission peut à une phase quelconque de la procédure et à plusieurs reprises Recommander aux parties les termes d'un règlement. Les Parties doivent collaborer de bonne foi avec la commission a fun de lui permettre de remplir ses fonctions et doivent tenir le plus grand compte de ses recommandations».

فكان لجنة التوفيق - في إطار اتفاقية واشنطن - أن «تضع شروط التسوية، وعلى الأطراف التعاون من أجل أخذها بعين الاعتبار أي التوصل لحل النزاع توفيقاً».

(٢) يراعى أن نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨، فالقواعد الإجرائية الخاصة بنظام التوفيق، أو كما تسميه الترجمة العربية؛ ذلك أن لفظ المصالحة مصدره في اللغة العربية فعل «يصالح - Conciliar - Conciliate» = أو يوفق، فالمصالحة على هذا النحو هي مرادف للتوفيق، ويتكون المصالحة (التوفيق) بغرفة التجارة الدولية من أحد عشر نصاً، ومن ثم، فإن غرفة تجارة وصناعة قطر تبنت هذا النهج.

وخضعت لبعض التعديلات اللاحقة، ومن ضمن تلك القواعد^(١):

- قواعد تنظيم إجراءات التوفيق والتحكيم، وتعرف باسم قواعد التنظيم^(٢) Institution Rules.
- قواعد بشأن إجراءات التوفيق، وتعرف باسم قواعد التوفيق^(٣) Conciliation Rules.
أجازت المادة (٢٨) من اتفاقية واشنطن لأية دولة متعاقدة، أو أي مواطن بدولة متعاقدة يرغب في إتباع إجراءات التوفيق تقديم طلب كتابي في هذا الشأن إلى الأمين العام للمركز، الذي يرسل نسخة من الطلب إلى الطرف الآخر في النزاع، وينبغي أن يشتمل الطلب المعلومات الخاصة بأوجه النزاع كافة، وبيانات عن أطراف النزاع، وموافقتها على التوفيق تطبيقاً لقواعد إجراءات التوفيق، ويُسجل الأمين العام الطلب متى كان داخلياً في اختصاص المركز مع إخطار طرفي النزاع بذلك.
فإذا شكّلت لجنة التوفيق من موقِّق فرد، أو ثلاثة موقِّقين باتفاق الأطراف، فإن تلك اللجنة تتمتع بسلطة تحديد اختصاصها بنظر النزاع من عدمه، طبقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص Compétence de la Compétence المعمول به لدى القضاء والتحكيم^(٤).
ويجب على لجنة التوفيق - طبقاً للمادة (٢٤) من ذات الاتفاقية - توضيح عناصر النزاع بين الأطراف، وأن تسعى للوصول إلى شروط يقبلها، وتحقيقاً لهذا الغرض، يجوز للجنة، في أية مرحلة من مراحل الإجراءات، أن توصي بوضع شروط للتسوية بين الطرفين، ويقوم الطرفان بالتعاون بحسن النية، مع اللجنة لتمكينها من القيام بوظائفها وأخذ توصياتها في الحسبان.
وتطبق لجنة التوفيق قواعد التوفيق Conciliation Rules السارية ما لم يتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك.

(١) لمزيد من التفصيل - في هذا الصدد - انظر د. محمود سمير الشرقاوي منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١١٧ وما بعدها.

(٢) صدرت هذه القواعد عن المجلس الإداري طبقاً للمادة ٦ (١-ب) من الاتفاقية، وعددها تسع قواعد وتعرف باسم قواعد التنظيم Institution Rules. وتنظم هذه القواعد إجراءات تقديم طلب التوفيق أو التحكيم، ومحتوياته، وعدد النسخ الذي تقدم منه، وتسجيل الطلب بمعرفة الأمين العام، والإخطار بتسجيل الطلب، وسحب الطلب بمعرفة مقدمه.
(٣) صدرت هذه القواعد عن المجلس الإداري طبقاً للمادة ٦ (١-ج) من اتفاقية واشنطن. وتحتوي على خمس وثلاثين قاعدة، موزعة على ستة فصول.

(٤) يراعى أن محكمة العدل الدولية تتمتع بسلطة تقرير اختصاصها، والأساس القانوني لهذه السلطة المخولة لها لتقرير اختصاصها هو نص المادة (٦/٣٦) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. هذا عن الأساس القانوني لسلطة تقرير الاختصاص، أما عن أصل هذه السلطة ومنشأها فستمد - في الواقع - من قاعدة تقليدية يملئها المنطق القضائي ومعمول بها في نطاق القانون الداخلي ومفادها أن «قاضى الموضوع هو قاضى الدفع - Le Judge de l'action est le juge de l'exception». انظر د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٣٢٨.

أما على صعيد النظام القانوني الدولي، فقد ذهب جانب من الفقه إلى نص المادة (٦/٣٦) لم يفعل سوى تكرار ما سبق أن سلّم به الفقه واستقر عليه العمل منذ البدايات الأولى لنشأة التحكيم والقضاء الدوليين، وبالتحديد منذ قضية تحكيم الألباما الشهيرة بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا عام ١٨٧٦. فمنذ ذلك التاريخ استقر الرأي على التسليم بسلطة المحكمة الدولية في تقرير اختصاصها.

See Ibrahim Shihata, the power of the International court to determine its Jurisdiction: Compétence de la compétence, the Hague: Nijhoff, 1965, p. 11 et seq.

وإذا توصل الطرفان إلى تسوية، تقوم اللجنة - بالطبع - بتحرير محضر تثبت فيه عناصر النزاع، وتدوّن فيه التسوية التي وصل إليها الطرفان.

أ- التوفيق لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ICC^(١)

تضمن نظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨، القواعد الإجرائية الخاصة بنظام التوفيق.

وتقرّر تلك القواعد^(٢)، أن على الطرف الراغب في التوفيق أن يقدم طلباً إلى الأمانة العامة لهيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية مبيناً باختصار الغرض من الطلب، ومرفقاً به الرسم المستحق لفتح الملف، وعلى الأمانة العامة لهيئة التحكيم الدولية أن تُعلم الطرف الآخر بالسرعة الممكنة بطلب التوفيق، وعلى الطرف الآخر إخطار الأمانة العامة خلال مهلة خمسة عشر يوماً بقبوله أو رفضه المشاركة في ملف التوفيق، وإذا قبل الطرف الآخر المشاركة في التوفيق، فعليه أن يخطر الأمانة العامة بذلك خلال المهلة الممنوحة له، وإذا لم يردّ الطرف الآخر خلال تلك المهلة أو رد بالسلب يعدّ طلب التوفيق مرفوضاً، وعلى الأمانة العامة إخطار الطرف مقدّم الطلب بذلك بالسرعة الممكنة ويتعيّن على الأمين العام، لدى تلقيه قبولاً بالتوفيق أن يُعيّن موقفاً بالسرعة الممكنة، وعلى الموقّف أن يخطر الأطراف بتعيينه، وأن يحدّد لهم مهلة زمنية لتقديم مستنداتهم وما لديهم يُعدّ أوجه دفاع إليه^(٣).

ويباشر الموقّف مهمة التوفيق وفقاً لما يراه ملائماً مستهدياً بمبادئ العدل والإنصاف والحيطة والنزاهة، ويجوز للموقّف، في أية مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق، أن يطلب من أي طرف أن يقدم أية إيضاحات إضافية يراها ضرورية لتسوية نزاعهم. ويجب على كل من له صلة بالتوفيق الامتثال لطابعها السري^(٤).

٢- المبادئ المشتركة لإدارة عملية التوفيق الحرّ والمؤسسي

يتم تناول تلك المبادئ بقدر من الاختصار غير المخلّ في إطار النقاط الآتية:

- احترام مبادئ الإنصاف والعدالة

يسعى الموقّف إلى تخفيف وطأة النزاع بين أطرافه، وذلك لا يتأتى إلا باطلاع كل طرف على وجهة نظر الطرف الآخر، ومستنداته، وادعاءاته، تحقيقاً لمبدأ التواجهية^(٥) *Principe de contradictoire*

(١) تيسر غرفة التجارة الدولية ICC مهمة المتعاملين لحلّ منازعاتهم ودياً عن طريق القواعد الاختيارية للتوفيق، تتضمن قواعد الغرفة عشرة قواعد للتوفيق تسبق قواعد التحكيم. انظر د. محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٢) طبقاً لنص المادتين (٢، ٢) من نظام التوفيق.

(٣) طبقاً لنص المادة (٤) من نظام التوفيق.

(٤) طبقاً لنص المادتين (٦، ٥) من نظام التوفيق، وهو الأمر الذي سيتم تناوله في موضع لاحق في إطار استعراض المبادئ المشتركة لإدارة عملية التوفيق الحرّ والمؤسسي.

(٥) ذهب جانب من الفقه إلى أنه يقصد بالتواجهية (المواجهة) إلزام الخصم الذي يتخذ إجراء يريد به الاحتجاج على خصمه أن

إلا أنه في إطار القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي (اليونسيترال - UNCITRAL) لعام ٢٠٠٢، فقد نصت المادة (٨) منه على أنه: «عندما يتلقى الموفق من أحد الطرفين معلومات متعلقة بالنزاع يجوز للموفق إفشاء مضمون تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق، غير أنه عندما يعطي الموفق أحد الطرفين أي معلومات يشترط بالتحديد إبقاؤها سرية لا يجوز إفشاء تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق».

ويفصح النص - بالتحديد السالف بيانه - بجلاء في عدم الاعتداد بمبدأ المواجهة (التواجهية) بين طرفي النزاع، ذلك أنه أورد قيدين على علم أحد الأطراف بالمعلومات التي يدلي بها الطرف الآخر للموفق، هما:

١- أنه يجوز لمن أفشى بالمعلومات إلى الموفق اشتراطه بقاء تلك المعلومات سرية ولا يجوز لذلك الموفق إفشاؤها لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق.

٢- أن اطلاع الموفق أحد الطرفين على معلومات أعطاها الطرف الآخر، هو أمر جوازي للموفق، دون إلزام عليه.

ولاشك أن هذين القيدين يحدان من مضمون مبدأ المواجهة.

١- الالتزام بمعاملة أطراف النزاع على قدم المساواة

التزام الموفق بـ «مبدأ المساواة Principe d'egalité»، بين الأطراف ارساه القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي «اليونسيترال - UNCITRAL» لعام ٢٠٠٢؛ إذ تنص المادة (٢/٦) منه على أن: «على أية حال، يسعى الموفق، في تسيير الإجراءات، إلى معاملة الطرفين بإنصاف، وعليه لدى القيام بذلك أن يراعي الظروف المحيطة بالقضية».

كما حرص نظام التسوية الوديّة (الوساطة والتوفيق) للمنازعات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الوديّة للمنازعات بالمنظمة العربية للتنمية الإدارية^(١) على ترسيخ مبدأ المساواة؛ إذ تنص المادة (٥/٧٥) من ذات النظام على أن: «يدير الموفق، أو الموفقون، محاولات الصلح والتوفيق بالطريقة التي يرونها ملائمة، على أن يلتزموا العدالة والمساواة والنزاهة في معاملة الأطراف».

يعلم خصمه بهذا الإجراء حتى يتجادل بشأنه، وأضاف أن من مظاهر هذا المبدأ في قانون المرافعات المصري ما جاء في المادة ٢/٩٧ مرافعات التي تجيز لكل من المدعي والمدعى عليه تقديم مستندات رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة، وكذلك ما جاء بالمادة (١٦٨) من ذات القانون المشار إليه أعلاه فقد نصت على عدم جواز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم عليها. وخلص إلى أن الحكمة من هذين النصين إعطاء كل خصم الفرصة كي يرد على ما أبداه خصمه من طلبات أو دفع أو دفاع. انظر د. عزمي عبد الفتاح عطية، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢١٣. (١) للإحاطة إن المنظمة العربية للتنمية الإدارية تعدّ منظمة إقليمية متخصصة مقرها مدينة روكسي - مصر الجديدة - القاهرة، وهي منظمة - أيضاً - منبثقة من جامعة الدول العربية. لمزيد من التفصيل - في هذا الصدد - أنظر د. حازم محمد عتلم، المنظمات الدولية الإقليمية والمتخصصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٧٢ وما بعدها.

٢- الالتزام بسرية المعلومات وعدم علانية الجلسات

يُعدّ الالتزام بالسرية أساسياً في عملية التوفيق، وعلى وجه الخصوص في المنازعات التي تدور حول المعلومات التكنولوجية^(١)، أو تتعلق بسوابق أعمال الشركات، ورؤوس أموالها. ومن هذا المنطلق يتعيّن على الموفق، وكل أطراف النزاع، عدم إفشاء أي معلومات ذات طابع سري، وإلا تعرّض لتحمل تبعه المسؤولية القانونية، لذا حرصت لوائح التوفيق هيئاته على الالتزام بالسرية

Obligation of Confidentiality.

ومن قبيل ذلك، لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ١٩٩٣؛ إذ أن المادة (٣٣) والمعنونة «سرية أعمال التوفيق» من تلك اللائحة تنص على أن: «يتمتع على هيئات التوفيق أو أي من مؤازريها إفشاءً أو إشاعة أية معلومات أو بيانات أو خصوصيات تلك بالقضية للغير، وإذا كانوا قد اطلعوا عليها خلال نظر القضية تحت طائلة المسؤولية الشخصية بالتعويض تجاه المركز وذوي الشأن، ولإدارة المركز أن تتخذ ما تراه مناسباً بحق المخالف لهذا الحظر».

كذلك أكد على مبدأ السرية القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢؛ إذ تنص المادة (٩) منه على أنه: «على الموقِّق أن يحرص على الحفاظ على سرية جميع المعلومات المتعلقة بإجراءات التوفيق، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ما لم يمكن إفشاؤها لازماً بمقتضى القانون أو لأغراض تنفيذ اتفاق التسوية وإنفاذه».

يراعى أن الالتزام بسرية المعلومات يقتضي أن يقترن به ويكمله التزام بديهي يتعلق بعدم علانية جلسات التوفيق التي يجب أن تكون مغلقة؛ لذا فإن الالتزام بعدم علانية جلسات التوفيق يعدّ التزاماً بديهياً وأولياً، لأنه من غير المقبول أن يتم فرض التزام بالسرية في حين أن جلسات التوفيق مفتوحة وعلانية عامة. وعلى عدم علانية جلسات التوفيق نصّت عليه المادة (١٨) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة دبي على أن: «جلسات اللجنة - لجنة التوفيق - ومداولاتها سرية».

كما نصّت المادة (١٧) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز الكويت للتحكيم التجاري على أن: «جلسات التوفيق سرية، ولا يحضرها إلا من تأذن له الهيئة المعنية عندما ترى ضرورة في حضوره».

(١) وقد فطن المشرّع إلى أهمية الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا؛ لذا أشار إلى ذلك الالتزام في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩؛ إذ تنص المادة (٨٢) منه على أن: «١- يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية...». لذا، ذهب جانب من الفقه إلى أن المشرّع المصري أحسن صنعا بتقريره الحماية للسرية بنصّ تشريعي واضح، فالسرية جوهر المعرفة الفنية Know-How محلّ التكنولوجيا، وتكتسب جانباً كبيراً من قيمتها من كونها معلومات فنية غير مفسح عنها يستأثر بها مالك التكنولوجيا. انظر د. هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد (تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة)، العدد ٧٢ لسنة ٢٠٠٢، ص ٣٩٢.

المطلب الثاني نتائج التوفيق

يتم تناول هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

النتيجة الإيجابية للتوفيق (الوصول إلى اتفاق تسوية)

يسعى الموقِّق دائماً ويحدوه الأمل، في أن يكلِّل سعيه بالنجاح، والقضاء على أوجه الخلاف، وحسم النزاع بين الأطراف، وتحقيق تصالح وتسوية تعيد الوُدَّ والوثام وتتهي حالة الخصام فيما يتعلق بمحل النزاع.

وليس من اللازم أن ينصَّب سعي التوفيق على كل جوانب النزاع ليحسمها ويقطع دابر الخلاف فيها؛ إذ من المتصور أن تكون مساعي التوفيق قد حسمت جزءاً من النزاع فحسب، وسواء نجحت محاولة التوفيق في تسوية كل النزاع أم جانب منه، فإن ذلك يعني وجود تسوية لموضوع النزاع في شأن ما كان مطروحاً على التوفيق.

ويجب أن يتم تحرُّر اتفاق التسوية كتابياً، يشتمل على بيان أسماء الأطراف وصفاتهم، وموضوع النزاع، وطلبات كل طرف وادعاءاته، وما تم من إجراءات، ومضمون التسوية التي تمت، وهل كانت بطريق:

الحالة الأولى: التنازل المتبادل عن جزء من الادعاءات، فإنه يُكيَّف ذلك التنازل بأنه يندرج في مفهوم الصلح؛ إذ تنصُّ المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري على أن: «الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءه»، ذهب جانب من الفقه بأنه يجب في الصلح أن ينزل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعاءه فلو لم ينزل أحدهما عن شيء بما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه، لم يكن هذا صلحاً^(١).

الحالة الثانية: أم كان بتسليم أحد طرفيه بحقوق الطرف الآخر وتنازله عن كل ادعاءاته وطلباته، فإن ذلك لا يكون صلحاً، إنما يكون التسليم بحق الخصم acquiescement ففي التسليم بالحق حسم للنزاع، ولكن بتضحية من جانب واحد، أما الصلح فيجب أن يكون تضحية من الجانبين. وفي الحالتين، يجب أن يوقع الأطراف على الاتفاق الذي كتبوه، ويصير ملزماً لهم.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، إصدار نادي قضاة مصر ٢٠٠٨، ص ٣٧٢. كما قضت محكمة النقض المصرية - في هذا الصدد - على أن: «من اللازم لاعتبار العقد صلحاً في معنى المادة (٥٤٩) من القانون المدني وجوب أن يتنازل كل من الطرفين عن جزء ادعاءه في سبيل الحصول على الجزء الباقي، فإنه لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة واقتصر التنازل من أحد الطرفين دون الآخر فلا يعد الاتفاق صلحاً». حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٧٥، الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٢ قضائية (أحوال شخصية)، س ٢٦، ص ١٤٤٤.

وعلى وجوب تحرير اتفاق التسوية الذي تم الوصول إليه، حرصت مراكز التوفيق النصّ عليه لوائح، من ذلك لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم لعام ١٩٩٣؛ إذ تنصّ المادة (٢٨) على أن: «تصدر هيئات التوفيق قراراتها في النزاعات المعروضة عليها وفقاً أحكام هذه اللائحة بتحضير محضر خطي يدون فيه أسماء الأطراف وصفاتهم وخلاصة عن إجراءات قيد الطلب والرد والإجراءات التي تمت خلال النظر في القضية، وخلاصة عن إجراءات جلسات التوفيق وخلاصة عن التقرير وأي تعديل طرأ بشأنه وموافقة الأطراف أو رفضهم لما جاء فيه، وخلاصة عن الصلح التام أو الجزئي الذي تم في القضية ومنطوق القرار الذي انتهت إليه هيئة التوفيق وتوقع هذه القرارات من هيئة التوفيق...».

وفي ذات السياق أكدت المادة (٢٧) من اللائحة ذاتها - سائفة البيان - على أنه: «تعتبر المحاضر التي تحررها هيئات التوفيق بقبول الأطراف لمسايعها في النزاعات المطروحة عليها والموقعة من الأطراف صلحاً تاماً بين الأطراف فيما انطوت عليه هذه المحاضر من موضوعات أو نزاعات». كما جاء في نصّ المادة (٧/٢١) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي أنه: «تقوم الهيئة بتقريب وجهات النظر بين الأطراف، وعند اتفاقهم على صيغة نهائية للعمل يثبت ذلك بمحضر وتصادق عليه الهيئة»^(١).

كما رسخت ذات النهج المادة (١١) من نظام المصالحة والتوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة قطر؛ إذ تنصّ على أنه في حالة الوصول إلى صيغة اتفاق: «فإذا وافق الخصوم عليها تدون صيغة الاتفاق في محضر يتم توقيعه من الخصوم وأعضاء لجنة المصالحة والتوفيق. ويكون المحضر في صورة اتفاق بين الخصوم يلتزمون بتنفيذه»^(٢).

وفي إطار التوفيق الذي نظمته اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (٣)؛ إذ تنصّ المادة (٢/٣٤) من الاتفاقية على أنه: «إذا وصل الطرفان إلى اتفاق تقوم اللجنة بعمل محضر تثبت فيه عناصر النزاع، وتثبت فيه عناصر النزاع، وتثبت فيه كذلك الاتفاق الذي وصل إليه الطرفان...».

كما تنصّ المادة (٧) من نظام التوفيق في غرفة التجارة الدولية ICC بباريس لعام ١٩٩٨^(٤) على (١) وهذه الصياغة ذاتها التي رددتها حرفياً المادة (١٨) بند (٦) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز الكويت للتحكيم التجاري لعام ٢٠٠٠.

(٢) يراعى أن المادة (٤) من النظام ذاته تنصّ على حالات محددة يكون فيها الاتفاق الذي تتمخض عنه مساعي التوفيق ملزماً مسبقاً بنصّها على أن:

«قرار لجنة المصالحة والتوفيق ملزم للأطراف المتنازعة في الأحوال الآتية:

إذا التزم الأطراف عند عرض خلافهم على لجنة المصالحة والتوفيق بقبول قرار اللجنة وتنفيذه؛
إذا فوض الأطراف المتنازعة لجنة المصالحة والتوفيق بحل الخلاف عن طريق الصلح والتوفيق دون التطبيق الحرفي لنصوص القانون؛ إذا كان هناك اتفاق مسبق قبل حدوث الخلاف على حله عن طريق التوفيق دون اللجوء للمحاكم العادية أو التحكيم.»
(٣) انظر إلى ما سبق تناوله في هذا الشأن.

(٤) انظر كذلك إلى ما سبق تناوله في هذا الشأن.

أنه: «أ- بتوقيع اتفاق بين الأطراف، يلتزم الأطراف بهذا الاتفاق...». كما تضيف المادة (٨) منه أنه على أن «المصالح، حال انتهاء التوفيق، أن يزود الأمانة العامة لهيئة التحكيم الدولية باتفاق التسوية الموقع من قبل الأطراف.

كما أن القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي أعدته لجنة (اليونسيترال - UNCITRAL) عام ٢٠٠٢ نصّ في المادة (١٤) منه على أنه: «إذا أبرم الطرفان اتفاقاً يسوّي النزاع، كان ذلك الاتفاق ملزماً وواجب النفاذ».

الفرع الثاني النتيجة السلبية للتوفيق (إخفاق أو فشل مساعي التوفيق)

لمزيد من التفصيل في هذا الشأن، فإن ذلك يقتضي تناوله في إطار الجوانب الآتية:

أ. أسباب الإخفاق (الفشل)

لا يوجد أدنى شك في أن جوهر عملية التوفيق هو، المحاولة The attempt - la tentative، أو بذل المساعي، للولوج إلى نتيجة محددة، تتمثل في تسوية النزاع بين الطرفين المتنازعين، غير أن المحاولة، وبذل العناية الواجبة قد لا تؤتي ثمارها، ولا تقضي إلى مراميها، فقد تتعثر لأسباب تعزى - في الغالب الأعمّ - إلى أطراف النزاع أنفسهم، ونادراً ما ترجع إلى الموقِّق نفسه.

- من منظور أطراف النزاع

فقد لا تتوفر لدى أطراف النزاع أو لدى أحدهم الرغبة الحقيقية في الوصول إلى اتفاق وتسوية فعلية للنزاع، وهذا ما يحدث - في الغالب - من جانب الطرف الذي يتوجّس خيفة من عدم صلابته وموقفه، وضعف ادعاءاته، وعدم صحة مزاعمه. ومن ثم، فهو لا يرغب في الانصياع والتسليم بحق الطرف الآخر، وصواب طلباته، وصحة ما يدعيه غير أنه قد يعزى السبب في إخفاق مساعي التوفيق وفشلها إلى الأطراف كافة، لتيقن كل طرف أنه على صواب وحق، وأن خصمه على غير صواب؛ لذا، يحرص كل طرف في الإصرار على موقفه، ويتشدد في مطالبه، فتتباعد المواقف، وتزداد هوة الشقاق بينهم، وتتهار - في نهاية المطاف - مساعي التوفيق، لتعذر - بل استحالة - استكمالها.

لذا يتعيّن على الموقِّق - في إطار أيّ من تلك الحالات - إنهاء إجراءات التوفيق، إما من تلقاء نفسه، وإما بناء على طلب الأطراف أحدهما أو كليهما، كما يستطيع كل الأطراف الاتفاق على إنهاء الإجراءات ويخطر الموقِّق بذلك.

وفي إطار ذلك المضمون، حرص القانون النموذجي للتوفيق التجاري الذي أعدته لجنة (اليونسيترال UNCITRAL) عام ٢٠٠٢ على تأكيد ذلك؛ إذ تنصّ المادة (١١) منه على أن: «تتهي إجراءات التوفيق:

أ-

ب- بإصدار الموقِّق، بعد التشاور مع الطرفين، إعلاناً يبين أنه لا يوجد ما يسوّغ القيام بمزيد من جهود التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان، أو

ج- بإصدار الطرفين إعلاناً إلى الموقِّق يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان، أو د- بإصدار أحد الأطراف إعلاناً موجّهاً إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى وإلى الموقِّق في حال تعيينه، يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.

وفي مضمون قريب لما سبق، تنصّ المادة (٢/٣٤) من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥، لاسيما بخصوص التوفيق الذي تنظّمه في تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا المستثمرين الذين يحملون جنسيات دول أخرى، على أنه: «... لو تبيّن للجنة في مرحلة من مراحل الإجراءات أنه ليس هناك احتمال للاتفاق بين الطرفين تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات وتُعدّ تقريراً تبيّن فيه موضوع النزاع وتسجل فيه فشل الطرفين للوصول إلى اتفاق...»^(١).

وعلى نحو مقارب للنهج السابق، تنصّ المادة (٧) من قواعد التوفيق أو المصالحة لدى غرفة التجارة الدولية ICC بباريس لعام ١٩٩٨، على أن: «تنتهي محاولة التوفيق في الحالات الآتية:

...

بإصدار الموقِّق تقريراً بفشل محاولة التوفيق، ويجب أن لا يتضمن مثل هذا التقرير الأسباب. بإعلان الموقِّق من قبل الأطراف أو أحدهم في أية مرحلة من مراحل التوفيق بنية عدم متابعة محاولة التوفيق».

١- من منظور الموقِّق

قد تتعدد الأسباب من هذا المنظور، ومن ذلك:

فقد يعزّي إخفاق التوفيق إلى الموقِّق شخصياً، كأن لا يتوافر لديه المؤهلات التفاوضية والخبرة والممارسة العملية لإدارة عملية التوفيق^(٢)، فيثير إشكاليات قد تشدّد من مواقف الأطراف، وتستعدي بعضهم على بعض أو على الموقِّق نفسه، أو يبدي رأياً قانونياً غير صائب، ولم يكن ثمة مبرر لإبدائه فيتمسك به طرف وينازع فيه الطرف الآخر، ممّا يفرضي إلى تباعد وجهات النظر، وتستفحل هوة النزاع بين الأطراف.

وقد يُقصر الموقِّق في أداء مهمته، كأن يتقاعس في فحص الأوراق والمستندات ودراستها، وقد يعجز عن تحري أوجه الشقاق الحقيقية بين الأطراف التي تشكّل جوهر النزاع، أو لا يحرص على تخصيص

(١) وجاء في النص الفرنسي:

«Si à une phase quelconque de la procédure, la commission estime qu'il n'y a aucune possibilité d'accord entre les parties, elle clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant que le différend a été soumis à la conciliation et que les parties n'ont pas abouti à un accord».

(٢) انظر إلى ما سبق تناوله من مهارات الموقِّق ومؤهلاته.

الوقت الكافي لعقد جلسات الحوار مع الأطراف، أو يتخلف دون عذر عن بعض الجلسات التي سبق تحديد موعدها مع هؤلاء أو لا يبادر بإبداء اعتذار عن استكمال مهمته في وقت ملائم. وفي كل هذه الأحوال - بالتحديد السالف بيانه - يكون الموقِّق مسؤولاً في إطار المسؤولية التعاقدية أمام الأطراف بسبب إخلاله بالتزاماته الناشئة عن الاتفاق أو عقد التوفيق الذي أبرم معه، وقَبِلَ بمقتضاه تنفيذ تلك الالتزامات بأمانة وإخلاص، ويراعى أنه في حالة عدم وجود اتفاق أو عقد توفيق، فإن ذلك لا يحول دون أن يكون الموقِّق مسؤولاً في إطار المسؤولية التقصيرية، متى ما توافرت شروطها (الخطأ - الضرر - العلاقة السببية بينهما)، ويستطيع أطراف النزاع مقاضاته - عن طريق إحدى تلك المسؤوليتين - والرجوع عليه بالتعويضات العادلة المناسبة لجبر الضرر الذي أصابهم.

- معاودة مساعي التوفيق

إذا خُلصت مساعي التوفيق دون الوصول إلى تسوية ودّية للنزاع، فإن ذلك لا يفقد الأمل في إمكان معاودة محاولة التوفيق إذا رغب الأطراف في ذلك، وكانت المدة المقررة لمساعي التوفيق مازالت قائمة، أو اتفق الأطراف على مدّها، هذا لاسيما بخصوص التوفيق الاتفاقي، متى أبدى هؤلاء رغبة عارمة نحو تقديم تنازلات على وجه التقابل؛ لتقليص غلواء حدة النزاع بينهم، وانعاش مساعي التوفيق بعد التعثر الذي واجهته.

وقد حرصت بعض لوائح مراكز التوفيق وهيئاته الإشارة إلى ذلك بموجب نص صريح، ومن قبيل ذلك، لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ١٩٩٣؛ إذ تنصّ الفقرة (٢) من المادة (٢٦) من تلك اللائحة على أنه: «إذا رأت هيئة التوفيق إمكان عرض حلول أخرى قد تؤدي لاتفاق الأطراف على إنهاء النزاع، فيستدعي الأطراف لسماع هذه الحلول، وإذا أسفرت جلسة اقتراح التعديل إلى قبول الأطراف بمساعي الهيئة، فيصار إلى تحرير محضر بهذا القبول ويوقع من الهيئة والأطراف».

- آثار إخفاق مساعي التوفيق

إذا فشلت محاولات التوفيق، وأنهيت إجراءاته، فإنه يترتب على ذلك الفشل، آثار متعددة ومتنوعة، يتم تناولها بقدر من الإيجاز من خلال النقاط الآتية:

١- إن الحقوق والمراكز القانونية محلّ النزاع بين الأطراف تظل قائمة بحالتها دون المساس بها، لذا، يكون لديهم الحقّ في اللجوء إلى المحاكم أو لنظام التحكيم لطرح ذلك النزاع عليه؛ ليفصل فيه قضاءً بشكل إلزامي، ويبدو هذا الأثر واضحاً إذا كان اتفاق التوفيق يحظر على الأطراف ولوج ساحات القضاء أو التحكيم قبل استفاد طريق التسوية الودّية بالتوفيق.

وبقاء الحقوق والمراكز القانونية قائمة يتنازع بشأنها الخصوم بعد إخفاق التوفيق، أكدّه نظام المصالحة والتحكيم في غرفة صناعة وتجارة قطر؛ إذ تنصّ المادة (١٤) منه على أن: «فشل المصالحة والتوفيق لا يؤثر على موقف الأطراف المتنازعة ولا على حقوقهم القانونية»، كما تنصّ المادة (١٢)

من النظام ذاته على أنه: «إذا فشلت عملية المصالحة والتوفيق فللخصوم الخيار باللجوء للمحاكم العادية أو للتحكيم إذا كانوا ملتزمين مسبقاً بذلك».

كذلك جاء بالمادة (١/١٩) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤ أنه: «إذا لم تنجح محاولة التوفيق يعتبر النزاع غير قائم أمام الغرفة، ولا تتأثر حقوق أطراف التوفيق بأي شكل من الأشكال بما عرض أو كتب أثناء سريان إجراءات التوفيق»^(١).

٢- إن أتعاب الموفِّق تظل مستحقة له، طالما ثبت أنه قد بذل العناية الواجبة في تنفيذ التزاماته بالسعي بين الأطراف ومحاولة إزالة أسباب النزاع بينهم، وتقريب وجهات نظرهم حتى ولو لم تنجح مساعيه للأسباب السالف بيانها، طالما لم يكن له دخل في فشل محاولات التوفيق.

وهذا ما تنصّ عليه لوائح مراكز التوفيق، من ذلك نظام التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي لعام ١٩٩٣؛ إذ تنص المادة (٣٠) من النظام ذاته والمعنونة بـ «صرف الأتعاب» على أن: «تصرف أتعاب التوفيق المودعة من الأطراف بعد انتهاء القضية، وتسليم ملفها إلى إدارة المركز بطلب يقدم من الهيئة، ويستوي في المركز العائد المقرر له من هذه الأتعاب وفق أحكام الجدول (أ) المرفق بهذه اللائحة...» وتتضمّن اللوائح الأخرى كيفية تحصيل أتعاب الموفقين ودفعها وسدادها، وتوزيعها بين أطراف النزاع^(٢).

٣. الآثار على صلاحية الموفِّق

إذا انتهت مساعي التوفيق بالفشل الكلي أو الجزئي في تسوية النزاع، فإن الموفِّق يصير غير صالح للنظر في النزاع بصفته - قاضياً أو محكماً - وعدم صلاحية incapacite الموفِّق تعزى إلى أسباب عديدة، منها:

- إن الموفِّق صار لديه علم مسبق بوقائع النزاع، ومستندات، وأوجه دفع دفاع الأطراف، وطلبات أطرافه. ممّا يعني توافر علم شخصي لديه يتمتع عليه أن يقضي به مرة أخرى سواء أكان قاضياً أو محكماً أو وسيطاً^(٣).

(١) وهذا النص حرص مركز الكويت للتوفيق والتحكيم التجاري على صياغته حرفياً في إطار المادة (١/١٩) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لهذا المركز.

(٢) تنص المادة (٦) من قواعد توفيق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أن: «تطبّق القواعد الآتية: يقوم مدير المركز بتقدير تكاليف التوفيق وله أن يطلب من الأطراف إيداع دفعة مقدمة من هذه التكاليف، ويدفع هذا المبلغ مناصفة بين الأطراف.

لمدير المركز عند الاقتضاء أن يطلب من الأطراف إيداع دفعات إضافية خلال سريان إجراءات التوفيق. إذا لم يتم سداد الدفعات المطلوبة بالكامل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم طلبها، يقوم مدير المركز بإخطار الأطراف الأخرى ليقوم بسداد المبالغ المطلوبة.

وفي حالة عدم سداد هذه المبالغ يجوز للموفِّق أو الموفِّقين بعد التشاور مع مدير المركز أن يأمرُوا بإيقاف إجراءات التوفيق أو إنهاؤها.

(٣) تنص المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أن: «يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يردّه أحد الخصوم في الأحوال الآتية:

- ومن ناحية أخرى، إذا لم يلتزم ضمانات التقاضي في إجراءات التوفيق ومسايعه، إذ كان من الجائز له - مثلاً أن يعقد اجتماعات على انفراد مع أحد الأطراف، أو كان في حوزته مستندات أو وثائق لم يتمكن الطرف الآخر من الاطلاع عليها أو تفنيدها^(١).

ولم تغفل لوائح مراكز التوفيق ومؤسساته النص على عدم الصلاحية، من ذلك:

- تنص المادة (١٠) من نظام التوفيق والمصالحة لدى غرفة التجارة الدولية ICC على أنه: "لا يجوز للمصالح أن يشارك في أية إجراءات قضائية أو تحكيمية متعلقة بالنزاع موضوع المصالحة سواء كمحكم أو ممثل أو مستشار لأحد الأطراف إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك، ويلتزم كل طرف تجاه الآخر بعدم استدعاء المصالح كشاهد في هذه الإجراءات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"^(٢).

- كما تنص المادة (١٢) من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٠ الذي أعدته (اليونسيترال UNCITRAL) على أنه: «لا يجوز للموفق أن يقوم بدور محكم في نزاع شكلي، أو يشكّل موضوع إجراءات التوفيق أو في أي نزاع آخر كان قد نشأ عن العقد ذاته أو عن العلاقة القانونية ذاتها، أو عن أي عقد أو علاقة قانونية ذات صلة به، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك».

كذلك تنص المادة (١٩) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لدى غرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤ على أنه: «لا يجوز أن يكون... المحكم... قد سبق له التوسط في حل النزاع بالتوفيق أو أبدى رأياً فيه، ما لم يقبل الأطراف بغير ذلك».

كما أورد الحكم ذاته - السالف ذكره - في المادة (١٦) من نظام التوفيق والتحكيم لدى مركز الكويت للتحكيم التجاري لعام ٢٠٠٠؛ إذ تنص على أنه: «يشترط في المحكم أن يكون من ذوي السمعة الطيبة... ولا يجوز أن يكون قد سبق له التوسط في حله بالتوفيق أو أبدى رأيه فيه، ما لم يقبل الأطراف بذلك، على أن يعلن المحكم ذلك عند تسميته».

وعند مخالفة الموفق لهذا المنع وقبوله التحكيم في قضية سبق أن كان موفقاً فيها، وما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز طلب رده.

إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها».

ذهب جانب من الفقه - في إطار تفسير نص المادة (٥/١٤٦) - إلى أن ذلك يتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها، حتى يستطيع وزن حجج الخصوم وزناً مجرداً، وحتى يؤمن تشبته برأيه الذي يشف عنه عمله المتقدم حتى لو خالف مجرى العدالة، وتجنباً لما عسى أن يقع فيه القاضي من حرج العدول عن رأيه السابق. انظر د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١٥٣ - ١٥٤.

وترى الباحثة أن ما ذهب إليه الفقيه الكبير يسرى على الموفق أيضاً.

(١) ذلك يشكل إخلالاً بحق الدفاع، أنظر إلى ما سبق تناوله عن وجوب معاملة أطراف النزاع على قدم المساواة.

(٢) يراعى أن لفظ المصالحة مصدره في اللغة الأجنبية فعل يصالح Concilier - Conciliate أو يوفق. فالمصالحة هي التوفيق أي أن المصالحة مرادف للتوفيق في إطار نظام المصالحة والتوفيق بغرفة التجارة الدولية.

وفي هذا المعنى، تنص المادة (٣/١٣) من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي لعام ١٩٩٣ على أنه: «يكون رد هيئة التوفيق ... إذا ثبت ما يؤكد عدم صلاحية أو حياد أي من أفراد هذه الهيئات ... أو سبق إبداء الرأي في القضية».

٤- الآثار على خصوصية مستندات التوفيق ومعلوماته

إذا انتهت عملية التوفيق، لاسيما في حالة الفشل، واحتمال عرض النزاع على المحاكم أو التحكيم، فقد استقرّ الرأي على عدم استعمال أو تقديم أية مستندات أو وثائق أو شهادات تم تداولها في مساعي التوفيق، في أية إجراءات قضائية أو تحكيمية بين أطراف النزاع.

وعلة عدم استعمال ذلك تكمن في أن تلك المستندات أو الشهادات، لم يتوافر بشأنها ضمانات التقاضي، سواء في تداولها، أو تقدير قوتها الثبوتية، وصحتها القانونية، وإن ما أبدي بخصوصها ليس رأياً قانونية له حجّيته.

وعدم صلاحية استخدام مستندات وأوراق وبيانات التوفيق في أية إجراءات قضائية أو تحكيمية، نصّت عليها المادة (١١) من نظام التوفيق لغرفة التجارة الدولية ICC بباريس بقولها: «يتعهد الطرفان بعدم تقديم الأمور التالية كدليل أو بأي شكل آخر في إجراءات قضائية أو تحكيمية:

أ- آراء أو اقتراحات أي طرف فيما يخصّ التسوية المحتملة للنزاع؛

ب- أية اقتراحات تقدّم بها الموفّق؛

ج- واقعة إبداء أحد الأطراف استعداده لقبول اقتراح معين للتسوية تقدّم به الموفّق ملحق لنظام التوفيق لغرفة التجارة الدولية».

كذلك، فإن المادة (١٠) من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي (اليونسيترال - UNCITRAL) لعام ٢٠٠٢ تنصّ على أنه:

«١- لا يجوز لطرف في إجراءات التوفيق ولا للموفّق ولا لأي شخص آخر، بمن فيهم القائمون بإدارة إجراءات التوفيق الاعتماد على أيّ ممّا يلي أو تقديمه كدليل أو الإدلاء بشهادة أو إعطاء دليل بشأنه في إجراءات تحكيمية أو قضائية أو إجراءات مماثلة:

أ- الدعوة الموجهة من أحد الطرفين للمشاركة في إجراءات توفيق، أو كون أحد الطرفين راغباً في المشاركة؛

ب- الآراء أو الاقتراحات التي أبدها أحد طرفي التوفيق بشأن تسوية ممكنة للنزاع؛

ج- البيانات أو الإجراءات التي قدّمها أحد الطرفين في أثناء إجراءات التوفيق؛

د- الاقتراحات المقدّمة من الموفّق؛

هـ- كون أحد الطرفين قد أبدى رغبته في قبول اقتراح تسوية مقدّم من الموفّق.

و- وثيقة أعدت لأغراض إجراءات التوفيق فحسب.

٢- تنطبق الفقرة (١) من هذه المادة بصرف النظر عن شكل المعلومات أو الأدلة المشار إليها فيها. ... وإذا قدّمت تلك المعلومات كدليل خلافاً لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة، وجب اعتبار ذلك

الدليل غير مقبول.

تتطبق أحكام الفقرات (١)، و(٢) و(٣) من هذه المادة سواء أكانت أم لم تكن الإجراءات التحكيمية أو القضائية أو الإجراءات المماثلة تتعلق بالنزاع الذي يشكل، أو كان يشكل موضوع إجراءات التوفيق». كما لم تغفل اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين من رعايا الدول الأخرى النص عما يُتناول في هذا الشأن؛ إذ تنص المادة (٣٥) من تلك الاتفاقية على أنه: «فيما عدا ما قد يتفق عليه طرفا النزاع لا يجوز لأي منهما عند اللجوء إلى إجراء آخر أو إلى تحكيم آخر، أو إلى محكمة أخرى الاعتماد على أو الاستناد إلى آراء أبدت أو قرارات أو تصريحات أو عروض للتسوية صدرت أثناء الإجراءات، عن الطرف الآخر للنزاع أو إلى محضر أو توصية صدرت عن اللجنة»^(١) التي تولت مساعي التوفيق وإجراءاته.

(١) وجاء في النص باللغة الفرنسية:

«Sauf accord contraire des parties aucune d'elles ne peut à l'occasion d'une autre procédure se déroulant devant des arbitres, un tribunal ou de toute autre manière invoquer les opinions exprimées, les déclarations ou les offres de règlement faites par l'autre partie au cours de la procédure non plus que le procès verbal ou les recommandations de la commission».

الخاتمة

استعرضت الباحثة من خلال الجوانب القانونية للتوفيق بوصفه اعتباره من أهم الوسائل الودّية البديلة لتسوية المنازعات، ولما كانت خاتمة البحث تعبّر عن مضمونه ومحتواه وما انتهى إليه من نتائج وتوصيات، لذلك سيُتطرق بقدر من الإيجاز لتلك النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج

- فعالية التوفيق بوصفه وسيلة بديلة لحلّ النزاعات
- التوفيق من التقارب، والتجانس، والاتفاق، والاجتماع على أمرين مختلفين.
- شرط التوفيق يكون دائماً قبل وقوع النزاع، لا بعده؛ لذا فهو يندرج في صلب العقد عند إبرامه، أو في ملحق له، ويكون الطرفان في مبتدأ تعاملهما، ويحدو كل واحد منهما الأمل في تنفيذ التزاماته بهدوء وحسن نية، لا يرجو حدوث أي نزاع مع الآخر. غير أنهما يحتاطان للمستقبل، ويتفقان على أنه إذا وقع ما لا يرجونه وهو النزاع، حاولا تسويته بطريق التوفيق.
- شرط الكتابة في إطار التوفيق مقصود به حماية أطراف النزاع، وعدم سلبهم حقهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، إلا بناء على رغبتهم الصريحة والقاطعة بالدليل الكتابي اللازم للاتفاق على التوفيق.
- ليس من اللازم أن ينصبّ سعي التوفيق على كل جوانب النزاع يحسمها ويقطع فيها دابر الخلاف؛ إذ من المتصور أن تكون مساعي التوفيق قد حسمت جزءاً من النزاع فحسب، وسواء نجحت محاولة التوفيق في تسوية كل النزاع أم جانباً منه، فإن ذلك يعني وجود تسوية لموضوع النزاع في شأن ما كان مطروحاً على التوفيق.
- يجب أن يتم تحرير اتفاق التسوية كتابياً، يشتمل على بيان أسماء الأطراف وصفاتهم، وموضوع النزاع، وطلبات كل طرف وادعاءاته، وما تم من إجراءات، ومضمون التسوية التي تمت.
- ليس على الموفق - بخلاف الوسيط - تقديم مقترح أو توصية أو اقتراح بحلّ. وإنما يحرص على تقريب وجهات النظر، ويلقي الضوء على ما يقترحه الأطراف وإجلاء الأطروحات التي تجود بها قرائح الأطراف، ولا تثريب على الموفق في أن يظهر ميله لأحد الأطروحات، وإبداء ذلك لأطراف النزاع، دون أن ينال ذلك من حيده، ليس على أساس أنها من اقتراحه، بل من عند الأطراف، وذلك تحفيزاً لإقدام هؤلاء الأطراف، واتخاذها حلاً لنزاعهم.

ثانياً: التوصيات

التوفيق وإن كان ثمة بعض العوامل التي تساعد على تهميشه أو التقليل من فعالية، إلا أنه بتطرق الاتفاقيات الدولية لتلك الوسيلة الودّية، والقوانين النموذجية، وكذلك التشريعات الوطنية، كل ذلك من شأنه أن يساعد على ظهورها وانتشارها؛ لكي تساهم بدور فاعل في تسوية منازعات التجارة الدولية، وهو ما يؤثر بدوره على تنمية حركة التجارة الدولية وتطورها من خلال المحافظة على العلاقات الودّية بين أطرافها.

لذا، فإن الباحثة توصي بالآتي:

أ- على المستوى الدولي

- ١- تعزيز الجهود الدولية لتوحيد الأسس الخاصة بالتوفيق، وذلك من خلال إبرام الاتفاقيات، والمؤتمرات، مع الأخذ في الحسبان ما أصدرت لجنة اليونسيترال - التابعة للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة - عام ٢٠٠٢ بخصوص القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.
- ٢- الحرص على إبرام اتفاقية دولية للاعتراف بقرارات الصادرة من الموقِّق أو هيئات التوفيق وتنفيذها، بما يضمن الاعتراض بتلك القرارات، وعدّها قابلة للتنفيذ، على غرار الاتفاقية الدولية لنيويورك عام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها^(١).
- ٣- مناقشة الجمعية العامة للأمم المتحدة على إصدار مدونة لقواعد سلوك الموقِّقين^(٢)، وبمقتضى ما تتضمنه هذه المدونة من مبادئ يتعيّن على الموقِّقين الالتزام بها، مع إدراكهم أن هناك مبادئ ومتطلبات هامة حتى يؤدوا المهام الموكولة لهم على أتم وجه.
- ٤- أن تتضمن عقود التجارة الدولية بموجب نصّ على وسيلتين متدرجتين لفض المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود، على أن يتم الالتزام باللجوء إلى التوفيق بوصفه خطوة أولى ووسيلة وديّة لتسوية المنازعات، ثم اللجوء إلى التحكيم خطوة ثانية لتسوية النزاع بحكم ملزم، في حالة فشل التوفيق.
- ٥- أن تكون المؤازرة والمساندة من جانب حكومات الدول لنظام للتوفيق، من خلال الاعتراف بالهيئات والمراكز التي تجري عملية التوفيق في كنفها.
- ٦- التوسّع في تبني وسيلة التوفيق في تسوية المنازعات المدنية والتجارية وتشجيع اللجوء إليها، وتقنين أحكامها من خلال الاستئناس بما جاء في القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي أصدرته لجنة اليونسيترال - UNCITRAL عام ٢٠٠٢^(٣)؛ بوصفه وسيلة هامة لتسوية المنازعات، ولما تحقّقه من مزايا.

(1) See Gerold Hermann, The 1958 New York Convention for Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: its Objectives and its Future, in Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, Kluwer Law International 1999, p. 16.

(٢) جدير بالذكر أن الجمعية العام للأمم المتحدة اعتمدت بموجب القرار ١٦٩/٣٤ في ١٧ ديسمبر ١٩٧٩، مدونة لقواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين.

Code of Conduct For Law Enforcement Officials.

كما أصدرت عام ١٩٩٠ مدونة حول دور المدعى العام تحت مسمى «معايير الأمم المتحدة حول دور المدعى العام، كما أصدرت في ذات العام مدونة حول دور المحامي تحت مسمى المبادئ الرئيسية حول دور المحامي ١٩٩٠».

(٣) ذهب جانب من الفقه - في إطار إبراز أهمية الاستئناس بالقوانين النموذجية - إلى أن المشرّع المصري استعان بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة اليونسيترال عام ١٩٨٥ وذلك عند سنّ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. انظر د. محمود سمير الشراوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٤٦.

على المستوى الوطني

١- توصي الباحثة المشرِّع المصري والمنظَّم السعودي إلى المبادرة لتبني وسيلة التوفيق بوصفه آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية؛ ممَّا يخفف من غلواء كمّ القضايا التي تثقل عاتق القضاء العادي، وذلك بإصدار تقنين (قانون أو نظام) خاص ينظم عملية التوفيق والاستعانة في هذا الصدد بالقانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال بين المستوى الدولي والمستوى الوطني.

٢- إدخال مادة في المناهج الدراسية بكليات الحقوق لدراسة الوسائل الودّية البديلة لتسوية المنازعات، يدرس فيها التوفيق والوساطة والصلح والتفاوض، مع استحداث دبلوم لدراسة تلك الوسائل مع التعمق على غرار دبلوم التحكيم التجاري المطبَّق في كلية الحقوق جامعة القاهرة منذ عام ٢٠٠٥.

٣- إنشاء المراكز والمؤسسات والهيئات التي تقدم خدمات التوفيق، على أن يتم إنشاء تلك المراكز تحت رقابة وزارة العدل وإشرافها، وذلك بعد استيفاء الشروط والتراخيص اللازمة لتأسيس هذه المراكز.

٤- التوعية بأهمية التوفيق ودوره في تسوية المنازعات، ونشر الوعي القانوني لاسيما لدى المحامين في الشركات، حتى يتسنى لهم إدراج وسيلة التوفيق لفضّ المنازعات كبند خاص في العقود التي تبرمها هذه الشركات.

٥- التوسع في عقد الدورات التدريبية، وكذلك عقد ورش العمل، تحت رعاية المراكز المعتمدة، وأن يتم من خلالها التعريف بالتوفيق المنازعات، مع إيضاح مدى تعاضم دورها في المنازعات التجارية. وكذلك أن يتم العمل على إعداد كوادرنية فنية مّبة على أعلى مستوى، وقادرة على ممارسة عملية التوفيق، بما يؤدي إلى زيادة اللجوء إليها.

قائمة المراجع

أولاً: المعاجم:

مختار الصحاح/ للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، ترتيب محمود خاطر، دار الحديث - القاهرة، دون ذكر تاريخ للنشر.

المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية - القاهرة، طبعة ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٦٧٦.

ثانياً: الكتب العربية:

د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودّية لتسوية المنازعات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠١٣.

د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة - بالمنصورة، الطبعة الثانية ١٩٩٥.

د. حازم محمد عتلم، المنظمات الدولية الإقليمية والمتخصصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

د. عادل عبدالعزيز السن، الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، إصدار نادي قضاة مصر ٢٠٠٨.

د. عزمي عبدالفتاح عطية، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف - الإسكندرية، ٢٠٠٨.

د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا ١٩٨٠)، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

د. محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي (وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية)، دار الجامعة الجديدة - بالإسكندرية، ٢٠١٥.

د. محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

د. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، ٢٠٠٥.

د. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٤.

د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، دار النهضة العربية.

ثالثاً: الدوريات:

مبادئ يونيدروا - UNIDROIT المتعلقة بالعقود التجارية الدولية عام ١٩٩٤.

رابعاً: المؤتمرات:

- د. أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، بحث منشور ضمن فعاليات المؤتمر الذي أقامته كلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٥ مارس ٢٠٠٢.
- د. أسامة أحمد شوقي المليجي، فكرة التوفيق في القانون المصري، بحث منشور ضمن فعاليات المؤتمر الذي أقامته كلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٥ مارس ٢٠٠٢.
- د. مصطفى المتولي قنديل، التوفيق كوسيلة لفض المنازعات، دراسة في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن فض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، بحث مقدم إلى مؤتمر قسم المرافعات كلية الحقوق – جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢، ص ١٦.

خامساً: المراجع الأجنبية

- La Conciliation extra – Judiciaire peut cependant être définie négativement comme toute conciliation que se réalise en l'absence d'un juge ou en dehors d'une instance pendant la notion d'arbitrage. Ch. Garrosson: La notion d'arbitrag, L. G. D. J., 1987.
- LONGMAN dictionary active Study, ed 2000.
- Oxford advanced Learners dictionary 6th ed. 2000.
- PETIT ROBERT: Dictionnaire de la Langue Française par Paul ROBERT, Paris Société du nouveau Littré, 1973.
- R. Perrot, institutions Judiciaries, Paris, Ed. Montchrestin, 4ed No. 487.
- Antaki N, les contrats de médiation commercial, in solutions de rechange au règlement des conglits, Aternative Dispute Rosolution Université Laval, Sainte – Foy 1993.
- C. Bla NCHIN, L'autonomie de la Clause Compromissoire, un modèle pour la clause atributive de jurisdiction, Thèse Paris 1994.
- P. A. Lalive Commercial, Problems Relatifs a L' Arbitrage Commercial International – Rec de Cours de L' Academie de Droit International, 1967.

تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون المصري والقانون البحريني (دراسة مقارنة)

أ.د. تركي محمود مصطفى القاضي

رئيس قسم القانون الخاص

كلية القانون، أكاديمية البورك للعلوم - مملكة الدنمارك

المقدمة:

نتيجة التطور التقني والتكنولوجي الحديث في مجال شبكة الإنترنت ظهرت صورٌ حديثة من التعاملات والعقود المبرمة بين الأفراد، ومن هذه العقود العقد الإلكتروني، ولكن في العقود الدولية بقيت مسألة إبرام العقد بين متعاقدين غائبين من أكثر المسائل القانونية الشائكة؛ بدءاً بإرسال الرسالة من بلد إلى آخر إلى ظهور الطباعة ووصولاً إلى مرحلة اختراع وسائل الاتصال الفوري عن بعد، كالهاتف والفاكس وأخيراً شبكة الإنترنت التي أصبحت فضاءً واسعاً لإبرام عقود التجارة الإلكترونية، إضافة إلى ذلك مشكلة إثبات العقد الإلكتروني وتكييفه القانوني، وتحديد القانون واجب التطبيق لهذا النوع من العقود.

أولاً- التعريف بموضوع البحث:

يحمل البحث عنوان (تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون المصري والقانون البحريني (دراسة مقارنة))، ويتكوّن من مقدّمة ومبحثين. المبحث الأول يحمل عنوان مفهوم العقد الإلكتروني نبيّن فيه تعريف هذا العقد، وبيان قواعد الإسناد فيه، أمّا المبحث الثاني فهو توضيح لموقف المشرّع المصري والمشرّع البحريني من القانون واجب التطبيق على العقد، وختمنا بحثنا هذا بمجموعة من النتائج والتوصيات.

ثانياً- أهمية البحث:

تكمن أهمية الموضوع بمدى ملاءمة القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص لحكم شكل العقد الإلكتروني، ودور إرادة المتعاقدين في مجال تحديد القانون واجب التطبيق، ممّا دفعنا إلى التوصل إلى أن الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين تشكل ضابط الإسناد الأصلي الذي يجدر إعماله ابتداءً، كما حدّدنا المعايير التي يمكن للقاضي إعمالها في حال غياب الإرادة الصريحة و تعذر الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين. ومن خلال عرض هذه المعايير، توّصلنا إلى صعوبة إعمال الإسناد الجامد نظراً إلى تعارض هذا الإسناد بنوعيه؛ قانون محلّ الإبرام أو التنفيذ مع تنوع العقود

الدولية وتطورها واختلاف ملاساتها؛ كما خلصنا إلى استحالة الأخذ بالإسناد لقانون محل تنفيذ العقد في حالة عدم تحديد هذا المحل من البداية، أو تعدد أماكن التنفيذ، فيجب أن يكون هناك ضابط إسناد مرن يحكم هذه العلاقة في العقد الإلكتروني.

ثالثاً- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة موضوع البحث بأن العقد الإلكتروني يتميز بسماوات تختلف عن العقد التقليدي، وتحديد القانون واجب التطبيق على هذا العقد، خاصة أن شبكة الإنترنت هي التي يتم التعاقد عن طريقها، وهذه الشبكة مفتوحة ليس لها حدود. كما أنها بقعة من الأرض تخضع للعديد من النظم القانونية، وذلك لتعدد أطراف العقد وانتماءاتهم، فهم لا يشعرون بمشكلة أي قانون واجب التطبيق، إلا إذا حدث نزاع فعلي، والبحث في ذلك عن كيفية حل هذا النزاع من خلال القواعد واجبة التطبيق هل هي قواعد اسناد أم قواعد موضوعية وهكذا نوع من العقود؟

رابعاً- منهج البحث:

سوف نتبع المنهج التحليلي؛ وذلك للتعرف إلى ظاهرة البحث، ووضعه في إطاره الصحيح، وتفسير جميع الظروف المحيطة به وذلك للوصول إلى النتائج التي تتعلق بهذا البحث. كذلك المنهج المقارن بين القوانين المصرية كالقانون المدني رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٨، والقانون المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني، والقوانين البحرينية كالمرسوم بقانون البحريني القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، والقانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠١٨، وبعض القوانين العربية والاتفاقيات الدولية كلما تطلب الأمر.

خامساً- هيكلية البحث:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: قواعد الإسناد في العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: موقف المشرع المصري والمشرع البحريني من القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: موقف المشرع المصري من القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: موقف المشرع البحريني من القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني.

المبحث الأول مفهوم العقد الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد العادي من حيث الأركان وشروط صحته والأثر المترتب عليه، وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يُبرم بها؛ إذ يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، فينعقد بتلاقي الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بُعد. ومتى كان العقد الإلكتروني لا يعدو أن يكون عقداً عادياً لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي ينعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت؛ فإنه يلزم أن نعرض للتنظيم الذي وضعه المشرع للعقد، كذلك للعقد الإلكتروني.

ولكن هناك مشكلة يثيرها إبرام العقد الإلكتروني، وهي تحديد القانون واجب التطبيق على هذا الصنف من العقود التي يكون فيها طرف أجنبي، مما يؤدي إلى الانتقال من التنازع الداخلي إلى التنازع الدولي. وعلى القاضي تكييف العقد الإلكتروني حسب قناعته أو اتفاق أطراف النزاع، ومن ثمَّ يجب تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص من أجل حلّ الإشكاليات أو النزاعات المترتبة على هذه العقود.

وسوف نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول تعريف العقد الإلكتروني، وبيننا في المطلب الثاني قواعد الإسناد في العقد الإلكتروني.

المطلب الأول تعريف العقد الإلكتروني

أولاً- تعريف العقد الإلكتروني في اللغة:

يُطلق على العقد في اللغة معانٍ متعددة، تدور حول معنى الرّبط والشّدّ والتوثيق، سواءً كان ذلك من الأمور المحسوسة أم من الأمور المعنوية. فيقال عَقَدَ الحبل: إذا جمع طرفيه وربط أحدهما بالآخر، وهذا أمر محسوس مشاهد. ويقال: عَقَدَ البيع ونحوه من كل ما فيه ربط بين الكلامين، العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلّها والعقد مصدر عقده يعقده عقداً، ويُستعمل اسماً فيجمع على عقود، ويطلق على معاني كثيرة في اللغة منها: الرّبط، والشّدّ، والتوثيق، والإحكام، والقوة، والجمع بين الشّيئين، والعهد تقول: عقدت الحبل، إذا شدّدته^(١).

(١) الشيخ أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، ج٤، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص٨٦.

وعقدت البناء بالجص، ألزقته، وعقد التاج فوق رأسه واعتقده، عصبه به، واعتقد بينهما الإخاء، إذا صدق وثبت، وعقد اليمين، توثيقها باللفظ مع العز عليها، وعقد كل شيء إبرامه^(١).

ثانياً- تعريف العقد الإلكتروني في الفقه:

وعرّف بعض الفقه العقد من خلال رسالة بيانات إلكترونية بأنها: «معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه، وهذا التعريف أيضاً أعطى المحرر الإلكتروني مجالاً واسعاً بحيث لم يقتصر على شبكة الإنترنت بل أجاز ذلك بوسائل إلكترونية أخرى كأن تكون رسالة بيانات مرسلة عن طريق الفاكس أو التلكس أو أي وسيلة تقنية متاحة في المستقبل»^(٢).

وعرّفه آخرون على أنه: «نوع من العقود المبرمة عن بُعد ما بين أشخاص غائبين من حيث المكان باستخدام وسيلة اتصال فوري هي الإنترنت، وهذا التعاقد يتم بالكتابة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية أو بالصوت عبر تبادل الحديث عبر الشبكة أو عبر استخدام تقنية تبادل الصوت والصورة معاً، وهو عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها حيث يتلاقى الإيجاب والقبول على الشبكة الإلكترونية العالمية»^(٣).

يتضح من هذه التعريفات الفقهية أنه يُعبر عن الإرادة من خلال البريد الإلكتروني بإرسال المطلوب إلكترونياً يعرض فيه السلعة أو الخدمة على المستخدم، وبعد اطلاع المستخدم على الرسالة الواردة إليه يتصل عندئذ الإيجاب بعلم من وجه إليه، فيرسل قبوله إلى الموجب وبذلك ينعقد العقد بعد علم الموجب بالقبول، ويُعبّر كذلك التعبير عن الإرادة عن طريق تصفّح المستهلك للموقع الإلكتروني الذي يعرض المنتجات والخدمات لمستعملي الشبكة الإلكترونية العالمية، وقيامه بكتابة اسمه وعنوانه ورقمه السري لكي يتم تبادل المعلومات.

ثالثاً- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات:

وعرّف القانون المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني العقد الإلكتروني ضمناً في المادة (١٥) بقولها: «للكتاب الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون»^(٤).

(١) الإمام جمال الدين بن منظور الأنصاري الأفيقي المصري (المتوفى-٧١١هـ)، لسان العرب (مادة عقد)، ج٣، دار صادر، بيروت، لا توجد سنة طبع، ص٢٩٦.

(٢) د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠م، ص٢٣.

(٣) د. بشّار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية، تحقيق: محمد يحيى المحاسنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م، ص٧١.

(٤) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية المصرية، العدد السابع عشر، تابع (د)، بتاريخ ٢٢/ إبريل/ ٢٠٠٤.

وعرّفت المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري العقد الإلكتروني على أنه: «كل عقد تصدر منه إرادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني»^(١).

إلا أن هذا التعريف حذف من المشروع النهائي تماشياً مع السياسة التشريعية المصرية المتمثلة بعدم الإكثار من التعاريف^(٢).

وحول إبرام العقود الإلكترونية ذكر المشرع البحريني في المادة (١١) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠١٨ أنه: «في سياق إبرام العقود، وما لم يتفق على خلاف ذلك، يجوز التعبير - كلياً أو جزئياً - خلال الخطابات الإلكترونية، عن الإيجاب والقبول أو أيّ تعديل أو عدول للإيجاب والقبول»^(٣).

وعرّفت الفقرة (١١) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي المرقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ العقد الإلكتروني بأنه: «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية»^(٤).

ونصّت الفقرة (٢٤) من المادة الثانية من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات الإلكترونية على أنه: «المعاملة الإلكترونية، أيّ تعامل أو عقد أو إتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية»^(٥).

رابعاً- تعريف العقد الإلكتروني في الإتفاقيات الدولية:

ابتداءً ذكر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ (الأونسترال) في الفقرة الأولى من المادة الثانية مصطلح (رسالة بيانات) وعرّفها بأنها: «المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس، أو النسخ أو البرقي»^(٦). وعرّفت المادة الثانية من توجيه البرلمان الأوروبي رقم (٠٧/٩٧) لسنة ١٩٩٧ العقد عن بعد بأنه: «عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورّد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بُعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل

(١) د. إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م، ص٢٧٧.

(٢) د. محمد فواز محمد المطاوعة، الوجيز في عقود التجار الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٦م، ص٢٣.

(٣) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية البحرينية، العدد (٢٣٩٥)، الخميس ٢٩/ نوفمبر/ ٢٠١٨.

(٤) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد (٤٢٥٦)، بتاريخ ٥/ تشرين الثاني/ ٢٠١٢.

(٥) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية الإماراتية العدد (٤٤٢) السنة السادسة والثلاثون بتاريخ ١/٣١/ ٢٠٠٦.

(٦) صدر هذا القانون عن لجنة القانون التجاري الدولي وهي لجنة تابعة لمنظمة الأمم المتحدة في ١٢/٦/ ١٩٩٦ بناءً على التوصية المرقمة (١٦٢/٥١)، والصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

الاتصال الإلكتروني حتى إتمام التعاقد»^(١).

ويمكن لنا وعلى ضوء ما تقدم أن نعرّف العقد الإلكتروني بأنه: «ذلك العقد الذي يتم بإيجاب وقبول عبر وسائل التواصل الاجتماعي عن طريق شبكة الإنترنت، دون الحاجة إلى تواجد مادي للأطراف». وبما أن العقد الإلكتروني من العقود الدولية، فهذا يدفعنا إلى التفكير في تكييفه، في ظل عبوره لحدود أكثر من دولة، ووجود الأطراف في عدة دول وبذلك يجب معرفة القانون واجب التطبيق على هذا العقد.

المطلب الثاني قواعد الإسناد في العقد الإلكتروني

إن قواعد الإسناد تضطلع بالدور الأساسي لحل مشكلة تنازع القوانين؛ فهي تقوم بتحديد القانون الأنسب والأجدر بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي التي تترجم على حكمها أكثر من قانون، ولهذا فإن فقه القانون الدولي الخاص يعرف قاعدة الإسناد بتعريفات متشابهة.

وقواعد الإسناد، هي قواعد وضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، فقواعد الإسناد تهدف إلى وضع أكثر الحلول المناسبة من وجهة نظر المشرع لحكم العلاقة الدولية الخاصة^(٢).

وعرفها آخرون على أنها: «القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة أو الإسناد إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي»^(٣).

وعرفها البعض بأنها: «قاعدة قانونية ترشد القاضي بشأن علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي أو أكثر أو بأنها قواعد قانونية تم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة»^(٤).

وتعريفنا لقواعد الإسناد بأنها: «مجموعة القواعد القانونية الوطنية والتي تقوم السلطة التشريعية بإصدارها بغية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية يشوبها عنصر أجنبي ومعروضة على القاضي الوطني، وباعتقاد هذا القاضي أنها الأكثر ملاءمة لحكم هذه العلاقة».

هذا وأبرز المشاكل التي يثيرها إبرام العقد الإلكتروني، هي مشكلة تحديد القانون واجب تطبيقه على هذا الصنف من العقود التي يكون فيها طرف أجنبي، ممّا يؤدي إلى الانتقال من التنازع الداخلي إلى التنازع الدولي. وبالتالي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص من أجل حل الإشكاليات

(١) انظر: د. محمد خالد جمال، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية في العالم، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م، ص ٢٥٠.

(٢) د. نعم السيوفي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار المستقبل للطباعة، دمشق، ١٩٨٢م، ص ٧٥.

(٣) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٥٢.

(٤) د. بدر الدين عبد المنعم، د. هشام خالد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٣٢٣.

أو النزاعات المترتبة على هذه العقود، وحسب مقتضيات القانون الدولي الخاص نجده اعتمد لحل هذه الإشكالية على منهجين رئيسيين، وهما المنهج التنازعي، ومنهج القواعد الموضوعية (المادية)، سوف نتاولهما في فرعين. خصصنا الفرع الأول للمنهج التنازعي، وتطرقنا في الفرع الثاني إلى منهج القواعد الموضوعية (المادية).

الفرع الأول المنهج التنازعي

يطرح كل نزاع معروض على القضاء مسألة الاختيار بين القواعد القانونية واجبة التطبيق، وإذا كان هذا الاختيار بسيطاً في حالة نزاع داخلي، فإن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بنزاع دولي. إذ يتعين على القاضي أولاً أن يحدد ضمن قواعد التنازع في الدولة القاعدة التي على ضوءها يتحدد النظام القانوني المختص والذي قد يكون وطنياً أو أجنبياً، وهذه القواعد هي التي يصطلح عليها بقواعد الإسناد، أي أنها تسند العلاقة محل النزاع إلى قانون من القوانين المتزاحمة^(١).

وهنا تؤدي الإرادة أو الإسناد الشخصي دورها في تحديد القانون واجب التطبيق، ويقصد بالإسناد الشخصي ذلك الإسناد الذي يأخذ من الإرادة أساساً له في تحديد القانون واجب التطبيق، أي أنه يختار القانون الذي سيطبق على العقد من طرف المتعاقدين أنفسهم، والإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق تكون إما صريحة أو ضمنية، والإرادة هنا إما تكون صريحة أو ضمنية^(٢).

أولاً- الإرادة الصريحة:

تؤدي الإرادة الصريحة دوراً في فض إشكالية تنازع القوانين؛ إذ يتفق الأطراف مسبقاً على القانون الواجب تطبيقه، ومن ثم يعرفون مسبقاً الجهة المختصة والقانون واجب التطبيق، وهذا يعني أنه لا يطبق عليهم قانون آخر، وهذا يريح القاضي الذي سيعرض عليه النزاع من البحث عن القانون واجب تطبيقه، لكن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار هو هل حرية اختيار القانون واجب التطبيق مطلقة أم ترد عليها بعض القيود؟

لقد انقسم الفقه في ذلك إلى إثنين اثنين^(٣):

الإتجاه الأول- ينادي هذا الإتجاه بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، ولو لم تكن له صلة به ما دام هذا الاختيار لا يتعارض مع النظام العام، ولا يشوبه غش نحو القانون.

(١) أسماء واعظ، رسالة دبلوم ماستر بعنوان (الحماية المدنية لعقود التجارة الإلكترونية)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، ٢٠١١م، ص ١٧١.

(٢) وبهذا نصت الفقرة الثانية من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه: « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً». ونصت المادة (٣٢) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ في فقرتها الثانية على أنه: « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحاً».

(٣) د. أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، ط ٢، مطبعة الكرامة، الرباط، ٢٠٠٢م، ص ٢٦.

الاتجاه الثاني- قيّد هذا الاتجاه حرية الأطراف في اختيار القانون الذي سيطبّق على عقدهم بأن يكون للقانون المختار صلة بالعقد الذي سيطبق عليه، أما بخصوص العقد الإلكتروني الذي أبرم عن طريق الإنترنت، فإن بعض الفقه يذهب إلى أنه لا بدّ من توافر صلة بين العقد والقانون الذي سيطبّق عليه^(١).

وهذا ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية بقولها: «تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وجوب الوقوف ابتداء على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، عدم إفصاحهما عن إرادتهما في هذا الشأن، وجوب تطبيق قانون الموطن المشترك والإفقانون الدولة التي تم فيها العقد (المادة ١٩) مدني»^(٢).

ثانياً- الإرادة الضمنية:

إذا تخلّفت الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون في أن يطبق على عقدهم في حالة نزاع، فإن القاضي يحاول استنفاد الإرادة الضمنية للأطراف من ظروف العقد وملابساته، ويمكن استخلاص الإرادة من خلال التقنية التي حرّر بها العقد. وقد أشارت بعض التشريعات العربية المقارنة إلى مسألة كون القانون واجب التطبيق الذي اتفق عليه الأطراف قد يكون ضمناً، منها الفقرة الأولى من المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ بقولها: «١- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدوا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»^(٣).

وكذلك القانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في المادة (١٧) بقولها: «أ- يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية والشكلية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. ب- يجوز أن يختار المتعاقدان لكل جزء من العقد قانوناً واجب التطبيق إذا كان هذا الجزء قابلاً للانفصال عن باقي أجزاء العقد»^(٤).

(١) أكثر تفصيلاً انظر: د. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣م، ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢) نقض، الطعن رقم (١١١٤) لسنة (٥٢) قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ١٩٨٩/١٢/٤، مكتب فني، السنة (٤)، قاعدة (٣٦٠)، ص ٢٤٤.

(٣) صدر هذا القانون في قصر القبة في ٩/ رمضان/ ١٣٦٧هـ، الموافق ١٦/ يوليو/ ١٩٤٨م، ونشر في جريدة الوقائع المصرية، العدد (١٠٨) مكرر (أ)، في ٢٩/٧/١٩٤٨.

(٤) صدر هذا القانون في صدر في قصر الرفاع، بتاريخ: ١٥/ رمضان ١٤٣٦هـ، الموافق ٢/ يوليو/ ٢٠١٥م، ونشر في الجريدة الرسمية البحرينية، العدد (٢٢١٧)، الخميس ٩/ يوليو/ ٢٠١٥.

وحول ذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه: «وإذ خالف الحكم المطعون فيه القواعد القانونية المتقدمة واعتبر سكوت الطاعن عن رفع دعوى بالفسخ لمدة سنتين بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح نزولاً ضمنياً عن هذا الشرط برغم خلو الأوراق من دليل على أن الطاعن قد اتخذ موقفاً إيجابياً يدل على قصد التنازل عن ذلك الشرط فإن الحكم يكون قد خلط بين التعبير الضمني عن الإرادة»^(١).

هذا وتبقى الإرادة الأداة المثلى لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني وتقاضي إشكالية التنازع، والإرادة بنوعيتها تعرف قصوراً في احتواء مجال العقد الإلكتروني بخصوص إشكالية تنازع القوانين، وهذا راجع إلى خصوصية هذا الأخير نظراً إلى صعوبة تحديد هوية الأطراف وإرادتهم وجدية التعاقد وإثبات العقد، ومع هذه العراقيل فإن الإرادة تبقى الأداة المثلى لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني وتقاضي إشكالية التنازع^(٢).

الفرع الثاني منهج القواعد الموضوعية (المادية)

أولاً- ماهية القواعد الموضوعية:

يمكن النظر إلى القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، بوصفها مجموعة من القواعد القانونية الدولية والعادات والأعراف التجارية التي درج رجال الأعمال والتجارة على استخدامها واللجوء إليها، لكون هذه القواعد والعادات والأعراف وليدة هذه العلاقات التجارية، ومن ثم يكون تطبيقها على منازعات هذه العلاقات أكثر تحقيقاً للعدالة من أي حل آخر، بما فيه الحل الذي يقدمه إعمال منهج قواعد الأسناد وتطبيقه^(٣).

ومصادر القواعد الموضوعية بوصفها أحد المناهج التي طرحت نفسها لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة هي:

أ. **الاتفاقيات الدولية:** إن التطور الذي أصاب العلاقات الخاصة، لاسيما العلاقات التجارية دفع العديد من دول العالم إلى إبرام الاتفاقيات الدولية التي تتضمن قواعد موضوعية يلجأ إليها لحل المنازعات القانونية ذات الطبيعة التجارية، ومثال هذه المعاهدات تلك الخاصة بالنقل الجوي والبحري والاتفاقيات المتعلقة بالشيكات، وهي القواعد التي اصطلح الفقه على تسميتها بقواعد

(١) حكم محكمة التمييز في ١٨/١٠/١٩٧٧ نقلاً عن: أزهار محمود لعمود، بحث بعنوان (القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية)، منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الرابع والثلاثون، ٢٠٢٠م، ص ١٨٠.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم محمد، رسالة دكتوراه بعنوان (إبرام العقد الإلكتروني)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٥٠.

(٣) د. صفوت أحمد عبدالحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٢٤١.

القانون الخاص الدولي تمييزاً لها عن قواعد القانون الخاص الدولي^(١).

ب. القضاء الداخلي: كذلك يمكن عدّ القضاء الداخلي في بعض الدول من أغزر المصادر التي تستسقي منها القواعد الموضوعية^(٢)، وتبدو القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي وسيلة خاصة مرضية لتأمين الحلول في الروابط القانونية في أنواع العلاقات عبر الدولية كلها^(٣)، فهي تتميز مثل غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعي بكونها قد وضعت لتتماشى مع طبيعة الروابط الخاصة الدولية، فقد سُرّعت إستجابة للإعتبارات الدولية مع وطنية مصدرها وفحواها. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢١ / يونيو / ١٩٥٠، بأنه: «يمكن للأفراد الاتفاق على شرط الذهب حتى وإن كانت القواعد الأمرة في القانون الداخلي التطبيق على العقد تحظر هذا الشرط»^(٤).

ت. العادات والأعراف الدولية: كذلك تدخل العادات والأعراف الدولية لكونها من أهم المصادر التي تتشكل منها القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص؛ فقد أدى التطور في العلاقات التجارية إلى ظهور أعراف وعادات تجارية اعتاد المتعاملون على إتباعها واللجوء إليها بصورة مباشرة، بحيث لم تعد العقود بينهم بحاجة إلى إخضاعها إلى نظام قانوني معين تفرضه إحدى الدول عن طريق قواعد الإسناد فيها أو يفرضه اتفاق دولي^(٥).

وعرفها الفقه بأنها: «بأنها مجموعة القواعد التي تضع تنظيماً مباشراً أو خاصاً لروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية تطلق عليها عدة تسميات لعل أدقها وأوسعها انتشاراً القانون الدولي الخاص الإلكتروني»^(٦).

هذا وفي المجال الإلكتروني يرى بعض الفقه أن القواعد الموضوعية في الإنترنت وعملياتها هي كيان موضوعي خاص بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت، وتشكل مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطوّرتها المحاكم، ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات^(٧).

(١) د. صادق زغير مجيسن، بحث بعنوان (الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية)، منشور في مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد العاشر، العدد الثالث، أيلول / ٢٠١٥، ص ١٢.

(٢) د. أحمد صادق القشيري، بحث بعنوان (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص)، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ١٩٦٨م، ص ١٧.

(٣) د. محمد عبدالله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٢٥٠.

(٤) منقول عن: د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩م، ص ٤٦.

(٥) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م، ص ١١٩.

(٦) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ط ١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ١١٠.

(٧) د. ضياء علي أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة، ج ٢، ط ١، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ٢٠١٠م، ص ٣٩٢.

فمثلاً عقود التجارة الإلكترونية تبرم وتنفذ في أماكن مختلفة من العالم، مما يجعلها خاضعة لقوانين متباينة وهذا يؤثر إشكالية الانسجام بين هذه القوانين، فإن كان التسليم مثلاً يتم بطريقة مادية فإن الدفع قد يتم بطريقة إلكترونية عبر الإنترنت، وهذا ما يجعل التجارة الإلكترونية فضاء من نوع خاص، وهذا لم يغيّر من القواعد العامة للعقد، خاصة فيما يتعلق بتلاقي إرادتي الأطراف (إيجاب وقبول) ^(٨).

ثانياً- مصادر القواعد الموضوعية في العقد الإلكتروني:

لقد اختلف الفقه في مصادر القواعد الموضوعية في العقد الإلكتروني، فذهب البعض إلى أنه ليس لهذه القواعد استقلال عن القواعد التقليدية، وذهب البعض الآخر أي أنصار القانون الدولي الإلكتروني إلى أن مصادره تتشكل من الاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات الناشئة عن الممارسات التعاقدية، وكذلك قواعد السلوك للعقود النموذجية الإلكترونية والتوصيات الدولية، وسوف نتناولها على التوالي:

أ- الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية:

الثابت قانوناً أن الاتفاقيات الدولية تعدّ أداة مهمة وفعّالة في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول الأطراف فيها، وبذلك تعدّ سبيلاً للحدّ من نشأة ظاهرة تنازع القوانين، ولهذا يجب على الدول أن تتفق فيما بينها لتضع قانوناً موحداً للمعاملات الدولية الإلكترونية، وفي هذا الإطار فقد بذلت مجهودات كبيرة لتنظيم التجارة الإلكترونية عن طريق تجميعه بنظام قانوني متماسك يُعدّ ويصاغ بواسطة مجموعة دولية ذات سلطة واهتمام بالجوانب القانونية مثل منظمة الأمم المتحدة أو جمعية الإنترنت الأمريكية، على أن تكون على نظام اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ ^(٩).

ب- الأعراف والعادات الناتجة عن الممارسة المهنية:

ابتداءً لا بدّ من التمييز بين العادة والعرف التجاري من خلال تعريف كل منهما؛ إذ تعرّف العادة التجارية الإلكترونية بأنها سلوك أطرد المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية، تجّاراً أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجارية معينة من مسائل التجارة الإلكترونية، أما العرف التجاري الإلكتروني فهو يشمل على تعريف العادة التجارية الإلكترونية مع تمتعها بعنصر الإلزام؛ لأنه متى اعتقد المتعاملون بالصفقات الإلكترونية بإلزامية سلوك معين، يصبح الأخذ به ملزماً والإعراض عنه يترتب عليه جزاء محدد. فقد ساهم العاملون في مجال التجارة الإلكترونية تلقائياً في إرساء بعض القواعد الموضوعية للقانون الإلكتروني ولعلّ من أبرز هذه القواعد، هي ما استقرت عليه الأوساط المهنية من عادات وأعراف وممارسات في العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات التي تتميز بكونها ذات طابع تعاوني طائفي خاص بكلّ نوع من التعامل الذي يتم في هذا العالم الافتراضي كما في

(٨) د. فيصل محمد كمال، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٦٥٧.

(٩) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ١٥٩.

الأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات، وكذلك في مجال حماية الحياة الخاصة، وما يتعلق بشأن حماية المستهلك الإلكتروني، إضافة إلى الأعراف والعادات المتعلقة بشأن الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية^(١).

أما بالنسبة إلى تطبيق عادات التجارة الإلكترونية وأعرافها، فإن الكثير من العادات قد قُنتت، والبعض الآخر في طريقها إلى التقنين، وذلك من خلال تضمينها في العقود النموذجية، أو في الشروط العامة الواردة في العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية، أو تلك التي تم قُنتت من قبل هيئات أو المؤسسات الدولية على شكل قواعد سلوك، مما جعل هذه العادات ترقى إلى مرتبة وسطى بين القاعدة الاتفاقية والقاعدة القانونية^(٢).

ت- قواعد السلوك:

تعدّ قواعد السلوك من المصادر المهمة للقواعد الموضوعية للعقود الإلكترونية، ويرجع ذلك إلى أن تنوع المتعاملين مع شبكة الإنترنت يتعارض مع وضع تنظيم أمر مُحكم، وبهذه المناسبة تأتي ضرورة وجود قواعد السلوك التي تضمن حدًا من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها المتعاملون والمستفيدون كافة من التعامل في هذا العالم؛ وتتمثل أهمية هذه المبادئ في الأحكام التي تجرم استخدام الحاسب الآلي بإلحاق الأذى بالآخرين، أو التدخّل في العمل المعلوماتي أو استخدامه في السرقة أو انتحال مصنّفات الغير أو التفتيش والبحث عن أرقام البطائق البنكية الخاصة بالآخرين^(٣).

ث- التوصيات الدولية:

أمام قلة الاتفاقيات الدولية في ميدان المعاملات الإلكترونية، ظهرت بعض الأعمال الدولية التي تهدف إلى سدّ النقص، وهذه الجهات الدولية تؤدي الدور الأكبر في ذلك، منها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي أصدرت قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في ١١/ يوليو/ ١٩٩٦^(٤).

وحقيقة إن مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية يعترتها نقص واضح خصوصاً من حيث التباين في القوة الإلزامية التي تطوي عليها، هذه القواعد نجد من بينها قواعد ملزمة للأطراف وحدها كالاتفاقيات الدولية، والعقود النموذجية والتوجيهات الأوروبية وتوصيات أخرى غير ذات قيمة قانونية إلزامية. ويمكن القول بأنه نظام قانوني يفتقر إلى الكمال والاستقلال؛ بسبب عدم

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، بحث بعنوان (الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاقي)، مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، مايو/ ٢٠٠٠، ص ١٧.

(٢) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٢٨.

(٣) د. ضياء علي أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٩٦.

(٤) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ١٩.

قدرته على الإحاطة بالمسائل كافة التي يمكن أن يثور بشأنها النزاع بين المتعاقدين، وإزاء هذا الوضع تظل الحاجة قائمة إلى المنهج التنازعي لسدّ النقص الذي يعتري هذا المنهج^(١).

المبحث الثاني موقف المشرع المصري والمشرع البحريني من القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

يُعَدُّ العقد الإلكتروني عقداً مبرماً عن بُعد وينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، وبذلك فإنه يخترق حدود الدولة الواحدة أحياناً، ويوصف تبعاً لذلك بأنه عقد دولي، وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإن العقد يكون دولياً طبقاً لأحد المعيارين^(٢):

الأول- المعيار القانوني: وهو أن العقد يكون دولياً إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء تعلق هذا العنصر به في مرحلة إبرامه أو تنفيذه، أو تخلّله من حيث أطرافه أو موضوعه أو سببه، وينقسم هذا المعيار إلى قسمين:

أ- معيار قانوني واسع: وهذا المعيار يكتفي أنصاره بوجود عنصر أجنبي في العلاقة العقدية.
ب- معيار قانوني ضيق: يرى أنصار هذا المعيار وبتشديد أن وجود عنصر أجنبي لا يكفي بل يجب أن يكون مؤثراً.

الثاني- المعيار الاقتصادي: ومؤداه أنه كلما تعلّق العقد بمصالح التجارة الدولية كان العقد دولياً، أي يترتب عليه ذهاب البضائع والأموال وإيابها عبر الحدود الدولية.

هذا وجعلت التشريعات العربية والأجنبية بما فيها التشريع المصري والتشريع البحريني دولية العقد هي الشرط الضروري لإمكان اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، فلا يمكن الحديث عن القانون واجب التطبيق إلا بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد الذي يثير دون سواه مشكلة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأنه. ومن المعلوم أن تكييف الرابطة العقدية وتحديد وصفها، من حيث كونها عقداً دولياً أم لا، هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون، وبصدد تكييف العقد الإلكتروني، اختلف الفقه حول مفهوم الصفة الدولية فيه، ويرجع اختلافهم إلى صعوبة توطين العلاقات القانونية التي تنشأ عن العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وخصوصاً العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت.

(١) د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩م، ص ٢١٧.

(٢) د. محمد وليد هاشم المصري، بحث بعنوان (العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة)، منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (٢٠)، يناير/٢٠٠٣م، ص ١٦١.

وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين. خصصنا المطلب الأول لموقف المشرع المصري من القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني، وبيّنا في المطلب الثاني موقف المشرع البحريني من القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني.

المطلب الأول موقف المشرع المصري من القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني

بالنسبة إلى التكييف القانوني في التشريع المصري، إذا كان العقد الإلكتروني مشوباً بعنصر أجنبي، فإن ذلك يفرض على القاضي المصري الذي ينظر الدعوى مباشرة أن يستشير قواعد الإسناد الخاصة بالعقود؛ وذلك لمعرفة القانون واجب التطبيق على موضوع الدعوى.

وما يهمنا من قواعد الإسناد المصرية هي القاعدة التي تتعلق بالالتزامات التعاقدية من حيث موضوعها دون شكلها؛ لأن العقود الإلكترونية وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية لا تتعد في الحالات التي يتطلب فيها القانون شكلاً معيناً تجب مراعاته، ومن ثم لن يتم التعرض لقاعدة الإسناد الواردة في المادة (٢٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وهي التي تختص بتحديد القانون الذي يحكم شكل العقد فتجعل من الممكن سريان قانون البلد الذي تم فيه العقد، أو القانون الذي ينطبق على الأحكام الموضوعية للعقد، أو قانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما^(١).

والغاية من الرجوع إلى قواعد الإسناد المصرية الخاصة بالعقود هي معرفة مدى إمكان إعمالها في مجال العقود الإلكترونية لا سيما وأن أحد ضوابط الإسناد في تلك القاعدة هو مكان انعقاد العقد، لا سيما أن المكان في مجال العقود الإلكترونية هو مكان وهمي افتراضي، فهو البيئة الإلكترونية التي تتكوّن من شبكة الاتصالات العالمية (الإنترنت) والتي لا مكان لها محسوس أو مادي، وتنص المادة (١٩) سابقة الذكر من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه: «١- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه. ٢- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار»^(٢).

(١) نصّت المادة (٢٠) من القانون المدني المصري على أنه: «العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك».

(٢) وضابط الإسناد هو نقطة الارتكاز التي تربط بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه. انظر: د. مهند عزمي أبو مغلي، د. منصور عبد السلام الصراير، بحث بعنوان (القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي)، منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (٤١)، العدد الثاني، ٢٠١٤م، ص ١٣٦٧، هامش (٢٩).

وجاء نص المادة المذكورة على سبيل التدرج لا على سبيل التخيير، بمعنى أنه يلزم أعمال ضابط الإسناد الأولى، فإذا لم يوجد فيعمل بالتالي، وهكذا، وسوف يتناول الباحث في هذا المطلب ضابط الإسناد على التدرج:

- ضابط إرادة المتعاقدين.
- ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين.
- ضابط المكان.

أولاً- ضابط إرادة المتعاقدين:

إذا اتفق المتعاقدان، سواء بمقتضى شرط من شروط العقد أو انفاق مستقل عن العقد الأصلي، على تطبيق قانون معين على العقد الإلكتروني، فإن مؤدى هذا الاتفاق هو جعل القانون المتفق عليه هو واجب التطبيق على ذلك العقد، ويرى جانب من الفقه أنه لا بد لأعمال هذا الضابط من أن يكون حد أدنى من الارتباط بين القانون المتفق عليه بإرادة الأطراف والعقد الذي يربطهما ويراد تطبيق ذلك القانون عليه^(١).

ولكننا لا نصل إلى هذه النتيجة بمجرد أن نعمل القاعدة القائلة بأن المطلق يجرى على إطلاقه، ومن ثم فإن لطرفي العقد الاتفاق بإرادتهما على قانون معين لحكمه، ويصح على القاضي وجوب الأخذ به وتطبيقه، ولا يعفيه من ذلك سوى ثبوت حالة مخالفة ذلك القانون للنظام العام في دولته، والنظام العام مجموعة المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في دولة القاضي التي يجب حمايتها، ويعد القاضي هو الحارس على النظام العام في دولته^(٢).

وتطبيقاً لذلك، لو وجد القاضي المصري أن القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني يسمح بانعقاد هذا العقد رضائياً ولو كان محلّه عقاراً أو غيره من الأموال التي لا يسمح القانون المدني المصري بانعقادها على هذا النحو، فإن ذلك القانون يعدّ مخالفاً للنظام العام المصري لما فيه من اختلاف كبير في الأحكام تؤثر في النظام الاقتصادي المصري، ويكون له في هذه الحالة استبعاد ذلك القانون من التطبيق والسند في ذلك نص المادة (٢٨) من القانون المدني رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٨ بقولها: «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر»، ويترتب على هذا الاستبعاد نتيجة قانونية منطقية مؤداها تطبيق القانون المصري على النزاع بدل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام^(٣).

(١) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تتنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٥م، ص ١٥٠.

(٢) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط ١، دار ومكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٢م، ص ٢٧٥.

(٣) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تتنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٩١.

وبذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها على أنه: «.....، والمقرر في قضاء محكمة النقض أن الأصل هو الإرادة هو المشروعية، فلا يلحقها بطلان إلا إذا كان الالتزام الناشئ عنها مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو مخاللاً أو سبباً أو كان على خلاف نص أمر وارد في القانون،.....»^(١).

وشروط الاستبعاد ذكرتها محكمة النقض المصرية وعدتها مخالفة للنظام العام في حكم لها جاء فيه: «.....، ولا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي واجبة التطبيق وفقاً للمادة (٢٨) من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة»^(٢).

يتضح من خلال هذا الحكم أن شروط استبعاد أحكام القانون الأجنبي لمخالفتها النظام العام والآداب هي:

- أن تكون هذه الأحكام ماسة بأمن الدولة.
- أن تكون هذه الأحكام متعلقة أو متعارضة مع مصلحة عامة وأساسية للجماعة.

ثانياً- ضابط الموطن المشترك للمتعاقدین:

إذا كان كلا المتعاقدين في العقد الإلكتروني ينتميان إلى موطن واحد، فإن قانون هذا الموطن هو واجب التطبيق على العقد الإلكتروني المشتمل على عنصر أجنبي كأن تكون جنسية أحدهما مختلفة عن جنسية الآخر^(٣).

ويلاحظ أن المشرع قد أقام وزناً للموطن في هذه الحالة دون الاعتداد بالجنسية، ولعل في ذلك جانباً كبيراً من المنطق؛ ذلك أن الأشخاص الذين ينتمون إلى موطن واحد إنما يخضعون إلى كل ما يشتمل عليه بما في ذلك البيئة التشريعية التي تسود فيه، وهم على دراية واطلاع بمكونات هذه البيئة وعناصرها، فيصبح من المستساغ أن يخضع العقد الذي أبرمهما لقانون موطنهما المشترك شريطة ألا تكون إرادتهما قد اتجهت إلى تطبيق قانون آخر، وعلّة ذلك أن ضابط الموطن المشترك لا يمكن إعماله إلا عند غياب ضابط الإرادة^(٤).

وما قيل في شأن استبعاد قانون الإرادة يقال في شأن استبعاد قانون الموطن المشترك للمتعاقدین، فلا يصح للقاضي استبعاده من التطبيق ما لم يكن مخالفاً للنظام العام، وهناك حالة أخرى يمكن أن

(١) الطعن رقم (٤٢٩١) لسنة (٦٢) ق، جلسة ١٩٩٦/٥/٢٩، س (٤٧)، ج ١، ص ٧٤٨. منقول عن: د. إبراهيم الرواشدة، بحث بعنوان (التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية والحديثة والقانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها)، منشور في المجلة العربية للنشر العلمي، العدد (٢٥)، ٢/ تشرين الثاني/ ٢٠٢٠، ص ٤٦٩.

(٢) الطعن رقم (٧) لسنة (٤٢) ق، جلسة ١٩/ يناير/ ١٩٧٧، أحكام النقض، المكتب الفني، مدني، الجزء الأول، السنة (٢٨)، ص ٢٧٦.

(٣) د. الطاهر قوشي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، بحث في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٤٦.

(٤) د. أيمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الالكترونية (دراسة تطبيقية مقارنة للتعاقد عبر الانترنت) دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٢٩٢.

تهض في هذا الفرض ويستبعد ومن ثمَّ قانون ذلك الموطن وتتمثل في حالة الغش نحو القانون^(١). وإن كانت هذه الحالة من الناحية العملية غير ذات جدوى، فهي من الناحية النظرية ممكنة، فلو أن أحد المتعاقدين في العقد الإلكتروني قد عمد إلى تغيير موطنه ليصبح هو ذاته موطن المتعاقد الآخر تمهيداً إلى تطبيق قانون الموطن المشترك على العقد لتحقيق بذلك شرط الغش نحو القانون، وهما^(٢):
الأول- الشرط المادي، ويتمثل بالتغيير الإرادي لضابط الإسناد.
الثاني- الشرط المعنوي، ويتمثل بنية التهرب من أحكام قانون معرفة معين الاستفادة من أحكام قانون آخر.

ونتيجة هذا الغش تتمثل في استبعاد تطبيق القانون الذي تم الغش أو الاحتيال لأجل تطبيقه، ومن ثمَّ تطبيق القانون الذي تم الغش لأجل استبعاده، وهذه الحالة من الناحية العملية غير ذات جدوى ذلك أن المتعاقدين يستطيعان أعمال ضابط الإرادة، واختيار قانون موطن أحدهما إذا كان يحقق المصالح التي يريدان تحقيقها^(٣).

ثالثاً- ضابط المكان:

نصّت المادة (٢٠) من القانون المدني المصري رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٨ على أنه «العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية؛ كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك». فوفقاً لنص هذه المادة فإن على القاضي في حال غياب الضابطين سابق الذكر أن يُعمل الضابط الأخير، وهو ضابط مكان إبرام العقد.

وتبدولنا المشكلة بوضوح بمجرد أن ندرك أن هذا المكان وهمي وافتراضي، فهو الفضاء الإلكتروني الذي لا يحتل حيزاً مكانياً معيناً، وهو ما دفع المشرع المصري إلى وضع معيار يحدّد على أساسه مكان انعقاد ذلك العقد بصورة افتراضية^(٤).

ولما كان العقد الإلكتروني ينعقد مثل غيره بتطابق القبول مع الإيجاب، فإن ذلك يعني أن صدور القبول بمقتضى رسالة إلكترونية مَمَّن وجه إليه الإيجاب يجعل العقد منعقداً، أما مكان انعقاده فهو

(١) د. أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني - الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال معلقاً على نصوصها بالفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٢٥٩.

(٢) د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٤٦.

(٣) د. أمجد منصور النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، ط١، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٣م، ص ١٢٦.

(٤) د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع (التركيز على البيع عبر المسافات والبيع بالتلفزيون)، ط١، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٦م، ص ٢٦.

ليس مكان صدور القبول وإنما المكان الذي يوجد فيه مقرّ عمل القابل. وفي حالة عدم وجود مقرّ عمل له فمكان إقامته، وإذا كان له أكثر من مقرّ عمل فيعتدّ بمقرّ العمل الذي يكون أكثر ارتباطاً بالعقد الإلكتروني الذي يشتمل على عنصر أجنبي^(١).

ففي حال غياب ضابطي الإرادة والموطن المشترك فإن أعمال ضابط المكان مؤداه تطبيق قانون مقرّ عمل القابل، وإلا فقانون مكان إقامته لكونه قانون المكان الذي تم فيه العقد وفقاً لأحكام القانون المدني المصري.

وزيادة في التوضيح ولإثبات صحة العلاقة بين المتعاقدين التي ذكرتها المادة (٩٧) من القانون المدني^(٢)، فلو أن (س) مقيم في البحرين ومقرّ عمله في الكويت، بينما (ص) مقيم في مصر ومقرّ عمله في فرنسا، وقام هذا الأخير وهو في الصين بإعداد رسالة الكترونية تتضمن إيجاباً، وأعطى أمراً الكترونياً للحاسب الآلي بإرسالها إلى (س) فإنه يكون قد أرسلها حكماً من مقرّ عمله وهو فرنسا، ويكون (س) قد تسلّمها حكماً في الكويت، وإن تصفّحها وردّ عليها وهو في الهند بواسطة بريده الإلكتروني، وعليه يكون مكان انعقاد العقد هو المكان الحكمي للقبول وهو الكويت وليس المكان الذي يوجد فيه (س) حقيقة وهو الهند، وعلّة ذلك أنه لا يعتدّ بالحيز المكاني الفعلي في تحديد مكان الانعقاد؛ لأن العقد الإلكتروني ينعقد في البيئة الإلكترونية (الإنترنت) ولا يتجاوزها إلى الارتباط بالمكان الذي يوجد فيه أي من أطرافه، وقد ترتب على ذلك عدم اعتداد المشرّع بالحيز المكاني بجعله ضابطاً لتحديد مكان انعقاد العقد واعتداده بالمكان الحكمي للانعقاد وهو مقرّ عمل القابل فإن لم يوجد فمكان إقامته^(٣).

المطلب الثاني موقف المشرع البحريني من تطبيق القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني

يخضع العقد الإلكتروني الدولي للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم، أو للموطن المشترك بين المتعاقدين، أو لقانون مكان إبرام العقد، وتلك هي القاعدة الأصلية التي تقرّها النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية^(٤).

(١) د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص١٤٢.

(٢) نصّت المادة (٩٧) من القانون المدني المصري على أنه: «١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول».

(٣) د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، رسالة دكتوراه بعنوان (أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص٢٢٢.

(٤) د. خالد عبدالفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٧٢.

فالعقد الإلكتروني الدولي كقاعدة عامة يخضع لما يعرف بقانون إرادة المتعاقدين؛ إذ تُعدُّ إرادة الأطراف هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية^(١)، ولكي تطبق هذه القاعدة على العقد الإلكتروني يجب توفر شروط معينة^(٢).

وإن فكرة خضوع العقد لقانون الإرادة فكرة قديمة ترجع للفقهاء والمحامي (ديمولان)^(٣)، فحق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يخضع له العقد الدولي يُردُّ أساسه إلى مبدأ حرية التعاقد التي تخوّل المتعاقدين الحرية المطلقة في تنظيم اتفاهم على النحو الذي يرونه مناسباً، وهذا الاختيار وفق منظور النظرية الشخصية، هو اختيار مادي؛ لأنه يؤدي إلى اندماج القانون المختار ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية التي يستطيع المتعاقدان الاتفاق على خلافها، فيما تستند قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الإلكتروني إلى قوة القانون الذي منح الإرادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وهو ما يعرف بالاختيار التنازعي والذي تكلمنا عليه في المطلب الأول من هذا المبحث، ووفق منظور النظرية الموضوعية^(٤).

وبداية يمكن القول أن المشرّع البحريني قد بين أحكام العقد في القانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، وذلك بنصّه على قاعدة خاصة لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد من حيث عدم مخالفة النظام العام في المادة (٥)، والشروط الموضوعية والشكلية للالتزامات العقدية في المادة (١٧).

والملاحظ على هذه النصوص أنّ المشرّع البحريني أتى بتعدّد متدرّج، فهناك إسناد أول يحلّ مكانه عند عدم توافر ضابط آخر؛ إذ إن صياغة النص قد قدّمت الموطن المشترك للمتعاقدين، وتلاه محل آخر هو قانون الدولة التي أبرم بها العقد، في حين تلاه القانون المتفق عليه بين المتعاقدين. إلا أن هذا التدرج لا يعني أنه لا يجوز تقديم وتأخير حسب التسلسل المارّ ذكره، بل التدرّج حسب ما يمليه معنى النص، وهو إعطاء الاختصاص بالالتزامات التعاقدية أولاً إلى القانون المختار، وعند غياب الإرادة يصار إلى تطبيق قانون الموطن المشترك، وعند عدم وجود موطن مشترك للمتعاقدين، يصار إلى العمل بالضابط الثالث وهو محلّ إبرام العقد^(٥).

وسوف نتناول في هذا المطلب ضابط الإسناد على التدرج الآتي:

- ضابط إرادة المتعاقدين.

- ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين.

- (١) د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م، ص ١٩.
- (٢) د. أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، معاملة الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، المرافعات المدنية الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٢٣١.
- (٣) د. فراس كريم شيخان، بحث بعنوان (أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية)، منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة الثامنة، العدد التاسع والعشرون، آذار/ ٢٠١٦م، جمادى الآخر/ ١٤٣٧هـ، ص ٢٢٨.
- (٤) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية الموضوعية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٥٧.
- (٥) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٥م، ص ١٥١.

- ضابط المكان.

أولاً- ضابط إرادة المتعاقدين:

نصت الفقرة الثانية المادة (١٧) القانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي على أنه: «يجوز أن يختار المتعاقدان لكل جزء من العقد قانوناً واجب التطبيق إذا كان هذا الجزء قابلاً للانفصال عن باقي أجزاء العقد». نلاحظ أن هذا النص هو الأقرب إلى ضابط الإسناد الذي يتمثل بإرادة المتعاقدين من خلال ماتضمنته من عبارة (ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه) في فقرته الأولى والثانية.

فالعمول به في جميع التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية، أن موضوع العقد يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة، أو ضمناً، وهذه القاعدة أعطت لإرادة المتعاقدين الحرية باختيار القانون الذي يعتقدون أنه الأنسب لموضوع النزاع^(١).

وهذه الإرادة تحدّد القانون واجب التطبيق الذي يحكم العلاقة العقدية بين الأطراف بإضافة بند خاص في بنود العقد الإلكتروني، وبالفعل جرى العمل على ذلك بقيام بعض المواقع بإضافة هذا البند في عقودها^(٢).

والأصل أن يكون اختيار القانون واجب التطبيق وتحديده باتفاق صريح بين الأطراف، بتضمن العقد شرطاً صريحاً ينص على ذلك، أو باتفاق لاحق مستقل، وهذا التحديد يمثل عنصر أمان قانوني للأطراف، فهم يعرفون مقدماً القانون واجب التطبيق على أيّ نزاع حول العقد المبرم بينهما^(٣).

والإرادة تكون صريحة بالنص عليها في سند العقد الإلكتروني، ويجب أن تكون هناك إمكانية بحفظ مضمونه على جهاز المتعاقد بصورة دائمة، تضمن السلامة حتى يمكن الاعتداد بهذا النص^(٤). وقد لا يُنص صراحة على القانون واجب التطبيق في العقد، بل تترك الحرية لإرادة الأطراف عند حدوث نزاع بينهما، أو ضمناً تستقضي الإرادة من ظروف التعاقد، أو المحكمة المعروض عليها النزاع، أو لغة العقد، أو عملة الدفع وهذه مسألة تقديرية لقاضي الموضوع^(٥).

وإخضاع العقد لقانون الإرادة لا يزال الحالة السائدة فقهاً، وقضاً، وتشريعاً، ويتعين قانون العقد بالإرادة الصريحة أو الضمنية، ويمكن للمتعاقدين إخضاع عقدهم لقانون دولة معينة، تعترف

(١) يحيى يوسف فلاح، رسالة ماجستير بعنوان (التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٧م، ص ٦٧.

(٢) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص ١٩.

(٣) د. سمير حامد عبدالعزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٧٦.

(٤) د. صابر عبدالعزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٦٧.

(٥) د. بشّار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، ط ١، عالم الكتب، إربد، ٢٠٠٤م، ص ٢٥٢.

بصحة المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، أو تمكينهم من إخضاع عقدهم إلى عقد نموذجي معترف به في الأوساط التجارية، ويمكن للأطراف اختيار قانون يحكم العقد بجملته، واختيار قوانين أخرى تحكم بعض جوانبه، ولا يشترط لاختيار الأطراف القانون واجب التطبيق وجود صلة حقيقية بينه وبين موضوع العقد، وهذا الاختيار ينصّ على القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع. وبالرغم من حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، فإن ذلك مقيّد بعدم تعارضه مع النظام العام^(١).

هذا ومن المعروف في القانون البحريني أن القانون الأجنبي وإن كان من اختيار الأطراف المتعاقدين وبارادتهم، فهو لا يطبق إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب، وهذا ما نصّت عليه المادة (٥) من القانون القانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي بقولها: «يشترط في القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ألا تكون أحكامه مخالفة للنظام العام في المملكة».

نلاحظ من خلال هذا النص أن القاضي البحريني عندما تشير قاعدة الإسناد في القانون البحريني إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، يحاول أن يتعرف إلى مضمونه، وعندما يجد أنه يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في مملكة البحرين ففي هذه الحالة يستبعد تطبيقه باسم النظام العام. أي أن الاختصاص ينعقد للقانون الأجنبي بحكم النزاع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير بتطبيقه بوصفه القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية محلّ النزاع، غير أن مضمون هذا القانون قد يتعارض مع المفاهيم الأساسية والمبادئ القانونية المستقرّة عليها في دولة القاضي وهنا على القاضي استبعاده بسبب مخالفته للنظام العام.

ولكن تمتّع القاضي بسلطة تخوّله تحديد فكرة النظام العام، لا يعني أنه بمقدوره أن يفرض رأيه الشخصي، بل يجب عليه أن يتقيّد بالنصوص القانونية التي ذكرت ما هو معارض للنظام العام أو ملائم له^(٢).

ثانياً-ضابط الموطن المشترك:

نصّت المادة (١٧) من القانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي على أنه: «١- يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية والشكلية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، ...».

(١) د. صالح المنزلاوي، بحث بعنوان (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية)، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد السابع والثلاثون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٥م، ص ٢٨٩.

(٢) د. سلطان عبد الله محمود، بحث بعنوان (الدفع بالنظام العام وأثره)، منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٢)، العدد الثالث والأربعون، ٢٠١٠م، ص ٩١.

يتضح من هذا النص في الفقرة الأولى أنه إذا لم يتفق الأطراف صراحة على القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني المبرم بينهم، وتعذر استخلاص الإرادة الضمنية لهم في هذا الشأن، فلا يكون ذلك مسوغاً للقاضي البحريني بالامتناع عن الفصل في النزاع المعروف أمامه، وإلاَّ عدَّ منكرًا للعدالة، فيجب عليه أن يستعرض القوانين المتزاحمة لحكم النزاع، وبذل الاجتهاد اللازم للوصول إلى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، بالاعتماد على ما قصده المتعاقدان، والقاضي هنا لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يلجأ إلى القرائن المستمدة من ظروف الرابطة العقدية. فإرادة القاضي تعين القانون واجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد، ويقوم بعد ذلك بتعيين هذا القانون عن طريق ضوابط معينة ومعلومة سلفاً للمتعاقدين كالموطن المشترك لهما^(١).

وفي حال لم يتمكن القاضي من معرفة ضابط الموطن المشترك يلجأ إلى الاستعانة بلغة العقد، أو العملة المتفق عليها لدفع الثمن من خلالها، وإلى المبادئ العامة في حالة تنازع القوانين^(٢).

ثالثاً-ضابط المكان:

نصّت المادة (١٥) على أنه: «١-يسري على حيازة العقار وملكيته والحقوق العينية التي تترتب عليه وطرق كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها، والتصرفات المتعلقة بالعقار من حيث الشكل قانون موقع العقار، ٢-يسري على التصرفات المتعلقة بالعقار من حيث الشروط الموضوعية لانعقادها ومن حيث الآثار التي يترتب عليها قانون موقع العقار، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه^(٣)».

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرّع البحريني قد جاء بتدرج ضابط الإسناد؛ إذ قال إنه يسري على العقد من حيث الموضوع بجواز سريان القانون الذي يخضع له العقد في أحكامه الموضوعية، ثم تلاه من حيث الشكل بقانون البلد الذي تم فيه، ثم ختم بالقول بأنه يجوز سريان موطن المتعاقدين أو قانونهما المشترك^(٤).

إن لموضوع تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة نظراً إلى تعلق المسألة بطبيعة الوسط الإلكتروني من جهة وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، ممّا يترتب على ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية كمعرفة المحكمة المختصة مكانياً

(١) يحيى يوسف فلاح، رسالة ماجستير بعنوان (التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية)، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٣) وينطبق على هذا الضابط نص الفقرة الأولى المادة (١٧) سابقة الذكر بقولها: «يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية والشكلية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين،.....».

(٤) انظر أكثر تفصيلاً: د. علاء الدين محمد ذيب عباينة، تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي (دراسة مقارنة في القانون البحريني والمقارن)، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠٠٨م، ص ٢٦٢.

في حالة وجود أي نزاع^(١) حول العقد والقانون واجب التطبيق في حالة التنازع الدولي بين القوانين^(٢). والقاضي هنا لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يلجأ إلى القرائن المستمدة من ظروف الرابطة العقدية، فإرادة القاضي تعيين القانون واجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد. ويقوم بعد ذلك بتعين هذا القانون عن طريق ضوابط معينة ومعلومة سلفاً للمتعاقدين، كمكان إبرام العقد، أو تنفيذه، وفي حال لم يتمكن القاضي من معرفة ضابط المكان، كالموطن المشترك يلجأ إلى الاستعانة بلغة العقد، أو العملة المتفق عليها لدفع الثمن من خلالها، وإلى المبادئ العامة في حالة تنازع القوانين^(٣).

ونرى أنّ العقد الإلكتروني يتطلب تضافر الجهود على المستويين الدولي والإقليمي، في مسعى لوضع القواعد القانونية، التي تنظم هذه المعاملات بصورة لا تتعارض مع القواعد القانونية المختلفة، مع ضمان عدم إمكانية التحايل على القواعد الوطنية، وفي نفسه الوقت مراعاة الأنظمة القانونية، والاجتماعية، والاقتصادية المختلفة.

الخاتمة:

بعد أن أتمنا هذا البحث بعون الله توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً- النتائج:

العقد الإلكتروني هو نوع من العقود المبرمة عن بُعد ما بين أشخاص غائبين من حيث الزمان والمكان باستخدام وسيلة اتصال فوري وهي الإنترنت، وهذا التعاقد يتم بالكتابة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية أو بالصوت عبر تبادل الحديث عبر الشبكة أو عبر استخدام تقنية تبادل الصوت والصورة معا، وهو عقد متميز بالطريقة التي ينعقد فيها حيث يتلاقى الإيجاب والقبول على الشبكة الإلكترونية العالمية.

إن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي من حيث الأركان وشروط صحته والأثر المترتب عليه، وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يُبرم بها؛ إذ يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، فينعقد بتلاقي الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بُعد. ومتى كان العقد الإلكتروني لا يعدو أن يكون عقداً عادياً لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي ينعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت، فإنه يلزم أن نعرض للتنظيم الذي وضعه المشرع للعقد، كذلك للعقد الإلكتروني.

(١) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ١٤٨.

(٢) د. عبدالعزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، بدون دار نشر، ٢٠٠٥م، ص ٢٧.

(٣) انظر: د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ١٢٠.

تبقى حرية الأطراف مقيّدة فتناعة القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي مرهونة في أن لا يكون القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام والآداب في بلده، وبذلك ممكن أن يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون مكان إبرام العقد.

إن إرادة قاضي الموضوع تعيين القانون واجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد، ويقوم بعد ذلك بتعيين هذا القانون عن طريق ضوابط معينة ومعلومة سلفاً للمتعاقدين، كمكان إبرام العقد، أو تنفيذه.

ثانياً- التوصيات:

نوصي المشرّع البحريني بإضافة نصّ في القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، يتضمن القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونية، أسوةً بالعقود المذكورة في نصوص هذا القانون^(١).

نقترح على التشريعات العربية أسوةً بالتشريعات الأوروبية إصدار قانون موحد يتعلّق بالعقود الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية، كتوجيه البرلمان الأوروبي رقم (٠٧/٩٧) لسنة ١٩٩٧م، ويكون أساساً لتحديد القانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود؛ لأن إبرام العقود الإلكترونية ليس له حدود تمييز بين دولة عربية وأخرى، على الأقل ضمن حدود الوطن العربي، وذلك لمواكبة التطور الهائل في العالم الافتراضي، وخاصة بعد ظهور وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة.

نوصي بضرورة معالجة التشريعات العربية، وخاصة التشريعات المقارنة موضوع البحث لتوعية الأفراد حول المعاملات الإلكترونية والعقد الإلكتروني من خلال وسائل الإعلام المرئية وغير المرئية، ونشر ثقافة التعاقد الإلكتروني بأسس قانونية وعلمية ترتقي إلى مستوى هذا التعاقد.

(١) انظر: عقود البورصات في المادة (١٨)، وعقد العمل في المادة (١٩)، وعقود الترخيص (الفرننتشايز) في المادة (٢٠)، وعقود الوكالة والتمثيل التجاري في المادة (٢١)، عقود المستهلك في المادة (٢٢)، الخ.

المراجع:

أولاً-مراجع اللغة العربية:

الشيخ أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، ج٤، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩.
الإمام جمال الدين بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري (المتوفى-٧١١هـ)، لسان العرب (مادة عقد)، ج٣، دار صادر، بيروت، لا توجد سنة طبع.

ثانياً-الكتب القانونية:

أ-الكتب القانونية العامة:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- د. أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، ط٢، مطبعة الكرامة، الرباط، ٢٠٠٢م.
- د. أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، معاملة الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، المرافعات المدنية الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- د. أمجد منصور النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، ط١، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٣م.
- د. أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني - الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال معلقاً على نصوصها بالفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- د. بدر الدين عبد المنعم، د. هشام خالد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تتنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٥م.
- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٥م.
- د. خالد عبدالفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- د. صفوت أحمد عبدالحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م.
- د. فيصل محمد كمال، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.

د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط ١، دار ومكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٢م.
د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

ب-الكتب القانونية المتخصصة:

- د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩م.
د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
د. الطاهر قوشي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، بحث في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
د. إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م.
د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
د. أيمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية (دراسة تطبيقية مقارنة للتعاقد عبر الإنترنت) دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠م.
د. بشّار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، ط ١، عالم الكتب، إربد، ٢٠٠٤م.
د. بشّار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية، تحقيق: محمد يحيى المحاسنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٠م.
د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
د. صابر عبدالعزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
د. صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ط ١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
د. ضياء علي أحمد نعمّان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة، ج ٢، ط ١، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ٢٠١٠م.
د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠م.
د. عبدالعزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، دون دار نشر، ٢٠٠٥م.

- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- د. علاء الدين محمد ذيب عبانة، تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي (دراسة مقارنة في القانون البحريني والمقارن)، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠٠٨م.
- د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.
- د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع (التركيز على البيع عبر المسافات والبيع بالتلفزيون)، ط ١، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٦م.
- د. محمد حسام محمود لطفى، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- د. محمد خالد جمال، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية في العالم، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.
- د. محمد عبدالله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
- د. محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦م.
- د. نعوم السيوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار المستقبل للطباعة، دمشق، ١٩٨٢م.
- د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩م.
- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م.

ثالثاً- الرسائل العلمية:

- أسماء واعظ، رسالة دبلوم ماستر بعنوان (الحماية المدنية لعقود التجارة الإلكترونية)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، ٢٠١١م.
- د. خالد ممدوح إبراهيم محمد، رسالة دكتوراه بعنوان (إبرام العقد الإلكتروني)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، رسالة دكتوراه بعنوان (أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- يحيى يوسف فلاح، رسالة ماجستير بعنوان (التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٧م.

رابعاً- الدوريات والمجلات العلمية:

د. إبراهيم الرواشدة، بحث بعنوان (التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة والقانون واجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها)، منشور في المجلة العربية للنشر العلمي، العدد (٢٥)، ٢/ تشرين الثاني/ ٢٠٢٠م.

د. أحمد صادق القشيري، بحث بعنوان (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص)، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ١٩٦٨م.

أزهار محمود لهمود، بحث بعنوان (القانون واجب التطبيق في منازعات العقود الدولية)، منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الرابع والثلاثون، ٢٠٢٠م.

د. سلطان عبدالله محمود، بحث بعنوان (الدفع بالنظام العام وأثره)، منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٢)، العدد الثالث والأربعون، ٢٠١٠م.

د. صادق زغير محيسن، بحث بعنوان (الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية)، منشور في مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد العاشر، العدد الثالث، أيلول/ ٢٠١٥.

د. صالح المنزلاوي، بحث بعنوان (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية)، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد السابع والثلاثون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٥م.

د. فراس كريم شيخان، بحث بعنوان (أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية)، منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة الثامنة، العدد التاسع والعشرون، آذار/ ٢٠١٦م، الموافق جمادى الآخر/ ١٤٣٧هـ.

د. محمد وليد هاشم المصري، بحث بعنوان (العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة)، منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (٢٠)، يناير/ ٢٠٠٣م.

د. مهند عزمي أبو مغلي، د. منصور عبد السلام الصراير، بحث بعنوان (القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي)، منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (٤١)، العدد الثاني، ٢٠١٤م.

خامساً- المؤتمرات العلمية:

د. أحمد عبد الكريم سلامة، بحث بعنوان (الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق ام تلاقى)، مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، مايو/ ٢٠٠٠.

سادساً- الاتفاقيات الدولية:

اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠م.

سابعاً-التشريعات والقوانين:

أ-التشريعات والقوانين المصرية:

القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
القانون المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني.

ب-التشريعات والقوانين البحرينية:

القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠١٨.
القانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي.

ت- التشريعات والقوانين العربية:

القانون الاتحادي الإماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات الإلكترونية.
قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي المرقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ العقد الإلكتروني.

ث-التشريعات والقوانين الأجنبية:

القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ (الأونسترال).
توجيه البرلمان الأوروبي رقم (٠٧/٩٧) لسنة ١٩٩٧م.

تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد "دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني"

أ.د. أحمد إبراهيم الحيارى

أستاذ القانون المدني في الجامعة الأردنية

المقدمة

جاءت فكرة كتابة هذا البحث بعد مشاركتي في الورشة التي نظّمها المجلس الاقتصادي في مملكة البحرين بعنوان «التعديلات الحديثة على القانون المدني الفرنسي» التي عُقدت في الفترة الواقعة بين ٢٤-٢٥/١١/٢٠٢١، فقد عُهد إليّ بشرح التعديلات المتعلقة بكل من إبرام العقد وتفسيره وآثاره، فرأيت والجهة المنظمة لهذه الورشة أن تعميم الفائدة وتكريسها يقتضي إعداد بحث علمي يعرض التعديلات ذات العلاقة في القانون المدني الفرنسي وما يقابلها في القانون المدني البحريني (إن وجد) في دراسة تحليلية مقارنة تهدف إلى التعرف إلى هذه التعديلات، وبيان مدى الحاجة لتعديل نصوص القانون المدني البحريني فيما لو قررت الجهات المختصة في مملكة البحرين تعديل نصوص هذا القانون.

فبعد أكثر من قرنين على صدوره خضع قانون نابليون لأكبر تعديل على نصوصه بالمرسوم رقم ١٣٠ لسنة ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٦ وقانون التصديق لعام ٢٠١٨، وقد شمل هذا التعديل ٣٥٤ مادة من مواد القانون المدني الفرنسي تعلّقت بالعقود والأحكام العامة للالتزامات، لكن هذه التعديلات تفاوتت بالأهمية؛ فبعضها شكلي اقتصر على الصياغة والتبويب، وبعضها جوهري تمثل في تعديلات جذرية في أحكام القانون المدني واستحداث أحكام جديدة^١.

وقد وردت أهداف هذه التعديلات في التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسية الذي يستخلص منه بأن الهدف العام لهذا التعديل هو تطوير القانون المدني الفرنسي وتبسيطه بما يكفل استرداده لمركز الصدارة من جهة، وضمان الأمان القانوني وفعالية المبادئ التي يقوم عليها من جهة أخرى،

١. حول مسوّغات ومضمون التعديلات الواردة على القانون المدني الفرنسي انظر:

Nicolas Molfessis, Droit des contrats: Que vive la réforme, La Semaine Juridique- édition Générale, n° 7, 15 Février 2016, p : 321- 322 ; Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, édition Francis Lefebvre 2016, n° : 1632- , p : 16- 25 ; Nicolas MOLFESSIS, Droit des contrats:»La réforme tranche le débat sur le moment de la formation du contrat», <http://www.actuel-direction-juridique.fr/content/droit-des-contrats-la-reforme-tranche-le-debat-concernant-le-moment-de-la-formation-du#skip-link> [consulté le 25/02/2017]; Pierre SIRINELLI, Frédéric DANOS, Isabelle EID, Ordonnance portant réforme du code civil du 10 Février 2016 : Ce qui va changer et quand, Webinar du 16 Mars 2016, https://www.dlapiper.com/~media/Files/Other/2016/Webinar_%20Code_Civil_16mars%202016.PDF [consulté le 14/04/2017] ;

وذلك في محاولة للتوفيق بين العدالة والفائدة؛ العدالة بحماية الطرف الضعيف والفائدة بتبسيط القواعد وتجنب النزاعات¹.

أهمية الدراسة:

القانون المدني الفرنسي يُعدّ من أعرق التشريعات الوضعية، ويشكّل المنبع الذي استمدّت منه العديد من الدول العربية قوانينها المدنية أو تأثرت به؛ فكان من الضروري الوقوف على التغييرات الحديثة التي طرأت عليه ودراستها بعناية لاستشراف تأثيرها على هذه القوانين بوجه عام وعلى القانون المدني البحريني بشكل خاص، والبحث في إمكانية تطوير تلك التشريعات.

أهداف الدراسة:

أعدّ هذا البحث لبيان نطاق التعديلات الحديثة التي أجريت على القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق ببعض جوانب إبرامه وآثاره وتحليلها ومقارنتها بأحكام العقد في القانون المدني البحريني، حيث سيعرض الباحث النصوص المعدلة ويحدّد مضمونها، مع الإشارة إلى الأحكام المناظرة لها في القانون المدني البحريني (إن وجدت) لبيان أوجه التشابه والاختلاف بينها، ومدى الحاجة إلى تعديل بعض نصوص القانون المدني البحريني، وذلك في دراسة عامة تؤسس لأبحاث مستقبلية أعمق تعالج بعض المسائل الفرعية والتفصيلية ضمن هذا الإطار.

تساؤلات الدراسة وفرضياتها:

تقوم هذه الدراسة على فرضية أن تعديل القانون المدني الفرنسي يشكّل ثمرة لفترة طويلة من تطبيق قانون يشكل قوام المدرسة اللاتينية السائدة في العديد من الدول، وبذلك يفترض أن يعكس التعديل أحدث التوجّهات القضائية والاجتهادات الفقهية التي تمت منذ وضعه، بالإضافة إلى الأحكام الواردة في القوانين الأجنبية وبشكل خاص الأوروبية منها، لاستحالة تناول جميع تلك التعديلات ستقتصر الدراسة على تحديد نطاق هذه التعديلات فيما يتعلّق بمرحلة إبرام العقد وأهم آثاره، من خلال الإجابة عن مجموعة من الأسئلة أهمها:

- ١- ما مضمون التعديلات الواردة في المواد محلّ الدراسة المتعلقة ببعض جوانب إبرام العقد وآثاره؟
- ٢- ما الذي أضافه التعديل إلى المبادئ التي كرّسها القضاء الفرنسي قبل التعديل؟
- ٣- هل تضمّن القانون المدني البحريني تنظيمًا مشابهًا، ولو جزئيًا؟
- ٤- ما الأحكام والمبادئ الحديثة التي يحسن بالمشرع البحريني تبنيها؟

1. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op. cit, p 16 et s.

منهجية البحث:

تقوم هذه الدراسة بشكل رئيسي على المنهج الوصفي والتحليلي بعرض النصوص المعدلة في القانون المدني الفرنسي وما يقابلها في القانون المدني البحريني، وتحليل جميع هذه النصوص. كما سٌيستعان بالمنهج المقارن لبيان أوجه الشبه والاختلاف مع نصوص القانون المدني البحريني، وامكانية الاستفادة من التعديلات الحديثة في القانون المدني الفرنسي باستكمال أو استحداث مبادئ مناظرة.

نطاق الدراسة:

يقتصر هذا البحث على دراسة النصوص المعدلة في القانون المدني الفرنسي التي تناولت إبرام العقد (المواد 1122-1127/6) وبعض آثاره (المواد 1188-1209) وما يقابلها في القانون المدني البحريني (إن وجد) وما يتوافر من دراسات فقهية وشروحات حولها، دون التعمق في التفصيلات الدقيقة للمسائل التي تناولها.

خطة البحث:

مرحلة إبرام العقد من المراحل الجوهرية في العملية التعاقدية التي يتوقف عليها تحديد آثاره؛ لذا سنخصّص الفصل الأول لهذا الموضوع، فيما نعالج آثار العقد في الفصل الثاني.

الفصل الأول إبرام العقد

قسّم المشرع الفرنسي الجزء المخصص لإنشاء العقد الى قسمين فرعيين؛ تكوين العقد وصحة العقد. وعالج في القسم الأول كلاً من: المفاوضات، والإيجاب والقبول، والوعد بالتعاقد والوعد بالفضيل، وأحكام خاصة بالعقود التي تبرم بوسيلة الكترونية. أما القسم الثاني فتناول المسائل الآتية: وجود التراضي، والأهلية والنيابة، وعيوب الرضا، ومضمون العقد، والشكليات، والجزاء. حيث يقتصر هذا المبحث على ما ورد في القسم الأول، وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الصورة التقليدية لإبرام العقد أن يتم فوراً ولمجرد توافق إرادات عاقيه، إلا أن الواقع العملي يظهر أن إبرام العقد يسبقه مرحلة ذات أهمية بالغة تساهم إلى حد بعيد بتفسيره وتحديد نطاقه؛ لذا ستخصّص لهذه المرحلة المبحث الأول من هذه الدراسة، لنتناول «إبرام العقد بالمعنى الدقيق» في الفصل الثاني.

المبحث الأول المرحلة السابقة للتعاقد

تتمثل المرحلة السابقة للتعاقد بالمفاوضات. ويتم التفاوض عادة خارج الإطار العقدي أو ما يُطلق عليه «المرحلة غير التعاقدية للمفاوضات» أو المفاوضات العقدية بالمعنى التقليدي لهذا المصطلح، كما يمكن أن يتم التفاوض من خلال عقود تمهد لإبرام عقود أخرى، كما هو الحال بالنسبة إلى الوعد بالتعاقد والوعد بالترفضيل اللذين يجسدان ما يسمى «المرحلة التعاقدية للمفاوضات»¹. وعليه فقد ارتأى الباحث أن يقسم الفصل إلى مطلبين؛ يخصّص الأول للمرحلة غير التعاقدية للتفاوض فيما يتناول الثاني المرحلة التعاقدية للتفاوض.

المطلب الأول المرحلة غير التعاقدية للتفاوض

كانت المادة (1/1134) من القانون المدني الفرنسي (المفاعة) تنصّ على وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وهذا النصّ يشابه نص الفقرة الأولى من المادة (129) من القانون المدني البحريني التي تقضي بوجوب «تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشفرف التعامل». وفي التعديلات الأخيرة أخضع المشرع الفرنسي المرحلة السابقة للتعاقد لهذا المبدأ (الفرع الأول).

كما قنن المشرع الفرنسي تطبيقين لهذا المبدأ² وهما؛ الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد والالتزام بالسرية، إلا أنه لم يعطهما ذات الأهمية. فقد أفرد القانون الجديد نصاً خاصاً لمبدأ السرية؛ فنصّت المادة (2/1112) من القانون المدني على مسؤولية من يستخدم أو يفشي المعلومات السرية التي حصل عليها خلال فترة التفاوض دون ترخيص (من صاحبها)، إلا أنها أحالت تنظيم هذا الالتزام للقواعد العامة. وقد جاء هذا النص لتأكيد الاجتهادات القضائية السابقة، إذ سبق للمحاكم الفرنسية أن قضت بأنّ على المفاوض أن لا يستغلّ المعلومات التي حصل عليها من الطرف الآخر في أثناء فترة التفاوض، لغايات شخصية أو يزود بها شخصاً آخر منافساً، وتقوم هذه المسؤولية حتى ولو لم يكن بين المتفاوضين اتفاقاً بالمحافظة على سرية هذه المعلومات، وسواء طلبها المفاوض أو علم بها بمناسبة التفاوض³. بالمقابل، كان تنظيم المشرع الفرنسي للالتزام بالإعلام السابق للتعاقد أكثر أهمية؛ ممّا يسوّغ أن نخصص له الفرع الثاني من هذا المطلب.

1. Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, n° : 15, p : 67-, <http://www.mekki.fr/files/sites/3709/2015//formation-du-contrat-S%C3%A9oul.pdf>, [consulté le 15/2017/04/]

2. Pierre SIRINELLI, Frédéric DANOS, Isabelle EID, Ordonnance portant réforme du code civil du 10 Février 2016 : Ce qui va changer et quand, op. cit.; Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n°: 133134-, p: 4950-; Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit. , n° : 15, p : 7

3. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 186187-, p: 7071-

الفرع الأول خضوع المفاوضات لمبدأ حسن النية

يسبق إبرام العقد عادة فترة يقوم الأطراف الراغبون بالتعاقد خلالها بتبادل وجهات النظر وتقديم الاقتراحات ومناقشتها، ولهذه المرحلة أهمية كبيرة في تحديد مضمون العقد وتحقيق التوازن العقدي^١، لكن مع أهمية هذه المرحلة ألا أن بعض الدول ومنها مملكة البحرين، لم تنظمها تشريعياً. أما القانون المدني الفرنسي الجديد فيوجب مراعاة هذا المبدأ في المرحلة السابقة لتنفيذ العقد؛ مما يقتضي تحديد نطاق هذا الحكم وبيان الجزاء المترتب على مخالفته.

أولاً: التوسع في تطبيق مبدأ حسن النية.

تنص الفقرة الأولى من المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي على ضرورة أن يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، وتوجب أن يراعى في هذه المسائل مقتضيات حسن النية. كما أكد المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة (١١٠٤) من هذا القانون، ووسّع نطاقه ليشمل مرحلة إبرام العقد، إضافة إلى مرحلتي التفاوض والتنفيذ، وعدّ هذا المبدأ من النظام العام، وبذلك كرّس المشرع الفرنسي ما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي حول المفاوضات التعاقدية^٢ الذي كان يفرض الأمانة في المفاوضات العقدية ويتطلب التزاماً بالنزاهة، واتخذ عدة صور منها الالتزام بالتحذير والالتزام بالنصيحة، إلا أن النصّ الجديد اتّسم بالعموم؛ ليشمل كل هذه الصور، ووسع مظلمته لتشمل أيضاً مرحلة إبرام العقد، كما حرص المشرع الفرنسي على التأكيد على أن هذا المبدأ من النظام العام^٣.

ثانياً: الجزاء المترتب على مخالفة مبدأ حسن النية.

مباشرة المفاوضات وإدارتها وقطعها بحدّ ذاته لا يشكل خطأ؛ بل هو حقّ لكل متفاوض يقتضيه مبدأ حرية التعاقد^٤، إلا أن ممارسة هذا الحق في ظروف معينة قد يشكل خطأ، ويعدّ قطع المفاوضات خاطئاً بوجه خاص إذا كان تعسفياً وصدر القرار بسوء نية^٥. وهذا ما أكدّه المشرع الفرنسي في المادة

١. د.عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية/الالتزامات، الطبعة الأولى الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن؛ ٢٠٠٩، فقرة (١٠٥)، ص: ٩٢. د.أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، منشورات جامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٢٥، ٢٠٠١، فقرة: ٧٥-٩٦، ص: ٢٥٦ وما يلي؛ د.مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠.

٢. في عرض لأهم التطبيقات القضائية في هذا المجال انظر:

Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, (Ordonnance n° 2016131- du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 13861- du code civil, © Editions Dalloz, 2017, p: 4

3. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 161, p: 60

٤. د.عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية/الالتزامات، م س، فقرة (١٠٥)، ص: ٩٢

5. Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n° : 15 , p :7

(١١١٢) من القانون المدني موجباً التعويض على من يصدر عنه هذا الخطأ، على أن ينحصر هذا التعويض بالخسارة الحقيقية؛ فلا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه ولا فوات فرصة الحصول على هذه المزايا. ويبرر هذا الحكم بعدة اعتبارات أهمها: علاقة السببية، واختلاف الخطأ في ممارسة حق قطع المفاوضات عن قطع المفاوضات بحد ذاته، والحرية العقدية وعدم ترتيب نتائج الإخلال بعقد قائم على عقد لم يبرم بعد^١. وينسجم نظام التعويض عن قطع المفاوضات السابقة للتعاقد وفق التعديلات الأخيرة مع الاجتهاد القضائي السابق، إلا أن المشرع لم يحدّد طبيعة المسؤولية التي ينشأ عنها الالتزام بالتعويض وينهي الخلاف الفقهي حول هذه المسألة^٢، لكن الرأي الراجح يذهب إلى أن المسؤولية المترتبة على القطع التعسفي للمفاوضات العقدية ستكون مسؤولية غير عقدية (تقصيرية)^٣ تخضع لأحكام المادة ١٢٤٠ من القانون المدني^٤ ما لم تتطوّر مرحلة المفاوضات والجزاء المترتب على قطعها تعاقدياً^٥. أما القانون المدني البحريني فلم يتضمن نصاً مشابهاً، لكن ينبغي الإشارة إلى أن جانباً من الفقه الفرنسي أسس الحكم الوارد في المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي على نظرية التعسف باستعمال الحق^٦، وهو ما يمكن الركون إليه في القانون البحريني متى توافرت الشروط الواردة في المادة (٢٨) من القانون المدني، وذلك بانتظار تدخل تشريعي بهذا الصدد.

1. Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit., p : 4 ; Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n° : 15 , p : 7,

٢. للمزيد حول هذا الخلاف الفقهي انظر: عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية، م س، فقرة (١٠٥)، ص: ٩٤

٣. تجنبنا استخدام مصطلح «المسؤولية التقصيرية» انسجاماً مع التعديلات الأخيرة على القانون المدني الفرنسي الذي لم يُعد يُستخدم هذا المصطلح.

4. GABRIELLE OLIVIER, Réforme du droit des contrats : la codification de la période précontractuelle : une consécration attendue et un réordonnement bienvenu (fiche n°6), K. Pratique,

file:///C:/Users/User/Desktop/Réforme%20du%20droit%20des%20contrats%20_%20la%20codification%20de%20la%20période%20précontractuelle%20_%20une%20consécration%20attendue%20et%20un%20réordonnement%20bienvenu%20(fiche%20n°6).html; C.

François, «Présentation des articles 1112 à 11122- de la nouvelle sous-section 1 “Les négociations”», La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect1-negociations/> [consulté le 06/2017/03/].

5. Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit. , p: 4

6. Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit., p: 5

الفرع الثاني تقنين الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد

يُعدّ الالتزام بالإعلام من أهم مبتكرات الفقه القانوني الساعية إلى حماية الطرف الضعيف والتي احتضنها القضاء قبل أن يقننها المشرع الفرنسي، إلا أن المشرع البحريني لم يكرس هذا الالتزام بنصوص عامة واضحة في القانون المدني^١، وإن تضمن بعض التطبيقات له، كالالتزام الوكيل بإعلام الموكل بالمعلومات التي حصل عليها كافة في أثناء تنفيذ الوكالة^٢، والتزام المؤمن له بأن يعلم المؤمن وقت الإبرام بكل المعلومات التي يهيم المؤمن معرفتها لتقدير الخطر^٣، والتزامه بعدم كتمان أي أمر أو تقديم بيان غير صحيح؛ ليقفل من أهمية الخطر على المؤمن منه^٤، والتزام البائع في بيع الأمانة (الإشراك، والمرابحة والوضعية والتولية) بعدم كتمان أي أمر ذي تأثير في المبيع أو رأس المال^٥. كما أشارت بعض القوانين الخاصة لهذا الالتزام وأوجبت احترامه، ومنها قانون حماية المستهلك بمملكة البحرين^٦.

وجاء تكريس القانون المدني الفرنسي في التعديلات مدار البحث، للالتزام بالإعلام بنص عام مستقل، إذ ألزمت المادة (١/١١١٢) منه على إلزام الطرف الذي يتوفر لديه العلم بمعلومة جوهرية تأثيرها حاسم في تحديد رضى الطرف الآخر أن يعلمه بها، متى كان هذا الأخير غير عالم بها وكان جهله بها مبرراً أو إذا كان قد منح الطرف الأول ثقته، وبذلك يكون المشرع قد عمم هذا الالتزام وكرسه تشريعياً، بعد أن كان مقتصرأ على بعض الحالات الخاصة التي نص عليها القانون وتلك التي فرضها القضاء على المتعاقدين كالمؤمن، ومزود الخدمات، والبائع المحترف، والوسيط،...^٧. كما حرص المشرع الفرنسي على النص صراحة على عدّ هذا الالتزام من النظام العام، وحدد شروطه والجزاء المترتب على مخالفته^٨.

أولاً: شروط الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد

تكفل المشرع الفرنسي ببيان صفة من يقع عليه الإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد، ولمصلحة من، وما طبيعة المعلومة المطلوب الإفصاح عنها^٩.

١. حول الالتزام بالإعلام وموقف المشرع البحريني منه انظر: د.علي فيصل الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية «دراسة مقارنة»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان، ٢٠١٩، ص: ١٢٩-١٣٦

٢. المادة (٦٤٨) من القانون المدني البحريني

٣. المادة (٧٠٤) من القانون المدني البحريني

٤. المادة (٧٠٥) من القانون المدني البحريني

٥. المادة (٣٨٨) من القانون المدني البحريني

٦. المادة (٦) من قانون حماية المستهلك البحريني رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢

7. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 163 , p: 6162- et les arrêts y cités

٨. الفقرة الخامسة من المادة (١/١١١٢) من القانون المدني الفرنسي

٩. حول هذه الشروط أنظر لطفأ:

فبحسب المادة (١/١١١٢) من القانون المدني الالتزام بالإعلام لا يقع إلا على الطرف (المفاوض) الذي لديه علم بمسألة جوهرية من شأنها أن تحسم خيار المتعاقد الآخر حول إبرام العقد. وإذا كان العقد المنوي إبرامه يتضمن التزامات بأداءات متبادلة فعلى كل طرف يتوفر لديه معلومة جوهرية حاسمة من هذا النوع تتعلق بأدائه التعاقدية أن يبلغ الطرف الآخر بها.

ويقوم هذا الالتزام لمصلحة الطرف الآخر الذي لا يتوفر لديه المعلومة ولا يتوافر به أي صفة تمكنه من معرفتها، أو ما كان القضاء الفرنسي يصفه بـ «الشخص غير الحذر»؛ فحتى يكون من حق هذا الشخص الحصول على المعلومة يجب أن يكون جهله بها مسوّغاً أو مشروعاً؛ فلا يترتب له حق مثلاً إذا كان جهله ناجماً عن خطئه أو كذبه أو إذا كان يعلم بمخاطر تنفيذ الأداء أو الالتزام^١. ويكون جهل المتعاقد بالمعلومات المتعلقة بالعقد المنوي إبرامه مبرراً بشكل خاص متى استحال عليه الحصول على هذه المعلومات لظروف شخصية أو موضوعية، فنقدير هذه الصفة يعتمد على طبيعة العقد ومستوى تعليم الشخص وخبرته العملية، ويخضع لسلطة قاضي الموضوع الذي يتعين عليه أن يُقيم نوعاً من التوازن بين التزام أحد المتفاوضين بالإعلام والتزام الآخر بالاستعلام ومبدأ «التغريب الصحيح أو المشروع» الذي يسمح للمهني بالمبالغة في الدعاية؛ لتسويق منتجاته وخدماته، طالما بقيت في إطار الحدّ المقبول^٢.

كما ينشأ التزام بالإعلام لصالح الطرف الذي منح ثقته المطلقة للطرف الآخر الذي لديه المعلومة الجوهرية، سواء نشأت هذه الثقة من طبيعة العقد (كالوكالة) أو من صفة المتعاقد الآخر (كالمهني)^٣، فمثل هذا الشخص لم يكن لديه سبب ليدقق بالعرض المقدم له، بل كان دوره سلبياً تماماً كالتطرف الذي يجهل المعلومة^٤.

أما عن طبيعة المعلومة محلّ الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد فقد حدّتها المادة (١/١١١٢) بالمعلومة الجوهرية التي يتوقف عليها حسم قرار المفاوض بالتعاقد، ويتحقق هذا الوصف بشكل واضح بالمعلومات التي لها علاقة مباشرة وضرورية مع مضمون العقد أو صفة المتعاقد.

وتكون المعلومات مرتبطة بمضمون العقد متى كانت متعلقة بالأداء الرئيس في العقد والالتزامات التابعة له، كوسائل تنفيذه وضمائنه ودوافع المتعاقدين للتعاقد الواردة فيه، أما فيما يتعلق بالمعلومات ذات العلاقة المباشرة والضرورية بصفات أطراف العقد فيمكن تفسيرها على ضوء الهدف من

Denis PHILIPPE, La réforme du droit des contrats en droit français, Congrès de l'IDEF, 22 avril 2016, <http://www.philippelaw.eu/UploadDirectory/UserFiles/files/La%20r%C3%A9forme%20du%20droit%20des%20contrats%20en%20droit%20fran%C3%A7ais.pdf>, [consulté le 13/2017/04/]; C. François, "Présentation des articles 1112 à 11122- de la nouvelle sous-section 1 "Les négociations", op. cit., Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op. cit., n° : 168179- , p: 6468-

1. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 172 , p: 64- 68

2. C. François, "Présentation des articles 1112 à 11122- de la nouvelle sous-section 1 "Les négociations", op. cit.

٣. احمد خالد جمال، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراة منشورة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢، ص: ٢٢٢-٢٢٢
4. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 173174- , p: 65 -66

الالتزام بالإعلام، بقدرة الطرف الذي يلتزم بتقديمه على توصيل كل المعلومات المفيدة التي يمكن أن تمنح الآخر وسيلة لتقييم قدرته على تنفيذ الالتزام، كما هو الحال بالنسبة إلى الخضوع المتفاوض لإجراءات تحفظية أو وجود علاقة بين الشركة المتفاوضة وشركة أخرى منافسة¹.

في المقابل، نصّت الفقرة الثانية من المادة (1/1112) صراحة على أن المعلومات الخاصة بالقيمة المالية الحقيقية للأداءات لا تدخل ضمن نطاق المعلومات الواجب الإفصاح عنها، وفي ذلك تكريس لاجتهاد قضائي سابق كان يعفي البائع من إعلام المشتري حول القيمة الحقيقية للمبيع²، فكل ما يتعلق بثمن الأداء لا يتوجب على المتفاوض كشفه، على خلاف المعلومات الخاصة بصفات هذا الأداء متى كان تأثيرها حاسماً بقرار التعاقد. وفي إطار العمليات البنكية سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قضت أن الالتزام بالأمانة والشفافية الذي يدين به المصرف في تجاه العميل لا يشمل المنفعة أو الفائدة التي يرمي الحصول عليها من هذه العملية أو هامش الربح³.

ويُعدّ هذا الحكم نتيجة طبيعية لإلغاء إبطال العقد للغلط في القيمة المالية للأداء ولعدم التوازن للالتزامات العقدية؛ فقد نصّت المادة (1136) من القانون المدني الفرنسي على أن الغلط في القيمة المتمثل بتقدير المتعاقد لقيمة الأداء تقديراً اقتصادياً غير صحيح، دون أن يصاحب ذلك غلط حول الصفات الجوهرية للأداء، ولا يكون سبباً للإبطال، ونصّت المادة (1168) من هذا القانون على أن عدم تعادل الأداءات في العقود الملزمة لجانبين لا يشكل سبباً للإبطال العقد، ما لم ينصّ القانون على غير ذلك.

ثانياً: الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام

يقع عبء إثبات تحقق شروط قيام الالتزام بالإعلام وعدم تنفيذه على الطرف الذي يدعيه وللطرف الآخر أن يثبت العكس⁴، ومتى ثبت للقاضي الإخلال بهذا الالتزام، سواء تمثل هذا الإخلال بعدم الوفاء بالالتزام بالإعلام على الإطلاق أو بتقديم معلومات غير كافية أو خاطئة، وجب عليه الحكم بالتعويض تطبيقاً لنصّ المادة (1/1112) التي منحت القاضي هذا الحق دون أن تحدّد طبيعة المسؤولية أو نطاق التعويض. لكن يستخلص من حقيقة حدوث الإخلال قبل إبرام العقد ومن الاستثناس بالتطبيقات القضائية السابقة أن أساس المسؤولية بالتعويض هو المسؤولية غير العقدية، وأن التعويض ينبغي أن يقتصر على فوات فرصة إبرام العقد أو فوات فرصة إبرامه بشروط أخرى⁵، وبالإضافة إلى التعويض تنصّ الفقرة السادسة من المادة (1/1112) على أن بالإمكان إبطال العقد كجزاء على الإخلال بالالتزام بالإعلام. وفي هذه الحالة ينبغي أن يؤسس الإبطال على المادة

1. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 176- 177 , p: 67

2. V. Cass. 3e civ., 172007-1-, n° 610.442-; RJDA 6 /07, n° 599

3. V. Cass. com., 17 mars 2015, n° 1325.142-: RJDA 6 /15, n° 437

4. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 178, p: 68

5. الفقرة الرابعة من المادة (1/1112) من القانون المدني الفرنسي

6. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 181183- , p: 6970-

(١١٣٠) المتعلقة بعيوب الرضا، كما لو نشأ عن غلط أو تدليس (تقرير)^١. ومن الجدير بالإشارة أن المشرع الفرنسي عدّ الأحكام السابقة من النظام العام، وحظّر الاتفاق على الإغفاء من المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام أو التخفيف منها، وهو ما عدّه جانب من الفقه^٢ حكماً جامداً وقاسياً؛ بحجة أن الاتفاق على استبعاد بعض المعلومات من نطاق الالتزام بالإعلام يكون مقبولاً ومسوّغاً في بعض الحالات، كالمعلومات السرية والتنافسية.

المطلب الثاني المرحلة التعاقدية للتفاوض

يجدر بالمتعاقد التفكير ملياً بالعقد قبل إبرامه؛ فيحتاج إلى فترة زمنية يمعن فيها النظر بالإيجاب الموجه إليه قبل أن يعبر عن قبوله، فلا يتسرّع ويبرم عقداً دون أن يقدر نتائج تقديرًا دقيقاً. وقد تكفلت التعديلات الحديثة على القانون المدني الفرنسي بمعالجة هذه المسألة في المادة (١١٢٢) من القانون المدني التي أجازت أن ينص القانون أو العقد على مهلة للتفكير، وهي مهلة لا يجوز لمن وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها، أو على مهلة للعدول، وهي المهلة التي يمكن لمن تقرررت لمصلحته الرجوع عن رضائه قبل انقضائها.

فخلال مهلة التفكير لا يعتدّ بالقبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، وإذا نُفِذَ العقد قبل ذلك جاز لمن وجه إليه الإيجاب المطالبة بإبطال هذا العقد^٣. بالمقابل، تسمح مهلة العدول للمتعاقد، بعد إبرام العقد أن يغيّر رأيه، ويرجع عن العقد الذي أبرمه. بعد أن كان حق المتعاقد بالاستفادة من هاتين المهلتين مقتصرًا على نصوص خاصة متعلقة ببعض العقود^٤. كرّس المشرع مبدأ عاماً يسمح للمتعاقد أو الراغب بالتعاقد أن يشترط مهلة للتفكير أو للعدول، ونظراً إلى خطورة هاتين المهلتين ينبغي على المتعاقدين، إذا ما أرادا اللجوء إلى هذا الخيار، أن يحددا بدقة هذه المدد وشروط الاستفادة منها، والجزاء المترتب على تجاوزها، والنص على عدم جواز تنفيذ العقد خلالها وما يترتب على مثل هذا التنفيذ، مسترشدين في ذلك كله بالحلول التي سبق تطبيقها على الحالات التي سبق للمشرع تنظيمها^٥.

1. C. François, "Présentation des articles 1112 à 11122- de la nouvelle sous-section 1 "Les négociations", op. cit. : Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 184 , p:70

٢. الفقرة الخامسة من المادة (١/١١١٢) من القانون المدني الفرنسي

3. C. François, "Présentation des articles 1112 à 11122- de la nouvelle sous-section 1 "Les négociations", op. cit.

4. GABRIELLE OLIVIER, Réforme du droit des contrats : la codification de la période précontractuelle : une consécration attendue et un réordonnement bienvenu, op. cit.

5. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 210 , p: 7980-

٦. كما هو الحال بالنسبة إلى نص المادة (١/٢٧١) من قانون البناء والسكن والمادة (٢١/١٢١) من قانون الاستهلاك

7. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 211 , p: 80

بالمقابل، لا يتضمّن القانون المدني البحريني نصّاً مماثلاً، إلا أنه نظّم مهلة التفكير جزئياً وضمّنياً من خلال فكرة مجلس العقد^١، ومهلة العدول من خلال خيار الشرط^٢ والتعاقد بالعربون^٣، كما أن بالإمكان الاتفاق على منح هذا الحق فيما لو تم التفاوض بناءً على عقد؛ لكون اشتراط منح مثل هذا الحق من الشروط العقدية المشروعة بالمفهوم الوارد في المادة (١١٠) من القانون المدني، ومن باب أولى فإنّ للمشرّع أن يمنح هذا الحق بوصفه مبدأً عاماً ويحدد أحكامه بنصوص خاصة. إلا أن أهمّ الاتفاقات الممهدة لإبرام العقد تتمثل بكل من الوعد بالتعاقد من جانب واحد والوعد بالترفضيل.

الفرع الأول الوعد بالتعاقد

كان للقانون المدني البحريني السابق في تنظيم الوعد بالتعاقد من جانب واحد؛ فقد أفرد له مادتين من مواده منذ صدوره، أما القانون المدني الفرنسي فلم يتضمن، قبل التعديلات الأخيرة، نصّاً يعالج هذا العقد. وبالمقارنة بين النصوص الواردة في القانون البحريني ونظيراتها المستحدثة في القانون الفرنسي نجد أنهما تقاطعا في تحديد المفهوم والشروط، إلا أنهما اختلفا فيما يتعلق بآثار هذا العقد وأحكامه.

أولاً: مفهوم الوعد بالتعاقد.

عرّف المشرّع البحريني الوعد بالتعاقد وحدد شروطه في المادة (٥٠) من القانون المدني التي تنص على ما يلي:

«الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا ينعقد إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد».

أما المشرّع الفرنسي فقد سبق له أن عالج حالة من حالات الوعد بالتعاقد، وهي الوعد بالبيع المنصوص عليها في المادة (١٥٨٩) بصيغتها الأصلية، وبموجب التعديلات الأخيرة وضِع مبدأ ينظم الوعد بالتعاقد بوجه عام، يمكن تطبيقه على العقود كافة^٤.

فقد عرّف المشرّع الفرنسي الوعد بالتعاقد من جانب واحد في الفقرة الأولى من المادة (١١٢٤) من القانون المدني الجديد التي تنصّ على أن: «الوعد من جانب واحد هو العقد الذي بموجبه يمنح

١. المادة (٤٠) من القانون المدني البحريني

٢. المواد: ١٧٧-١٨٣ من القانون المدني البحريني

٣. المادة (٥٢) من القانون المدني البحريني

4. Pierre SIRINELLI, Frédéric DANOS, Isabelle EID, Ordonnance portant réforme du code civil du 10 Février 2016 : Ce qui va changer et quand, Webinar du 16 Mars 2016, 144//op.cit.

أحد الأطراف (الواعد) الطرف الآخر (المستفيد) الحق بأن يختار إبرام عقد حددا عناصره الرئيسية ولا يتبقى لانعقاده إلا موافقة المستفيد». وهو تعريف مشابه للتعريف الوارد في القانون المدني البحريني، إلا أن الأخير أشار إلى أن بالإمكان أن يكون هناك وعدان كل منهما ملزم لجانب واحد ويتعلقان بذات العقد وبين الأطراف نفسها.

فالوعد بالتعاقد عقد تمهيدي يحدّد أطرافه جميع العناصر الجوهرية لعقد آخر ينويان إبرامه في المستقبل، ويلتزم أحدهما بإبرام هذا العقد فيما لو أعرب الآخر عن رغبته في ذلك ضمن مدة الخيار¹.

ويحسب للتعريف الذي استحدثه القانون الفرنسي تركيزه على المركز القانوني للموعد له صاحب الخيار، إلا أنّ المشرّع لم يعالج بعض المسائل ذات العلاقة، ككيفية ممارسة الخيار واستبدال المستفيد بآخر، ممّا ينبغي الرجوع بشأنه إلى الحلول التي سبق للقضاء الحكم بها².

أما عن طبيعة هذا العقد فتجدر الإشارة إلى أن عقد الوعد بالتعاقد في القانونيين البحريني والفرنسي عقد ملزم لجانب واحد، وكأنيّ عقد يُشترط لصحته الشروط التي حدّدها هذين القانونيين في النظرية العامة للعقد، إلا أن أهم ما يميز هذا العقد وجوب أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد الذي يمهّد لإبرامه، وتحديد مدة لخيار المستفيد. وفيما يتعلق بالشكل، الأصل بالوعد بالتعاقد أن يكون رضائياً، إلا أنه ينقلب شكلياً إذا كان العقد النهائي كذلك³.

ثانياً: أحكام الوعد بالتعاقد.

يترتب على عقد الوعد التزام على الواعد، وهو التزام بالقيام بعمل يتمثل بإبرام العقد الذي تم تحديد عناصره الجوهرية في عقد الوعد بمجرد إعراب المستفيد موافقته خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار؛ فينقصد العقد الموعد بذات الشروط الواردة بعقد الوعد دون حاجة لإيجاب جديد⁴.

وتطبيقاً لذلك حظرت الفقرة الثانية من المادة (1124) من القانون المدني الفرنسي على الواعد العدول عن الوعد قبل انقضاء المدة المحددة للمستفيد لممارسة خياره، وجردت هذا التصرف في حال حدوثه من أي أثر، فقضت بأن العدول في هذه الحالة لا يمنع من إبرام العقد الموعد⁵، وبذلك خالفت

1. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 217, p: 83

2. DANIEL MAINGUY, Promesse Unilatérale et Pacte de Préférence: Des Définitions Inopérantes; Droit & Patrimoine, n°240, Octobre 2014, p:45; Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 220, p:84; Bertrant FAGES, La promesse unilatérale et le Pacte de Préférence dans le projets d'ordonnance de réforme du droit des obligations, Réforme du dépit des contrats: Le débat, Droit et Patrimoine, n°: 240, octobre 2014, p: 43

3. Ahmed Ibrahim AL HIARI, Le pacte de préférence en droit civil jordanien /étude comparée, European journal of social science, Volume 37 Issue 2, 2013, p 204 208

4. Bertrant FAGES, La promesse unilatérale et le Pacte de Préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations, op cit, n°: 240, octobre 2014, p: 43

5. Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n°: 18, p: 8

الاجتهاد القضائي السابق الذي كان يعدّ رجوع الواعد عن الوعد خلال مهلة الخيار مجرد إخلال بالتزام عقدي يترتب عليه التعويض؛ ومن ثمّ كانت ترفض الحكم بالتنفيذ العيني¹ لكون عقد الوعد مستقلاً عن العقد الموعود، وإرادة الواعد في الوعد تختلف عن إرادته اللازمة لإبرام العقد النهائي². أمّا النصّ الجديد فيجيز للمستفيد المطالبة بالتنفيذ الجبري، لكن إذا لم يكن بالإمكان الحصول على التنفيذ الجبري يصار إلى التعويض استناداً لأحكام المسؤولية العقدية³.

وهذا الحكم يمكن استخلاصه من المادة (٥١) من القانون المدني البحريني التي رتبت على تحقّق الشروط الواردة في المادة (٥٠) قيام العقد الموعود، متى ارتضاه من صدّر لصالحه الوعد، وعلم الواعد بهذا الرضاء خلال المدة المحددة لبقاء الوعد. كما نصّت -صراحةً- على تطبيق هذا الحكم حتى لو توفّر الواعد أو فقد أهليته خلال فترة الوعد طالما صدر قبول الموعود له في هذه الفترة، أمّا في حال وفاة الموعود له فينتقل الخيار لخلفه ما لم تكن شخصيته محلّ اعتبار.

كما عالجت الفقرة الثالثة من المادة (١١٢٤) من القانون المدني الفرنسي فرضية إخلال الواعد بعقد الوعد بالتعاقد من خلال إبرام العقد الموعود مع غير المستفيد خلال فترة الوعد فعّدت العقد المبرم في هذه الحالة باطلاً، إلا أنها اشترطت لهذا الحكم علم الغير بوجود الوعد (سوء النية). مع ملاحظة أن البطلان الوارد في النص بطلان نسبي تقرّر لمصلحة المستفيد من الوعد، وللمستفيد أيضاً مطالبة الغير بالتعويض بموجب أحكام المسؤولية غير العقدية.

بالمقابل، لا يتضمّن القانون المدني البحريني نصّاً يعالج هذه الفرضية؛ ممّا يقتضي تطبيق القواعد العامة للمسؤولية العقدية في هذا المجال؛ ومن ثمّ الحكم بالتعويض على الواعد دون مساس بصحة العقد المبرم مع الغير. وهذا الحكم، وإن بدا مسوّغاً متى كان الغير حسن النية إلا أنه غير مقبول ويجرد الوعد من مضمونه متى تعلّق الأمر بالغير سيء النية الذي يعلم بوجود الوعد، مما يستوجب تدخل المشرّع البحريني وتعديل المادة (٥١) من القانون المدني بإضافة فقرة تنصّ على منح المستفيد الحقّ بفسخ العقد المبرم مع الغير سيء النية، بالإضافة إلى حقه بالتعويض.

1. Cass. 3E civ. 11 mai 2011. n° 10- 12.875: RJDA 8 -911/, n°690

2. DANIEL MAINGUY, Promesse Unilatérale et Pacte de Préférence: Des Définitions Inopérantes; Droit & Patrimoine , n°240, Octobre 2014 , p:44

3. GABRIELLE OLIVIER, Réforme du droit des contrats : la codification de la période précontractuelle : une consécration attendue et un réordonnement bienvenu (fiche n°6), K. Pratique, file:///C:/Users/User/Desktop/Réforme%20du%20droit%20des%20contrats%20_%20la%20codification%20de%20la%20période%20précontractuelle%20_%20une%20consécration%20attendue%20et%20un%20réordonnement%20bienvenu%20(fiche%20n°6).html [consulté le 15/2017/04/]; Denis PHILIPPE, La réforme du droit des contrats en droit français , op. cit. ;C. François, « Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 “Le pacte de préférence et la promesse unilatérale” , La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect3-pacte-preference-promesse/> [consulté le 06/2017/03/].

Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n°: 218, p: 83

الفرع الثاني الوعد بالتفضيل

لم ينظم القانون المدني البحريني الوعد بالتفضيل، ممّا قد يشير جدلاً فقهيّاً حول مشروعيتها وتحديد طبيعته القانونية وأحكامه، كما لم يتناول القضاء البحريني، حسب علم الباحث، هذه المسألة. وكان هذا وضع القانون الفرنسي قبل التعديل فيما يتعلق بالتشريع، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسيين تولىا تنظيم هذا العقد بشكل دقيق مع وجود بعض الأحكام المختلف عليها، فجاءت التعديلات لتقنن هذا العقد وتوحد الاجتهادات حوله.

فقد نظم المشرع الفرنسي الوعد بالتفضيل لأول مرة في المادة (1123) من القانون المدني الجديد؛ فكرس بعض المبادئ التي استقر القضاء على الأخذ بها وعدل في بعضها الآخر؛ فقد عرف هذا العقد، وحدد شروطه والجزاء المترتب على الإخلال به الذي يراعى فيه مبدأ حسن النية، كما أورد حكماً جديداً يتمثل في حق الغير الراغب بالتعاقد مع الواعد بالاستعلام من المستفيد حول وجود الوعد ونيته الاستفادة منه.

أولاً: مفهوم الوعد بالتفضيل

يُستخلص من نص المادة (1123) من القانون المدني الفرنسي أن الوعد بالتفضيل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بأن يعطي الأفضلية للطرف الآخر (المستفيد) مسبقاً في أن يتعامل (يتعاقد) معه في حال قرر التعاقد مستقبلاً، إلا أن هذه المادة لم تحدّد طبيعة عقد الوعد بالتفضيل، ولم توجب أن يتضمّن العناصر الجوهرية للعقد الموعد².

فعلى خلاف الوعد بالتعاقد، عندما يبرم الوعد بالتفضيل لا يكون الواعد قد قرر التعاقد ولا يلتزم بإبرام عقد آخر مع المستفيد، بل يقتصر التزامه بأن يعرض عليه التعاقد فيما لو قرّر إبرام العقد الموعد بالمستقبل، ويمنحه الأولوية على غيره فيما إذا قبل التعاقد بالشروط التي عرضها ذلك الغير على نحو مشابه لحقّ الشفعة، مع ملاحظة أن نطاق تطبيق هذا العقد لا يقتصر على البيع، كما كرّسته التطبيقات القضائية السابقة، بل يشمل غيره من العقود³.

وبموجب النص المشار إليه، وعلى خلاف الوعد بالتعاقد، لا يعدّ تحديد جميع العناصر الجوهرية للعقد المستقبلي شرطاً لصحة الوعد بالتفضيل، بل يكفي أن يتضمن طبيعة العقد الموعد والعناصر

1. Pierre SIRINELLI, Frédéric DANOS, Isabelle EID, Ordonnance portant réforme du code civil du 10 Février 2016: Ce qui va changer et quand, op. cit.

2. DANIEL MAINGUY, Promesse Unilatérale et Pacte de Préférence: Des Définitions Inopérantes, op. cit., p:45; Bertrant FAGES, La promesse unilatérale et le Pacte de Préférence dans le projets d'ordonnance de réforme du droit des obligations, op. cit., p: 42

3. C. François, «Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 “Le pacte de préférence et la promesse unilatérale”, La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect3-pacte-preference-promesse/> [consulté le 062017/03/].

الخاصة به مما لا يتطلب الاتفاق عليه مع الطرف الآخر؛ فالوعد بالترفضيل المتعلق ببيع سلعة مثلاً ينبغي أن يتضمن تحديد المبيع لكن لا يشترط فيه تحديد الثمن^١، إلا أن ذلك لا يمنع أطراف الوعد من إدراج ما يشاؤون من شروط لا تخالف النظام العام، كأن يحدد التزام الواعد بإعلام الموعود في حال رغبته ببيع سلعة بثمن يقل عن مبلغ محدد.

وحول طبيعة هذا العقد، سبق لمحكمة النقض الفرنسية^٢ أن قضت بأن الوعد بالترفضيل ليس عقداً شكلياً، فلا يشترط تسجيل الوعد بالترفضيل، حتى لو وقع على عقار، للاحتجاج به في مواجهة الغير^٣، ولم يرد في النص الجديد ما يخالف هذا الاجتهاد. من جانب آخر لم يوجب النص الجديد تحديد مدة للوعد بالترفضيل، على خلاف الوعد بالتعاقد، وهذا طبيعي؛ إذ لا يستطيع أحد أن يجزم بقيام التزام الواعد وتاريخه، فقد لا يقرر الواعد إبرام العقد محل الوعد على الإطلاق، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من تحديد مدة للوعد بالاتفاق^٤.

ثانياً: أحكام الوعد بالترفضيل

يترتب على صحة الوعد بالترفضيل قيام التزام على الواعد، عندما يقرر إبرام العقد المحدد بالوعد بشروط معينة قبلها الغير، بأن يقوم بترفضيل المستفيد على غيره من الراغبين بإبرام العقد محل الوعد بتلك الشروط، وهو ما يقتضي من الواعد الاستعلام عن رغبة الموعود له بالاستفادة من حق الأفضلية الممنوح له^٥.

وفيما يتعلق بالجزاء المترتب على الإخلال بالوعد بالترفضيل يشار إلى أن القضاء الفرنسي كان يطبق قواعد المسؤولية العقدية، أما بعد تعديل القانون المدني الفرنسي فقد ميّز المشرع بهذا الشأن بين التعاقد مع الغير حسن النية والتعاقد مع الغير سيئ النية؛ فقصر الحكم بالتعويض على حالة التعاقد مع الغير حسن النية^٦، أما إذا كان الغير سيئ النية، يعلم بوجود الوعد وبرغبة الموعود له الاستفادة منه، فللمستفيد أيضاً الخيار بين أن يطالب بإبطال العقد الذي أبرمه الواعد أو الحل محل الغير فيه. وبذلك استجاب المشرع لانتقادات جانب من الفقه لتوجه قضائي سابق كان يحكم بإبطال العقد المخالف للوعد والحلول محل الغير فيه^٧.

١. محمد حسين منصور، أحكام البيوع (التقليدية والالكترونية والدولية) وحماية المستهلكين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص: ٥٦

2. Cass. 3e civ., 16 mars 1994 : Bull. civ. III, n° 58 ; D. 1994, note FOURNIER, 48.

3. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 212, p:81.

٤. أحمد إبراهيم الحيازي، التنظيم التشريعي للوعد بالترفضيل «دراسة مقارنة»، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية/الأردن، مجلد: ٨، عدد: ٢، ٢٠١٦، ص: ٦١

5. SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna, Fasc. 30: VENTE - Nature et forme - Pacte de préférence, Lexis Nexis, édition jurisClasseur, Paris, 1990, n° 96.

6. DANIEL MAINGUY, Promesse Unilatérale et Pacte de Préférence: Des Définitions Inopérantes, op. cit., p:45 ; Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 214 , p: 82

٧. للمزيد حول هذه المسألة انظر:

C. François, «Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 “Le pacte de

وقد رحب جانب من الفقه¹ بهذا الحكم، فيما أشار جانب آخر² إلى صعوبة توقيع هذا الجزاء؛ كونه متوقفاً على إثبات سوء نية الغير، وهو أمر متعذر عملياً، ومن ثم يبقى الجزاء المتوقع ايقاعه في غالب الأحيان هو الحكم بالتعويض استناداً لقواعد المسؤولية غير العقدية (التقصيرية)³. في المقابل، لا مجال للتمييز بين هاتين الفرضيتين في القانون البحريني، ويترتب على القاضي الحكم بالتعويض في الحالتين تطبيقاً لأحكام المسؤولية العقدية.

كما استحدث المشرع الفرنسي حكماً جديداً، يهدف إلى حماية الغير حسن النية الذي يرغب في التعاقد مع الواعد، من المسؤولية؛ فالغير الذي لديه أسباب وجيهة ليعتقد بوجود وعد بالتفضيل متعلق بالشيء الذي يريد التعاقد بشأنه، يستطيع الاستعلام من المستفيد كتابة، عن حقيقة وجود الوعد ورغبته في الاستفادة منه، وذلك خلال فترة يحددها، على أن تكون معقولة، مع الإشارة إلى أن عدم ردّ المستفيد خلال هذه الفترة يفقده الحق في إبطال العقد المبرم مع الغير أو الحلول محلّه فيه⁴. وتجدر الإشارة إلى أن جانباً من الفقه يشكك في جدوى هذا الحكم، بحجة أن لا مصلحة للغير بالقيام بهذا الاستعلام إذا كان سيفقد حقه بالتعاقد مع الواعد، في حين لو لم يمارس هذا الحق، ولم يعلم بوجود الوعد ونية المستفيد في استعماله، فإنه لا يتعرض لجزاء⁵. لكن يُردّ على هذا الرأي بأن الاستعلام بحدّ ذاته يدل على حسن نية الغير ويحقق مصلحته بتجنيبه المسؤولية غير العقدية التي قد تقع على الغير سيئ النية لكونه متواطئاً مع الواعد.

من جانب آخر، لم يعالج النص المشار إليه مصير الغير المتضرر من تنفيذ الوعد بالتفضيل جبراً، لكن يمكن الأخذ بالاجتهاد القضائي السابق حول هذه المسألة الذي يقضي بأن الغير لا يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة إبطال العقد الذي أبرمه وحلول المستفيد محله؛

préférence et la promesse unilatérale”, op cit,

1. GABRIELLE OLIVIER, Réforme du droit des contrats : la codification de la période précontractuelle : une consécration attendue et un réordonnement bienvenu (fiche n°6), op. cit.

2. C. François, « Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 “Le pacte de préférence et la promesse unilatérale”, op. cit.

3. Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n° : 20 , p : 9

4. Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, Réforme du droit des contrats , du régime général et de la preuve des obligations, (Ordonnance n° 2016131- du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 13861- du code civil, op. cit., p :7 ; Nicolas MOLFESSIS, La période précontractuelle, le petit juriste, 12 juillet 201, <https://www.lepetitjuriste.fr/>. [consulté le 15/2017/04/]; Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 213 , p: 83

5. Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n° : 21 , p : 10

Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, (Ordonnance n° 2016131- du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 13861- du code civil, op. cit. , p :78- ; C. François, « Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 “Le pacte de préférence et la promesse unilatérale”, op. cit.

لأنه ليس طرفاً في الوعد، وعليه احترام الوضع القانوني الناجم عن عقد الوعد بالتمضي، إلا أن بإمكانه المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية غير العقدية^١.

وفي محاولة تحديد مدى الحاجة إلى تقنين هذا العقد في القانون البحريني يمكن القول بأن أحكام الوعد بالتعاقد الواردة في هذا القانون لا تستوعب الوعد بالتمضي؛ لوجود اختلافات كثيرة بينهما من حيث الشروط والآثار^٢، إلا أن القواعد العامة في القانون المدني لا تمنع من إبرام هذا العقد؛ فهو غير معلق على شرط إرادي محض كما يرى البعض^٣، لأن التزام الواعد لا يتوقف على إرادته وحدها بل يرتبط بإرادة الغير الذي يرغب بالتعاقد مع الواعد بالشروط التي يضمنها إيجابه، ومع ذلك فإن من المناسب أن يتدخل المشرع البحريني ويسير على نهج القانون الفرنسي بتنظيم هذا العقد تشريعياً، ليقطع الجدل حول هذه المسألة، مع عدّ هذا العقد شكلياً في حال كان العقد الموعود كذلك، ممّا يحقق الانسجام مع شروط الوعد بالتعاقد لما له من فائدة في حماية الغير.

المبحث الثاني مرحلة الانعقاد

ورد تعريف العقد في المادة (١١٠١) من القانون المدني الجديد التي تنصّ على ما يلي: «العقد هو توافق إرادة شخصين أو أكثر على إنشاء، تعديل، نقل، أو إنهاء التزامات»، فيما كانت الصياغة السابقة للنص تعرف العقد على أنه «اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو أكثر تجاه شخص آخر أو أكثر باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل».

وأول ما يثير الانتباه قيام المشرع باستبدال مصطلح «عقد» بمصطلح «اتفاق» منهيماً بذلك الجدل حول التمييز بين هذين المصطلحين؛ فبالتعديلات الأخيرة اتحد المصطلحان بتعبير واحد (العقد)، واتسع نطاقه؛ ليشمل أي توافق إرادات على انشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه^٤. وقد أراد المشرع من هذا التعديل مواكبة تطوّر المجتمع وحالة الانفتاح الاقتصادي التي يعيشها والتي أفرزت أشكالاً جديدة للتعاقد لم تكن معروفة في القانون المدني السابق^٥.

1. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 215 , p: 82

٢. للمزيد حول أوجه الشبه والاختلاف بين الوعد بالتعاقد والوعد بالتمضي انظر: أحمد إبراهيم الحياوي، التنظيم التشريعي للوعد بالتمضي «دراسة مقارنة»، م. س، ص: ٦٨-٧٦

٣. د. عبد الرحمن جمعة الحلالشة، عقد البيع في القانون المدني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٥، ص: ٢٥٦

٤. حول تعريف المشرع الفرنسي للعقد والفرق بينه وبين الاتفاق وآثار ذلك انظر: د. العربي بن قسمية، تغيير مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي (قراءة في نص المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي)، مجلة دراسات لجامعة عمار تليجي الأغواط/الجزائر، العدد ٦٢، جانفي ٢٠١٨.

٥. د. محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلد ٧، العدد ٢٦، يونيو ٢٠١٩، ص: ١٩٨

إلا أن جانباً من الفقه يرى أن التعريف الجديد ماهو إلا تحسين على التعريف السابق، وتبتنّ للاجتهادات القضائية السابقة مع أحدث تعديلات طفيفة^١. كما يؤخذ على هذا التعريف أنه ربط بين العقد والالتزام ولم يتناول الحق العيني بوصفه أثراً للعقد، مع أنه عدّ العقد من أسباب كسب الملكية، علماً بأن مقترح تعديل القانون المدني الفرنسي كان يُعرّف العقد بأنه «توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني»، والأثر القانوني يشمل جميع الحقوق المالية سواءً كانت شخصية (الالتزامات) أم عينية أم معنوية^٢.

في المقابل، نصّت المادة (٢٩) من القانون المدني البحريني على أن: «العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين»، وهذا تعريف قريب من التعريف الوارد في مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي، فيشمل إنشاء جميع الحقوق المالية (الشخصية والعينية والمعنوية) وتعديلها ونقلها وإنهائها.

وفي جميع الأحوال يمكن القول أن قيام العقد في القانونين الفرنسي والبحريني يتطلّب توافق إرادة شخصين أو أكثر، وأي توافق إرادات يصلح لأن ينشأ عنه عقد، إلا إذا فرض القانون شكلية معينة شرطاً لصحة التعاقد. بمعنى أن هذا العنصر هو ركن العقد الوحيد في هذين القانونيين بدلالة معالجته فيهما بالطريقة ذاتها؛ حيث تناوله كلٌّ منهما تحت عنوان انعقاد العقد قبل الحديث عن شروطه.

وباستعراض النصوص الناظمة لهذا العنصر نجد أن التعديلات المتعلقة بها كانت طفيفة، كرّست ما استقرّ عليه الفقه والقضاء الفرنسيان^٣، والنصوص الواردة في القانون المدني الفرنسي الجديد تتشابه مع ما يقابلها في القانون المدني البحريني إلى حدّ بعيد (المطلب الأول)، إلا القانون المدني الفرنسي امتاز عن نظيره البحريني بإفراد نصوص تتضمن أحكاماً خاصة بالعقد الذي يبرم بوسيلة إلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول الأحكام العامة لإبرام العقد

يُستخلص من النصوص الواردة تحت هذا العنوان أنّ المشرّع الفرنسي أقام العقد على التراضي (ارتباط الإيجاب بالقبول) مكرّساً لمبدأ الحرية التعاقدية (الفرع الأول)، كما وضع الأحكام الرئيسية الناظمة لهذا الركن (الفرع الثاني).

1. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, op cit, n° : 111 , p : 3839-

٢. د. العربي بن قسيمة، تغيّر مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي (قراءة في نص المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي)، م س، ص: ١٧٧؛ ١٧٩؛ ١٨١.

٣. حول هذه التساؤلات انظر:

Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n° : 1113- , p : 46-

٤. المواد ١١١٣-١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي

الفرع الأول

قيام العقد على التراضي تجسيد لمبدأ الحرية التعاقدية

كرّس المشرّع الفرنسي مبدأ الحرية التعاقدية ووسّع نطاقه؛ فبالإضافة للدور التقليدي للعقد في إنشاء الالتزامات وتعديلها وتحويلها وإنهائها، أبرز المشرّع الفرنسي نطاق الإرادة المفردة في تحديد مضمون بعض العقود وإنهاء العلاقة التعاقدية^١ أو ما سمي بالدور الليبرالي للإرادة بمفهومها المفرد^٢.

وفي مجال التعاقد الذي نحن بصدد، كرّست المادة (١١٠٢) صراحة مبدأ الحرية التعاقدية بأوجهها التطبيقية الثلاثة؛ الحرية في التعاقد من عدمه؛ والحرية في تحديد التعاقد الآخر؛ والحرية في تحديد مضمون العقد المراد إبرامه وشكله، إلا أنه قيّد هذا المبدأ بضرورة ممارسة هذه الحريات في حدود القانون والنظام العام، مع ملاحظة أن مصطلح القانون يشمل جميع التشريعات أينما وردت، والقواعد المتعلقة بالنظام العام.

في المقابل، لم يرد في القانون المدني البحريني نصّ مماثل، إلا أنه كفل هذه الحريات بشكل غير مباشر باشتراط مشروعية كل من المحل^٣ والسبب^٤ والشروط العقدية^٥.

وفي حال اختار شخص ممارسة حقه بالتعاقد وجب عليه تكريس هذا الاختيار وإظهاره إلى حيّز الوجود بالآلية التي حدّدها القانون في (١١١٣) من القانون المدني الفرنسي التي تنصّ على أن العقد ينعقد بالتقاء عرض للتعاقد أو إيجاب بقبول، يعبر من خلالهما الطرفان عن إرادتهما في الإلتزام، مشيرة إلى أن هذا التعبير قد يكون صريحاً أو ضمناً، يستخلص من سلوك لا شك في دلالته على التراضي.

ويقابل هذا النص في القانون البحريني المادة (٣٠) من القانون المدني التي تنص على ما يلي: «ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلّبه القانون، في حالات خاصة، من أوضاع معينة لانعقاد العقد».

١. كما في العقود الإطارية والعقود ذات التنفيذ المتعاقب وفيهما يمكن أن يترك تحديد الثمن لإرادة أحد المتعاقدين
٢. الأمر الذي تقضي به نظرية الظروف الطارئة (كأحد الخيارات المتاحة) بعد تقنينها في القانون المدني الجديد (م/١١٩٦)
٣. د. محمد عرفان الخطيب، «الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة»، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية/جامعة مؤتة، المجلد ١١، العدد ٣، ٢٠١٩، ص: ٩٠-١٠٠
٤. للمزيد حول هذه الصور والقيود الواردة عليها انظر: د. محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، م س، ص: ١٩٧-٢٠٣
٥. انتقد جانب من الفقه هذا الموقف؛ لكون عدم وجود تأثير للاعتبار الشخصي في العملية التعاقدية، فلا يجوز للموجب مثلاً أن يرفض إبرام العقد بالاستناد إلى شخص التعاقد الآخر (د. محمد عرفان الخطيب، الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي، م س، ص: ٩٣)
٦. المادة (١٠٩) من القانون المدني البحريني
٧. المادتين ١١١ و١١٢ من القانون المدني البحريني
٨. المادة ١١٠ من القانون المدني البحريني

وفيما يتعلق بطرق التعبير عن الإرادة التعاقدية، أشارت المادة (٣٢) من القانون المدني البحريني إلى أن التعبير عن الإرادة التعاقدية يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً، وذكرت أمثلة عليها؛ فنصت على أن: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة 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».

وسواء تعلق الأمر بإيجاب أو بقبول، لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره في القانون البحريني إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه. ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى مَنْ وَجَّهَ إليه قرينة على علمه به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك^١. وإذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم مَنْ وَجَّهَ إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل^٢، لكن لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر إذا وصل إلى مَنْ وَجَّهَ إليه عدول عنه، قبل وصوله أو في نفس وقت وصوله^٣.

الفرع الثاني أحكام التراضي

حدّد المشرّعان الفرنسي والبحريني شروط الإيجاب والقبول وتوافقهما، كما أشارا إلى مكان إبرام العقد وزمانه.

أولاً: شروط الإيجاب:

يقصد بالإيجاب «التعبير الباتّ للإرادة موجّهاً إلى الطرف الآخر، معيّناً كان أم غير معين، بهدف إنشاء عقد بين الطرفين»^٤. وقد حددت المادة (١١٢٤) من القانون المدني الفرنسي شروط الإيجاب وميزت بينه وبين الدعوة إلى التعاقد؛ فبموجب هذه المادة لا يشترط بالإيجاب أن يوجّه إلى شخص معين، لكن ينبغي أن يتضمّن العناصر الرئيسة للعقد المنوي إبرامه ويعبر عن إرادة جازمة لمن صدر منه للتعاقد في حال موافقة الطرف وإلا عدّ مجرد دعوة للتعاقد، إلا أن النص المشار إليه لم يحدد المقصود بالعناصر الرئيسة للعقد التي ينبغي أن يتضمّنها الإيجاب^٥.

١. المادة (٣٢) من القانون المدني البحريني

٢. المادة (٣٥) من القانون المدني البحريني

٣. المادة (٣٤) من القانون المدني البحريني

٤. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني/مصادر الالتزامات واحكامها، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي معززة بأراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠١٢، ص: ٩٠

٥. حول هذه التساؤلات انظر:

Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n° : 1113- , p : 46-

وقد تبني المشرع البحريني شروط الإيجاب الواردة في القانون المدني الفرنسي عندما عرّف الإيجاب بأنه «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»^١، إلا أنه لم يشر إلى الدعوة للتعاقد.

كما نظم المشرع الفرنسي القوة الملزمة للإيجاب في المواد (١١١٥-١١١٧) من القانون المدني، ووفق هذه النصوص، الأصل في الإيجاب أن لا يكون ملزماً؛ فللموجب أن يرجع عن إيجابه بكل حرية قبل أن يصل إلى من وجه إليه، أو انقضاء المدة التي حددها للبقاء على إيجابه، فإن لم يكن قد حدد مدة فلا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء مدة معقولة^٢، لكن يسقط الإيجاب في حال انقضاء المدة التي حددها الموجب للبقاء على إيجابه أو انقضاء مدة معقولة وفي حال وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته^٣. وحددت المادة (١١١٦) من القانون المدني الفرنسي الآثار المترتبة على عدول الموجب عن إيجابه قبل مدة معقولة أو قبل انقضاء المدة التي حددها لصدور القبول؛ فنص على عدم انعقاد العقد وقيام مسؤولية الموجب غير العقدية وفق أحكام القواعد العامة، على أن يقتصر التزامه بتعويض من وجه إليه الإيجاب على ما أصابه من ضرر بسبب العدول الذي ينبغي أن لا يشمل تعويض الربح والمزايا التي كان سيجنيها فيما لو أبرم العقد، وهو ما أسسه جانب من الفقه على نظرية التعسف في استعمال الحق.

وفي السياق ذاته منح القانون المدني البحريني الموجب خيار العدول طالما لم يقترب بقبول الطرف الآخر^٤، لكن استثنى من هذا الحكم الحالة التي يُحدّد فيها الموجب ميعاداً للقبول أو إذا اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة؛ ففي مثل هذه الحالات يتوجب على من صدر منه الإيجاب البقاء على إيجابه طوال هذا الميعاد، فلا يسقط إلا بانقضاء هذه الفترة.

ثانياً: القبول وتوافقه مع الإيجاب:

يُعرّف القبول عادة بأنه «التعبير البات عن الإرادة، يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، ويترتب عليه، إن تطابق مع القبول، أن ينعقد العقد»^٥. وقد عرّف المشرع الفرنسي القبول بأنه تعبير من صدر عنه بأن يرتبط بالشروط الواردة بالإيجاب، ونص على حق القابل بالعدول عنه على أن يتم ذلك قبل وصول القبول إلى الموجب. ونصت المادة (١١٢٠) صراحة على عدم صلاحية السكوت للتعبير عن القبول إلا إذا نص القانون أو العرف على ذلك، أو استخلص من تعامل سابق بين المتعاقدين أو من ظروف خاصة.

١. المادة (٣٧) من القانون المدني البحريني

٢. المادة (١١١٥) من القانون المدني الفرنسي

٣. المادة (١١٧) من القانون المدني البحريني

٤. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني/مصادر الالتزامات واحكامها، م س، ص: ٩٤

٥. المادة (٣٨) من القانون المدني البحريني

٦. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني/مصادر الالتزامات واحكامها، م س، ص: ١٠٠

وفي جميع الأحوال لا ينعقد العقد في القانون الفرنسي إذا لم يطابق الإيجاب مطابقة تامة، لكن يمكن عدّه إيجاباً جديداً، مع مراعاة ما ورد في المادة (١١١٩) من القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالشروط العقدية؛ فوفق هذا النصّ الشروط العامة التي يفرضها أحد المتعاقدين لا يكون لها أثر على المتعاقد الآخر إذا لم يعلم بها أو علم بها ولم يقبلها، وفي حال عدم التطابق الجزئي بين الشروط العامة التي يريدها أحد المتعاقدين وتلك التي يتمسك بها الآخر تُستبعد الشروط المتعارضة، أما عن فرضية اختلاف الشروط العامة مع الشروط الخاصة فتُقدّم الشروط الخاصة على العامة.

ويلاحظ التقارب بين هذه الأحكام وما ورد في القانون المدني البحريني فيما يتعلق بوجود مطابقة القبول للإيجاب؛ فلمن وجه له الإيجاب خيار القبول، ويلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، فإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه عدّ رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً^١. وفيما يتعلق بصلاحيّة السكوت للتعبير عن القبول نصّت المادة (٤٢) من القانون المدني على ما يلي: «أ- لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان. ب- ويعتبر السكوت قبولاً، بوجه خاص، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه». وبذلك اعترف المشرّع البحريني بصلاحيّة السكوت للتعبير عن القبول، إلا أنه حدّد نطاق هذه الفرضية بـ «معرض الحاجة»، وأورد أمثلة عليها في حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين وحالة تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.

كما حرص المشرّع البحريني على بيان أن المطابقة المطلوبة لانعقاد العقد تنصرف إلى جميع المسائل الجوهرية للعقد التي تم التفاوض بشأنها، فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وتركوا مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، يكون العقد قد تمّ، وتقضي المحكمة في المسائل التفصيلية، إذا لم يتم الاتفاق عليها، طبقاً لأحكام القانون وطبيعة العقد والعرف والعدالة^٢.

في المقابل، تضمّن القانون البحريني حكماً خاصاً يتعلّق بما يسمّى «مجلس العقد»؛ فإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، فإنّ الموجب يتحلّل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، ما لم يُعيّن ميعاد للقبول. ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في المدة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفصّ مجلس العقد^٣.

١. المادة (١١١٨) من القانون المدني الفرنسي

٢. المادة (٤١) من القانون المدني البحريني

٣. المادة (٤٢) من القانون المدني البحريني

٤. المادة (٤٠) من القانون المدني البحريني

ثالثاً: تحديد مكان الانعقاد وزمانه:

تحديد مكان إبرام العقد وزمانه موضوع غاية في الأهمية بالنظر إلى ما يترتب عليه من آثار خصوصاً فيما يتعلق بما يسمى «التعاقد بين غائبين». وتظهر أهمية هذه المسألة بوجه خاص في تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق بالعقد، إضافة إلى دور تحديد وقت إبرام العقد بتحديد وقت تنفيذه. أما عن آلية التحديد فقد تنازعتها أربع نظريات رئيسية: نظرية صدور أو إعلان القبول، ونظرية تصدير القبول، ونظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول^١. وما يهمنا في هذا الصدد هو بيان موقف المشرع الفرنسي والبحريني من هذه المسألة.

يظهر موقف المشرع الفرنسي من المادة (١١٢١) من القانون المدني التي تنصّ على أن العقد يبرم في المكان والزمان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب، وبذلك أخذ بنظرية وصول القبول، لكن لم يوضّح المشرع ما المقصود بوصول الإيجاب أو القبول لمن وجّه إليه^٢، كما ينبغي مراعاة الأحكام الخاصة بالعقود المبرمة بوسيلة إلكترونية.

بالمقابل، ينعقد العقد في القانون البحريني بارتباط الإيجاب بالقبول^٣، إلا أن التعبير عن الإرادة لا يرتب أثراً إلا يعلم من وجه إليه^٤، مع ملاحظة أن المشرع افترض العلم بمجرد الوصول. ومن ثمّ يتحدد مكان وزمان العقد بمجلس العقد، ففيه يجتمع الطرفان وخلالها يصدر كل من الإيجاب والقبول ويتحقق العلم بهما، أما إذا لم يجتمع المتعاقدين حين العقد مجلس واحد، فيصار إلى تطبيق المادة (٤٥) أو (٤٦) من القانون المدني. فقد عالجت المادة (٤٥) التعاقد بالمراسلة ونصّت على العقد يعدّ قد تمّ في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد عرف أو اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. أمّا المادة (٤٦) فقد نصّت على أن يسري على التعاقد بطريق الهاتف، أو بأي طريق مشابه، حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى تمامه وزمان إبرامه، فيما يسري عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله.

المطلب الثاني

الأحكام الخاصة بإبرام العقد بوسيلة إلكترونية

أبرز التطور التقني الكبير في وسائل الاتصال وانتشار استعمالها بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة في مختلف نشاطاتهم، وفي إبرام العقود باستخدام هذه الوسائل بشكل خاص، الحاجة لسنّ

١. للمزيد حول هذه النظريات انظر: عدنان السرحان ونوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٧٩-٨١

٢. حول هذه التساؤلات انظر:

Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, op. cit., n° : 1113- , p : 46-

٣. المادة (٤٤) من القانون المدني البحريني

٤. المادة (٢٤) من القانون المدني البحريني

قواعد تشريعية خاصة تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذه العقود والمعاملات^١. وقد تنبّه المشرّع الفرنسي على هذه المسألة، عامي ٢٠١٤ و٢٠١٥، فأدرج نصوصاً خاصة تنظّم العقود التي تبرم باستخدام وسائل إلكترونية في قلب القانون المدني^٢، أمّا المشرّع البحريني فلم يُفرد لإبرام العقد المبرم بوسيلة إلكترونية أو ما يسمّى بالعقود الإلكترونية نصوصاً خاصة في القانون المدني، بل نظم بعض أحكامها في قوانين خاصة أخرى كقانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠١٨. ويلاحظ من التعديلات الأخيره على القانون المدني الفرنسي أنها لم تتضمن اختلافات جوهرية عن الأحكام الواردة في النصوص الأصلية، سواء فيما يتعلق بإبرام هذه العقود أو كيفية إثباتها.

الفرع الأول إبرام العقد بوسيلة إلكترونية

يُقصد بالعقد الإلكتروني بوجه عام «العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أية وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين»^٣. فالأصل العام أن العقد الإلكتروني يخضع للأحكام العامة لنظرية العقد، إلا أنه يتميز عن العقود التقليدية بخصوصية تتعلق بشكل رئيس بالعنصر الإلكتروني المرتبط بإنشائه.

وقد استهل المشرّع الفرنسي الجزء الخاص بهذا الموضوع والموسوم بـ «أحكام خاصة بالعقد المبرم بوسيلة إلكترونية» بنص يعلن فيه أن بالإمكان استخدام الوسيلة الإلكترونية لبيان البنود والشروط التعاقدية أو المعلومات عن الأموال والخدمات^٤. وبذلك حسم المشرّع الفرنسي الجدل الفقهي حول جواز التعبير عن الإرادة التعاقدية بوسائل إلكترونية، وهو ما يمكن الأخذ به في القانون المدني البحريني تطبيقاً للقواعد العامة؛ كونه أقرّ باستخدام وسائل التعبير الصريح والضمني عن الإرادة، سواء كانت تقليدية أم إلكترونية، وأجاز التعاقد بالهاتف والوسائل المشابهة، مما يفتح المجال للقياس^٥.

وتطبيقاً لهذا المبدأ نصّت المادة (١١٢٦) من القانون المدني الفرنسي على أن المعلومات المطلوبة بهدف إبرام عقد أو تلك المرسله في أثناء تنفيذه يمكن أن تُنقل بالبريد الإلكتروني إذا قَبِلَ مَنْ وَجَّهَتْ إليه استخدام هذه الوسيلة.

١. د. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي، التعبير عن الإرادة «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠١٤، ص: ١٥.

٢. المواد ١١٢٥-١١٢٧/٤ من القانون المدني الفرنسي

٣. الياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٩، ص: ٣٦.

٤. المادة (١١٢٥) من القانون المدني الفرنسي.

٥. حول جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة انظر: د. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي، التعبير عن الإرادة «دراسة مقارنة»، م س، ص: ٨٥.

أما المادة التالية فقد أفردت حكماً خاصاً بالمهنيين فنصت على أن المعلومات الموجهة إلى مهني يمكن أن ترسل إليه بالبريد الإلكتروني طالما أبلغ عن عنوانه الإلكتروني. وإذا كان من الواجب إدراج المعلومات على نموذج معين فيجب أن يوضع هذا النموذج، من خلال وسيلة إلكترونية، بتصرف الشخص الذي يتوجب عليه ملؤه^١.

لكن لا يكفي الاعتراف بإمكانية التعبير عن الإرادة التعاقدية بوسيلة إلكترونية وتحديد نطاقها، بل لا بدّ من تنظيم تلاقي إرادة الأطراف على إبرام العقد الإلكتروني أو ما يسمّى ارتباط الإيجاب بالقبول.

ويشمل مفهوم الإيجاب الإلكتروني كل «تعبير حاسم عن الإرادة، يتم عن بُعد عبر تقنيات الاتصال، سواء كانت مسموعة أم مرئية أو كليهما، ويتضمّن الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كافة، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول^٢ فكما هو الحال بالنسبة للعقود التقليدية ينبغي أن يكون الإيجاب الإلكتروني واضحاً وibatاً، كل ما في الأمر أن التعبير عنه يتم إلكترونياً ممّا استلزم إحاطته بضمانات وشروط إضافية؛ لذا أوجبت المادة (١/١١٢٧) من القانون المدني الفرنسي على كل مهني يعرض، بوسيلة إلكترونية، توريد أشياء أو تقديم خدمات بأن يتيح الشروط العقدية واجبة التطبيق بطريقة تسمح بحفظها وإعادة استرجاعها (طباعتها)، ويبقى الموجب ملزماً بإيجابه طالما تركه متاحاً للاطلاع عليه بوسيلة إلكترونية.

كما أوجبت المادة المشار إليها على المهني أن يعلن في إجابته بالإضافة إلى ذلك:

- ١- الخطوات الواجب اتباعها لإبرام العقد بوسيلة إلكترونية.
- ٢- الوسائل التقنية التي تسمح لمن وجه إليه الإيجاب، قبل إبرام العقد، لتحديد الأخطاء المحتمل الوقوع فيها عند إدخال البيانات وتصحيحها.
- ٣- اللغات المقترحة لإبرام العقد على أن يكون من بينها اللغة الفرنسية.
- ٤- عند الاقتضاء، الوسائل المستخدمة لأرشفة (حفظ) العقد من قبل الموجب وشروط الاطلاع عليه بعد حفظه.
- ٥- وسائل الاطلاع إلكترونياً على القواعد المهنية والتجارية التي ينوي الموجب، عند الاقتضاء، الخضوع لها.

وكما هو الحال بالنسبة إلى الإيجاب يشترط لانعقاد العقد الإلكتروني صدور قبول بوسيلة إلكترونية يطابق الإيجاب وفق القواعد العامة المطبقة على العقود التقليدية، إلا أن للقبول في العقود الإلكترونية بعض الخصوصية فيما يتعلق بالوسيلة المستخدمة للتعبير عنه وحق القابل بالعدول عن قبوله^٣. وقد ظهرت هذه الخصوصية في المادة (٢/١١٢٧) من القانون المدني الفرنسي؛ فحتى ينعقد هذا العقد

١. المادة (١١٢٧) من القانون المدني الفرنسي

٢. د. سمير الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص: ١٠٥

٣. د. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، م، س، ص: ١٣٦-١٣٩

ويكون صحيحاً يجب أن يثبت بأنه كان بإمكان مَنْ وَجَّه إليه الإيجاب التحقق من تفاصيل طلبه والتمن الإجمالي وتصحيح الأخطاء المحتملة قبل تأكيد قبوله النهائي، وعلى الموجب أن يبلغه إلكترونياً باستلام الطلب الذي وَجَّه إليه. دون أن أيّ تأخير غير مسوّغ، ونصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على أن الطلب والتأكيد على قبول الإيجاب والإشعار بالاستلام تُعدّ مستلماً إذا كان بإمكان الأطراف الذين وجهت إليهم الاطلاع عليها.

إلا أن المشرّع الفرنسي أفرد حكماً خاصاً لعقود توريد الأشياء أو تقديم الخدمات المبرمة حصرياً من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية والعقود المبرمة بين مهنيين؛ فلم يخضعها لكل من^١:

أ- نصّ الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٢/١١٢٧) المتعلقة بتوفير إمكانية لمن وجه إليه الإيجاب للتحقق من تفاصيل طلبيته، والتزام الموجب بإخبار القابل بوصول الطلبية بوسيلة إلكترونية.
ب- البنود ١-٥ الواردة في المادة (١/١١٢٧) المحددة للبيانات الواجب إيرادها في الإيجاب.

الفرع الثاني

الإثبات في العقود المبرمة بوسيلة إلكترونية

نصّت المادة (٤/١١٢٧) من القانون المدني الفرنسي على أن يُعتدّ بالمحرر العادي الإلكتروني ويعدّ حجة إذا أقرّ المرسل إليه، بعد أن يكون قد تمكّن من الاطلاع عليه، باستلامه. إلا أنها استثنت من هذا الحكم العقود المبرمة من خلال البريد الإلكتروني المنصوص عليها في المادتين ١١٢٥ و ١١٢٦. وإذا كان هنالك نصّ يقضي بأنه يجب قراءة المحرّر على المرسل إليه فإن تسليم المحرّر الإلكتروني إلى المعني به وإقراره بالاستلام مع تمكنه من الاطلاع عليه يقوم مقام القراءة^٢.
كما كرّست المادة (٥/١١٢٧) المبادئ الآتية:

١- الرسالة المسجّلة المتعلقة بإبرام أو تنفيذ عقد يمكن أن ترسل بالبريد الإلكتروني، شرط أن ينقل هذا البريد بواسطة شخص من الغير وفق إجراء يسمح بتحديد هذا الأخير وتحديد المرسل وضمّان هوية المرسل إليه وإثبات ما إذا كان الخطاب قد تلقاه المرسل إليه أم لا.

٢- يجوز طباعة مضمون هذه الرسالة وفق خيار المرسل من قبل الغير على الورق من أجل تسليمها إلى المرسل إليه أو إرسالها إلى هذا الأخير بوسيلة إلكترونية، وفي هذه الحالة إذا لم يكن المرسل إليه مهنيّاً، يجب أن يكون قد طلب الإرسال بهذه الوسيلة أو كان قد قبل استخدامها أثناء التبادلات (التعاملات) السابقة.

٣- عندما يثبت تاريخ الإرسال أو الاستلام بمقتضى عملية إلكترونية، فإن حجّيته تعدّ مفترضة متى روعي فيه الشروط الواردة في المرسوم الصادر عن مجلس الدولة، ما لم يثبت العكس.

١. المادة (٣/١١٢٧) من القانون المدني الفرنسي.

٢. المادة (٤/١١٢٧) من القانون المدني الفرنسي.

٤- يمكن توجيه الإخطار بالاستلام إلى المرسل إليه بوسيلة إلكترونية أو بأي وسيلة أخرى تسمح بحفظه.

وفيما عدا ذلك أحال المشرع كيفية تطبيق هذه المادة إلى مرسوم يصدر من مجلس الدولة بهذا الخصوص.

الفصل الثاني أثار العقد

يعدّ العقد أهم مصادر الالتزام في التشريعات المدنية كافة. وقد وسعت التعديلات الأخيرة من نطاقه بتقنين دوره في تعديل الالتزام ونقله وإنهائه، لكن حتى يتحقّق هذا الهدف لا بدّ من أن ينشأ هذا العقد صحيحاً نافذاً، ليصار فيما بعد إلى تنفيذه حسب الأصول، وقد تناولنا في الفصل الأول بعض التعديلات المتعلقة بمرحلة إبرام العقد، مهمّدين بذلك لبيان آثاره من الناحيتين الموضوعية والشخصية^١.

فالعقد «شريعة المتعاقدين»، يحدّد الالتزامات العقدية ويوجب الوفاء بها، تماماً كما يفرض المشرع تطبيق النصوص القانونية. ويقع الالتزام بتنفيذ العقد على المتعاقدين دون غيرهم تنفيذاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن بالإمكان أن يُكسب العقد حقاً للغير.

وقد كرّس كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني البحريني هذه المبادئ. وباستعراض المواد ١١٨٨-١٢٠٩ من القانون المدني الفرنسي نجد أن المشرع، بعد أن فرغ من تنظيم مسألة إبرام العقد، تناول في هذه المواد كلاً من: تفسير العقد؛ وآثار العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وآثار العقد بالنسبة إلى الغير، بثلاثة فصول متتالية، وسنتناول هذه المواضيع في مبحثين، يخصّص الأول لآثار العقد من حيث الموضوع، فيما يتناول الثاني آثاره بالنسبة إلى الأشخاص.

المبحث الأول آثار العقد من حيث الموضوع

تتمركز آثار العقد من حيث الموضوع حول مبدأ القوة الملزمة للعقد القاضي بوجود تنفيذ الالتزامات العقدية بالكامل ودون تعديل، وهو ما يقتضي تحديد نطاق هذه الالتزامات ممّا يستلزم أحياناً تكملة العقد وتفسيره. إلا أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ليس مطلقاً؛ إذ تضمّن القانونان الفرنسي والبحريني استثناءً على هذا المبدأ يسمح بتعديل أو فسخ العقد وفق ما اصطلاح على تسميته بنظرية الظروف الطارئة^٢.

وقد تناول المشرع الفرنسي مبدأ القوة الملزمة للعقد (المطلب الأول) تحت عنوان أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين، ثم تناول تحقق أثر العقود الناقلة للملكية وعلاقتها بالالتزام بالتسليم تحت عنوان «الأثر الناقل» (المطلب الثاني).

١. حول هذا التقسيم انظر: د.عدنان السرحان ود.نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٢٣٦-٢٨٤.

٢. للمزيد حول فكرة القوة الملزمة للعقد انظر: علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد «دراسة مقارنة»، م س، ص: ٥٢-٥٥.

المطلب الأول القوة الملزمة للعقد

القاعدة العامة هي عدم جواز تعديل بنود العقد؛ لأنه جاء بناءً على تراضي طرفيه وليس من العدالة أن نلزم متعاقد بأمر لم يرده عندما أبرم العقد، فهو عندما التزم إنما التزم بحدود معينة ارتضاها بموافقة الطرف الآخر في ضوء الظروف السائدة وقت انعقاده. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فقد يورد القانون قيوداً أو استثناءات لاعتبارات العدالة نفسها، كوجوب مراعاة مبدأ حسن النية، ومراعاة مصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، ولعل أهم استثناء يرد على مبدأ القوة الملزمة للعقد يتمثل بتعديل العقد وفق أحكام نظرية الظروف الطارئة، الذي يُعدّ تقنينه من أبرز مستجدات القانون المدني الفرنسي. وعليه سنستعرض الأحكام العامة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، قبل أن نتناول أثر الظروف الطارئة كاستثناء تشريعي فيه خروج على هذا المبدأ.

الفرع الأول أحكام عامة

متى نشأ العقد صحيحاً نافذاً ترتبت آثاره لمجرد انعقاده ما لم يكن معلقاً على شرط أو مضافاً إلى زمن مستقبل، وهذا ما اصطلح على تسميته القوة الملزمة للعقد الحامي للرابطة العقدية والقاضي بوجوب تنفيذ العقد وعدم قدرة أي من طرفيه على الرجوع عنه أو تعديله إلا بالأحوال التي ينص عليها القانون^١.

وتقوم القوة الملزمة للعقد على مبدأ سلطان الإرادة، ومقتضاه كفاية الإرادة لإنشاء العقد وتحديد الآثار المترتبة عليه، فللشخص الحرية في إبرام العقد فيلتزم بما ورد فيه أو لا يبرمه فلا يلتزم بشيء، وعندما يختار إبرام العقد يحدد نطاق التزامه وبنود العقد بالاتفاق مع المتعاقد الآخر. كما يسوغ هذا المبدأ باعتبارات أخلاقية تتركز حول وجوب الوفاء بالعهد، وقيام الثقة والاستقرار في التعامل داخل المجتمع^٢.

وقد كرّس المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة (١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على عدم جواز تعديل العقود أو نقضها إلا بالرضا المتبادل لأطرافها، أو للأسباب التي يقرّها القانون. ويقابل هذا النص المادة (١٢٨) من القانون المدني البحريني التي تنص على ما يلي: «العقد شريعة

١. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، م س، ص: ٢٠٩-٢١١؛ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٢٣٨.

٢. حول الأسس التي يقوم عليها مبدأ القوة الملزمة للعقد انظر: د. علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى، الخليج العربي للنشر والتوزيع، مملكة البحرين، ٢٠١٣، ص: ٤٩-٥٥؛ د. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، طبعة ٢٠٢١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص: ١٩٤-١٩٥.

المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون». فالقاعدة العامة في القانونين أن العقد؛ متى استوفى ركنه وشروطه، أصبح قادراً على إنشاء الحقوق والالتزامات، ووجب على مَنْ عقده أو من يقوم مقامه احترام هذا العقد وتنفيذ ما يتضمن من التزامات دون تعديل.

وفيما يتعلق بحجم الالتزامات التي يتوجب على المتعاقد تنفيذها، أو ما يسمّى بنطاق العقد من حيث الموضوع، فالأصل أن تحديد نطاق الالتزامات العقدية يقع على الأطراف المتعاقدة، لكن قد يغفل المتعاقدين عن ذكر بعض المسائل في العقد ممّا يسوّغ تدخل القاضي لسدّ هذا النقص عن طريق ما يسمّى تكملة العقد. كما قد يعتمد تحديد حجم الالتزامات التعاقدية على تفسير بعض نصوص العقد التي تضمّنها.

أولاً: تكملة العقد

لا يقتصر نطاق العقد على ما أورده المتعاقدان من بنود وشروط؛ لأن في ذلك تكريساً للنزعة المطلقة لمبدأ سلطان الإرادة التي لم يكتب لها النجاح، بل ينبغي توسعة نطاق العقد أو مضمونه وفق معايير موضوعية محددة^١، وهو ما أخذت به العديد من التشريعات ومنها القانونان الفرنسي والبحريني. فقد يقتصر اتفاق المتعاقدين على الأمور الجوهرية في العقد، فهنا ينعقد العقد ولكن عند تنفيذه لا بد من تحديد المسائل الجزئية التي أغفلها المتعاقدان عند التعاقد، وتحديد هذه المسائل إنما يعود إلى القاضي وفقاً لما يسمّى بمبدأ تكملة أو تكميل العقد^٢. وبهذه العملية يتم تجاوز النقص الذي أغفل المتعاقدان تنظيمه عند إبرام العقد الذي يُعدّ القانون المنظم لعلاقتها العقدية ويتم ذلك وفق معايير موضوعية تشابه مصادر القانون؛ وبذلك تعدّ هذه المسألة من مسائل القانون وليست من مسائل الواقع^٣.

وقد تصدى المشرّع الفرنسي لهذه الفرضية في المادة (١١٩٤) من القانون المدني التي تعنى بتحديد نطاق العقد، فقد نصّت على أن «العقود لا تُلزم بما هو منصوص عليه فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يُعدّ من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون». وفي السياق ذاته نصّت المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني على ما يلي: «لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمّن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل». وبذلك يكاد ينحصر الاختلاف بين القانونين في المعايير واجبة الاتباع لتحديد توابع العقد ومستلزماته.

١. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات واحكامها، م س، ص: ٢٠٨

٢. د. حول مفهوم نظرية تكملة العقد وتطبيقاتها في القانون البحريني انظر: د. علي فيصل الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩، ص: ٢٦٧-٢١٨

٣. د. عدنان السرحان ونوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٢٤٢

ثانياً: تفسير العقد

قد يستجد ما يدعو إلى تفسير العقد، بعد انعقاده، لتحديد نطاق الالتزامات المترتبة عليه وفق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين؛ لذلك أحال المشرع أمر تفسير العقد للقاضي وحدد له مجموعة من الضوابط لممارسة هذا العمل على نحو مشابه لتكملة العقد^١.

وفي هذا الإطار نجد أن المشرع الفرنسي حدّد نطاق التفسير وأسسّه في المواد ١١٨٨-١١٩٢ من القانون المدني، مميزاً بين البنود والشروط الواضحة من جهة، والبنود والشروط الغامضة من جهة أخرى، على نحو مشابه لما ورد في القانون المدني البحريني، كما أشار إلى آلية التفسير.

فقد حصر المشرع الفرنسي سلطة القاضي بتفسير البنود والشروط الغامضة في العقد وحظر عليه تفسير الواضحة منها، إذ نصّت المادة (١١٩٢) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: «لا يجوز تفسير الشروط الواضحة والمحددة وإلا اعتبر ذلك تحريفاً لها». ويكاد هذا النص يطابق نص المادة (١٢٥/أ) من القانون المدني البحريني التي تنصّ على ما يلي: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين». وهذا الحكم يعدّ نتيجة طبيعية لتكريس المشرع في الدولتين لمبدأ الإرادة الظاهرة الذي أخذت به التشريعات الحديثة وقواعد الفقه الإسلامي^٢، فالأصل أن عبارة العقد الواضحة تترجم بأمانة إرادة المتعاقدين^٣.

أما إذا كانت عبارة العقد غامضة فعلى القاضي أن يفسّر هذا العقد باحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين وفقاً لمجموعة من المعايير الموضوعية^٤، فإن استخدم هذه المعايير ومع ذلك بقي لديه شك حول التفسير الصحيح، انحاز بتفسيره نحو مصلحة المدين أو المتعاقد الذي يكون التفسير أقل إلزاماً له والطرف المذعن.

فمتى كانت عبارات العقد غير واضحة، تحتمل أكثر من معنى أو حتى متناقضة، كان على القاضي تفسيرها استناداً إلى أحكام المادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بوجوب تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للأطراف دون التوقّف عند المعنى الحرفي لألفاظه، فإن تعدّد الكشف عن هذه النية يفسر العقد وفقاً للمعنى الذي يعطيه له الشخص العادي حال وجوده في الظروف نفسها. ويقابل هذه المادة في القانون البحريني الفقرة الثانية من المادة (١٢٥) من القانون المدني التي تنص على ما يلي: «أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من

١. د. علي فيصل الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية (دراسة مقارنة)، م س، ص: ٢٧٦-٢٨٥؛ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٢٤٢.

٢. يدعم هذا المبدأ بالفقه الإسلامي القواعد الشرعية الآتية: الأصل في الكلام الحقيقية؛ لا عبرة في الدلالة في مقابلة التصريح؛ ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه.

٣. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، م س، ص: ٢٠١. لكن يستثني هذا الفقيه من هذا الحكم الحالات التي تكون فيها عبارة العقد واضحة إلا أن إرادة المتعاقدين غير واضحة، لكن في هذه الحالة على القاضي أن يسوّغ خروجه على القاعدة العامة.

٤. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، م س، ص: ٢٠٠.

أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات». وبذلك يتشابه القانون الفرنسي مع القانون البحريني في ضرورة تفسير العبارات الغامضة للعقد وفق إرادة المتعاقدين إلا أنهما اختلفا في الأسس المعتمدة للكشف عن هذه الإرادة؛ فهدف القاضي من التفسير هو الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين. لكن هذا لا يعني الأخذ بالإرادة الباطنة ذلك أن المشرع ضبط عمل القاضي في هذا المجال بمجموعة المعايير الموضوعية، حصرها المشرع الفرنسي بالقياس على سلوك الشخص المعتاد فيما حددها المشرع البحريني بكل من: طبيعة التعامل؛ ومبدأ الأمانة والثقة بين المتعاقدين؛ والعرف.

وإذا استخدم القاضي المعايير السابقة ومع ذلك لم يصل إلى تفسير يرتاح إليه كان عليه أن يطبق المادة (١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على وجوب تفسير الشك بعقد المساومة ضد مصلحة الدائن ولصالح المدين، فيما توجب تفسير عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه. كما ينبغي مراعاة المادة (١١٩١) من القانون المدني الفرنسي التي تعالج فرضية أن يكون أحد شروط العقد يحتمل معنيين، وتوجب تغليب المعنى الذي يرتب أثراً على ذلك الذي لا يرتب أي أثر.

وفي موقف مشابه أوجبت المادة (١٢٦) من القانون المدني البحريني تفسير الشك في العقد لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره، و أعطت مثلاً على ذلك بالمدين إذا كان من شأن أعمال الشرط أن يحمّله الالتزام، أو يجعل عبئاً عليه أثقل. وتضمنت المادة (٥٩) من هذا القانون حكماً خاصاً بعقود الإذعان يقضي بوجوب تفسير الشك في هذه العقود دائماً لمصلحة الطرف المذعن.

وبذلك أخذ تفسير الشك في القانونين بالاحتمال الذي يكون أقل إلزاماً للمدين. مع مراعاة خصوصية عقود الإذعان التي ينبغي أن تفسر لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أم مديناً.

وفيما يتعلق بألية التفسير كرس المشرع الفرنسي ما يُعرف في الفقه بالتفسير عن طريق الجمع بين النصوص، على نحو مشابه لتفسير التشريع^١، وراعى فرضية المجموعات العقدية^٢ والعقود المركبة والعقود المختلطة، فقد نصت المادة (١١٨٩) من القانون المدني الفرنسي على أن شروط العقد تفسر بعضها بعضاً، وذلك بإعطاء كل منها المعنى الذي يراعى تناغم التصرف القانوني بأكمله. وعندما تسهم عدة عقود، وفقاً للنية المشتركة للأطراف، في العملية نفسها، تعين تفسيرها بالنظر إلى هذه العملية. فسواء تعلق الأمر بعقود ترد على محل واحد (كسلسلة العقود) أو تهدف إلى تحقيق هدف واحد (كالعقود المركبة) ينبغي أن تكون بنود كل منها منسجمة ومتكاملة مع بقية العقود في المجموعة

١. حول تفسير القانون انظر: د. عوض الزعبي، مدخل إلى علم القانون، الطبعة الثالثة، اثار للنشر والتوزيع/الأردن ومكتبة الجامعة/

الشارقة، ٢٠١٤، ص: ١٩١-١٩٤

٢. حول مفهوم المجموعات العقدية وتطبيقاتها انظر: علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى، الخليج

العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص: ٢١٢-٢١٨

ذاتها، فإن ثار خلاف حول تفسير بند بعقد منها جرى تفسيره على ضوء البند المقابل له في عقد آخر بهذه المجموعة وبما يتوافق مع طبيعة هذه المجموعة العقدية.

الفرع الثاني نظرية الظروف الطارئة

الأصل العام أن تُنفذ الأطراف المتعاقدة الالتزامات التعاقدية دون تعديل أو تأخير أو تبديل. ولكن في بعض العقود، وبالذات العقود متراخية التنفيذ، يبرم العقد في وقت على أن يُنفذ في وقت لاحق. فلو طرأت ظروف خلال هذه الفترة وكان من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد؛ بأن ترتب على تنفيذه خسارة فادحة لأحد طرفيه، بسبب هذه الظروف، فهل يلزم المدين في هذه الحالة بتنفيذ الالتزام المترتب عليه مهما بلغت الخسارة احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، أم أن بالإمكان إعادة التوازن في الالتزامات التعاقدية بالاتفاق أو بقرار من المحكمة، لتصبح أكثر عدالة؟

أجاب الفقه القانوني عن هذا السؤال بابتداع نظرية الظروف الطارئة التي تبنتها العديد من التشريعات الحديثة ومنها القانون المدني البحريني، فقد نصّت المادة (١٣٠) منه على ما يلي: «إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، بأن يضيّق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

في المقابل، لم يكن القانون المدني الفرنسي، قبل تعديلات ٢٠١٦، يعرف نظرية الظروف الطارئة؛ فلم يكن يسمح للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن في عقد وإن نجم ذلك عن ظروف تخرج عن إرادة المتعاقدين ولم تكن متوقعة عند إبرام العقد، مقدماً بذلك تحقيق الأمن العقدي على متطلبات العدالة. إلا أن محكمة النقض الفرنسية خفّضت من حدّة هذا المبدأ عندما أجازت إعادة التفاوض بحسن نية في العقود التي ينتابها حالة من عدم التوازن العقدي، وفيما بعد كرّس المشرّع الفرنسي هذا التوجّه القضائي باستحداث المادة (١١٩٥) من القانون المدني التي تنصّ على ما يلي:

١. تعود هذه النظرية إلى القانون الكنسي الذي سوّغها بقاعدة مفادها بأن المتعاقدين حددا الالتزامات التعاقدية بحسب الظروف السائدة عند إبرام العقد، فإذا ما تغيّرت فمن المنطق افتراض تغير هذه الالتزامات لتناسب مع الظروف الجديدة. ومع أن القانون المدني الفرنسي لم يرحّب بهذه النظرية (في البداية) لتعارضها مع مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي تبناها وطوّرها ومنه انتقلت إلى التشريعات الحديثة. ومن الجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي احتوى على تطبيقات لهذه النظرية في مبدأ الأعدار ومبدأ الجوائح.

في نشأة نظرية الظروف الطارئة انظر: عدنان السرحان ونوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص ٢٦٢-٢٦٣
2. Cass Com 3 Novembre 1992, n 9018547-

إذا حدث تغيير في الظروف، غير ممكن التوقع بها عند إبرام العقد، ترتب عليه أن أصبح التنفيذ باهض التكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا الخطر، فله أن يطالب المتعاقد الآخر بإعادة التفاوض حول هذا العقد، على أن يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية خلال فترة إعادة التفاوض.

وفي حال رفض طلب إعادة التفاوض أو فشلها، فإن للمتعاقدين الاتفاق على فسخ العقد بالشروط ومن التاريخ الذي يحدده أو أن يطلبوا، باتفاق مشترك، من القاضي تعديل أو تحديد مصير العقد. وفي حال عدم الاتفاق خلال فترة معقولة فالقاضي، بناء على طلب أحد الأطراف، مراجعة بنود العقد أو إنهائه بالتاريخ والشروط التي يحددها.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد تبنى وبشكل صريح نظرية الظروف الطارئة كوسيلة يستطيع المدين من خلالها المطالبة بإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه، استجابة لمتغيرات الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد. وأصبح اللجوء إلى هذه الوسيلة حقاً للمدين ضمنه القانون، ممّا يشير إلى تطور مفهوم القوة الملزمة للعقد في القانون الفرنسي؛ فالقوة الملزمة للعقد، سيما في العقود الزمنية ليست ثابتة ومطلقة، وإعادة النظر في بنود العقد من قبل القضاء في بعض الظروف أمر لا مفر منه ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وبذات الوقت ترك المشرع الفرنسي لإرادة المتعاقدين دوراً مهماً في إعادة النظر في شروط العقد الذي أبرمها، وهو ما سيظهر من خلال استعراض شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وآثارها.

أولاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يتطلب تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أن يَصِلَ بين إبرام العقد وتماام تنفيذه فترة زمنية، يقع خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع وخارج إرادة طرفي العقد، يترتب عليه أن يصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقاً بدرجة كبيرة، على أن لا يكون هذا المتعاقد قد قَبِلَ مسبقاً تحمّل مخاطر التنفيذ المرهق في حال تغير الظروف.

١- أن يمر بعض الوقت بين إبرام العقد وتنفيذه.

هذا الشرط تقتضيه فلسفة هذه النظرية؛ إذ تفترض وقوع ظروف جديدة في فترة لاحقة على إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، وهو ما يتحقق عادة في العقود الزمنية متراخية التنفيذ كالتوريد؛ ففي مثل هذه العقود يوجد عنصر يخرج عن إرادة المتعاقدان هو الزمن، وهذا العنصر له متغيرات اقتصادية واجتماعية قد تغلّب بالتوازن العقدي الذي ارتضاه المتعاقدان، وتقتضي العدالة إعادة هذا التوازن^٢. كما يمكن أن يحصل أيضاً في العقود فورية التنفيذ متى كان جزء من الالتزامات المترتبة عليها

١. د. محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني «الممكن والمستبعد» دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية «القانون المدني الفرنسي نموذجاً للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجاً للإسقاط»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١، السنة السابعة، العدد التسلسلي ٢٥، جمادى الآخرة/ رجب ١٤٤٠هـ - مارس ٢٠١٩، ص: ١٤١.

٢. د. محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني «الممكن والمستبعد» دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية «القانون المدني الفرنسي نموذجاً للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجاً للإسقاط»، م س، ص: ١٢٨-١٢٩.

مؤجلة، على أن لا يكون التراخي في التنفيذ ناجماً عن خطأ المدين^١.

٢- أن يقع حادث استثنائي عام غير متوقع وخارج عن إرادة طرفي العقد الحادث الذي يعتد به وفق هذه النظرية هو الحادث الاستثنائي أي الشاذ غير المألوف، أما الحوادث العادية المألوفة فلا تؤثر على توازن العقد ولا تسوّغ التدخل في بنوده.

كما أن الحوادث الاستثنائية المقصودة بهذه النظرية هي الحوادث الاستثنائية العامة التي تمس جميع الناس أو فئة منهم كسكان منطقة معينة أو أصحاب مهنة معينة، أما الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين نفسه، كالمرض والإعسار، فلا يعتد بها في هذا المجال^٢.

كما ينبغي أن يكون هذا الحادث غير متوقع؛ فالحدث المتوقع الحدوث عند إبرام العقد لا يبيح للمتعاقد الاعتداد به إذا ما تحقق، بل كان على المتعاقد أن يحتاط لهذا الاحتمال عند إبرام العقد. مع ملاحظة أن معيار التوقع معيار موضوعي ينظر فيه إلى الإنسان العادي (متوسط الحرص) في ظروف المتعاقد^٣.

٣- أن يترتب على هذا الحادث أن يصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقاً بدرجة كبيرة وبهذا الشرط يظهر بين نظرية الظروف الطارئة، ونظرية القوة القاهرة؛ فعلى خلاف القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المدين، يستطيع المدين، وفق نظرية الظروف الطارئة، أن ينفذ الالتزام الواقع عليه، لكن يترتب على هذا التنفيذ إرهاقه، بمعنى تكبده لخسائر كبيرة غير مألوفة.

ويُحدّد مفهوم إرهاق المدين وفق معيار موضوعي يقوم على ظروف العقد لا شخصي يرتبط بالظروف الشخصية للمتعاقد؛ إذ تقاس مسألة الإرهاق على التزامات العقد وليس على ظروف المدين وإمكانياته المالية^٤.

٤- ألا يكون المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقاً قد قبل مسبقاً بتحمل مخاطر التنفيذ المرهق حال تغير الظروف.

وقد ورد نصّ صريح بهذا الشرط في القانون المدني الفرنسي، على خلاف القانون المدني البحريني، لكن يمكن الأخذ بهذا الشرط في القانون المدني البحريني دون نصّ؛ لكون قبول المخاطرة ينفي عن الحدث صفة استحالة التوقع، وهذا ينسجم مع الرأي الذي يذهب إلى عدم جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية^٥.

١. أ.د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام (الحقوق الشخصية) بالاستهداء بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠٢٢، ص: ٣٤٢

٢. د. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، م س، ص: ١٩٨

٣. د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٢٥٨

٤. د. جميل محمد بني يونس، كوفيد-١٩ نظرية الظروف الطارئة، مجلة الحقوقية، العدد الأول، شوال ١٤٤٢/يونيو ٢٠٢١، ص:

٢٣٧-٢٤٠

٥. للمزيد حول الخلاف الفقهي بشأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية انظر: د. أحمد عبد الكريم أبو شنب،

مصادر الالتزام (الحقوق الشخصية) بالاستهداء بالفقه الإسلامي، م س، ص: ٣٤٢-٣٤٣

ثانياً: آثار أعمال نظرية الظروف الطارئة

حدّد المشرّع الفرنسي مصير العقد في حال تحقق شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بحكم مرّن يتيح للمتعاقدين عدة خيارات متعاقبة يتحدّد في ضوءها دور القاضي في تعديل العدل أو فسخه. فقد أجاز المشرّع الفرنسي للطرف الذي يرهقه تنفيذ الالتزام أن يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض حول بنود العقد؛ لمعالجة آثار الظرف الطارئ، على أن يستمر في تنفيذ العقد طيلة مدة التفاوض. وفي هذه المرحلة إذا قبل الطرف الآخر هذا الطلب يستطيع المتعاقدان الاتفاق على تحديد مصير العقد بحرية تامة دون تدخل من القضاء، سواء اختارا تعديل العقد أو فسخه مع تعويض أو دون تعويض الدائن. ويسري هذا الاتفاق بحقهما من تاريخه أو من التاريخ الذي يحدّدانه.

أمّا إذا رفض طلب التفاوض أو فشل المتعاقدان في التوصل إلى اتفاق لمعالجة الظرف الطارئ فلهما أن يطلبوا من القاضي (باتفاقهما المشترك) التدخل لتحديد مصير العقد، وللقاضي بموجب هذا التفويض تعديل العقد أو فسخه، مع مراعاة ما سبق أن اتفقا عليه من تفاصيل خلال فترة التفاوض (إن وجد)، ويكون قرار القاضي بهذا الشأن ملزماً لهما.

وفي حال عدم اتفاق المتعاقدين، خلال مدة معقولة، على طلب تدخل القاضي جاز لأيّ منهما منفرداً أن يطلب هذا التدخل، وفي هذه الحالة يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لتحديد مصير العقد؛ فله أن يعدّل شروط العقد أو ينهيه ويحدّد شروط نفاذ التعديل أو الإنهاء وتاريخه، وقد يكون لقرار القاضي بهذا الشأن أثر رجعي^١.

في المقابل، تجيز المادة (١٣٠) من القانون المدني البحريني للمحكمة، متى تحققت الشروط السابقة، أن يتدخّل في تعديل بنود العقد لإعادة التوازن في الالتزامات المترتبة عليه، ويرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، من خلال إنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل. إلا أن جانباً من الفقه يرى أن بإمكان الطرفين الاتفاق على تعديل العقد أو فسخه تطبيقاً للقواعد العامة. وبذلك يختلف حكم الظرف الطارئ في القانون البحريني عنه في القانون المدني الفرنسي بما يلي:

١- اشترط المشرّع الفرنسي لإعمال نظرية الظروف الطارئة ألا يكون المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقاً قد قبل مسبقاً تحمّل مخاطر التنفيذ المرهق حال تغيّر الظروف، أمّا المشرّع البحريني فلم ينصّ على هذا الشرط.

٢- تدخّل القاضي لإعادة التوازن وفق أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون البحريني هي سلطة جوازية، ولم يُشرِ النصّ إلى امكانية إعادة النظر بالعقد في الاتفاق.

٣- القاضي في القانون المدني البحريني، وإن كان يملك تعديل العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة، إلا أن المشرّع لم يمنحه سلطة فسخ هذا العقد. أمّا القانون الفرنسي فقد أجاز فسخ العقد بالاتفاق أو بحكم القضاء.

١. د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية، م س، ص: ٢٢٤-٢٢٥

٢. أ.د. احمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام (الحقوق الشخصية) بالاستهداء بالفقه الاسلامي، م س، ص: ٢٤٩

٤- حصر المشرع الفرنسي سلطة القاضي في إعادة التوازن للعقد من خلال وسيلتين؛ إنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل، ولم يمنحه سلطات أخرى كوقف تنفيذ العقد خلال مدة بقاء الظرف الطارئ، مع أنّ هذا الحلّ قد يكون الأفضل في بعض الحالات.

المطلب الثاني الأثر الناقل

تحت هذا العنوان أورد المشرع الفرنسي مبدأ عاماً يحدّد وقت تحقّق أثر التصرفات القانونية الناقلة للملكية وحوالة الحق فيها، ثم أشار إلى مضمون الالتزام بالتسليم وارتباطه بنقل الملكية. في المقابل، لم يعالج المشرع البحري هذه المسألة ضمن الأحكام العامة للعقد، لكن ورد فيه نصوص متفرقة تكرر مجمل هذه الأحكام.

الفرع الأول ترتيب التصرفات القانونية الناقلة للملكية وحوالة الحق لآثارها

تنصّ المادة (١١٩٦) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
في العقود التي يكون محلّها نقل الملكية أو حوالة أيّ حقّ آخر يجري النقل بمجرد إبرام العقد. يمكن تأجيل النقل بإرادة الأطراف أو بحسب طبيعة الأشياء أو بحكم القانون.
يتضمّن نقل الملكية نقل مخاطر الشيء، ومع ذلك يتحمّل المدين الالتزام بالتسليم مع وقوع هذه المخاطر من وقت إعداره طبقاً للمادة (٢/١٣٤٤)، ومع مراعاة القواعد المنصوص عليها في المادة (١/١٣٥١).

ويستخلص من هذا النص أن الأثر المباشر للعقود الناقلة للملكية أو حوالة أيّ حقّ آخر هو نقل الملكية، ويتحقّق هذا الأثر بمجرد إبرام العقد. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة؛ إذ يمكن الاتفاق على تأخير هذا الأثر أو ما يسمّى «شرط الاحتفاظ بالملكية»^١، إذ يبرر الخروج على هذا المبدأ بطبيعة الأشياء أو بإرادة المشرع.

ويترتب على نقل الملكية نقل تبعه مخاطر أو تبعه هلاك محلّ التصرف من تاريخ نقل الملكية، لكن استثنى المشرع الفرنسي من هذا الحكم فرضيتين:

١- استحالة التنفيذ الناشئة عن هلاك الشيء المستحق، إذ تبرأ ذمة المدين، مع سبق إعداره إذا ثبتت أن الهلاك كان سيحصل ولو نفذ الالتزام^٢.

٢- الإعذار بتسليم شيء يجعل المخاطر على عاتق المدين ما لم تكن على عاتقه من قبل^٣.

١. حول شرط الاحتفاظ بالملكية وحججته انظر: علي فيصل علي، مبدأ حجّة العقد، م س، ص: ٩٩-١٠٤.

٢. المادة (١/١٣٥١) من القانون المدني الفرنسي.

٣. المادة (٢/١٣٤٤) من القانون المدني الفرنسي.

وقد كرّس المشرّع البحريني مبادئ مشابهة؛ ففي المواد: ٨٥٧؛ ٨٥٨؛ ٨٥٩ كرّس القانون المدني مبدأ انتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينية (في العقار والمنقول) بالتصرف القانوني متى كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه، إلا أنه استثنى من هذا الحكم الفرضيات الآتية:

(أ) المنقول المعين بنوعه الذي لا تنتقل ملكيته إلا بالفرز اللاحق عادة للتصرف.

(ب) الحالات التي يرد بشأنها نصّ في القانون أو يقضي الاتفاق أحكاماً مخالفة.

(ج) العقار الذي لا تنتقل الحقوق العينية المتعلقة به أو تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري.

وفيما يتعلق بتبعية الهلاك نصّت المادة (٢١٠) من القانون المدني البحريني على ما يلي:

«(أ) إذا التزم المدين أن يسلم شيئاً، ولم يقم بتسليمه بعد إعداره، كان هلاك الشيء عليه ولو كان الهلاك قبل الإصدار على الدائن.

(ب) ومع ذلك، لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك عن الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

(ج) على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة ذلك تقع على السارق».

الفرع الثاني ارتباط نقل الملكية بالالتزام بالتسليم

تنصّ المادة (١١٩٧) من القانون المدني الفرنسي على أن الالتزام بتسليم شيء يتضمن الالتزام بالمحافظة عليه إلى حين تسليمه مع إلزام المدين بهذا الالتزام بأن يبذل في تنفيذ هذا الالتزام عناية الشخص العادي. وبذلك تدارك المشرّع خطر تحميل المالك (المتصرف له) تبعة هلاك المتصرف به بمجرد إبرام العقد.

أمّا المادة (١١٩٨) فعالجت أثر واقعة التسليم على نقل الملكية في حال تصرف شخص بماله لأكثر من شخص على التعاقب، فكرّست المبادئ الآتية:

«إذا اكتسب شخصان على التوالي حقهما على ذات المنقول المادي من الشخص نفسه، يفضل ذلك الذي حازه أولاً، حتى لو كان حقه لاحقاً، شرط أن يكون حسن النية.

وإذا اكتسب شخصان على التوالي حقوقاً على ذات العقار من الشخص نفسه، يفضل الذي سبق إلى تسجيل سنده طبقاً للشكل الرسمي بالسجل العقاري، حتى لو كان حقه لاحقاً، شرط أن يكون حسن النية».

فبعد أن رتب المشرع الفرنسي نقل الملكية على مجرد إبرام العقد عالج فرضية تعاقب نقل ملكية شيء بتصرفين صادرين من الشخص ذاته مراعيًا مبدأ حسن النية ومميزاً بين فرضيتين:

١- المنقول المادي (الذي ليس له سجلات خاصة): فإذا اكتسب شخصان على التوالي حقهما على ذات المنقول المادي من الشخص نفسه، يفضّل ذلك الذي حازه أولاً، حتى لو كان حقه لاحقاً شرط

أن يكون حسن النية. وفي ذلك تكريس لقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية».

٢- العقار الذي له سجلات خاصة (واجب التسجيل): إذا اكتسب شخصان على التوالي حقوقا على ذات العقار من الشخص نفسه، يفضّل ذلك الذي سبق إلى تسجيل سنده طبقاً للشكل الرسمي في السجل العقاري، حتى لو كان حقه لاحقاً شرط أن يكون حسن النية.

وبذلك كرّس المشرّع الفرنسي ما استقرّ عليه الفقه والتشريعات الحديثة حول علاقة التسليم بنقل الملكية: ففي التشريعات القديمة كالقانون الروماني كان للتسليم دور رئيس في نقل الملكية، بحيث لا تنتقل الملكية في عقد البيع للمشتري إلا بتحقيقه، كما تنبّه على أهميته فقهاء الشريعة الإسلامية ونظمت أحكامه مجلة الأحكام العدلية. لكن فقد هذا الالتزام الكثير من الأهمية في التشريعات الحديثة، فلم يعد نقل الملكية متوقفاً عليه، بل أضحت التزاماً فحسب على البائع تظهر أهميته بتمكين المشتري من ممارسة سلطاته كمالك، بالإضافة الى حماية المشتري وتثبيت ملكيته من خلال منع تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز^١، فإذا باع شخص منقولاً معيناً بالذات لشخصين على التعاقب فإن من تسلم المبيع أولاً يُعدّ مالكة ولو كان التالي بتاريخ إبرام العقد^٢، إلا أن هذا الحكم لا يطبّق على العقارات والمنقولات التي أوجب المشرّع تسجيل التصرفات الواقعة شرطاً لصحة هذه التصرفات، واعتبر التسجيل شرطاً لنقل الملكية وإحدى صور التسليم الحكمي.

بالمقابل، يلاحظ أن المشرّع البحريني حدّد نطاق الالتزام بنقل الملكية، كأحد الحقوق العينية، وطبيعة الالتزام بالتسليم في المادة (٢٠٩) من القانون المدني التي تنص على أن: «الالتزام بنقل حقّ عيني يتضمّن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم». أما عن فرضية تعاقب نقل ملكية شيء بتصرفين صادرين من الشخص ذاته فلم ينظمها تشريعياً في القانون المدني، لكن تبنى المشرع البحريني هذا الحكم في المادة (٢٤) من قانون التسجيل العقاري البحريني فيما يتعلق باكتساب شخصين على التوالي حقوقاً على العقار ذاته من الشخص نفسه فنصّ على تفضيل الذي سبق إلى تسجيل سنده طبقاً للشكل الرسمي في السجل العقاري، حتى لو كان حقه لاحقاً شرط أن يكون حسن النية.

المبحث الثاني آثار العقد من حيث الأشخاص

تقوم القاعدة العامة في تحديد نطاق العقد من حيث الأشخاص على مبدأ «نسبية آثار العقد»، القاضي بأن العقد لا يربط التزامات إلا على طرفيه، إن كان من العقود الملزمة لجانبين، أو على

١. حول تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية انظر: احمد ابراهيم الحياوي، شرح أحكام الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار

الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠٢١، ص: ٢٥٠-٢٥٦

٢. د.عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع والإيجار)، الطبعة الأولى/الاصدار الاول، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠٠٩، ص: ١٢٩-١٣٠

أحدهما، إن كان من العقود الملزمة لجانب واحد. وتطبيقاً لهذا المبدأ نظم كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني البحريني فرضيتي التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير؛ فالأولى تؤكد عدم جواز إلزام شخص بعقد لم يكن طرفاً فيه، أما الثانية فتشير إلى إمكانية إكساب الغير حقاً من عقد لم يبرمه. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في الأول الأحكام في تحديد نطاق العقد من حيث الأشخاص، فيما نتناول في المطلب الثاني التطبيقات التشريعية الخاصة بتلك الأحكام.

المطلب الأول الأحكام العامة

كرّس المشرعان الفرنسي والبحريني مبدأ نسبية آثار العقد بأحكام عامة تحدد المعنيين بتنفيذ العقد، كما نظما مسألة صورية العقد لكونها من الفرضيات وثيقة الصلة بهذا المبدأ.

الفرع الأول تكريس مبدأ نسبية آثار العقد

تناول المشرع الفرنسي مبدأ نسبية آثار العقد في المادة (١١٩٩) من القانون المدني التي تنص على أن العقد لا ينشئ التزامات إلا بين أطرافه. ولا يجوز للغير أن يطلب تنفيذ العقد، أو أن يجبر على تنفيذه، مع مراعاة أحكام القانون ذات العلاقة.

فالأصل أن يرتب العقد آثاره على عاقيه بالدرجة الأولى، وهذا أمر طبيعي ويُعدّ نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة. ويستوي في ذلك أن يكون المتعاقد قد أبرم العقد بنفسه أو بواسطة نائبه. ففي العقود الملزمة لجانبين يولد العقد التزامات متبادلة على طرفيه، وفي العقود الملزمة لجانب يرتب العقد التزاماً على طرف ويكسب الآخر حقاً، وفي حال النياية بالتعاقد تنصرف آثار العقد إلى الأصيل (المنيب) لا المناب^١. ويتقارب القانونان الفرنسي والبحريني حول هذه المسائل. في المقابل، يلاحظ أن القانون المدني البحريني نص صراحة على سريان آثار العقد على الخلف العام للمتعاقد^٢ وخلفهم الخاص بقوة القانون^٣، لكن ضمن شروط خاصة محددة، على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي لم ترد فيه نصوص تكّرس هذه المبادئ والفقهاء الفرنسي عدّ الخلف الخاص من الغير.

١. د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م، س، ص: ٢٦٠-٢٦١؛ د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م، س، ص: ٢٩٠-٢٩١

٢. الخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها ويتحقق ذلك عندما يتلقى شخص حقاً عينياً أو شخصياً من آخر بناء على سبب من الأسباب الناقلة للحق كالميراث والوصية، أما مصطلح الخلف الخاص فيشمل كل من تلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حقاً عينياً آخر عليه.

٣. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م، س، ص: ٢٩٠-٢٩١؛ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م، س، ص: ٢٦٠-٢٦١

وقد كرّس المشرّع البحريني هذه المبادئ في المادتين: ١٣٣ و ١٣٤ من القانون المدني. فقد نصت المادة (١٣٣) على ما يلي:

« أ) تتصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث. (ب) على أن آثار العقد لا تتصرف إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكليهما، إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون».

ففي الفقرة الأولى كرّس المشرّع مبدأ انصراف آثار العقد إلى الخلف العام موجباً مراعيًا الأحكام المتعلقة بالميراث لكون أهم صور الخلف العام الوارث والموصى له بحصة شائعة من أموال المورث. فبالميراث تنتقل الحقوق المالية للمورث للوارث، أما بالنسبة إلى الالتزامات فإن انتقالها تحكمه قواعد الميراث وبمقتضاها لا يلتزم الوارث بديون مورثه إلا بحدود ما يؤول له من التركة. كما ينبغي مراعاة هذه الأحكام إذا كان الخلف العام موصى له بجزء شائع من التركة، ومنها أن الوصية لغير الوارث وبما لا يتجاوز ثلث التركة، كما لا يلزم الموصى له بأداء ديون الموصي؛ إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون^١.

أما الفقرة الثانية من هذه المادة فتؤكد أن قاعدة انتقال آثار العقد إلى الخلف العام ليست مطلقة؛ فبعض العقود لا يطبق بشأنها مبدأ انتقال آثار العقد إلى الخلف العام بطبيعتها لوجود مانع قانوني أو مادي يمنع من ترتب هذا الأثر، كالبيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة، والعقود القائمة على الاعتبار الشخصي لأحد المتعاقدين، وقد يرد نص تشريعي يقضي بعدم انتقال آثار العقد إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو كليهما وعدّهما من الغير، كما هو الحال بالنسبة إلى أحكام البيع في مرض الموت، كما قد يتفق المتعاقدان على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام كأن يرد في عقد الإيجار شرط يقضي بانتهاء العقد بوفاة المستأجر، لكن في جميع الحالات ينبغي أن لا يتعارض مثل هذا العقد مع النظام العام والذي تشكل قواعد الميراث جزءاً منه^٢.

أما المادة (١٣٤) فقد عالجت فرضية انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بالنص الآتي:

«أ- إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متّصلة بمال معين على نحو يجعلها من توابعه، أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته، ثم انتقل المال إلى خلف خاص فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه.

ب- على أن الالتزامات المتصلة بالمال لا تنتقل معه إلى الخلف الخاص إلا إذا كان، عند إبرام التصرف، يعلم بها أو بمقدوره أن يعلم بها، وذلك ما يقضي القانون بخلافه».

١. د. أحمد عبد الكريم أبوشنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢٩٠-٢٩٣

٢. المادة (٩١١) من القانون المدني البحريني

٣. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، م س، ص: ١٩٠-١٩١؛ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية،

م س، ص: ٢٦٣-٢٦٤

وتفترض هذه المادة وجود عقد أبرمه السلف، ويمس هذا العقد مالم أنتقل فيما بعد إلى خلف خاص وتشتت لانتقال ما ترتب عليه من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص ما يلي^١:

١- أن يكون العقد الذي رتب هذه الآثار التي يقع عليها الاستخلاف، سابقاً بتاريخ إبرامه على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.

٢- أن تكون الحقوق الشخصية التي رتبها العقد الذي أبرمه السلف من توابع المال الذي انتقلت ملكيته للخلف الخاص، كما هو الحال بالنسبة إلى من اشترى عقاراً سبق للبائع أن أمن عليه ضد الحريق، فينتقل الحق بالتأمين مع هذا العقار إلى الخلف الخاص (المشتري) وفقاً لقواعد الاستخلاف، على أن يتابع دفع أقساط التأمين المستحقة بعد الشراء. أما الالتزامات فينبغي أن تكون من محددات الشيء الذي انتقلت ملكيته إلى الخلف الخاص، بمعنى أنها تضيّق من نطاق سلطات مالكة أو حقه في الانتفاع به، كما لو التزم مالك أرض لجيرانه بعدم البناء عليها لارتفاع معين ثم باع هذه الأرض، فينتقل هذا الالتزام إلى المشتري.

٣- علم الخلف الخاص بالالتزامات الناشئة عن عقد سلفه وقت انتقال الشيء إليه وهذا الشرط يرد على الالتزامات ولا يشمل الحقوق، ويسوّغ باعتبارها العدالة؛ إذ إن هذه الالتزامات سيتحملها الخلف الخاص فلا أقل من أن يكون على علم بها قبل انتقال ملكية الشيء المثقل بهذه الالتزامات إليه، سيما إذا كان الانتقال بعقد من عقود المعاوضات المالية. ومع ذلك يلاحظ أن المشرع البحريني لم يقصر الأمر على العلم اليقيني كما فعلت بعض التشريعات العربية بل ساوى بينه وبين العلم المفترض، إلا أنه لم يجعل هذا الشرط من النظام العام، إذ نصّ على عدم الأخذ به إذا نصّ القانون أو قضى الاتفاق بذلك.

أما بالنسبة إلى الغير فالأصل أن لا يتأثر بعقد لم يكن طرفاً فيه، سواء من الناحية السلبية أو الإيجابية، وعليه أن يحترم المراكز القانونية الناشئة عن العقد، إلا أن المادة (١٢٠٠) من القانون المدني الفرنسي أجازت له التمسك بعقد لم يكن طرفاً فيه وبشكل خاص من أجل إثبات واقعة ما، ويمكن الأخذ بهذا الحكم في القانون البحريني تطبيقاً للقواعد العامة^٢، كما تعدّ دعوى الصورية من تطبيقات هذا المبدأ؛ فالغير، وخصوصاً الدائن العادي^٣، قد يتأثر بشكل غير مباشر بعقد لم يكن طرفاً فيه، سيما إذا كان أحد العاقدين مدينه، فأتاح المشرع له مجموعة من الوسائل لحماية حقوقه تسمى وسائل حماية التنفيذ، ومنها دعوى الصورية التي نظمها كل من المشرع الفرنسي والمشرع البحريني.

٢٢٢: د. أحمد عبد الكريم أو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢٩٥-٣٠٢

٢. لمزيد من التفاصيل حول فكرة احتجاج الغير بالعقد انظر: علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد، م س، ص: ١٧١-١٢٢

٣. حول أثر العقد بالنسبة إلى دائتي المتعاقدين انظر: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س،

الفرع الثاني صورة العقد

معالجة مسألة صورة العقد وعلاقتها بمبدأ نسبية آثار العقد تقتضي التعريف بها وبيان حكمها.
أولاً: التعريف بالصورية

يقصد بالصورية «اصطناع مظهر كاذب ومخالف للحقيقة عن طريق ستر عقد أو تصرف حقيقي بين الطرفين بعقد آخر صوري (عقد ظاهر)، حيث يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد المستتر (الحقيقي) وتظاهرا أنهما يتمسكان بالعقد الصوري (الظاهر)»^١.

ويتم اللجوء إلى الصورية في كافة العقود، وإن كان الغالب أن ترد في العقود المالية؛ إذ تظهر أهميتها في المحافظة على الضمان العام للدائنين. كما ويختلف الغرض من الصورية باختلاف الأحوال؛ فكما تستخدم للإضرار بالدائنين قد يكون الهدف من الصورية مشروعاً، كأن يتبرع شخص لآخر بمال ويظهر هذا التصرف بصورة بيع^٢.

ويختلف نطاق الصورية بحسب نوعها^٣؛ فالصورية المطلقة ترد على العقد أو التصرف ذاته؛ بحيث لا يكون للعقد الظاهر وجود في الحقيقة، بأن يصطنع الطرفان مظهراً كاذباً لتصرف لم تتجه إرادتها إلى إبرامه، أما في الصورية النسبية فيكون هناك علاقة قانونية أو تصرف قانوني حقيقي بين الطرفين ويظهران تصرفاً آخر يختلف عن التصرف الحقيقي ببعض جوانبه الذي يتم عملياً بعدة صور أهمها: الصورية بطريق التستر؛ والصورية بطريق المضادة؛ والصورية بطريق التسخير.

ثانياً: حكم الصورية

عالج المشرع الفرنسي مسألة صورية العقد في المادتين (١٢٠١) و (١٢٠٢) من القانون المدني، فيما عالجها المشرع البحريني في المادتين (١٣١) و (١٣٢) من القانون المدني؛ فقد بيّن أثر الصورية فيما بين المتعاقدين وأثرها بالنسبة للغير وكرسا مبادئ متشابهة بوجه عام.

١- أثر الصورية بين المتعاقدين

تنص المادة (١٢٠١) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: «إذا أبرم الأطراف عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً، فإن هذا الأخير الذي يسمى أيضاً بورقة الضد، يرتب أثره بين أطرافه، ولا يُحتج به في مواجهة الغير الذي يحق له، مع ذلك، التمسك به. ويقابل هذا النص في القانون البحريني المادة (١٣١) من القانون المدني التي تنص على ما يلي: «إذا أبرم عقد صوري، كانت العبرة بالحقيقة،

١. د. ياسين محمد خلف الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠١١، فقرة ٣٥٥، ص: ٢٠٩.

٢. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، م س، ص: ٤٧٨-٤٨١.

٣. حول أنواع الصورية انظر: د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)، الطبعة الثانية عشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠١٠، ص: ١٠٣-١٠٥؛ د. عبد الرحمن جمعة، المختصر في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي (أحكام الالتزام) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة عمال المطابع، عمان/الأردن، ٢٠١٩، ص: ٩٦-٩٧.

فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما، وسرى بينهما العقد المستتر، إذا توافرت له أركانه دون العقد الظاهر».

ففي كلا القانونين يسري بحق المتعاقدين والخلف العام العقد الحقيقي الذي ارتضيا لا العقد المستتر الذي أرادا إظهاره، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن المشرع البحريني اشترط لثبوت هذا الحكم أن يكون العقد المستتر صحيحاً استكمل جميع عناصر تكوينه، الأمر الذي يمكن الأخذ به في القانون الفرنسي بلا نص تطبيقاً للقواعد العامة؛ فالعلاقة بين المتعاقدين تخضع لأحكام العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادتهما أو ما يسمى بورقة الضد أو العقد المستتر متى كان صحيحاً. إلا أن المشرع لم يحدد المقصود بصحة ورقة الضد، إنما حدد متى تكون باطلة في المادة (١٢٠٢) من القانون المدني الفرنسي؛ فعد كل ورقة ضد يكون موضوعها زيادة الثمن المشترط في اتفاقية التنازل عن وظيفة رسمية باطلة. كما طبق هذا الحكم على كل عقد يرمي إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو تنازل عن محل تجاري أو عن الزبائن أو التنازل عن حق في الإيجار أو عن الاستفادة من وعد بإيجار يتعلق كلياً أو جزئياً بعقار أو بكل أو بجزء من فرق المقايضة أو القسمة يتضمن أموالاً عقارية أو محلاً تجارياً أو زبائن.

٢- أثر الصورية بالنسبة إلى الغير

نصت المادة (١٢٠١) من القانون المدني الفرنسي على أن العقد المستتر (ورقة الضد) لا يُحتج به في مواجهة الغير، إلا أنها أجازت لهذا الغير التمسك بهذا العقد، دون أن تحدد الحالات والشروط التي يمكن بموجبها ممارسة هذا الحق.

في المقابل، حدد المشرع البحريني أثر صورية العقد بالنسبة إلى الغير مع الأخذ بمبدأ حسن النية؛ فقد نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني على ما يلي:

(أ) إذا أبرم عقد صوري كان لدائتي كل من المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد المستتر، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد الصوري إذا كانوا لا يعلمون بالصورية.

(ب) إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، بأن تمسك البعض بالعقد الصوري وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.

فوفق هذا النص أجاز المشرع البحريني لكل من الخلف الخاص ودائتي كل من المتعاقدين أن يثبتوا الصورية، ولأن الصورية بالنسبة إليهم واقعة قانونية فلهم أن يستخدموا في ذلك جميع وسائل الإثبات. فإن نجحوا في إثبات الصورية نشأ لهم الخيار، إن كانوا حسني النية، لم يعلموا وقت إبرام العقد بالصورية، بين التمسك بالعقد الظاهر (الصوري) والعقد المستتر (ورقة الضد). فإن اختلفوا؛

١. وبذلك يقترب موقف القانون البحريني مع موقف القانون المدني العراقي القديم على خلاف القانون المصري والأردني (للمزيد حول موقف القانون المقارن من هذا الشرط انظر: د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، م س، ص: ٤٨١-٤٨٢)

٢. حول مدلول الحجية في التصرفات الصورية انظر: علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد «دراسة مقارنة»، ص: ١٢٠-١٢٢

واختار بعضهم العقد المستتر فيما تمسك البعض الآخر بالعقد الظاهر، رجحت كفة من اختار العقد الصوري احتراماً لمبدأ استقرار المعاملات والوضع الظاهر^١، وكذا الحكم لو كان الدائنون والخلف الخاص سيئي النية يعلمون بالصورية منذ إبرام العقد^٢.

المطلب الثاني تطبيقات خاصة

نظم كل من المشرع الفرنسي والبحريني تطبيقين خاصين لمبدأ نسبية آثار العقد هما؛ التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير، وفيهما تكريس لمبدأ عدم جواز ترتيب التزام عقدي على شخص لم يكن طرفاً في العقد الذي نشأ عنه هذا الالتزام، وخروجاً على مبدأ عدم إكساب الغير حقاً من مثل هذا العقد.

الفرع الأول التعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو «عقد ينعقد بين طرفين يتعهد أحدهما (المتعهد) للآخر بأن يجعل شخصاً أجنبياً عن هذا العقد يلتزم بالالتزام معين»^٣، كأن يتجاوز الوكيل حدود وكالته مع تعهده شخصياً بأن يجعل موكله يجيز هذا التصرف.

وقد نظم المشرع الفرنسي هذه الفرضية في المادة (١٢٠٤) من القانون المدني؛ فيعد أن أكدت المادة (١٢٠٣) مبدأ نسبية آثار العقد فنصت على أنه «لا يجوز لأحد أن يلتزم باسمه الشخصي إلا لمصلحته»، أورد المشرع حكم التعهد عن الغير، فأجاز التعهد عن الغير وبين شروطه وآثاره. كما عالج المشرع البحريني هذه الفرضية في المادة (١٣٥) من القانون المدني مكرساً المبادئ ذاتها مع اختلاف طفيف.

فقد نصت المادة (١٢٠٤) من القانون المدني الفرنسي على جواز التعهد بأن يؤدي الغير عملاً ما، ويبرأ المتعهد من كل الالتزام إذا قام الغير بالعمل الموعود به. أما إذا لم يقبل الغير بالتعهد فيمكن الحكم عليه بالتعويض، وإذا كان محل التعهد إقراراً بالالتزام ما فيعد هذا الأخير صحيحاً بأثر رجعي من التاريخ الذي تم فيه التعهد.

ونصت المادة (١٣٥) من القانون المدني البحريني على ما يلي:

أ) إذا تعهد شخص لآخر بأن يجعل أحداً من الغير يلتزم نحوه بأمر معين، التزم هو بتعده دون ذلك الغير.

١. علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد «دراسة مقارنة»، ص: ١٢٢.

٢. حول حكم الصورية راجع: د. عبد الرحمن جمعة، أحكام الالتزام، م س، ص: ٩٧-١٠٠؛ د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، م س، ص: ١٠٦-١١٠.

٣. د. جلال العدوي، أصول الالتزامات (مصادر الالتزامات)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص: ٢٤٤.

ب) فإذا رفض الغير تحمل الالتزام المتعهد به، كان المتعهد مَحَلًّا بتعهده، والتزم بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب إخلاله، ما لم يعرض هو أن يقوم بنفسه بالأمر المتعهد به، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر ينال المتعهد له.

ج) فإن ارتضى الغير الالتزام تحمل به، وبرتت ذمة المتعهد، ويكون تحمله به من وقت رضائه، ما لم يتبين أنه قصد أن يستند أثر هذا الرضاء إلى وقت صدور التعهد.

أولاً: الشروط اللازم توافرها لقيام التعهد عن الغير

يستخلص من النصوص المشار إليها أن الفرضية التي عالجها المشرعان الفرنسي والبحريني تقوم على العناصر الآتية:

١- تعاقد المتعهد باسمه الشخصي لا باسم الغير

فالتعهد عن الغير يقتضي أن يقوم المتعهد بإبرام العقد الذي يتضمن التعهد باسمه الشخصي لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، إذ يفترض بالمتعهد أن لا يكون نائباً عن المتعهد عنه ولا فضولياً.

٢- انصراف إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه بجعل الغير يقبل بتعهده عنه

كما يجب أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه شخصياً بجعل الغير يبرم عقداً أو يقوم بعمل، أما إذا انصرفت إرادته إلى التصرف عن الغير دون أن يتعهد شخصياً بجعله يقبل بما تعهد به عنه فلا نكون أمام تعهد عن الغير بالمعنى المقصود، ولا يكون لهذا العقد أثر بالنسبة إليه أو بالنسبة إلى الغير.

٣- أن يكون محل التزام المتعهد هو قبول الغير لتعهده

يتحدد التزام المتعهد بجعل الغير يقبل بالتعهد، والحصول على هذه الموافقة يعد التزاماً بتحقيق نتيجة، ومن ثمَّ يتحقق خطأ المتعهد بمجرد رفض الغير للتعهد وتنشأ مسؤوليته العقدية بالتعويض وإن بذل أقصى الجهود لإقناع الغير بقبول هذا التعهد.

ثانياً: آثار التعهد عن الغير

التعهد عن الغير عقد ملزم لجانب واحد (المتعهد)؛ ينشأ التزاماً في ذمته بأن يقنع الغير بأن يقبل بما تعهد به عنه، أما الغير فيبقى له الخيار بين قبول هذا التعهد ورفضه، وفي ضوء قراره تتحدد آثار التعهد عن الغير.

١- آثار قبول الغير للتعهد

يتحدد نطاق التزام المتعهد بجعل الغير يقبل بالتعهد، فإن نجح بذلك يكون قد أوفى بالتزامه تجاه المتعاقد معه (المتعهد له)؛ فتبرأ ذمته ويتحرر من أي مسؤولية؛ لأنه حقق النتيجة المطلوبة. ويستوي في ذلك أن يكون قبول الغير للتعهد صريحاً أو ضمناً، على أن تتوافر فيه أهلية التعاقد اللازمة لإبرام التصرف محل التعهد.

١. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢١٦

ويسري العقد الجديد المبرم بين المتعهد له والغير، من تاريخ قبول الغير كقاعدة عامة. وقد كرس المشرع البحريني هذا المبدأ إلا أنه أجاز انصراف أثر هذا العقد إلى تاريخ التعهد إذا قبل الغير بذلك^١، أما المشرع الفرنسي فقد أضاف حكماً جديداً؛ فوفق الفقرة الأخيرة من المادة (١٢٠٤)، إذا كان محل التعهد إقراراً بالالتزام ما فُيْعِدَ هذا الإقرار صحيحاً بأثر رجعي من التاريخ الذي تم فيه التعهد. ويؤيد جانب من الفقه^٢ موقف القانون الفرنسي بهذا الشأن لكونه أكثر توافقاً مع الواقع العملي، سيما في إطار العلاقات التجارية.

٢- آثار رفض الغير للتعهد

رفض الغير للتعهد يُعدّ دليلاً كافياً على إخلال المتعهد بالالتزام المترتب عليه بموجب عقد التعهد؛ ومن ثمّ يتوجب عليه تعويض المتعاقد الآخر (المتعهد له) تطبيقاً لأحكام المسؤولية العقدية والنصوص الناظمة للتعهد عن الغير في القانونين الفرنسي والبحريني. ولا يجوز للمتعهد التنصل من هذه المسؤولية بإثبات أنه بذل ما يستطيع من جهة لتنفيذ هذا الالتزام، إلا أن له الدفع بالسبب الأجنبي. كما أتاح المشرع، في القانونين الفرنسي والبحريني، للمتعهد التخلص من المسؤولية المترتبة عليه بأن يُنفِذ ما تعهد به بنفسه، ولا يجوز للمتعاقد معه (المتعهد له) أن يرفض هذا التنفيذ ما لم يرتبط العمل المتعهد به بشخص المتعهد عنه. ويعدّ هذا الحكم تطبيقاً لنظرية التعسف باستعمال الحق، كون المتعهد له قد حصل على ما أراه من العقد الذي أبرمه، ويستوي في ذلك أن يتم التنفيذ من قبل الغير أو من قبل المتعهد، فصي كلتا الحالتين لا يجوز للمتعهد له رفض هذا التنفيذ، ما لم تكن شخصية الغير محلّ اعتباراً^٣.

الفرع الثاني الاشتراط لمصلحة الغير

يُقصد بالاشتراط لمصلحة الغير «اتفاق بين شخصين يتعهد أحدهما بأن يؤدي مباشرة إلى شخص آخر أجنبي عن العقد أداء معيناً يشترطه الآخر في هذا الاتفاق»^٤، فهو عقد يتفق بمقتضاه شخص يدعى المشتراط مع شخص آخر يسمى «المتعهد» بأن يقوم هذا الأخير بأداء معين لمصلحة شخص ثالث، وهو المستفيد من هذا العقد. وبذلك يعدّ الاشتراط لمصلحة الغير خروجاً على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم، لكن الضرورات العملية دعت المشرعين في مختلف الدول إلى إباحته^٥.

١. المادة (١٣٥/ج) من القانون المدني البحريني

٢. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢١٩

٣. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، م س، ص: ١٩٥-١٩٦؛ د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢١٨

٤. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٢، ص: ٢٤٠

٥. من أهم التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير عقد التأمين وعقود الاحتكار والتزام المرافق العامة (حول مشرعية الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاته في التشريعات الوضعية والفقه الاسلامي أنظر: د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص:

وقد نظم المشرع الفرنسي الاشتراط لمصلحة الغير في المواد ١٢٠٥-١٢٠٩ من القانون المدني، فيما عالجه نظيره البحريني في المواد ١٣٦-١٣٩ من القانون المدني. وباستعراض هذه المواد يمكن تحديد شروط مشروعية الاشتراط لمصلحة الغير وبيان آثاره.

أولاً: الشروط الواجب توافرها لقيام قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

يتطلب القانون لصحة عقد الاشتراط توافر العناصر والشروط الآتية:

١- أن يتعاقد المشتري باسمه وليس باسم المستفيد (المنتفع)

يتعاقد المشتري في الاشتراط لمصلحة الغير باسمه الشخصي وليس بوصفه نائباً عن المنتفع ولا فضولياً؛ لذا تقع عليه الالتزامات المترتبة على هذا العقد لا على المستفيد. فعلى خلاف النائب يتعاقد المشتري باسمه وهو يتحمل الالتزامات ويشترط اكتساب الغير منافع يشترطها له، كما يختلف عن الفضولي الذي يُعدّ نائباً لرب العمل إذا توافرت شروط الفضالة^١.

٢- أن تتجه إرادة المشتري والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد.

نشأة حقّ للغير من عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو العنصر الرئيس الذي يجب أن يقع عليه التراضي في هذا العقد، والهدف الذي توخّاه المشتري من إبرامه. ففي هذا العقد تتوافق إرادات المتعاقدين إلى إنشاء حقّ مباشر للغير في ذمة المتعاقد مع المشتري (المتعهد)، فلا يمر بالذمة المالية لأيّ من المتعاقدين. وبذلك يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن كل من: التأمين من المسؤولية؛ ومن يشترط لنفسه حقاً ثم يحوِّله للغير أو ينقل هذا الحق لورثته؛ أو من يشترط على آخر إلزامه بعقد يبرمه مع الغير^٢.

٣- أن يكون للمشتري مصلحة شخصية مشروعة من الاشتراط لمصلحة الغير

وجود مصلحة للمشتري من الاشتراط تعدّ عنصراً جوهرياً لهذا العقد يمثل السبب، فلا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير في حال انتفاء هذا الشرط، وإن أمكن عدّ المشتري فضولياً في حال توفر شروط الفضالة. ويستوي في هذه المصلحة أن تكون مادية^٣ أو أدبية (معنوية)^٤، على أن تكون هذه المصلحة مشروعة؛ فإذا انتفت هذه المصلحة أو كانت غير مشروعة كان عقد الاشتراط باطلاً.

وقد ورد هذا الشرط صراحة في نص المادة (١٣٦) من القانون المدني البحريني فيما خلت منه المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي، وقد يكون السبب بذلك، تخلي القانون الفرنسي عن الإشارة إلى السبب عنصراً لازماً لصحة العقد.

(٣٠٣-٣٠٥)

١. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات واحكامها، م س، ص: ١٩٦-١٩٩

٢. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٣٠٧

٣. كاشتراط المشتري (المؤمن له) دفع التعويض الناجم عن تحقق الخطر في التأمين على المبيع من الحريق للبايع، لضمان حقه بالتمن المؤجل.

٤. كالاقتراط لمصلحة الزوجة أو الأبناء أو إحدى الجمعيات الخيرية.

٤- أن يكون المستفيد شخصاً موجوداً ومعيناً، كما يمكن أن يكون شخصاً مستقبلاً على أن يكون قابلاً للتعيين وقت تنفيذ الاشتراط.

فالأصل أن يكون الاشتراط لمصلحة شخص موجود ومعين عند إبرام عقد الاشتراط، إلا أن المشرعين الفرنسي والبحريني أجازا الاشتراط لمصلحة شخص مستقبلي أو غير معين عند إبرام العقد، على أن يكون موجوداً أو يعين عند ترتيب هذا العقد لآثاره^١.

ثانياً: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

عقد الاشتراط يبرم بين طرفين لكن ينشأ عنه ثلاث علاقات: علاقة المشتري بالمتعهد؛ وعلاقة المشتري بالمنتفع؛ وعلاقة المتعهد بالمستفيد أو المنتفع

١- آثار الاشتراط لمصلحة الغير على العلاقة بين المشتري والمتعهد

المشتري والمتعهد هما طرفا عقد الاشتراط ومن ثمّ تتصرف إليهما آثار هذا العقد، بحسب طبيعته (معاوضة أو تبرّع)، باستثناء الحق الذي اشترط لمصلحة المستفيد أو المنتفع. فعلى كل منهما أن ينفذ الالتزامات المترتبة عليه بموجب هذا العقد، ولكل منهما أن يتمسك بأوجه الدفع التي يحق له قانوناً التمسك بها تجاه الآخر، وفي حال عدم التنفيذ من قبل أحدهما يجوز للآخر أن يدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ تطبيقاً للقواعد العامة. وتطبيقاً لذلك نصت المادة (١٢٠٩) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٣٧/ب) من القانون المدني البحريني على حق المشتري أن يطلب من المتعهد تنفيذ التزامه تجاه المستفيد ما لم يتبين من العقد أن المستفيد وحده صاحب الحق بذلك. وفي حال إخلال المتعهد بهذا الالتزام أو تغييره من الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الاشتراط جاز للمشتري مطالبته بالتنفيذ العيني أو الفسخ والتعويض^٢.

٢- آثار الاشتراط لمصلحة الغير على العلاقة بين المشتري والمستفيد

يحكم هذه العلاقة الباعث إلى إبرام عقد الاشتراط؛ فإذا كان الهدف التبرع وجب أن يتوفر في هذا العقد الشروط الموضوعية للهبة كالأهلية، ويجوز لدائتي المشتري الطعن بعقد الاشتراط بدعوى عدم نفاذ التصرف، أما إذا كان قصد المشتري معاوضة، فتتحدد العلاقة بينهما بحسب قواعد المعاوضة^٣.

إلا أن أهم ما يميز العلاقة بين المشتري والمستفيد هو حق المشتري في نقض الاشتراط وحق المستفيد في قبول الاشتراط أو رفضه.

أ- حق المشتري في نقض الاشتراط

يمنح القانون البحريني المشتري وحده (دون ورثته ودائنيه) سلطة نقض الاشتراط أو التعديل

١. المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٣٦) من القانون المدني البحريني

٢. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٣١٠

٣. د. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، م س، ص: ١٩٨

بشرط أن يتخذ هذا الإجراء قبل أن يعلن المستفيد عن قبوله الاشتراط لمصلحته ما لم يكن ذلك مخالفاً لمقتضى العقد أو نص القانون^١، أما المادة (١٢٠٧) من القانون المدني الفرنسي فقد أعطت هذا الحق للورثة أيضاً، كما قيّد هذا الرجوع بضرورة إعداز المستفيد من الاشتراط بقبول الشرط المقرر لمصلحته، فإن لم يفصح عن قبوله خلال ثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ كان له حق الرجوع. لكن يصبح الاشتراط غير قابل للرجوع فيه من لحظة وصول القبول إلى المشتراط أو المستفيد^٢. وينتقد جانب من الفقه^٣ منح الورثة هذا الحق؛ لأن الغالب في الواقع العملي أن تكون مصلحة المشتراط من الاشتراط أدبية، ومن ثم تخضع لتقديره الشخصي، فيما يؤيد شرط إعداز المستفيد كونه ينسجم مع اعتبارات العدالة؛ ذلك أن المشتراط ألزم نفسه تجاه الغير بهذا الاشتراط ورتب حقاً للغير، فلا بد أن يتقيد حقه بالرجوع بعلم الغير بوجود الاشتراط وإعلان رغبته بالاستفادة منه خلال فترة معقولة.

كما يجوز للمشتراط أن يحل مستفيداً جديداً بدل الأول، وهنا يُعدّ حق المستفيد الثاني ثابتاً من تاريخ الاشتراط، ويعتبر المستفيد الأول الذي عُيّن ابتداءً كأنه لم يستفد أبداً من الاشتراط الذي تم لصالحه. أما إذا لم يقترن الرجوع بتعيين مستفيد جديد فيستفيد منه بحسب الأحوال المشتراط أو ورثته^٤، وللمشتراط أيضاً أن يستأثر لنفسه بالانتفاع بالمشاركة^٥.

وفي جميع الأحوال يرتب الرجوع أثره (في القانون الفرنسي)، من وقت علم المستفيد أو المتعهد به، وإذا تم الرجوع بموجب وصية فإنه يرتب أثره من تاريخ الوفاة^٦، مع ملاحظة أن نقض المشاركة لا يترتب عليه براءة ذمة المتعهد الذي يبقى ملتزماً تجاه المشتراط، ما لم يتفق على غير ذلك، أو كانت طبيعة الالتزام تقتضيه^٧.

ب- حق المستفيد في قبول الاشتراط أو رفضه

يجوز القانون الفرنسي أن يصدر القبول من المستفيد أو من ورثته بعد وفاته، ويمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً. ويجوز أن يتم ولو بعد وفاة المشتراط أو المتعهد^٨، مع ملاحظة أن سكوت المنتفع قد يعرض حقه للسقوط إما بنقض المشاركة من المستفيد أو بمضي المدة المانعة من سماع الدعوى^٩. كما يمكن الأخذ بهذا الحكم في القانون البحريني وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني؛ إذ إن الحق المالي

١. المادة (١٢٩/أ) من القانون المدني البحريني

٢. الفقرة الأخيرة من المادة (١٢٠٦) من القانون المدني الفرنسي

٣. د. احمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٣١٠-٣١١

٤. المادة (١٢٠٧) من القانون المدني الفرنسي

٥. المادة (١٢٩/ج) من القانون المدني البحريني

٦. المادة (١٢٠٧) من القانون المدني الفرنسي

٧. المادة (١٢٩/ب) من القانون المدني البحريني

٨. المادة (١٢٠٨) من القانون المدني الفرنسي

٩. د. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، م س، ص: ٢٢٠-٢٢١

موضوع الاشتراط ينتقل إلى تركة المستفيد بعد وفاته^١.

فإذا قبل المستفيد بالاشتراط لصالحه اكتسب حقاً مباشراً تجاه المتعهد وانتهى حق المشتراط بنقض الاشتراط، أما إذا رفض الاشتراط فيبقى للمشتراط الحق بتعيين مستفيد آخر أو الانتفاع من الاشتراط، وإذا فقد المنتفع الأهلية قبل أن يبدي رأيه بالمشاركة انتقل هذا الحق إلى وليه أو وصيه ما لم يرد في عقد الاشتراط أن المشتراط حصر هذا الحق بالمنتفع وحده. وإذا صدر قرار من المشتراط بنقض الاشتراط وقرار من المستفيد بالاستفادة من الاشتراط ولم يعلم أحدهما الآخر بقراره فالعبرة تكون بالأسبقية في إعلان أيهما بقراره إلى المتعهد^٢.

٣- آثار الاشتراط لمصلحة الغير على العلاقة بين المتعهد والمستفيد

يكون المنتفع دائماً بتنفيذ الاشتراط لمصلحته تجاه من قبل المتعهد؛ كونه اكتسب حقاً مباشراً من عقد الاشتراط، ويثبت هذا الحق بذمته دون أن يمر بالذمة المالية للمشتراط.

فمصدر حق المنتفع هو عقد الاشتراط الذي حدّد مقداره وشروط استحقاقه، ويثبت هذا الحق من وقت إبرام هذا العقد، ولكونه حقاً مباشراً لا يمرّ بالذمة المالية للمشتراط فلا يتعرّض لمزاحمة دائني هذا الأخير في حال وفاته أو إفلاسه، لكن قد يتعرض لهذا الخطر عند إفلاس أو وفاة المتعهد^٣.

ويجوز لكل من المشتراط والمستفيد إقامة دعوى على المتعهد، لإلزامه بتنفيذ ما ترتب عليه من التزام بموجب عقد الاشتراط، وقد ورد النص على هذا الحق بالنسبة إلى المشتراط في القانونين الفرنسي والبحريني^٤، فيما يُعدّ حقّ المستفيد بإقامة هذه الدعوى نتيجة طبيعية لاكتسابه حقاً مباشراً تجاه المتعهد. لكن يستثنى من ذلك الحالة التي ينصّ فيها عقد الاشتراط على قصر هذا الحق على أحدهما دون الآخر^٥.

في المقابل، أجاز المشرّع البحريني للمتعهد أن يتمسك، في مواجهة المستفيد، بكل الدفع التي تنشأ له من عقد الاشتراط التي كان يمكنه أن يتمسك بها في مواجهة المشتراط^٦، بينما لم يقنّ المشرّع الفرنسي هذا الحق ضمن أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، إلا أن جانباً من الفقه يرى أن المستفيد يستمدّ هذا الحق من القواعد العامة؛ إذ لا يمكن لشخص أن يعطي أكثر ممّا يملك.

١. بهذا المعنى أنظر: د. احمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢١٢

٢. د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٢٨٢

٣. د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، م س، ص: ٢٨٠-٢٨١

٤. المادة (١٢٠٩) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني

٥. د. احمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢١٤

٦. المادة (١٢٨) من القانون المدني البحريني

٧. د. احمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام، م س، ص: ٢١٤

الخاتمة النتائج

- ١- أخضع المشرع الفرنسي المفاوضات السابقة للتعاقد، سواء بالمبادرة إليها أو إدارتها أو قطعها، لمبدأ حسن النية، ورتب على الإخلال بهذا المبدأ تعويضاً يغطي الخسارة الحقيقية دون الريح الفائتة، مكرساً بذلك المبادئ التي وضعها القضاء في الفترة السابقة للتعديل. أما القانون البحريني فلم يعالج هذه المسألة تشريعياً مع أنه اعترف ضمناً بأهمية مرحلة المفاوضات.
- ٢- أوجب المشرع الفرنسي على المتفاوض الذي لديه معلومة جوهرية، يقوم عليها رضى الطرف الآخر، أن يعلمه بها، متى كان هذا الأخير غير عالم بها وكان جهله بها مسوّغاً أو إذا كان قد منح الطرف الأول ثقته. أما القانون البحريني فلا يحوي نصاً مماثلاً.
- ٣- منح المشرع الفرنسي الراغب بالتعاقد الذي وجه إليه إيجاب مهلة للتفكير خلالها لا يعتد بالقبول الصادر منه، إلا أنه حدد مصدرها بالاتفاق أو بنص القانون. ومع عدم وجود نص خاص في القانون البحريني يعالج هذه المسألة، إلا أن القواعد العامة لا تمنع من إيراد شرط بهذا المضمون، كما أن للمشرع أن يمنح هذا الحق.
- ٤- نظم القانون المدني البحريني الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد منذ إصداره، وعممه على العقود كافة على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم هذا الوعد بموجب التعديلات. وعند المقارنة بين القانونين نجد أن الإختلاف الرئيس بينهما يتعلق بالجزاء المترتب على الإخلال بهذا العقد من خلال التعاقد مع الغير سيئ النية؛ ففي حين يخضع القانون البحريني هذه المسألة للقواعد العامة بالمسؤولية العقدية، يقضي القانون الفرنسي بعد العقد المبرم مع الغير في هذه الحالة باطلاً، بالإضافة إلى حق الموعود بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.
- ٥- نظم المشرع الفرنسي الوعد بالترفضيل، في المقابل، خلا القانون المدني البحريني من أي نص يعالج الوعد بالترفضيل، ويرى الباحث أن أحكام الوعد بالتعاقد لا تستوعب هذا العقد، كما أن حماية الغير يقتضي عدّ الوعد بالترفضيل شكلياً متى اتّصف العقد الموعود بهذا الوصف.
- ٦- تضمّنت المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي بصيغتها المعدلة تعريفاً جديداً للعقد يشمل كل توافق إرادة شخصين أو أكثر على إنشاء، تعديل، نقل، أو إنهاء التزامات، في حين نصّت المادة (٢٩) من القانون المدني البحريني على أن: «العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين»، وهذا التعريف الموجز أوسع نطاقاً من التعريف الوارد في القانون المدني الفرنسي، يشمل إنشاء جميع الحقوق المالية (الشخصية والعينية والمعنوية) وتعديلها ونقلها وإنهائها.
- ٧- التراضي بمعنى مطابقة القبول للإيجاب المعبر عنهما صراحةً أو ضمناً (ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) هو العنصر الجوهرى لإنشاء العقد في القانونين الفرنسي والبحريني، لكن يلاحظ أن المشرع البحريني توسّع في هذا المجال بإدراج صور للتعبير الصريح عن الإرادة.

٨- يتشابه القانون المدني الفرنسي مع نظيره البحريني في تنظيم الإيجاب وبيان شروطه، إلا أن الأول امتاز على الثاني بحظر العدول عن الإيجاب الذي لم يحدد الموجب فيه مدة لصدور القبول، قبل انقضاء مدة معقولة، بالإضافة إلى تحديد أثر مخالفة شروط العدول وأثر وفاة الموجب وفقدانه للأهلية.

٩- كما تقاربت أحكام القبول وتوافقه مع الإيجاب في القانونين مع اختلاف بسيط حول الحالات التي يصلح فيها القبول للتعبير عن القبول، إضافة إلى تقنين المشرع البحريني لموضوع مجلس العقد المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي.

١٠- عالج المشرعان الفرنسي والبحريني مسألة تحديد مكان الانعقاد وزمانه؛ فأخذ الأول بنظرية وصول القبول، أما القانون المدني البحريني فربط تحديد مكان العقد وزمانه بمجلس العقد وأفرد أحكاماً خاصة بكل من التعاقد بالمراسلة والتعاقد بطريق الهاتف أو بأي طريق مشابه.

١١- أفرد القانون المدني الفرنسي أحكاماً خاصة للعقود المبرمة عبر وسائل إلكترونية فيما خلا القانون المدني البحريني من نصوص تعالج هذه العقود، إلا أن قوانين أخرى، كقانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، تناولت بعض هذه المسائل.

١٢- يتشابه موقف القانونين حول تحديد نطاق العقد مع اختلاف طفيف حول المعايير واجبة الاتباع بتحديد توابع العقد ومستلزماته.

١٣- التعديلات المتعلقة بتفسير العقد وأثره من حيث الأشخاص في القانون المدني الفرنسي كانت طفيفة، والمبادئ التي كرّسها المشرع الفرنسي تشابه إلى حد بعيد تلك الواردة في القانون المدني البحريني. إلا أنهما اختلفا في الأسس المعتمدة للكشف عن هذه الإرادة المشتركة في حال غموض عبارة العقد التي حصرها المشرع الفرنسي بالقياس على سلوك الشخص المعتاد فيما حددها المشرع البحريني بكل من: طبيعة التعامل؛ ومبدأ الأمانة والثقة بين المتعاقدين؛ والعرف.

١٤- نظم كل من المشرع الفرنسي والبحريني نظرية الظروف الطارئة بقواعد أمره. ويلاحظ أن القانونين اتفقا على معظم شروط إعمال هذه النظرية، إلا أن المشرع الفرنسي أضاف إلى الشروط الواردة في القانون البحريني شرطاً وهو ألا يكون المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقاً قد قبل مسبقاً تحمّل مخاطر التنفيذ المرهق حال تغير الظروف.

في المقابل، كان الخلاف أكبر فيما يتعلق بأثر تحقق هذه الشروط؛ فقد رتب المشرع البحريني على ذلك منح سلطة جوازية للقاضي بالتدخل بناء على طلب المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقاً لإعادة التوازن من خلال إنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل حصراً. أما المشرع الفرنسي فقد أجاز تعديل العقد (دون تحديد وسيلة التعديل) أو فسخه بالاتفاق أو بحكم القضاء.

١٥- وضع المشرع الفرنسي مبدأ عاماً يحدد وقت تحقق أثر التصرفات القانونية الناقلة للملكية وحوالة الحق فيها، وأشار إلى مضمون الالتزام بالتسليم وارتباطه بنقل الملكية. في المقابل، لم

يعالج المشرع البحريني هذه المسألة ضمن الأحكام العامة للعقد، لكن ورد فيه نصوص متفرقة تكرس مجمل هذه الأحكام، إلا أنه لم يفرد نصاً يعالج فرضية تعاقب نقل ملكية شيء بتصرفين صادرين من ذات الشخص فلم ينظمها تشريعياً في القانون المدني.

١٦- عالج المشرعان الفرنسي والبحريني مسألة صورية العقد بنصوص متشابهة بوجه عام، مع وجود بعض الاختلافات في الجوانب التفصيلية؛ ففي كليهما يسري العقد الحقيقي (المستتر) فيما بين المتعاقدين على أن يكون صحيحاً، وحدد المشرع الفرنسي حالات بطلان العقد المستتر أو ورقة الضد. أما بالنسبة إلى الغير فالأصل أن يسري بحقه العقد الظاهر إلا أن المشرع الفرنسي أجاز له التمسك بالعقد المستتر دون تحديد شروط ممارسة هذا الخيار، أما المشرع البحريني فقد ميز بين الغير حسن النية والغير سيئ النية؛ فحظر على الغير سيئ النية التمسك بالعقد المستتر فيما أعطى الغير حسن النية الخيار بين التمسك بالعقد الظاهر والعقد المستتر.

١٧- نظم كل من المشرع الفرنسي والمشرع البحريني التعهد عن الغير بأحكام متشابهة مع اختلاف طفيف في الآثار يقتصر على سريان التعهد بأثر رجعي إلى تاريخ التعهد متى انصرف هذا التعهد على إقناع الغير بإقرار التزام ما.

١٨- تضمن القانون المدني البحريني مجمل المبادئ الواردة في القانون المدني الفرنسي، إلا أنه اختلف عنه فيما يلي:

أ- نص المشرع البحريني صراحة على وجوب أن يكون للمشتراط مصلحة مادية أو أدبية من الاشتراط كشرط لصحة عقد الاشتراط، فيما خلا القانون المدني الفرنسي من نص مشابه.

ب- أجاز القانون المدني البحريني للمتعهد أن يتمسك، في مواجهة المستفيد، بكل الدفوع التي تنشأ له من عقد الاشتراط التي كان يمكنه أن يتمسك بها في مواجهة المشتراط، أما القانون المدني الفرنسي فلم يتضمن نصاً صريحاً يقضي بذلك.

ج- أجاز المشرع الفرنسي لورثة المشتراط نقض المشاركة التي أبرمها مورثهم فيما نص القانون المدني البحريني صراحة على حرمانهم من هذا الحق، وقصره على المشتراط.

التوصيات

أولاً: تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (١٢٩) من القانون المدني لتصبح على النحو الآتي:

«١- يراعى في إبرام العقد وتنفيذه والتفاوض بشأنه مقتضيات حسن النية وشرف التعامل».

وإلى حين تعديل هذا النص ندعو القضاء إلى إخضاع مرحلة المفاوضات العقدية لنظرية التعسف باستعمال الحق.

ثانياً: - تقنين الالتزام بالإعلام والالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات على نحو مشابه لما ورد في القانون الفرنسي بحيث تستحدث مادة بالنص الآتي:

«يتوجب على الطرف الذي لديه معلومة جوهرية، يقوم عليها رضى الطرف الآخر، أن يعلمه بها، متى كان هذا الأخير غير عالم بها وكان جهله بها مبرراً أو إذا كان قد منح الطرف الأول ثقته. وعليه عدم إفشاء المعلومات السرية التي حصل عليها خلال فترة التفاوض أو استخدامها دون ترخيص من صاحبها».

ثالثاً: تعديل نص المادة (٥١) من القانون المدني؛ بإضافة الفقرة (د) بالنص الآتي:

د- يترتب على الواعد المسؤولية بالتعويض في حال إخلاله بالتزامه بعدم التعاقد مع الغير وفق القواعد العامة، وللمستفيد فسخ العقد المبرم مع الغير سيئ النية»

رابعاً: استحداث نص خاص بالوعد بالتفضيل في القانون المدني بالصيغة الآتية:

«١- يجوز الاتفاق على أن يلتزم أحد الأطراف (الواعد) بأن يبرم عقداً معيناً مع الآخر (المستفيد) ويعطيه الأولوية على غيره في حال قرر إبرام هذا العقد مستقبلاً وقبل المستفيد بالشروط المقترحة على الواعد.

٢- يخضع هذا العقد للشروط العامة للعقد لكن إذا تطلب القانون لتمام العقد الموعود شكلاً معيناً فينبغي مراعاة هذا الشكل في الاتفاق الذي يتضمّن الوعد.

٣- يترتب على مخالفة الوعد بالتفضيل بإبرام العقد الموعود مع الغير سيئ النية حق المستفيد بطلب فسخ هذا العقد أو المطالبة بالحلول محل الغير فيه.

٤- ولا يُعدّ الغير سيئ النية إذا استعلم من المستفيد حول وجود الوعد بالتفضيل ونيته الاستفادة منه ولم يرد المستفيد خلال الفترة المحددة بطلب الاستعلام.

خامساً: استحداث نص يحظر العدول عن الإيجاب، الذي لم يحدّد الموجب فيه مدة لصدور القبول، قبل انقضاء مدة معقولة، ويحدد الجزاء المترتب على مخالفة شروط العدول.

سادساً: استحداث نص ضمن الأحكام العامة للعقد يحدّد وقت تحقّق أثر التصرفات القانونية الناقلة للملكية وحوالة الحق فيها، وعلاقة ذلك بالالتزام بالتسليم.

سابعاً: استحداث نص يحدّد حالات بطلان العقد المستتر (ورقة الضد) ضمن الأحكام الناظمة لصورية العقد.

قائمة المراجع

المصادر الأساسية

- القانون المدني الفرنسي
- القانون المدني البحريني
- الكتب
- د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصادر الالتزام (الحقوق الشخصية) بالاستهداء بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠٢٢.
- د. عبد الرحمن جمعة الحلالشة، البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠٠٥.
- د. عبد الرحمن جمعة، المختصر في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي (احكام الالتزام) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة عمال المطابع، عمان/الأردن، ٢٠١٩.
- د. عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية/الالتزامات، الطبعة الأولى الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠٠٩.
- د. علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية: التراضي، التعبير عن الإرادة «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠١٤.
- د. علي فيصل الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان، ٢٠١٩.
- د. علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى، الخليج العربي للنشر والتوزيع، مملكة البحرين، ٢٠١٣.
- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني/مصادر الالتزامات واحكامها، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠١٢.
- د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠.
- د. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ٢٠٢١.
- Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, édition Francis Lefebvre 2016

البحوث

أولاً: باللغة العربية

- د. أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد ٢ - الجزء الثاني، صفر/ربيع الأول ١٤٣٩هـ - نوفمبر ٢٠١٧

- أحمد ابراهيم الحيارى، التنظيم التشريعي للوعد بالتميز «دراسة مقارنة»، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية/الأردن، مجلد: ٨، عدد: ٣، ص: ٥٣-٧٨، ٢٠١٦
- أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، منشورات جامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٢٥، ٢٠٠١.
- د. محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلد ٧، العدد ٢٦، يونيو ٢٠١٩
- د. محمد عرفان الخطيب، الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة»، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية/جامعة مؤتة، المجلد ١١، العدد ٣، ٢٠١٩
- د. محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني «الممكن والمستبعد» دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية «القانون المدني الفرنسي نموذجاً للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجاً للإسقاط»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١، السنة السابعة، العدد التسلسلي ٢٥، جمادى الآخرة/ رجب ١٤٤٠هـ - مارس ٢٠١٩
- د. جميل محمد بني يونس، كوفيد-١٩ ونظرية الظروف الطارئة، مجلة الحقوقية، العدد الأول، شوال ١٤٤٢/ يونيو ٢٠٢١، ص: ٢٢٧-٢٤٠

ثانياً: باللغة الفرنسية

- Ahmed Ibrahim AL HIARI, Le pacte de préférence en droit civil jordanien / étude comparée, European journal of social science, Volume 37 Issue 2, 2013
- SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna, Fasc. 30: VENTE - Nature et forme - Pacte de préférence, Lexis Nexis, édition jurisClasseur, Paris, 1990.
- DANIEL MAINGUY, Promesse Unilatérale et Pacte de Préférence: Des Définitions Inopérantes; DROIT & PATRIMOINE , n°240, octobre 2014
- Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, (Ordonnance n° 2016131-du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 13861- du code civil, © Editions Dalloz, 2017
- Nicolas Molfessis, Droit des contrats: Que vive la réforme, La Semaine Juridique , édition générale, n° 7, 15 Février 2016
- Bertrant FAGES, La promesse unilatérale et le Pacte de Préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations, Réforme du dépôt des contrats: Le débat, Droit et Patrimoine, n° : 240, octobre 2014.

المصادر الإلكترونية

- C. François, « Présentation des articles 1101 à 1111- du nouveau chapitre I “Dispositions liminaires” », La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/> [consulté le 062017/03/].
- C. François, « Présentation de la nouvelle section 1 “La conclusion du contrat” », La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/> [consulté le 062017/03/].
- C. François, « Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 “Le pacte de préférence et la promesse unilatérale” », La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect3-pacte-preference-promesse/> [consulté le 062017/03/].
- Denis PHILIPPE, La réforme du droit des contrats en droit français , Congrès de l’IDF, 22 avril 2016, <http://www.philippelaw.eu/UploadDirectory/UserFiles/files/La%20r%C3%A9forme%20du%20droit%20des%20contrats%20en%20droit%20fran%C3%A7ais.pdf>, [consulté le 132017/04/]
- Pierre SIRINELLI, Frédéric DANOS, Isabelle EID, Ordonnance portant réforme du code civil du 10 Février 2016 : Ce qui va changer et quand, Webinar du 16 Mars 2016, [consulté le 142017/04/] ; https://www.dlapiper.com/~media/Files/Other/2016/Webinar_%20Code_Civil_16mars%202016.PDF [consulté le 142017/04/]
- GABRIELLE OLIVIER, Réforme du droit des contrats : la codification de la période précontractuelle : une consécration attendue et un réordonnement bienvenu (fiche n°6), K. Pratique, [le:///C:/Users/User/Desktop/Réforme%20du%20droit%20des%20contrats%20_%20la%20codification%20de%20la%20période%20précontractuelle%20_%20une%20consécration%20attendue%20et%20un%20réordonnement%20bienvenu%20\(fiche%20n°6\).html](le:///C:/Users/User/Desktop/Réforme%20du%20droit%20des%20contrats%20_%20la%20codification%20de%20la%20période%20précontractuelle%20_%20une%20consécration%20attendue%20et%20un%20réordonnement%20bienvenu%20(fiche%20n°6).html) [consulté le 152017/04/]
- Nicolas MOLFESSIS, La période précontractuelle, Le petit juriste, 12 juillet 2014, <https://www.lepetitjuriste.fr/>. [consulté le 152017/04/]
- Nicolas MOLFESSIS, Droit des contrats : «La réforme tranche le débat sur le moment de la formation du contrat», <http://www.actuel-direction-juridique.fr/content/droit-des-contrats-la-reforme-tranche-le-debat-concernant-le-moment-de-la-formation-du#skip-link>; [consulté le 252017/02/]

- Mustapha Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations entre vices et vertus, <http://www.mekki.fr/files/sites/3709/2015//formation-du-contrat-S%C3%A9oul.pdf>, [consulté le 15/2017/04/]
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016131- du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539> [consulté le 14/2017/04/]

مصادر اخرى

- د. أحمد إبراهيم الحيارى، التزام المهني بالإعلام في القانون الأردني «دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي»، بحث مقدّم في مؤتمر المسؤولية المهنية المنعقد في جامعة اليرموك/الأردن في الفترة الواقعة بين ١٣-١٥ نيسان ٢٠١٠، ومتوفر على الموقع الإلكتروني للجامعة.
- د. غازي أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك «دراسة مقارنة في القانونين الإماراتي والفرنسي»، ورقة عمل مقدمة في ندوة حماية المستهلك التي عقدتها كلية القانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة الواقعة بين ٢٣-٢٤ تشرين أول ٢٠٠٧، منشورات الجامعة.



جامعة البحرين
University of Bahrain

هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission



AL Qanoniya

Volume No. 11- Rabi Al-Awwal
1444 Hijri- October 2022



A Biannual Law Journal Issued by the
Legislation and Legal Opinion Commission
In Collaboration with: University of Bahrain