



هيئة التشريع والإفتاء القانوني  
Legislation & Legal Opinion Commission

# القانونية

العدد الأول - السنة الأولى - ربيع الأول 1435 هـ - يناير 2014

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

■ المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع

■ الطاولة المستديرة المنعقدة بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بعنوان:  
(قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرانية)

■ أهم أحكام قانون الخدمة المدنية البحريني الصادر بالمرسوم  
بقانون رقم (48) لسنة 2010

■ الرقابة القضائية على أعمال الادارة لحماية الحقوق والحريات العامة

■ المسؤولية المدنية المترتبة على افشاء المؤمن لأسرار المؤمن عليه

■ Liquidated Damages on the  
Anglo-American Jurisdictions



هيئة التشريع والإفتاء القانوني  
Legislation & Legal Opinion Commission

# القانونية

العدد الأول - السنة الأولى  
ربيع الأول ١٤٣٥ هـ - يناير ٢٠١٤

## رئيس التحرير

المستشار / عبدالله بن حسن البوعينين  
رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

## هيئة التحرير

المستشارة / معصومة عبدالرسول عيسى  
نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

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

المستشار الدكتور /

محمد عبدالمجيد اسماعيل  
مستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

## مدير التحرير

المستشار / خالد إبراهيم عبدالغفار  
مدير إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

## المعاونون لمدير التحرير

المستشار المساعد / جواهر عادل عبدالرحمن  
مستشار مساعد بإدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد /

الشيخة مريم عبدالوهاب آل خليفة  
مستشار مساعد بإدارة الإفتاء القانوني والبحوث

الأستاذة / نورة عبدالرؤف البوعينين  
باحث قانوني بإدارة التشريع والجريدة الرسمية

الأستاذ / سعود عبدالعزيز المالكي  
باحث قانوني بإدارة الإفتاء القانوني والبحوث

الأستاذة / منيرة محمد المنصور  
أخصائي تطبيقات حاسب آلي



facebook.com/LLOC



twitter.com/lloc

مجلة محكمة نصف سنوية متخصصة في  
المجال القانوني على المستوى المحلي  
والإقليمي والدولي تصدرها هيئة التشريع  
والإفتاء القانوني في مملكة البحرين.

## للمراسلات

هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

ص ب ٧٩٠ - المنطقة الدبلوماسية

هاتف ١٧٥١ ٨٠٠٠ (٩٧٣)

فاكس ١٧٥١ ٨٠٠٨ (٩٧٣)

البريد الإلكتروني qanoniya@legalaffairs.gov.bh

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر،

هيئة شؤون الإعلام

ISSN 2210- 1985



# محتويات العدد

## متابعات قانونية

- ١٣٣ أولاً: الطاولة المستديرة المنعقدة بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بعنوان: (قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرانية)
- ١٦٩ ثانياً: أهم التعديلات الدستورية والتشريعية التي أدخلت على مجلس النواب عام ٢٠١٢
- المستشار / محمد ياسين  
نائب رئيس مجلس الدولة المصري

- ٧ كلمة معالي وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف
- ٩ كلمة سعادة رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني
- ١٣ كلمة الأستاذ الدكتور/ يحيى الجمل  
أستاذ القانون بجامعة القاهرة- نائب رئيس مجلس الوزراء الأسبق  
بجمهورية مصر العربية
- ١٥ كلمة هيئة التحرير

## المقالات

- ١٧٩ حماية الضحايا والشهود في القضايا الجنائية بين أحكام التشريع وقواعد التطبيق
- المستشار / علي الهواري  
المستشار بالنيابة العامة - مملكة البحرين

## بحث باللغة الانجليزية

Liquidated Damages on International Public Works Agreements in the Anglo-American Jurisdictions: 4-33

A Comparative Perspective.

المستشار الدكتور/ محمد عبد المجيد إسماعيل، المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين ، نائب رئيس مجلس الدولة المصري.

## البحوث

- ٢٣ ١. المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع  
القاضي الدكتور / سري محمود صيام  
رئيس محكمة النقض، رئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق  
بجمهورية مصر العربية
- ٤٣ ٢. أهم أحكام قانون الخدمة المدنية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠
- المستشار الدكتور / محمد فؤاد الحريري  
وكيل مجلس الدولة المصري والمستشار القانوني لوزارة المالية  
بمملكة البحرين
- ٨٥ ٣. الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لحماية الحقوق والحريات العامة
- الدكتور / علي إسماعيل مجاهد  
أستاذ القانون العام المساعد، الأكاديمية الملكية للشرطة،  
مملكة البحرين
- ١٠٧ ٤. المسؤولية المدنية المترتبة على إهشاء المؤمن لأسرار المؤمن عليه
- الدكتور/ مهذب أحمد محمود صانوري  
أستاذ مساعد القانون الخاص ومدير الدراسات العليا  
كلية الحقوق- جامعة العلوم التطبيقية بمملكة البحرين
- والدكتور/ حازم سالم الشوايكة  
أستاذ مساعد بقسم القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية بمملكة البحرين





# كلمة معالي وزير العدل والشئون الإسلامية والأوقاف

فإنه لمن دواعي سروري أن أقدم للقضاء والفقهاء العربيين نخبة من الأبحاث القانونية القيمة لإثراء الفكر القانوني البحريني بصفه خاصة والعربي بشكل أعم حيث نعلن اليوم عن ميلاد مجلة علمية قانونية محكمة جديدة تصدر عن الجهة المختصة بالتشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين وهي هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

ولعل أهم الهيئات القانونية في دولنا العربية هي تلك التي تعنى بموضوعات القانون العام وبالأخص علم القانون الإداري بحسبان أن هذا الفرع من فروع القانون في كثير من الدول ليس تشريعاً مدوناً ومكتوباً شأنه شأن سائر التشريعات التي تنظم الحياة التشريعية والمعاملات والقوانين العقابية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني بجانب مهمتها في التشريع تضطلع بمسألة من أهم المسائل في إدارة الدولة من الداخل وهي إبداء الرأي القانوني والفتوى في المسائل التي تنظمها التشريعات وكذلك المشكلات التي لم يضع لها المشرع حلاً، الأمر الذي يجعل من دور الهيئة في ابتكار وتوحيد الحلول القانونية في المسائل المختلفة التي تعرض عليها دوراً إنشائياً ابتكارياً حينما ناط بها المشرع إبداء الرأي القانوني في الإفتاء إلى جانب التشريع وغير ذلك من المهام التي تضطلع بها الهيئة، لتأتي من خلال دورها الفاعل في الحياة التشريعية والقانونية بمملكة البحرين في صدارة الهيئات القانونية العربية.

وليس من شك في أن هذه المهمة المنوطة بأعضاء الهيئة والخبرات التراكمية الطويلة في العمل والنظر ظهرت بجلاء في جودة البحث العلمي بهذه المجلة العلمية وكذلك التنوع في الموضوعات البحثية التي تزخر بها تلك المجلة العلمية الوليدة والتي إن دلت على شيء فإنما تدل على دور أعضاء هيئة التشريع والإفتاء القانوني في استنباط الأحكام والتأمل بعد الدراسة والاستقصاء لتكون نظرتهم في انتقاء هذه الأبحاث المحكمة نظرة مفكر يرصد المسألة محل البحث من كافة جوانبها للوصول إلى الرأي القانوني السليم.

أقدم للقارئ القانوني العربي هذه المجلة العلمية المحكمة من إعداد هيئة التشريع

والإفتاء القانوني بمملكة البحرين والتي تجمع بين العمل والنظر، لتصبح سفراً عظيماً تنقش فيه من أبحاث رجاله، ما يشار إليه بالبنان، في محافل الفكر القانوني العربي.

وأتوجه بجزيل الشكر وخالص العرفان إلى الأستاذ الدكتور / يحيى الجمل أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة القاهرة، ونائب رئيس مجلس الوزراء الأسبق بجمهورية مصر العربية، لتفضله بتقديم العدد الأول من مجلة القانونية، أطال الله عمر سعادته، وأسبغ على شخصه الكريم ثوب الصحة والعافية ليظل دوماً أحد أساطين القانون العام في العالم العربي.

وختاماً فإنني إذ أهنئ هيئة التشريع والإفتاء القانوني بصدور العدد الأول من دوريتها العلمية القانونية، فإنني أتمنى للهيئة دوام الرقي والرفعة في صدارة العمل القانوني العربي.

## خالد بن علي آل خليفة

وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف

# كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

لا يسعني في مستهل إصدار باكورة هذا العمل المتميز إلا أن أتقدم بخالص الشكر وجزيل العرفان إلى معالي وزير العدل والشئون الإسلامية والأوقاف الأخ الشيخ خالد بن علي آل خليفة، لتفضله برعاية وتقديم العدد الأول من مجلة القانونية، كما أتقدم بخالص التقدير والشكر لسعادة الأستاذ الدكتور / يحيى الجمل أستاذ القانون بجامعة القاهرة، ونائب رئيس مجلس الوزراء الأسبق بجمهورية مصر العربية الشقيقة، لتفضله بتقديم العدد الأول من مجلة القانونية.

فالقانون هو علم الحق، والعلم معرفة الحقيقة ومعرفة تصورها، وحقيقة هذا العلم من الناحية الأكاديمية والناحية التطبيقية الواقعية هو التكامل بين منهج استقراء الواقع ومنهج استنباط الأحكام، ولقد لعبت هيئة التشريع والإفتاء القانوني، ولسنوات طوال، دوراً مجدداً مبدعاً مبتكراً خلافاً يحكمه منطق التجرد العلمي لتصل إلى حكم كلي في المسائل المعروضة عليها واضرةً نصب عينها المصلحة العامة للدولة وهي تعمل في إفتاء مستمر ومتتال لسنوات طوال على إرساء مبادئ القانون العام لجهة الإدارة إبان ممارسة جهة الإدارة لعملها اليومي في إدارة الدولة من جهة الداخل، حيث نيظ بهيئة التشريع والإفتاء القانوني دور هام، فضلاً عن دور الهيئة الدؤوب في إعداد ومراجعة التشريعات والاتفاقيات الدولية والعقود، وذلك لربط إيقاع الحياة التشريعية بمملكة البحرين بالمتغيرات على الساحة الدولية حتى باتت التشريعات الحديثة بمملكة البحرين متطورة وتواكب أحدث التشريعات الدولية في تطور مستمر حيث عملت الهيئة جاهدةً على الاطلاع المستمر والفحص والدراسة لمعظم التشريعات المتطورة ومواكبة المتغيرات التشريعية.

وهيئة التشريع بهذه المثابة تؤدي رسالة جوهرها حكماً وعلماً فهي بمثابة علم وتقاليد وتجربة وخبرة تراكمية علمية وعملية يكتسبها عضو الهيئة عبر السنين بحيث إن عضو الهيئة بما نيظ به من دور قرره التشريع ما انفك يضع الحلول القانونية في ضوء مهام الهيئة المختلفة،



حتى صار له من الخبرات التراكمية العملية ذات الأساس الأكاديمي قدر ليس باليسير، وأصبح يتوافر لعضو الهيئة مزية المزج بين الناحية الأكاديمية النظرية وحسن الإعداد والتأهيل العلمي من جانب، والخبرة القانونية من جانب آخر، فبات مرمى أعضاء الهيئة إبان حسم أي مسألة قانونية معروضة هو تفحص مقاصدها، وتقصي غاياتها، واستجلاء مراميها، للخلوص إلى استنباط الحل القانوني السليم، إبان إبداء الرأي القانوني لجهة الإدارة وإعداد ومراجعة التشريعات. فهية التشريع والإفتاء القانوني بهذه المثابة هي المرجع القانوني للدولة.

وتأتي هذه الخصوصية في دور هيئة التشريع والإفتاء القانوني رغبة من المشرع في إنشاء جهاز يتولى إعداد القوانين والتشريعات التي تقترحها دوائر الدولة، واستشارته في الأمور التي تتعلق بتطبيق القوانين والمراسيم والأنظمة، فقد أصدر مجلس الدولة - مجلس الوزراء- القرار رقم (٥) لسنة ١٩٧٠ بإنشاء اللجنة القانونية لمجلس الدولة حيث عهد إليها الاختصاص بإعداد وصياغة مشروعات القوانين والأنظمة التي يقترحها مجلس الدولة، وإبداء الرأي وإعطاء المشورة في القضايا التي يعرضها عليها مجلس الدولة أو التي تحيلها إليها الدوائر الحكومية، وكذلك استشارة اللجنة في العقود التي تبرمها الحكومة مع الشركات والأفراد للتأكد من انسجامها ومطابقتها للقوانين والمراسيم المطبقة في البلاد، واستشارتها كذلك في النواحي القانونية المتعلقة بكل التزام أو امتياز يتعلق باستغلال الثروة الطبيعية في البلاد أو أية مصلحة عامة، ولم تكن اللجنة المذكورة تتمتع بثمة استقلال يذكر إذ كان تعيين رئيس اللجنة وأعضائها يتم بموجب قرار يصدر من رئيس مجلس الدولة.

وقد استدعت اعتبارات النهضة التي شهدتها البلاد وانصهارها في المجتمع الدولي إلى إصدار المرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٢ بإنشاء وتنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني وألحقت بمجلس الوزراء على أن تكون تحت إشراف وزير دولة وأناط بها اختصاصات جديدة لم تكن معروفة من قبل لعل أبرزها الاختصاص بإعداد صيغ المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة أو تنضم إليها وتمثيل الحكومة ووزاراتها أو إداراتها فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف درجاتها حينما تكلف بذلك.

ومنذ بدايات القرن الحالي تشهد مملكة البحرين وفي عهد حضرة صاحب الجلالة الملك حفظه الله نهضة سياسية صاحبها نهضة قانونية تمثلت في صدور الدستور المعدل سنة ٢٠٠٢ الذي نص في المادة ١٠٤/ج على أن يضع القانون الأحكام الخاصة بمهام الإفتاء القانوني، وإعداد التشريعات، وتمثيل الدولة أمام القضاء، وبالعاملين في هذه الشؤون وانطلاقاً من هذا التوجه الدستوري صدر القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

لقد كان إفتاء الهيئة وإعدادها ومراجعتها للتشريعات والاتفاقيات الدولية والعقود

على مدى السنين نبراساً وضأاً يضيء الطريق للمشروعية ويرسم حدودها في إفتاء باهر يرسى في صدق وفي ثقة من مبادئ القانون الإداري تراثاً من العلم القانوني ليحتل إفتاء الهيئة مكان الصدارة في الموروث الثقافي القانوني العربي.

يرتبط بكل ما تقدم أن إصدار المجلة العلمية الماثلة يتسم بقدر كبير من الخصوصية من حيث كونها مجلة علمية محكمة روعي فيها التنوع بين الأبحاث ومن حيث الموضوعات والتخصصات المختلفة في فروع القانون من جانب، ومن حيث الثقافات القانونية التي جاءت منها هذه الأبحاث من دول مختلفة Jurisdictions من جانب آخر، إذ تحقق هذه المجلة العلمية القانونية للقارئ العربي ما تصبو إليه نفسه من علم قانوني، وتروى نهمه إلى المعرفة القانونية المحلية والإقليمية والدولية، فقد روعي في اختيار الأبحاث أن تكون أبحاثاً بالعربية والإنجليزية لتواكب المستجدات البحثية في الدوريات العلمية القانونية المصنفة عالمياً.

وقد جاءت الأبحاث العربية تعكس الثقافات القانونية العلمية والعملية في الوطن العربي، فضلاً عن الأبحاث بالإنجليزية التي تعتمد على السوابق القضائية Case Law في القانون والقضاء الأنجلو أمريكي في مسائل العقود الدولية التي هي بالأساس جوهر عملية التحكيم الدولي وهي من أهم التخصصات القانونية المستحدثة على الصعيد الدولي، وبحسبان أن مراجعة العقود والاتفاقيات الدولية هي إحدى المهام التي تضطلع بها هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

لقد جاءت الأبحاث المنشورة لتعكس تمسكنا أثناء عملية التحكيم لهذه الأبحاث بجودة البحث العلمي ورقية لمستويات النشر International Publishing Standards للأبحاث على الصعيد الدولي في الدوريات العلمية القانونية المحكمة والتي تضع شروطاً ليست باليسيرة لنشر الأبحاث في الدوريات العلمية المحكمة والمصنفة عالمياً، ولقد آثرنا إتباع الشرائط المطلوبة علمياً لقبول الأبحاث دولياً.

وفي النهاية فأنتني أضع بين يدي القارئ العربي نخبة من الأبحاث القانونية القيمة بالعربية والانجليزية التي تتسم كثير من موضوعاتها بالجدة على الفقه والقضاء العربي فضلاً عن مراعاتنا للعمق في المعالجة لموضوعات الأبحاث المنشورة بدوريتنا العلمية مع البعد الدولي البحثي المقارن فقهاً وقضاءً.

والله من وراء القصد،

## عبدالله بن حسن البوعيين

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني  
المنامة - يناير ٢٠١٤



## "القانونية" البحرينية

أشعر بسعادة غامرة لدعوتي للمشاركة في تقديم هذه الدورية القانونية الجديدة التي تطل على العالم العربي من مملكة البحرين القريبة من نفسي والعزيزة على قلبي منذ أول مرة ذهبت لزيارتها في منتصف السبعينيات من القرن الماضي. وفي تلك الزيارة شرفت بمعرفة صاحب السمو الملكي الأمير خليفة بن سلمان آل خليفة كبير الأسرة ورئيس مجلس الوزراء والذي أكرمني بأن جعلني أصحابه في سيارته لزيارة بعض معالم مملكة البحرين. وفي مكان معين توقفنا أمام مدرسة أشار إليها سموه قائلاً "هذه المدرسة عمرها قرابة المائة عام وهي أول مدرسة أنشئت في الخليج العربي وكان "ناظر" المدرسة هو الشيخ حافظ وهبه وهو مصري الأصل الذي أصبح بعد ذلك سفيراً للمملكة العربية السعودية في لندن ثم مستشاراً للملك المؤسس عبد العزيز بن سعود آل سعود.

لا أستطيع أن أنسى هذه الزيارة وما أحسسته فيها من ود صادق من أهل البحرين بصفة عامة... نوع من الود ندر أن تجد مثله في بلد عربي آخر.

ولا يستطيع منصف أن ينكر المناخ الديمقراطي الذي تنعم به مملكة البحرين الآن في ظل عهد جلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة، أطال الله عمر جلالته، حيث جاء ذلك ثمرة جهود كثيرة لعقود مضت.

وأعود بالذاكرة إلى الماضي حين طلب مني سمو الأمير خليفة - وكان ذلك قبل وضع دستور دولة البحرين آنذاك - أن أضع "نظاماً" لمجلس الوزراء ينظم العلاقة بين هيئات الدولة المختلفة تنظيمياً أولاً إلى أن يوضع للدولة دستور.

ولا أنسى في تلك الزيارة التي أشرت إليها سلفاً، أن سمو الأمير خليفة - أطال الله عمره - اصطحبني معه لزيارة الوالد المؤسس الأمير المغفور له بإذن الله تعالى الشيخ عيسى بن سلمان آل خليفة ولست البساطة العربية في أسمى عصورها ومعانيها. تلك البساطة والمودة بين الحاكم والمحكومين وهي جوهر الديمقراطية التي تنعم به البحرين في عهد جلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة، بنظامها الديمقراطي الحالي، الذي مر بأطوار كثيرة إلى أن وصل إلى ما هو عليه من تقدم وازدهار وسيادة للقانون.

وأرجو أن يسمح لي معالي الشيخ خالد بن علي آل خليفة وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بأن أقدم له شكري الجزيل على كلمته الرقيقة في تقديم هذا العدد الأول من مجلة "القانونية" والتي أشار إلي فيها إشارة كريمة ودعاني فيها إلى تقديم العدد الأول من هذه المجلة التي أتق أنها ستكون صرحاً قانونياً عربياً في مجال القانون العام بصفة خاصة وإن كنت

أتصور أن لا تقتصر ”القانونية“ على أبحاث القانون العام - وحتى وإن غلب ذلك عليها - وإنما أرى أن لبعض أبحاث القانون الخاص المتميزة مكاناً فيها.

وقد يجوز لي أن أذيع خبراً جديداً في عالم التحكيم الذي أثق أن ”القانونية“ ستعطيها قدراً من اهتمامها، ذلك الخبر هو أن مجلس الوحدة الاقتصادية العربية يتجه إلى الدعوة لإنشاء محكمة تحكيم عربية بعد أن بدأ تفعيل اتفاقية الاستثمار العربية وصدور أول حكم تحكيمي في ظل هذه الاتفاقية. وقد رحبت دول عربية كثيرة بإنشاء هذه المحكمة وبأن تكون ”البحرين“ الحبيبة إلى القلب هي مقر هذه المحكمة.

شكري جزيل لهيئة التشريع والإفتاء القانوني في مملكة البحرين وللأخ الصديق المستشار عبدالله بن حسن البوعينين رئيس الهيئة وأسأل الله أن يوفقه وأن يوفق الهيئة على أن تأخذ هذه المجلة ما يليق بها من قدر واهتمام. وإذا كانت أحب الأمور هي بداياتها كما كان يقول الأقدمون فإن هذا العدد الأول وما ضمه من أبحاث قيمة وعميقة يوحي أن المسار سيكون إلى تقدم دائم إن شاء الله.

وعلى الله قصد السبيل وبه التوفيق،،،

## الأستاذ الدكتور/ يحيى الجمل

استاذ القانون بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

نائب رئيس مجلس الوزراء الأسبق بجمهورية مصر العربية

## كلمة هيئة التحرير

تستهل هيئة التحرير كلمتها في افتتاحية العدد الأول من هذه المجلة العلمية القانونية المحكمة بأن تتوجه بالشكر إلى معالي الشيخ/ خالد بن علي آل خليفة وزير العدل والشئون الإسلامية والأوقاف على دعمه المتواصل لصدور العدد الأول من هذه المجلة الماثلة وتفضله بتقديم العدد الأول منها، كما تتوجه هيئة التحرير بالشكر إلى معالي الفاضل المستشار/ عبدالله بن حسن البوعيين الذي لولا جهده المتواصل، وتوجيهه المستمر ودوره الفاعل في خلق فكرة هذه المجلة، ووضع الأطر الضابطة لصدورها منذ بزوغ الفكرة وحتى مثول العدد الأول للطبع، لولا ذلك كله لما صدرت هذه المجلة اليوم.

وتتوجه هيئة التحرير بخالص الشكر والعرفان لكل السادة الباحثين الذين أثروا المجلة بمبرئياتهم القانونية الفقهية والعلمية التطبيقية المتباينة والتي تعكس ثقافات قانونية مختلفة محلية وإقليمية ودولية تمثل إثراءً فكرياً وعمقاً وأصالة في البحث والمعالجة بالإضافة إلى الجودة والابتكار التي هي بحق من سمات البحث العلمي الجاد.

وتقدم هيئة التشريع والإفتاء القانوني في هذا العدد خمسة أبحاث قانونية متعمقة في تخصصات متنوعة، أربعة منها باللغة العربية، وواحد منها بالإنجليزية يعكس اتجاهات القانون والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة في أخص مسائل العقود الدولية إضافة إلى متابعات قانونية تتمثل في الطاولة المستديرة المنعقدة بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بعنوان (قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرانية)، تتناول المتابعات القانونية أهم التعديلات الدستورية والتشريعية التي أدخلت على مجلس النواب عام ٢٠١٢.

وتقدم هيئة الإفتاء والتشريع كذلك مقالاً في مجال القانون الجنائي يتسم بالعمق في المعالجة مع البعد الدولي المقارن بالاتفاقيات الدولية في المسألة محل البحث.

يتناول البحث الأول والمقدم من القاضي الدكتور / سري صيام رئيس محكمة النقض، ورئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق بجمهورية مصر العربية، المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع، حيث تتناول هذه الدراسة القيمة المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع في مباحث

ثلاثة، يُعنى أولها: ببيان ماهية التشريع وتطوره من القومية إلى العالمية، ويختص الثاني: بالمعايير العامة لجودة صناعة التشريع، ويشتمل الثالث: على المعايير الحاكمة النوعية لجودة صناعة التشريع. والبحث يمثل عمقاً قانونياً وقيمة كبيرة للمسألة محل البحث من أحد أساطين القضاء والتشريع العربي.

ويعرض البحث الثاني المقدم من المستشار الدكتور محمد فؤاد الحريري وكيل مجلس الدولة المصري والمستشار القانوني لوزارة المالية بمملكة البحرين؛ قانون الخدمة المدنية البحريني الجديد الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠، وهو من أحدث التشريعات في مجال الوظيفة العامة في المملكة، فيعالج الباحث بقدر كبير من العمق والإحاطة في الفصل الأول الأحكام العامة في قانون الخدمة المدنية الجديد، ثم يعالج في الفصل الثاني أهم أحكام العلاقة الوظيفية في قانون الخدمة المدنية الجديد مقارنة بأحكام قانون الخدمة المدنية القديم. وينتهي الباحث في نهاية بحثه إلى الطفرة التشريعية الجديدة البناءة في مملكة البحرين، بعد نظره تحليلية تأصيلية متعمقة للقانون من خلال معالجة الأحكام المتعلقة بالتعيين والترقية والنقل والرواتب والمزايا الوظيفية، وكافة النظم المتعلقة بأحكام الوظيفة العامة.

ويستعرض البحث الثالث للدكتور / علي اسماعيل مجاهد أستاذ القانون العام المساعد بالأكاديمية الملكية للشرطة بمملكة البحرين، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لحماية الحقوق والحريات العامة، حيث يتناول مفهوم الرقابة على أعمال وتصرفات الإدارة - بصفة عامة - ومستويات الرقابة القضائية على تلك الأعمال حين تعلقها بالحقوق والحريات العامة بصفة خاصة، حيث قام الباحث بتقسيم البحث إلى مطلبين عالج فيهما مفهوم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، و مبادئ الرقابة القضائية على القرارات الإدارية بشيء من التحليل والتفصيل.

ومن القانون العام ننتقل في البحث الرابع إلى رحاب القانون المدني وبحث بعنوان (المسؤولية المدنية المترتبة على إفشاء المؤمن لأسرار المؤمن عليه) وهذا البحث مقدم من الأستاذ الدكتور مهند أحمد محمود سانوري، والأستاذ الدكتور حازم سالم الشوابكة وهما أستاذان مساعدان بقسم القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية بمملكة البحرين، حيث يعالج توسع شركات التأمين في استخدام الأجهزة الالكترونية والأساليب العلمية الحديثة في مجال معالجة المعلومات الخاصة بالمتعاملين معها والتساؤل الذي يطرح نفسه حول المدى الذي يعتبر فيه القائم بأعمال التأمين أميناً على السر وبالتالي خضوعه للجزاء الذي فرضه المشرع إذا أفشى سراً من أسرار المتعاملين معه وخاصة أن النصوص القانونية لم تذكر شركات التأمين صراحة ضمن الأشخاص الملزمين بالسر المهني.

ويعالج الباحثان الإطار الحاكم لهذا الالتزام على شركات التأمين وكذلك قواعد

المسؤولية بغير قليل من العمق والإحاطة، مع إلقاء الضوء على أحكام القانون المدني الأردني من منظور بحثي مقارنة مع مزيد من التحليل والتأصيل.

ويتناول الموضوع الخامس متابعات قانونية تتمثل في: أولاً: الطاولة المستديرة المنعقدة بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بعنوان (قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرانية) في أربعة محاور؛ أولها اشتراطات وإجراءات إصدار ترخيص البناء، أما المحور الثاني فيتعلق بالصعوبات التي تواجه القائمين بأعمال البناء، ويعالج المحور الثالث دعاوى البناء، ويعرض المحور الرابع المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء، وأخيراً يسلط المحور الخامس الضوء على الاتجاهات الحديثة في البناء.

ولعل الطاولة المستديرة بهذه المثابة تمثل بدءاً تطبيقياً وعملياً للمسألة محل البحث تتسم بمزيد من العمق في المعالجة من خلال تبادل الرؤى القانونية للمتخصصين القانونيين والفنيين في مجال قوانين البناء، للواقع العملي والتشريعي الذي يكتنف المسألة محل البحث.

وثانياً: تتناول المتابعات القانونية موضوعاً مهماً يتعلق بأهم التعديلات الدستورية والتشريعية التي أدخلت على مجلس النواب عام ٢٠١٢، للمستشار محمد ياسين، نائب رئيس مجلس الدولة المصري، حيث تعرض هذه المتابعة المستحدثات الدستورية والتشريعية في المسألة محل البحث.

وتقدم القانونية في موضوعها السادس مقالاً قيماً في هذا العدد بعنوان حماية الضحايا والشهود في القضايا الجنائية بين أحكام التشريع وقواعد التطبيق، للمستشار / علي الهواري، المستشار بالنيابة العامة بمملكة البحرين، ويعالج المقال من منظور مقارنة الحماية الجنائية التي تكفلها الاتفاقيات الدولية للضحايا والشهود، ويتسم المقال بالعمق في المعالجة، مع البعد الدولي المقارن بالاتفاقيات الدولية في المسألة محل البحث.

وأخيراً تقدم القانونية الموضوع السابع بالانجليزية للمستشار الدكتور/ محمد عبدالمجيد إسماعيل المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين، نائب رئيس مجلس الدولة المصري، وزميل المجمع الملكي للمحكمين الدوليين بالمملكة المتحدة، والحاصل على جائزة الدولة في القانون بجمهورية مصر العربية (٢٠١١) وعنوان البحث:

## Liquidated Damages on International Public Works Agreements in the Anglo –American Jurisdictions: A Comparative Perspective

وفيه يعالج الباحث بمزيد من العمق والتحليل اتجاهات المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة لمسألة غرامات التأخير في عقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية،



والعقود الدولية الأخرى، ويعرض لعشرات القضايا من القضاء الانجليزي والقضاء الفيدرالي الأمريكي ومحاكم الولايات المتحدة الأمريكية حيث تمثل أحكام المحاكم بالقضاء الأنجلو أمريكي المبادئ القانونية الواجبة الإتباع في دول القانون الأنجلو أمريكي **Common Law Jurisdictions** والتي تأخذ بنظام السوابق القضائية ويقارن الباحث بين اتجاهات القضاء الأنجلو أمريكي والنظام القانوني اللاتيني في فرنسا ومصر من منظور تحليلي دولي مقارنة، حيث يتجه التشريع والقضاء في دول النظام اللاتيني إلى توقيع الغرامة بمجرد حدوث التأخير دون اشتراط ضرر يحيق بالمرفق العام، بينما كانت اتجاهات القضاء الانجليزي والأمريكي منذ عام ١٩١٤، في القضية الأشهر في تاريخ المملكة المتحدة والصادر حكمها عن مجلس اللوردات البريطاني وهي (Dunlop Case HL) تذهب إلى أن القضاء الانجليزي لا ينفذ شرطاً عقابياً **Penalty Clause** وإنما يقدر التعويض بمقدار الضرر الفعلي **Actual Loss** الذي حاق بالمتعاقد أو بالمرفق العام على أرض الواقع. إلا أن اتجاهات القضاء الانجليزي والأمريكي بهما بعض المستجدات لاسيما بعد القضية الشهيرة **Phillips Hong Kong** ، والصادر حكمها عام ١٩٩٣ من مجلس اللوردات بالمملكة المتحدة، على نحو ما يوضح الباحث.

وهيئة التحرير إذ تختتم هذا التقديم لأبحاث السادة الأساتذة الباحثين المشاركين معها بمرثياتهم العلمية القيمة وجهدهم البحثي الكبير، فإنها تتوجه بخالص الشكر والعرفان لكل شخص أو جهة ساهمت معها في ميلاد هذا الإصدار العلمي على النحو الذي ظهر به متمنيةً لجميع الباحثين المشاركين بهذا الجهد البناء دوام التوفيق والسداد.

## هيئة التحرير





# البحوث





# المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع

القاضي الدكتور / سري محمود صيام

رئيس محكمة النقض

رئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق بجمهورية مصر العربية

## تقديم وتقسيم

تلقيت دعوة طيبة كريمة من هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين الشقيقة للإسهام في العدد الأول من مجلة ( القانونية ) التي أورد كتاب الدعوة أن الهيئة الموقرة بصدده إصداره دعماً للفكر القانوني ونشر المعرفة القانونية للمختصين وكافة المعنيين والمهتمين في المجال القانوني.

وقد لاقى الدعوة هوى في نفسي، مردّه عوامل عديدة أولها أن مصدرها هيئة تختص بإعداد ومراجعة وصياغة التشريعات، لها أساسها وسندها في دستور مملكة البحرين إذ أوجب في المادة ( ١٠٤ ) منه أن يضع القانون الأحكام الخاصة بمهام الإفتاء القانوني وإعداد التشريعات، وهي المهام التي ناطها القانون بالهيئة المذكورة، وطبقاً للأحكام التشريعية المنظمة لها، ووفقاً لآخر ما طرأ من التعديلات على هذه الأحكام في عام ٢٠١٣ فهي هيئة مستقلة ذات طبيعة قضائية لا تخضع لوزارة بذاتها.

ومن جهة أخرى فإن إنشاء الهيئة سألقة البيان متسلحة بضمانتي الاستقلال والطبيعة القضائية يمثل سبقاً بالغ الأهمية تجاوزت ما أوصلت به لقاءات مديري إدارات التشريع في وزارات العدل العربية في إطار مجلس وزراء العدل العرب، وأعدت تأكيده مراراً عديدة من ضرورة إسناد إعداد وصياغة التشريعات إلى هيئة مركزية موحدة تضم خبراء على مستوى قانوني رفيع وتستعين بالخبراء وممثلي الجهات المعنية في الموضوع الموكل إليها إعداد وصياغة التشريع فيه.

والعامل الثاني من العوامل المشار إليها أن إقدام هيئة التشريع والإفتاء القانوني البحرينية على إصدار مجلة متخصصة على النحو الذي سلفت الإشارة إليه، استدعى إلى الذهن المناخ الذي واكب قيام الإدارة العامة للتشريع بوزارة العدل المصرية، بإصدار العدد الأول من مجلة متخصصة أطلق عليها مسمى "التشريع" بمبادرة مني ومباركة وعون من الراحل الجليل المستشار فاروق سيف النصر وزير العدل إبان أن كنت مساعداً له لشؤون التشريع، وقد كان صدور العدد الأول من المجلة المذكورة في شهر إبريل عام ٢٠٠٤، ويضاعف اتصالي بهذا الإنجاز من تقديري العميق للرسالة التي يمكن أن تهض بها مثل هذه الدوريات المتخصصة في ظل عصر العولمة الذي نعيش تجلياته المبهرة وانعكاساتها على العملية التشريعية وما تفرضه من تحديات في مجال صناعة التشريع.

ويضاف إلى العاملين اللذين سلف بيانهما الصلة الوثيقة التي جمعت بيني وبين التشريع منذ النصف الثاني من عقد ستينيات القرن الماضي، وحتى وقت كتابة هذه السطور، والمجال لا يتسع لسردها، من خلال المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية المصري، والعمل في بدايات السبعينيات في المكاتب الفنية لعدد من وزراء العدل، وعضويتي في كثير من اللجان التشريعية منذ بداية الثمانينيات، وحتى العضوية في اللجنة العليا لشؤون التشريع التي صدر بها قرار رئيس مجلس الوزراء المصري في فبراير عام ٢٠١٣، وذلك فضلاً عن عضويتي لشعبة العدالة والتشريع بالمجالس القومية المتخصصة التابعة لرئاسة الجمهورية منذ عام ١٩٨٧ وحتى الآن، وقد كانت أبرز مراحل عملي في صناعة التشريع وأكثرها اتساعاً وانتشاراً، المرحلة التي بدأت منذ الأول من أكتوبر سنة ١٩٩٨ وحتى الأول من يوليو سنة ٢٠٠٩، والتي شغلت فيها منصب مساعد وزير العدل لشؤون التشريع وامتدت - على نحو غير مسبق - إحدى عشرة سنة.

وقد دفعني ما سلف جميعه إلى أن يكون إسهامي في مجلة (القانونية)، التي أهنئ هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين الشقيقة عليها، بالكتابة في أحب الموضوعات إلى نفسي، وأدناها إلى تخصصي، متمثلاً فيما أحسبه معايير حاكمة لجودة صناعة التشريع، متحرراً أقصى قدر مستطاع من الوضوح والسهولة والبيان، داعياً أن يتحقق بما أوردت النفع والفائدة للقارئ، ولذوي الصلة بالتشريع من الصناع والمتخصصين وسائر المهتمين.

وتتناول الدراسة المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع المشار إليها في مباحث ثلاثة، يعنى أولها: بيان ماهية التشريع وتطوره من القومية إلى العالمية، ويختص الثاني: بالمعايير العامة لجودة صناعة التشريع، ويشتمل الثالث: على المعايير الحاكمة النوعية لجودة صناعة التشريع وذلك على النحو الآتي:

## المبحث الأول ماهية التشريع وتطوره من القومية إلى العالمية

تتسع المعمورة لتجمعات إنسانية متنوعة اتخذت شكل الدولة في العصر الحديث، وتختلف هذه التجمعات في نظمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والعقائدية، التي شهدت تحولات كثيرة خلال مراحل تاريخ هذه التجمعات، انعكاساً لما تعاقب على المسيرة الإنسانية من تغيرات وتطورات، ومن أبرز تلك التحولات وأبلغها أثراً تلك المتصلة بالنظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تراوحت في الحقب التاريخية المتتابعة بين نظم متباينة وفق نظريات مختلفة الأبعاد وتطبيقات متباينة الأطر والحدود، وكذلك المتعلقة بمدى احترام حقوق الإنسان، التي أثبت الواقع تعاضم أهميتها كلما تعرضت للانتهاك والعدوان.

وتنشأ عن التجمعات الإنسانية المشار إليها مهما تباينت نظمها أو اختلفت اتجاهاتها وتطبيقاتها، صنوف من التعامل بين عناصر كل تجمع من خلال علاقات تثير في أحيان كثيرة تعارضاً بين مصالح أطراف التعامل، يواكبه، في الوقت ذاته، تفاوت بينهم فيما لديهم من مقومات القدرة والنفوذ، وافتقار إلى التكافؤ بين ما يملكه كل طرف منهم من الأسلحة ووسائل الدفاع في مواجهة الطرف الآخر.

وتتعدد صنوف العلاقات في كل تجمع إنساني بحسبانها ضرورة حتمية من ضرورات الحياة في جماعة، لتشمل ما ينشأ منها بين الحكام وبين المحكومين، وبين كل سلطة من سلطات الحكم في الدولة وبين سائر السلطات، وكذلك بين كل فئة أو طائفة من فئات أو طوائف كل شعب من الشعوب وبين سائر الفئات أو الطوائف، ويستوجب ضبط سير الحياة في المجتمع من خلال العلاقات المشار إليها بأنواعها المتباينة ومناحيها المختلفة، وبين أطراف تلك العلاقات، ولا سيما من أصحاب المصالح المتعارضة، والقدرات المتفاوتة، الحاجة إلى وسائل يطلق عليها علماء الاجتماع وسائل الضبط الاجتماعي، وتستهدف هذه الوسائل تحقيق التوازن المنشود الذي يتحقق به الأمن والاستقرار، والتنمية والرخاء، وفق أقصى قدر ممكن من العدل والإنصاف، وفي إطار صون القيم والمصالح العليا، والتوازن الدقيق بين حماية هذه المصالح وكفالة المصالح الخاصة.

ووسائل الضبط الاجتماعي بالمفهوم سالف البيان، بالإضافة إلى تعددها، فإنها ليست جميعها على درجة واحدة من القوة والفاعلية، ومن هذه الوسائل على سبيل المثال لا الحصر، العقائد الدينية التي تلعب دوراً مهماً في غرس الوازع الذاتي لدى الإنسان وتميمته للالتزام بالمبادئ السامية التي تدعو إليها الأديان السماوية، وما يلعبه هذا الالتزام من دور محوري في نطاق ضبط السلوك البشري من خلال ما تحض عليه هذه الأديان من الأمانة والفضيلة والوفاء بالعهد وتجنب استغلال مواطن الضعف والحاجة لدى الآخرين واغتصاب حقوقهم وسلب



أموالهم والإثراء بلا سبب على حسابهم.

ومن وسائل الضبط الاجتماعي ذات الأثر في تقويم سلوك البشر، بالإضافة إلى تعاليم الأديان السماوية، المبادئ والقيم الأخلاقية، وهي تمثل المرتبة الثانية بعد العقائد الدينية، وبينهما علاقة وثقى لا تنفصم عراها، والعقائد والقيم والمبادئ تلك، مادامت في إطارها الديني والأخلاقي لا تتجاوز، ولا تتعدى تخومه، غير مقترنة بجزء دنيوي بشري، يحتويه قانون عقابي وضعي، يفرض توقيع هذا الجزء على من يأتي مخالفة لتلك العقائد والقيم والمبادئ، فإن ما يكون لها جميعاً من فاعلية تتوقف درجته على قدر إيمان أفراد المجتمع بها وبجدواها، وتقتهم في إلزامها، وخشيتهم من الحساب الأخروي على مخالفتها، وتلك أمور يتحدد مداها بمقدار مكانة الدين والأخلاق في نفوسهم، فإذا علت هذه المكانة ازدادت الفاعلية، وبقدر ما تتدنى المكانة تضيق مساحة هذه الفاعلية.

وأياً ما كان الأثر الضابط لمثل الوسائل آنفة الذكر فإنه لا يمكن بحال الركون إليها وحدها والاعتماد عليها بمجرد ما في ضبط إيقاع سير الحياة في المجتمع، سيما وأن العلاقة عكسية بين تغلغل الإيمان في نفوس بعض البشر وما يطرأ على العالم من تطورات مادية متلاحقة، ويتأدى عن ذلك، أن الحاجة - من قديم - صارت ملحة إلى وسيلة رادعة للبشر في دنياهم، تعتمد على الجزاءات الدنيوية، حتى وإن كانت مخالفة بعض أحكامها ذات عقاب أخروي، وقد تمثلت هذه الوسيلة في القانون الذي كان وما زال وسوف يبقى أهم وسائل الضبط الاجتماعي بإطلاق، بحسابه مجموعة من القواعد العامة المجردة، تتميز بطبيعتها الإلزامية، وتتسلح لفرض إلزامها على المخاطبين بها بأنواع مختلفة من التدابير والجزاءات تدرج في أنواعها ومدى جسامتها بقدر أهمية المصالح التي تتكفل بحمايتها، وتتنوع هذه التدابير والجزاءات بين مدنية وإدارية وجنائية، وينهض القانون، بهذا المفهوم، بتنظيم العلاقات الاجتماعية التي سلفت الإشارة إليها ابتغاء التوفيق بين المصالح المتعارضة، ويتعين أن يكون ذلك وفقاً لفلسفة واضحة المعالم محددة الأهداف تسود في المجتمع خلال فترة سن القانون وإعمال أحكامه.

والقانون بالمعنى الواسع المذكور متعدد المصادر والصور، وتتنوع هذه المصادر بين مصادر وصور غير مكتوبة، ومن أمثلتها العرف وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي وأخرى مكتوبة يطلق عليها التشريع، وهو أهم تجليات القانون.

والتشريع بحسابه المصدر المكتوب للقانون لا يستغرق المفهوم الكلي للقانون، لأن القانون، كما سلف البيان، مجموعة القواعد العامة المجردة التي تحكم العلاقات الاجتماعية في الدولة وأنه لا يقتصر على المكتوب من هذه القواعد، بل يشمل العديد من القواعد غير المكتوبة التي سلف بيانها، ومن ثم فإن التشريع ليس مرادفاً للقانون وإن شاع استخدامهما كمرادفين، لكن التشريع، على أي حال، هو أهم مظاهر القانون، ويحتل في الأغلب الأعم من الأنظمة

القانونية مكاناً بارزاً كمصدر رئيسي من مصادره، ومن ثم يمكن القول بأن كل تشريع بلغ مرتبة القانون يعتبر قانوناً وليس كل قانون يعتبر تشريعاً.

ويُعد التشريع بالمفهوم سالف البيان حجر الزاوية في تنظيم المجتمعات الإنسانية، بحسبانه أهم وسائل ضبط سيرها وهو بهذه المثابة مرآة تعكس ما يحويه المجتمع من القيم التي تتعلق بالحرية والعدل والمساواة وحماية الحقوق والتكافل الاجتماعي، وتظهر درجة احترامه لهذه القيم جميعاً، والمفترض أن ينبع التشريع من مقومات حضارة الدولة وخصوصية ثقافتها وواقعها الاجتماعي في مناحيه المختلفة وعناصره المتعددة، وهو ما إن تحقق يعبر عنه بقومية التشريع بما تعنيه من ارتكاز التشريع على الذاتية الحضارية والثقافية والواقع المعاش في المجتمع الذي يتكفل التشريع بتنظيم شؤونه وينهض بضبط إيقاع حركته.

ومن المنطلق سالف البيان، فإن أعمال مقتضيات قومية التشريع في دولة بعينها من شأنه أن يحقق المفهوم الصحيح للدولة القانونية، التي تعني دولة القانون الذي يجسد القيم الحضارية للدولة، ويعبر عن العناصر الأصيلة لطابعها القومي وخصوصيتها الثقافية وتلبية حاجيات المجتمع الأساسية.

وتجدر الإشارة إلى أن قومية التشريع بالمعنى الذي سلف بيانه، لا يعني انغلاق التشريع على المجتمع الذي ينهض بتنظيم شؤونه، بل إن انفتاح التشريع على العالم في إطار التقاء مختلف الحضارات لا تصارعها الذي يروج له أصحاب الفكر الاستعماري البغيض، هو من أهم موجبات مساندة التطور الدولي السوي لاعتناق القيم الإنسانية المشتركة التي تقف على حمايتها مختلف النظم التشريعية الرشيدة، ومفاد ذلك أنه لا تناقض بين الطابع القومي للتشريع بمعناه القويم وبين الاستفادة من الخبرات التشريعية للدول الأخرى في ضوء اتجاهات القانون المقارن الصائبة، وذلك كله في إطار الاستفادة الرشيدة الواعية، وصون المصالح الوطنية المشروعة وإعلائها دائماً على ما سواها في إطار توازن عادل مسؤل.

وقد عبرت وثيقة إصدار دستور مملكة البحرين المعدل بتاريخ ١٤ من فبراير عام ٢٠٠٢، عن الحقيقة المشار إليها في تعبيرها عن ما استلزمه إعداد هذه التعديلات من مد البصر إلى كل تراث الإنسانية، لاقتطاف ما هو نافع وصالح ومتفق مع الدين والقيم والتقاليد وملائم للظروف الوطنية، اقتناعاً بأن النظم الاجتماعية والإنسانية ليست أدوات وآلات جامدة تنتقل دون تغيير من مكان إلى آخر وإنما هي خطاب إلى عقل الإنسان بروحه ووجدانه تتأثر بظروف مجتمعه.

ولئن كانت سلطة كل دولة على مستوى المعمورة في سن تشريعاتها المحلية استمرت رديحاً

١ الأستاذ الدكتور/ أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون - نظرية القاعدة القانونية - الكتاب الأول - دار النهضة العربية ١٩٧٤ رقم (٥) ص ١٩.

طويلاً من الزمان أحد أهم مظاهر سيادتها الوطنية تمارس فيها كل مقومات هذه السيادة دون ضغوط خارجية أو التزام بمعايير دولية، مادامت حرة مستقلة، إلا أن هذا المظهر من مظاهر السيادة لم يكن، بعيداً عن تأثيرات عصر العولمة الذي يعيشه العالم أبرز تجلياته على الصعيد الدولي في هذه الحقبة التاريخية المهمة من مراحل تطور البشرية المستمر والدائم، بفعل الثورة الهائلة في مجال وسائل الانتقال عبر الحدود، والتقدم المذهل في نطاق آليات الاتصال، والتطور السريع المتلاحق في ميادين تقنيات وفنون المعلومات، ونشوء نظم مالية عالمية متشابكة معقدة تتسبب من خلالها الأموال عبر الدول بسهولة بالغة، بأساليب تتأبى على الزمان ولا تعترف بحدود الأوطان، وقد كان لهذه الظواهر جميعها تأثيرات بالغة صاحبته تغييرات عميقة في العالم الذي نعيش فيه، سواء في مجال الحقائق العلمية والتكنولوجية أو في نطاق نشر قيم اجتماعية جديدة وتغيير في شكل العلاقات على مختلف الأصعدة.

وذلك فضلاً عن التطور البالغ ذاته على المستوى العالمي في المجالين الاقتصادي والسياسي، الذي تمثل في ظهور أنواع من التكتلات وتركيز القوة الاقتصادية في العالم في نطاق دائرة محدودة من الدول، مارست نفوذها في منظمة التجارة العالمية للوصول إلى قواعد موحدة تحكم المعاملات التجارية وحقوق الملكية الفكرية وحرية تنقل الخدمات بين مختلف دول العالم، بالإضافة إلى تكتلات بين قوى المجتمع المدني ذات المطالب والأفكار الخاصة في ظل معايير منصفة أحياناً ومتحيزة أحياناً كثيرة ابتغاء تحقيق ضغوط سياسية تطال دول المجتمع الثالث على وجه الخصوص لحساب الدول الكبرى قوية النفوذ، والدعوة في الظاهر إلى ثقافة العولمة التي تركز على القيم والمفاهيم المشتركة التي تجمع البشر وتدعو إلى نموذج ثقافي وحضاري جديد.

ولقد انعكست تأثيرات عصر العولمة بمظاهره سائلة البيان، والتي امتدت - على السياق المتقدم - إلى كافة مناحي الحياة على اتساع المعمورة من أقصاها إلى أقصاها، ومن أهمها مجال التشريع، إذ تحول التشريع، بفعل العولمة، إلى وسيلة مهمة من الوسائل المذكورة على المستوى الدولي، نتيجة تحول الكثير من الظواهر ذوات الحاجة الملحة إلى الضبط باستخدام التشريع من ظواهر محلية أو إقليمية إلى ظواهر دولية، وما اقتضاه هذا التحول من ضرورة سن الأحكام الكفيلة بتنظيمها ومواجهة السلبي منها، والتحديد الدقيق المنضبط لصور السلوك الإجرامي التي تقتضي قواعد الشرعية الجنائية الموضوعية ذات القدسية على كافة الأصعدة وضع النصوص اللازمة لتدابير مكافحتها وتحديد النماذج التشريعية للجرائم التي تشكلها والجزاء المترتبة على مقارفتها، ودون إغفال لتدابير الوقاية وتنظيم أحكام التعاون الدولي والإقليمي والثنائي في مجالها.

وقد ضاعف من أهمية التحول سالف البيان، ما واكبه من شيوع الإجرام الدولي المنظم وعدم كفاية التشريعات المحلية بأحكامها التقليدية، وفي نطاق المصالح الوطنية المرعية في سنّها،

وفي حدود النظرة الضيقة غير الممتدة إلى خارج إقليم الدولة، ومن ثم فقد أصبح أمراً مقضياً أن يراعى في صناعة التشريع الوطني مواجهة الظواهر المشار إليها في ثوبها الجديد ونطاقها العابر للحدود الوطنية، مهما كان انفتاح هذه التشريعات على غيرها من تشريعات سائر الدول التي تشاركها في الالتزام بمبدأ القومية.

وقد أدرك العالم ضرورة وفاء كل مشروع وطني بتوفير المقومات التشريعية للمواجهة المشار إليها ومدى الحاجة الملحة لمواجهة تداعيات تلك الظواهر، بطبيعتها العالمية، ذات الحاجة للمواجهة بأحكام تتحقق بها إن توافرت تلك المقومات المواجهة الجماعية الدولية. في كافة مجالات المكافحة والتجريم والملاحقة والتعاون الدولي بجميع صوره ووسائله وآلياته، وقد أفرز هذا الإدراك توسل العالم بإبرام الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف والأغلب الأعم منها تحت مظلة الأمم المتحدة لتكفل تلك المواجهة، وهي الاتفاقيات التي اصطلح على تسميتها هي وغيرها من المواثيق الدولية ذات الصلة "الاتفاقيات الدولية الشارعة".

وترتد تسمية هذه الاتفاقيات وسائر المواثيق الدولية بالاتفاقيات الدولية الشارعة إلى أنه في تطور لاحق، ترتب على ازدياد مخاطر الظواهر العالمية السلبية المشار إليها، والحاجة الملحة للتعاون الدولي الجمعي المحكم لمكافحتها، تحول العالم عن الطبيعة الطوعية للتصديق على تلك الاتفاقيات أو الانضمام إليها، إلى مرحلة تميزت باتخاذ وسائل شتى من أساليب الضغط للإلزام بالانخراط فيها، ومنها القيام بمتابعة دولية دؤوبة مستمرة لتحقيق هذا الهدف ابتغاء حصول ذلك التصديق أو هذا الانضمام، بحسب الأحوال، واستحداث آليات لتقييم مواقف الدول في هذا الشأن.

وفي تطور آخر، لم يقنع العالم بمجرد الانخراط في الاتفاقيات الدولية المشار إليها تصديقاً أو انضماماً، بل انتقل إلى مرحلة المتابعة المنهجية، في خصوص إنفاذ أحكام هذه الاتفاقيات والوفاء بما تفرضه من التزامات، واتخاذ إجراءات دولية حاسمة متدرجة الجسامية على حسب الأحوال في مواجهة الدول التي تتخلف عن التصديق أو الانضمام أو تتعاس عن إنفاذ تلك الأحكام أو إعمال مقتضيات الالتزامات على نحو يتغيا تحقيق أعلى درجات الالتزام واستحداث جزاءات دولية من أنواع شتى كلما اقتضى المقام يتم توقيعها على الدول غير الملتزمة، في هذا الخصوص، وكان من آليات المتابعة الدولية المشار إليها مراجعة التشريعات الوطنية وإنفاذها من جانب منظمات دولية متخصصة ابتغاء الوقوف على مدى توافق أحكام هذه التشريعات مع أحكام الاتفاقيات الدولية المشار إليها، وقدر توافر الوعي بهذه الأحكام والسهر على تنفيذها والقدرة على تطبيقها على النحو الذي يحقق غاياتها.

وقد أدى ما سلفت الإشارة إليه جميعه إلى التقليل المستمر لمساحة ممارسة الدولة لسيادتها التشريعية، وما يرتبه ذلك من انحسار لمبدأ قومية التشريع لصالح عالميته، وما يؤدي

إليه هذا التقليل في بعض الأحيان من دقة بالغة لعلاج ما قد ينشأ من تناقض بين المصالح الوطنية والمصالح الدولية، يحتاج إلى توازن دقيق لا يخل بالالتزامات الدولية في إطار التشريع الدولي من جهة، ويحقق، في الوقت ذاته واتباع منهج رشيد في تنفيذ الالتزامات الدولية، أكبر قدر ممكن من حماية المصالح الوطنية.

والهدف سالف البيان ليس دائماً سهل المنال، ويتعذر الوصول إلى كامل غاياته إلا من خلال جهد دولي وإقليمي مشترك، يتسم بأعلى مراتب التنسيق بين دول العالم من جهة، وبين الدول التي تنتمي إلى كتل إقليمي معين كالدول العربية من جهة أخرى، تلعب فيه مجهودات المعنيين بصناعة التشريعات في هذه الدول في كافة مراحلها دوراً بالغ الأهمية.

ويتمثل هذا الدور في تهيئة سبل التوعية والمساعدات الفنية والخبرات التشريعية من جانب المنظمات الدولية ذوات الصلة، والتنسيق والتعاون بين دول كل كتل إقليمي، وذلك كله مواكباً على الدوام لما يلزم من التفتن الدائم لتأكيد قومية التشريع في كل دولة أو إقليم إلى أقصى حد مستطاع والاحتفاظ بالقيم الاجتماعية والدينية والأخلاقية الأصيلة للمجتمع، والتأكيد على أحكام استقلال القضاء وحياده، حتى يتيسر له تحديد فكرة النظام العالمي المكلف بحمايته، والمواءمة في تفسير التشريع بين مختلف الاعتبارات، ويتطلب قيام المعنيين بإعداد التشريعات بإحداث التوازن الدقيق المشار إليه سلفاً، إعدادهم إعداداً خاصاً للاستعانة بالتقنيات الحديثة في استدعاء المعلومات، والاهتمام بدراسة القانون المقارن، وإتقان اللغات الأجنبية الحية بحسبانها السبيل للاطلاع على النظم التشريعية على مستوى المعمورة.

وعلى ضوء ما سلف في تحديد المقصود بالتشريع وتطوره بين القومية وبين العالمية وتحديات الأخيرة فإنه تكون لصناعة التشريع في العالم العربي وهو عالمنا الذي نعيش فيه أهمية قصوى تحتم البحث الدقيق عن القيم والتقاليد التي ينبغي أن تحكم العمل في مجال التشريع في مراحل التفكير فيه وبلورة فلسفته، وتحديد أهدافه ومراميه وحصر محاوره، وتهيئة مقومات فاعليته وإعداد وصياغة اقتراحات نصوص مشروعاته وإحالتها لمناقشتها ووضعها في صورتها النهائية على ضوء هذه المناقشات، ثم اتخاذ إجراءات إقرارها وإصدارها.

وتبغى المبادرة إلى لفت النظر بأن العبرة ليست بإتمام مراحل صناعة التشريع وفي بيان ذلك يميز علماء فلسفة القانون بين وجود التشريع وبين فعاليته، فوجود التشريع يتمثل في إقراره من السلطة التشريعية ثم صدوره عن السلطة التي تملك هذا الإصدار وفقاً لأحكام الدستور وللقواعد والإجراءات التي وضعها لصناعة التشريع، أما فعالية التشريع فلا تكون قابلة للتحقيق إلا بكفالة التغلغل الاجتماعي لأحكامه في نسيج حياة وعلاقات أفراد المجتمع، ولا سبيل إلى ذلك إلا باقتناع أفراد الجماعة بعدالة التشريع واستقامة أحكامه، ولزومه وجدواه.

ويترتب على ما سلف، أنه لا يكفي لضمان فعالية التشريع، وكما سيرد البيان، أن تقف

سلطة الدولة وراء القاعدة التشريعية تمدها بالهيبة والنفوذ، أو أن يتسلح التشريع بطائفة من الجزاءات يعتمد عليها بمجرد فرض الالتزام بأحكامه، بل لابد لتحقيق تلك الفعالية وضمن هذا الالتزام من إيمان أعضاء الجماعة، والمخاطبين منهم بالتشريع على وجه الخصوص، بأن تطبيق أحكام التشريع شرط لازم لحسن سير حياتهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها وضبط علاقاتهم في مختلف مناحيها وبين كافة أطرافها، وأنهم سواسية أمام التشريع دون تمييز.

ولضمان تحقيق ذلك الإيمان وتهيئة المناخ لنجاح التشريع في تحقيق غاياته التي سلف بيانها وفي إطار الفلسفة التي يدور في فلكها يتعين على المشتغلين بصناعة التشريع والمتصلين بها في كافة مراحلها مراعاة المعايير الحاكمة التالية لتحقيق أعلى مراتب جودة هذه الصناعة، وتتناول الدراسة بيان هذه المعايير كما سلف البيان في صدرها في المبحثين الثاني والثالث وموضوع أولهما: المعايير الحاكمة العامة لجودة صناعة التشريع، ويختص ثانيهما: بالمعايير الحاكمة النوعية لهذه الجودة، على نحو ما يأتي:

## المبحث الثاني

### المعايير الحاكمة العامة لجودة صناعة التشريع

وتتمثل هذه المعايير الحاكمة العامة فيما يأتي:

١. اعتماد المشرع الرشيد في صناعة كل تشريع وتحديد فلسفته التي ينطلق منها وغاياته ومراميه التي يهدف إليها ومحاوره وموضوعاته، وبلورة أحكامه الموافقة لفلسفته والمحققة لأهدافه على دراسات علمية مبنية على الاستدلال المستمد من رصد التجارب الواقعية، والوقوف على الحقائق المجتمعية، والاستخلاص المنطقي المؤدي إلى المعرفة الصحيحة لموضوع التشريع ولأبعاد المشكلات التي يراد أن يكون حلاً لها، سواءً بمجرد، أو بالإسهام مع حلول أخرى تواكب ذات طبيعة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو إدارية أو غيرها.

٢. أن يكون الاعتماد في تحصيل ما سلف جميعه، على الحقائق المجردة المستخلصة من الدراسات العلمية المشار إليها باستخدام الأساليب العلمية المعتبرة وفي الإطار المنطقي السليم المتسم بالعمومية، الذي لا ينطلق من الإدراك الشخصي لصانع التشريع، أو من عقائده أو من أفكاره المتحيزة أو المعبرة عن انتماءاته الخاصة، أو من رؤيته الذاتية غير المحايدة النابعة من هذه العقائد والانتماءات فكرية كانت أم طائفية أم سياسية.

٣. أن تتوافر لدى المشرع الرشيد في كافة مراحل صناعة التشريع الآليات الكافية والتقنيات الحديثة والعناصر البشرية المتخصصة في رصد كافة الأوضاع والظواهر ذات العلاقة بالتشريع، والتي سلفت الإشارة إليها، وفي جمع الآراء والملاحظات في شأن الأسباب

الكامنة وراء المشكلات التي تثور في إطار تلك الأوضاع والظواهر التي يراد حلها بالتشريع وحده أو بإسهامه وكذلك المقترحات التي تقدم من أجل الحل المنشود، وكذلك الوقوف على السلوكيات السائدة التي تسهم في ظهور تلك المشكلات أو تساعد على تفاقمها والتي تنطلق من قيم فاسدة، أو مواقف غير سوية، أو خرافات رجعية، وفي نشر التوعية بفساد هذه القيم والمواقف والخرافات السلبية، خلال مراحل صناعة التشريع، لتهيئة الأجواء لاقتناع المخاطبين بأحكامه ووجدوا وبأهمية إنفاذه عند صدوره كقانون معمول بأحكامه.

٤. إدراك جسامته وخطورة الرسالة الملقاة على صناع التشريع، والإيمان المطلق لديهم بسيادة القانون كضمان لحرية الفرد، وأساس لمشروعية السلطة، ومن ثم للحكم في الدولة، والإيمان بضرورة أن تكون صناعة التشريع وتحديد أحكامه في إطار من الاحترام الكامل لحقوق الإنسان، وصور آدميته، بحيث لا يكون المساس بهذه الحقوق بأية صورة عن طريق التشريع إلا في أضيق نطاق، ولضرورات كفايتها للكافة، أو الحفاظ على المصالح العليا للمجتمع، وفي إطار أكبر قدر من التوازن بين مصالح المجتمع والمصالح الخاصة لأفراده.

ويشار في هذا الصدد إلى ما تنص عليه المادة (٣١) من دستور مملكة البحرين من أنه "لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية".

وقد أوردت المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الشأن أن القانون يعتبر - من زاوية مثالية - أداة التوازن داخل الجماعة الواحدة بين خبراتها السابقة وبين تطلعاتها وتوقعاتها مستقبلاً ليكون كافلاً توافقاً أفرادها على القبول بالنصوص التي يتضمنها<sup>١</sup>.

كما أوردت المحكمة الدستورية العليا ذاتها أن الدستور لا يدعو بالنصوص التي يتضمنها لأمر يكون مندوباً، بل يقرر بها ما يكون لازماً، فلا يكون المشرع بالخيارين تطبيقها أو إرجائها، بل يتقيد بها بالضرورة فلا يتخطاها أو يميل انحرافاً عنها، كذلك فإن القيود التي يفرضها الدستور على المشرع، هي التي تحدد نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق، فلا تكون ممارستها انفلاتاً من كوابحها أو إخلالاً بضوابط تنظيمها، ومن غير المتصور أن يكون التقيّد بنصوص الدستور عائداً لمحض تقدير المشرع<sup>٢</sup>.

٥. أن يستقر في عقيدة المشرع أن التشريع لا ينبغي أن يكون مجرد أداة من أدوات القهر وسيلته القوة المجردة، التي تعتمد على سلطة الدولة وحدها وتتسلح بنفوذها وهيبتها، ولكنه الوسيلة الحتمية لتحقيق المصلحة التي يشيع بها العدل، وتسان الحقوق، وترفع المظالم، وتتحقق

١ حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسته ٣ من فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » مجموعة الأحكام - الجزء السابع - ص ٢٩٣.

٢ حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسته ٢ من أغسطس سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ قضائية « دستورية » مجموعة الأحكام - الجزء الثامن - ص ٧٨٩.



الترضية، وينعم المجتمع بالأمن والاستقرار.

٦. أن يترسخ اليقين لدى المشرع بأن القانون، والتشريع أهم تجلياته، كما سلف البيان، هو أسمى الإبداعات الاجتماعية الكبرى للإنسان، وأنه يتخلل بشكل أو بآخر الأغلب الأعم من مظاهر شؤنه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وسائر حاجاته الحياتية، ومن ثم يقتضي الاشتغال بصناعته، على نحو رشيد، الوقوف على الطابع الأصيل لهذه الشئون والأهمية الحقيقية لهذه الحاجات، في إطار من حقائق ومعطيات العلوم الإنسانية المساعدة كعلم النفس وعلم المنطق وعلم الاجتماع وعلم الجريمة وعلم العقاب وغيرها، والتطور المتتابع في مجال دراسات هذه العلوم ومن المعارف ذات الصلة والتي تعين على الفهم الصائب لتلك الشئون والحاجات جميعاً وتحديد المتطلبات التشريعية لحسن تنظيمها ومواجهة الظواهر السلبية في نطاقها.

٧. إيمان صناع التشريع في كافة مراحلها بأن أي تشريع يستقر في وجدان أفراد المجتمع أن ما يجلبه إنفاذه من مضرة أكثر مما يحققه من منفعة، أو أن ما يحدثه تطبيقه من الظلم يجاوز ما يشيعه من العدل، مصيره من جانبهم التجاهل والنيكران مهما تسلحت قواعده بأشد الجزاءات، ومن ثم تجب مراعاة اقتناع أعضاء الجماعة بأن القاعدة التشريعية موضوع الصناعة لازمة لحسن سير حياتهم، محققة لمصالحهم الراجعة، موفرة العدل لهم، وهو ذات ما يجب الاقتناع به من جانب المختصين بتنفيذ أحكام التشريع، والذين ينهضون برسالة تطبيقه.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن القانون ليس إلا تطوراً منطقياً مقبولاً بوجه عام، لضمان أن يكون النزول عليه إرادياً قائماً على التعاون في مجال تنفيذه، وأنه كلما كان القانون قريباً من القيم التي أنتجتها الخبرة الاجتماعية، كلما كان أفضل ضماناً لإرساء المفهوم التطبيقي للعدالة، سواء فيما بين الأفراد بعضهم البعض، أو على صعيد مجتمعاتهم، وبقدر اتساع الفجوة بين هذا المفهوم، وعملية صناعة القانون، بقدر ما يكون القانون قاصراً عن إنفاذ حقائق العدل الاجتماعي، فلا يقدم حلاً ملائماً لتصادم المصالح فيما بين الأفراد ومجتمعهم، مبتعداً بذلك عما يكون لازماً إنصافاً.

٨. مراعاة أن تحقيق الاقتناع بالقاعدة التشريعية من جانب الكافة، يحتم تبصير المخاطبين بأحكام التشريع، وسلطات تطبيقه وجهات تنفيذه بأهدافها ومراميها، وبأهميتها وجدواها، وعدالتها، عملاً على استنهاض الاقتناع الذاتي بالتشريع، وتأميناً لفعاليتها بالامتثال لأحكامه وتطبيقه على النحو المراد وبما يحقق الهدف المنشود.

١ حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسته ٣ من فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » مجموعة الأحكام - الجزء السابع - ص ٣٩٣.



والسبيل الأمثل لتحقيق الاقتناع سالف البيان، يتمثل في ضرورة إجراء استطلاعات الرأي وجلسات الاستماع، إذا دعت الحاجة، بشأن مشروعات القوانين في مرحلة إعدادها وقبل الشروع في اتخاذ إجراءات إحالتها إلى السلطة التشريعية، واستخدام المناهج العلمية السليمة في شأن اختيار العينات المستهدفة باستطلاع الرأي وجمع البيانات وتحليل النتائج ووضعها موضع الاعتبار في مرحلة إعداد مشروعات القوانين بخاصة وفي كافة مراحل إنجاز التشريعات بعامة.

٩. إدراك المشرع الرشيد أن الهدف الأسمى من التشريع، من خلال تنظيمه لشئون الناس كافة، هو الوصول إلى الحق وتحقيق العدل، وتوفير الحماية اللازمة للمجتمع وللأفراد في إطار من المقومات الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية التي تعتبرها الدساتير مقومات أساسية للمجتمع، ومن ثم يتعين أن يراعى في صناعة القاعدة التشريعية توافق أحكامها مع مجموعة القواعد الأخلاقية والمبادئ الدينية والمرتكزات الاقتصادية والمعطيات الثقافية المستقرة في ضمير الجماعة، وأن يهدف إلى تحقيق أهداف اجتماعية مشروعة يقبلها المجتمع ولا يرفضها، وألا يخرج بممارسة صناعة التشريع عن هذه الأطر مهما كانت الدواعي والمبررات.

١٠. الوضع في الاعتبار أن التشريع حين تكفل قواعده الحماية للمصالح الراجعة لا ينبغي أن تغفل هذه القواعد المصالح الاجتماعية المرجوحة، ومن ثم فإن جوهر التشريع الرشيد يقوم على أعلى قدر من الموازنة بين المصالح إلى أقصى حد مستطاع، كما يقوم على التنسيق بين القيم التشريعية كافة، بحيث لا يقبل من نظام تشريعي أن ينحاز دائماً لقيم أو مصالح معينة على حساب إغفال قيم ومصالح أخرى.

١١. أنه يتعين على العاملين في مجال صناعة التشريع والمعنيين بشئونه، انطلاقاً مما سبق بيانه، أن يكونوا على درجة عالية من الوعي بالضغوط التي تمارس في زخم النسيج الاقتصادي والاجتماعي والسياسي السائد في وقت صناعة التشريع، من جانب أصحاب المصالح وذوي النفوذ بمختلف طوائفهم وتعدد فئاتهم، بهدف توجيه الممارسة التشريعية لخدمة أهداف معينة، وتبني أحكام خاصة تتعارض مع مقتضيات الحيادة والنزاهة، وتتنافى مع ما يجب أن تتصف به القواعد القانونية من العمومية والتجريد، ومع موجبات تحقيق الصالح العام، وعلى المتصلين بصناعة التشريع في كافة مراحل مقاومة هذه الضغوط أياً كانت طبيعتها، ومهما كانت درجة إغرائها، وقوة مصدرها.

١٢. مراعاة أن يكون ترتيب شئون المجتمع بالتشريع على نحو يتسم بالجدية والرشد والعقلانية، بحيث يتعين أن يكون لما يحظره التشريع من صنوف الأفعال وصور السلوك، في نطاق حاجات المواطنين الأساسية ومجريات واقعهم المعاش، على وجه الخصوص، كتنظيم حركة البناء والسكني والمرور وتبادل السلع والخدمات، وغيرها من الحاجات الضرورية لمعيشة وسير شئون أفراد المجتمع بدائل مشروعة متاحة توفر المناخ الملائم لاحترام أحكام التشريع في شأن

تجنب تلك المحظورات وتكفل تهيئة وتوفير الإمكانيات التشريعية والمادية اللازمة لتطبيق هذه الأحكام لدى المخاطبين بها.

١٣. يجب على القائمين بصناعة التشريع الانطلاق في كل تشريع من فلسفة واضحة محددة، تستشرف المستقبل وتنزل على مقتضيات التطور، وكذلك التفطن للتغيرات المرتقبة والتطورات اللاحقة لضمان صلاحية التشريع للتطبيق على المدى الطويل دون الحاجة إلى تعديله بين حين وآخر، سترأً لما يظهره تطبيق أحكامه من أوجه القصور، وما تؤدي إليه كثرة التعديلات من صعوبة الإحاطة بأحكام التشريع وفق آخر ما يطرأ عليه من التعديلات.

١٤. أهمية أن يتحقق للتشريع العمومية والتجريد من الناحية الفعلية، بحيث يوضع لتنظيم العلاقات الاجتماعية في مجال محدد من مجالات هذه العلاقات تنظيم يراود له الاستمرار، وللحقوق التي تكتسب وفقاً لصحيح أحكامه الحماية والاستقرار بصرف النظر عن ملاسبات الحالات الوقتية والعارضة، حتى لا ينحدر العمل التشريعي إلى مستوى العمل التنفيذي الذي تحكمه المصالح الطارئة، وحتى يتم تقادي الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة التنفيذ وبين سلطة التشريع وسلطة التنفيذ.

١٥. ملاحظة عدم الإسراع في اتخاذ القرار بعلاج مشكلة ما عن طريق التشريع، ومرد ذلك أن التشريع يبدو وسيلة برفقة من زاوية السرعة في إعداده من ناحية واتخاذ إجراءات مناقشته وإقراره وإصداره من جهة أخرى، وعدم استلزامه نفقات معينة لإنجاز هذه المراحل، غير أن هذا البريق كثيراً ما يخفي أن المشكلة التي ثارت واتجه النظر إلى حلها بطريق التشريع بمجرد إنه يستعصى حلها على أي تشريع على ضوء ما يثبته واقع التطبيق وبقاء المشكلة بغير حل، بل إن التشريع - في أحوال معينة - قد يؤدي إلى تفاقم آثار المشكلة، إذ إن حلولها الواقعية إنما تكمن في سلوك أخرى غير تشريعية، أو على الأقل يكون دور الجانب التشريعي في حلها دوراً ثانوياً، لا يعني عن سلوك هذه السبل.

١٦. الوضع في الاعتبار التأثير المحتمل للتشريع على مختلف الطوائف في المجتمع، وضرورة القيام في المراحل الأولى للعمل بأحكامه بتقييم موضوعي محايد لهذا التأثير في المصالح المتفاوتة لهذه الطوائف، وعلى وجه الخصوص تلك التي لا تتمتع بالسلطة، ولا تتقوى بالنفوذ، أو التي لم تقدر عند إعداد مشروعات القوانين أو إقرارها أو إصدارها كقوانين نافذة التعبير عن مصالحها وآرائها بدرجة كافية، وعلى وجه الخصوص المجموعات الأكثر ضعفاً كالأطفال وعديمي الأهلية وذوي الاحتياجات الخاصة، والمبادرة إلى تعديل ما يكون قد أضر بمصالحهم المشروعة من أحكام دون مبرر.

١٧. من أهم ما يتعين مراعاته في مراحل صناعة التشريع تحقيق التوافق والانسجام بين الدستور وبين التشريع، تحقيقاً للأمن القانوني والاستقرار التشريعي، وهما من أهم عوامل

تهيئة المناخ الملائم لسيادة القانون وترسيخ المبادئ القضائية الصادرة في ظل أحكامه المستقرة، و صون الحقوق المكتسبة، وجذب الاستثمار وترسيخ الثقة في النظام القانوني للدولة، ولما يحدثه صدور الأحكام بعدم دستورية نصوص تشريعية جرى العمل بها فترة من الزمن سيما إذا استطالت، من أضرار بالغة بهذه القيم جميعاً، وذلك فضلاً عن الإخلال بالمصالح المرعية وبالأوضاع المالية، والإضرار الجسيم بتنفيذ الخطط الاقتصادية وبرامج التنمية، وبخاصة طويلة الأمد، التي تعتمد في جانب كبير من تمويلها على حصيلة ضرائب يُقضى بعدم دستورية نصوص القوانين التي فرضتها.

وتتعاظم أهمية مراعاة هذا المعيار في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية الدستورية اللاحقة على القوانين واللوائح وترتب قوانين محاكمها الدستورية - كشأن مصر - أثراً رجعياً بحسب الأصل عند الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فكثيراً ما تصدر الأحكام بعدم دستورية النصوص التشريعية بعد انقضاء سنوات طويلة من العمل بالتشريع. ويكون للأحكام الصادرة بذلك أثر رجعي يترد إلى تاريخ بدء هذا العمل.

ويشار في هذا الصدد أنه وفقاً لأحكام دستور مملكة البحرين المعدل، فإن المحكمة الدستورية المنشأة بموجب المادة (١٠٦) منه تختص، كالأشأن في مصر، بمراقبة دستورية القوانين واللوائح، ومفاد أن الرقابة تنصب على القوانين أنها رقابة لاحقة، وهي كذلك بحسب الأصل، غير أن الأحكام التي تصدر بعدم الدستورية يكون أثرها - بحكم الدستور - أثراً مباشراً فيما عدا النصوص الجنائية فالحكم بعدم دستورتها ذو أثر رجعي.

ويذكر للدستور سالف البيان أخذه، إلى جانب الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، بتقرير حق الملك في أن يحيل إلى المحكمة الدستورية ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، وبحيث يكون تقرير المحكمة في هذا الشأن ملزماً لجميع سلطات الدولة وللکافة.

ومفاد ما سلف أن دستور المملكة أخذ إلى جانب الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، برقابة مسبقة بناء على إرادة الملك، وهذا الحكم أَدعى إلى إزالة كل شك، وحسم كل مظنة بالنسبة إلى الوقوع في حومة عدم الدستورية، وهو ما يفضي إلى مزيد من الأمن القانوني والاستقرار التشريعي.

١٨. أنه في مجال تحقيق التوافق والانسجام بين الدستور والتشريع يتعين على المشرع الرشيد أن يراعي عند إعداد التشريع وفي كافة مراحل المؤدية إلى سنة الالتزام بالمبادئ التي يقرها القضاء الدستوري في الدعاوي الدستورية التي تباشر من خلالها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وعلى وجه الخصوص، ما تورده المحكمة في مدونات الأحكام التي تصدرها في هذه الدعاوي في شأن تفسير نصوص الدستور بياناً لمدلوها في مجال أعمال هذه الرقابة، وذلك

صوناً للتشريع من الوقوع في حومة مخالفة هذه النصوص للدستور، لأن المحكمة بهذا البيان فيما تعرضت له من النصوص بالتفسير تكون قد أفصحت عن فهمها لهذه النصوص، وهو الفهم الذي تلتزم به المحكمة - من بعد - في ممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إذا عرضت مدى التزام هذه القوانين بحكم تلك النصوص الدستورية كما استقر معناها في فهم المحكمة، وحتى لا يكون، التشريع لدي عدم مراعاة مدلول النص الدستوري، على هذا النحو، عرضة للطعن عليه بعدم الدستورية، حيث يكون القضاء بذلك أمراً مقطوعاً به.

١٩. يتعين على المشرع الرشيد، أن يتفطن لمراتب التشريع في بلد التشريع، ومراعاة حتمية أن يكون للأعلى السمو، بحيث لا يجوز للتشريع الأدنى مرتبة أن يخالف حكماً تضمنه تشريع يعلوه في المرتبة، ويشار في هذا الصدد إلى أن الأدوات التشريعية في هرم التنظيم التشريعي في مملكة البحرين، وفقاً لدستورها المعدل بخلاف الدستور الذي يحتل قمة هذا الهرم، هي بترتيبها التنازلي القانون الذي يقره مجلسا الشورى والنواب ويصدق عليه الملك، والمرسوم بقانون الذي يصدره الملك فيما بين أدوار انعقاد كل من المجلسين أو في فترة حل مجلس النواب إذا اقتضى الأمر الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، ويكون لهذا المرسوم بقانون قوة القانون، والمرسوم وهو الأداة التي يباشر بها الملك اختصاصاته التي منحها الدستور لجلالته ليباشرها عن طريق وزرائه، وبالإضافة إلى ما سلف الأمر الملكي ويباشر به الملك اختصاصاته التي منحها الدستور لجلالته ليباشرها بمفرده، ثم القرارات وهي الأدوات التي تباشر بها الحكومة اختصاصاتها وأنشطتها.

٢٠. نظراً لزيادة قنوات الاتصال بين دول العالم في كافة المجالات، وتنامي الاتفاقيات الدولية في مجالات التعاون المختلفة لمواجهة الظواهر السلبية العالمية، وما يفرضه ذلك التعاون من واجب العناية بالتلاءم بين التشريعات الوطنية وأحكام الاتفاقيات الإقليمية والدولية ذات الصلة، التي يتزايد عددها، ويتعاظم الالتزام بالتصديق عليها أو الانضمام إليها، في بضع العقود الأخيرة في مجالات شتى تستوجب التعاون الدولي المحكم، وهي ما يطلق عليها، الاتفاقيات الدولية الشارعة، فإنه يتعين أن يكون المشرع الوطني والمعني به كافة القائمين بصناعة التشريع في مراحلها المتعاقبة، على إدراك كامل وعلم تام بكافة أحكام هذه الاتفاقيات، لتجنب الوقوع فيما يشكل مخالفة دولية أو قعوداً عن تنفيذ التزامات مترتبة على التصديق أو الانضمام تعرض الدولة الطرف للأخطار أو تسيئ لسمعته أو تضر بمصالحها على أي نحو.

٢١. يجب أن يظل التشريع بعد العمل بأحكامه محلاً دائماً للبحث والتقييم والتطوير، على ضوء ما يطرأ في المجتمع من التغييرات والمستجدات، على الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية وغيرها التي يتكفل بتنظيمها التشريع، وكذلك تتعين الاستفادة بالنظم المقارنة في الدول ذات القيم والنظم المشابهة وبالتجارب التشريعية الناجحة التي خاضتها وتخوضها الدول على مستوى المعمورة لحل مشكلات مواجهة التحولات في شتى المجالات،

بالتشريع في نطاق ما يصلح فيه، وكذلك العناية بكل ما يكون من ثماره تجويد المنتج التشريعي.

### المبحث الثالث المعايير النوعية لجودة صناعة التشريع

وتتمثل هذه المعايير فيما يأتي:

١. العناية الفائقة بإعداد وصياغة مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة أو الاقتراحات بمشروعات القوانين التي تقدم من أعضاء السلطة التشريعية.
- وتقتضي العناية المشار إليها سلفاً إمعان النظر في نصوص مشروعات القوانين وعلى وجه الخصوص المقدم منها من أعضاء السلطة التشريعية وتدقيق البحث للتأكد من مطابقتها وأحكامها لأحكام الدستور ولبادئ الشريعة الإسلامية، بحسبان هذه المبادئ بالنسبة إلى مملكة البحرين مصدرًا رئيسياً للتشريع، بموجب المادة (٢) في دستورها المعدل المقابلة للمادة (٢) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ السابق قبل تعديلها في مايو عام ١٩٨٠.
٢. مراعاة أن يتصف التشريع بالشمولية، وما تعنيه من تضمنه العناصر والأحكام الخاصة بالموضوع الذي يتناوله، وتلك اللازمة لإنفاذه على نحو يحقق الهدف من إصداره، والكافية لتطبيقه على الأنزعة التي تثور بشأنه، وأن يتسم بسهولة الفهم، بمراعاة الترتيب المنطقي السليم لنصوصه، وحسن تصنيفه، وسهولة ألفاظه، وترابط جملة، وأن يتميز باليسر في إنفاذ وتطبيق أحكامه، دون بذل الكثير من الجهد والعناء في هذا السبيل.
٣. أن يتم الالتزام بعرض مشروعات القوانين على الجهة المختصة بصناعة التشريع لتتولى مراجعتها وصياغتها وإبداء الرأي في أحكامها، والجهة المختصة بذلك في مملكة البحرين هي هيئة التشريع والإفتاء القانوني وهي طبقاً للأحكام التشريعية المنظمة لها، ووفقاً لآخر ما طرأ من التعديلات عليها في عام ٢٠١٣ هيئة مستقلة ذات طبيعة قضائية ولا تخضع لوزارة بذاتها ويميزها أن الدستور البحريني قد أوجب في المادة (١٠٤) منه أن يضع القانون الأحكام الخاصة بمهام الإفتاء القانوني وإعداد التشريعات ووفقاً لقانونها فهي المختصة بهذه المهام وبهذا الإعداد، ومن ثم فهي التي تتكفل بإبداء الرأي في مدى تطابق التشريع مع الدستور، وهو ما يحقق نوعاً من الرقابة المسبقة على دستورية التشريع.
٤. يجب الحرص في إعداد التشريعات على أن تراعي أحكامها الحقوق الأساسية للإنسان دون الاقتصار في شأن هذه الحقوق ورصدها على ما هو منصوص عليه في الدستور منها، بل يتجاوزها إلى ما استقر منها في المواثيق الدولية وفي مفاهيم الدول الديمقراطية، وهي الحقوق التي عبرت عنها المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز

الإخلال بها أو تقييدها، وبخاصة تلك التي تنطلق من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية، ومن ثم يجب أن تكون هذه الحقوق بالمعنى الواسع المشار إليه الذي يستوعب ما كان وارداً منها في الدستور وما استقر في المواثيق الدولية وفي مفاهيم الدول الديموقراطية بمنأى عن أي انتهاك تشريعي، ولا يكفي ذلك بل يتعين أن تكون من جهة أخرى محلاً للحماية التشريعية.

٥. يتعين أن تراعى في إعداد نصوص وأحكام التشريعات الجزائية خاصة الوضوح واليقين، وأن يتم الركون في إعداد التشريع الجنائي على مناهج دقيقة في الصياغة لا تنزلق إلى التعبيرات الفضفاضة أو الغامضة أو الممتيعة المحملة بأكثر من معنى، بما يوقع المحاكم الجزائية في محاذير تخل بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة التي تنص عليها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وتكفلها الدساتير، كما يجب أن يتجنب المشرع الجنائي تقييد سلطة القاضي في الاختيار بين بدائل للجزاءات والتدابير، وفي استعمال موجبات الرأفة، وأن تكون أحكام التشريعات الجنائية في هذا النطاق في حدود مبدأ المساواة أمام القضاء لا تتخطاه، ممتثلة مبدأ تكافؤ الفرص لا تتجاوز تخومه.

وقد سافت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن دستورية النصوص الجنائية، تضبطها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير جادة تلتئم مع طبيعتها، ولا تزامها في تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية<sup>١</sup>.

٦. لما كانت فكرة الشرعية في صميم مفهومها هي فكرة ملازمة لمبادئ العمومية والتجرد وهما صفتان لازمتان لكل قاعدة قانونية ولتكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون، وهما من المبادئ الدستورية الأساسية التي لا تخلو منها وثيقة دستورية، كما أن فكرة الشرعية تلك مناقضة في الوقت ذاته لمفهوم الاستثناء من تطبيق أحكام القاعدة التشريعية، ولا مشاحة في أن أسوأ أنواع ذلك الاستثناء هو الذي يصرح التشريع به في صلب نصوصه ومواده، فإنه يتعين تحاشي النصوص والأحكام التي تفتح أبواب الاستثناء من سريان أحكام القانون، ومنافذ الثغرات في التطبيق أياً كانت الجهة التي يعطيها المشرع السلطة التقديرية في تقرير الاستثناء من السريان أو الإعفاء من التطبيق، وذلك حتى يحتفظ القانون بهيبته، وليطيعه المواطنون عن إيمان بأن الحق أحق أن يتبع، وذلك ما لم تكن هناك ضرورة اجتماعية ملجئة لتقرير الاستثناء الذي يتعين أن تحكمه في هذه الحالة قواعد موضوعية مجردة ينص عليها القانون ذاته دون تفويض أداة أدنى، مع مراعاة مقتضيات أعمال قاعدة أن الضرورة تقدر بقدرها.

٧. يتعين أن يراعى في إعداد مشروعات القوانين ألا يميز التشريع بين الدولة من ناحية وبين الأفراد من ناحية أخرى، وذلك في مجال تنظيم أحكام مباشرة أوجه النشاط الاقتصادي

١ حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤ من يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » مجموعة الأحكام - الجزء الثامن - ص ٢٤١.

الخاص واستثمار أموال الدولة الخاصة، حيث يجب أن تكون الدولة في نطاقه على قدم المساواة مع الأفراد من المستثمرين مادامت المراكز القانونية متساوية، مما يستوجب تجنب تقرير إعفاءات للدولة من أحكام تنظيمية معينة يلتزم بها الأفراد في نفس الظروف والمراكز، وذلك تغليباً لمبدأ المساواة أمام القانون، وحتى يكون لدى السلطة المبرر الأخلاقي في المطالبة بالالتزام المواطنين بهذه القوانين.

٨. تجب المشاركة الجادة من جانب القائمين بصناعة التشريع في كل دولة عربية في كافة الجهود التي تقوم بها جامعة الدول العربية في مجال صناعة التشريع ومحاولات توحيد في العالم العربي، ومساعدة الدول العربية في نطاقه والإسهام الفعال في الجهود الدولية والإقليمية لهذه الجامعة بأشكالها المختلفة الرامية إلى مواجهة الظواهر الإجرامية الدولية ومكافحة الجرائم المنظمة عبر الإقليمية، والمعاونة الفعالة في إعداد مشروعات القوانين العربية النموذجية اللازمة لذلك والتي نجحت جامعة الدول العربية في إنجاز العديد منها، وخاصة ذات الصلة الدولية وفاء بالالتزامات التي تفرضها الاتفاقيات الدولية الشارعة ويتكفل بإعداد هذه المشروعات، على وجه الخصوص، مجلساً وزراء العدل والداخلية العرب، وتنهض بأنشطتها الأمانة الفنية لكل من المجلسين، والمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية.

وبالإضافة إلى ما سلف جميعه من بيان للمعايير النوعية الحاكمة لجودة المنتج التشريعي فإنه يتعين إيلاء المعايير التالية اهتماماً خاصاً للترقي بالجودة المشار إليها، والتي تسعى المعايير السابقة إلى تحقيقها، وتتمثل هذه المعايير الخاصة فيما يلي:

١. أن تتم مناقشة مشروعات القوانين وغيرها من التشريعات لدى إعدادها وبلورة أفكارها وتحديد أهدافها ومراميتها وذلك بإسهام فاعل من الجهات ذات الصلة بموضوعاتها، ومن الخبراء البارزين في مجال صناعة التشريع، وأن يستعان بممثلين متخصصين من تلك الجهات ومن عدد من هؤلاء الخبراء وذلك أثناء دراستها في الحكومة ولدى سلطة إحالتها إلى السلطة التشريعية وفي اللجان النوعية لمجلسي النواب والشورى، وبالجلسات العامة داخل كل مجلس، وأن تجري المناقشات خلال هذه المراحل جميعاً، من جانب ممثلين لكافة التيارات السياسية ولدوي الشأن والأحزاب الممثلة في المجلسين، بعناية فائقة، ودراسة متعمقة، وبحث وتمحيص يتسم بديمقراطية الحوار، والتبادل الحر للآراء. ولا بأس من عقد جلسات استماع في مشروعات القوانين المهمة، التي تتناول شئوناً سياسية واجتماعية أو اقتصادية تتعلق بجموع المواطنين أو تتضمن تحولات جذرية في تنظيم تلك الشئون، يتم فيها الاستماع إلى آراء الخبراء، وأصحاب الشأن، وأن تؤخذ التوصيات التي تطرح في هذه الجلسات بعين الاعتبار حتى يحظى مشروع القانون بالاعتناء، وتتسم أحكامه بالرشد.

٢. ألا تكون آليات السلطة التنفيذية وحدها، في النظم الدستورية التي تعطي أعضاء



السلطة التشريعية حق اقتراح القوانين، هي المهيمنة على العمل التشريعي، تباشر وحدها، دون أعضاء السلطة التشريعية حق إعداد وتقديم مشروعات القوانين ويتعين تلافياً لذلك أن ينشط أعضاء السلطة التشريعية في ممارسة حقهم المخول بمقتضى الدستور بتقديم الاقتراحات ومشروعات القوانين تعبيراً عن مصالح مجموع المواطنين، وأن تنهض الدولة بواجبها بتوفير الدعم المادي والمستشارين من الخبراء المتخصصين في مجال صناعة التشريع وكافة السبل والوسائل التي تعينهم على حسن مباشرة حقهم في اقتراح التشريعات، حتى تتحقق لها الدراسة الفنية والقانونية والمراجعة الدقيقة، علاجاً لافتقار بعض الأعضاء إلى التخصص والمعرفة القانونية التي تمكنهم من صياغة أفكارهم في مجال السياسة التشريعية في نصوص صالحة للعرض والمناقشة متوائمة مع أحكام الدستور، غير مخالفة لأي حكم من أحكامه.

كما يتعين تهئية هؤلاء الأعضاء للنهوض بمسئوليتهم التشريعية، عن طريق الدورات التدريبية المتخصصة وإصدار النشرات والدوريات التي تثري فكر الأعضاء التشريعي، وتشر الوعي بمهامهم في هذا المجال وآليات ووسائل ممارسة هذه المهام، ويذكر لمجلس الشعب المصري السابق في هذا المجال إصداره مدونة ضخمة للتقاليد البرلمانية، في نهاية الثمانينيات، وموسوعة للمبادئ الدستورية التي صدرت من المحكمة العليا ثم من المحكمة الدستورية العليا، وقد صدر من هذه الموسوعة حتى الآن ستة أجزاء، والمدونة والموسوعة كلاهما أصبحتا بين يدي أعضاء السلطة التشريعية، يمثلان عوناً صادقاً للارتقاء بأدائهم التشريعي المرغوب.

٣. يجب أن يدرك المشرع أهمية اتباع أسلوب " التقنيات الموحدة " عن طريق تجميع وحصر التشريعات المنظمة للموضوع الواحد، وتطوير أحكامها وتبسيط نصوصها وإعادة صياغتها وجمعها بين دفتي تقنين موحد، تلافياً لما يترتب على تعدد التشريعات المنظمة للموضوع الواحد وكثرة ما يطرأ عليها من تعديلات من تضخم تشريعي غير مبرر، يؤدي إلى صعوبة الإلمام بهذه التشريعات المتفرقة وتعديلاتها المتعددة، وما يتيح ذلك كله من احتمالات التعارض بين أحكامها، ومن أمثلة التقنيات الموحدة في مصر قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الذي تم سنه بديلاً لأربعة تشريعات اختص كل منها بتنظيم حماية مجال من مجالات حقوق الملكية الفكرية، وكذلك قانون البيئة، وقانون الطفل.

٤. يتعين على الدولة أن تُعنى بإنجاز قاعدة بيانات تشريعية من خلال الرصد والجمع والتصنيف والتخزين لمواد التشريعات النافذة، وإيجاد إطار مرجعي مركزي للتشريع على المستوى القومي، يتاح لكافة ذوي الشأن، ارتقاء بمستوى المعرفة القانونية، وحتى لا يتزعزع الأساس الذي تقوم عليه قاعدة افتراض العلم بالقانون.



## خاتمة

وفي ختام هذه الدراسة ينبغي التأكيد على أن فن صناعة التشريع بمختلف مراتبه فن دقيق متخصص له أصوله الثابتة ومعاييره الحاكمة وقواعده المعتبرة التي اجتهدت الدراسة في بيانها.

والفن المشار إليه وما يجب أن يسعى إليه من الارتقاء بجودة المنتج التشريعي يحتاج بالإضافة إلى ما يقتضيه من ملكة تيسر سبيله، إلى دربة وتأهيل وتكوين مبدئي ومستمر وخبرة تصقلها التجربة، ولا يغني عن ذلك كله الكفاءة القانونية بمجرد ما بلغت درجتها ولا المهارة القضائية أياً كانت رفعة مستواها.

وقد تغيت الدراسة إلقاء الضوء - بقدر ما يسمح المقام - على المعايير الحاكمة المشار إليها في مجال جودة صناعة التشريع، وهي فيما أوردت وما بسطت آراء ونظرات اجتهدت بقدر ما يسر الله، لكنها من صنع البشر، وهو محكوم عليه بالنقصان.

أسأل الله أن يتحقق بما بذلت ما ابتغيت، وهو من وراء القصد، والهادي إلى سواء السبيل.

# أهم أحكام قانون الخدمة المدنية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠

المستشار الدكتور / محمد فؤاد الحريري

المستشار القانوني بوزارة المالية بمملكة البحرين  
وكيل مجلس الدولة بجمهورية مصر العربية

## مقدمة

الوظيفة العامة هي خدمة وطنية تناط بالقائمين بها. ويستهدف موظفو الدولة تحقيق المصلحة العامة وخدمة الأفراد في حدود أحكام القوانين واللوائح والأنظمة المعمول بها.

ومن المعلوم أن الدول تعتمد على موظفيها في إدارة جميع شئونها، كما تعتمد عليهم في مباشرة مهامها ومسئولياتها المختلفة كتقديم الخدمات العامة وتنفيذ البرامج والمشروعات في شتى المجالات، لذلك يُعد الموظف العام حجر الأساس في حسن سير المرافق العامة والأداة الرئيسية لتحقيق أهداف الدولة.

والخدمة المدنية هي عبارة عن تنظيم شئون الوظيفة العامة. وقد ظهر مسمى "الخدمة المدنية" في الجهات الحكومية إثر حركات الإصلاح الإداري المتعاقبة التي نادى بضرورة العناية والاهتمام بشئون العاملين في القطاع الحكومي.

وكما هو واضح فإن عبارة "الخدمة المدنية" تتكون من كلمتين؛ حيث تم استخدام كلمة "الخدمة" نظراً للطابع الخدمي الذي يتميز به القطاع الحكومي عن القطاع الخاص أو الصناعي. وتم استخدام كلمة "المدنية" للتمييز بين العاملين في الجهات الحكومية المدنية والعاملين في الخدمة العسكرية.

ويهتم المشرع في جميع الدول بتقنين أحكام الخدمة المدنية من أجل تنظيم شئون الوظيفة العامة وتنظيم حقوق وواجبات الموظف العام بالشكل الذي يضمن حسن سير المرافق

العامّة بانتظام، وهو ما يصب في النهاية في مصلحة الدولة والأفراد.

وبالرغم من أن المشرع الدستوري في مملكة البحرين لم ينص صراحة في الدستور على مصطلح "الخدمة المدنية"، إلا أنه كان حريصاً على النص على الوظيفة العامة وموظفي الدولة في الباب الثاني منه باعتبار أن ذلك من المقومات الأساسية للمجتمع؛ حيث تنص المادة (١٦) من دستور مملكة البحرين على أن "أ. الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة. ولا يولّى الأجانب الوظائف العامة إلا في الأحوال التي يبينها القانون.

ب. المواطنون سواء في تولي الوظائف العامة وفقاً للشروط التي يقرها القانون."

ومن المعلوم أنه تم إنشاء ديوان الموظفين في مملكة البحرين عام ١٩٧٥م بمقتضى المرسوم رقم (٦) لسنة ١٩٧٥ بإنشاء ديوان الموظفين<sup>١</sup>. وقد قرر هذا المرسوم أن ديوان الموظفين يتولى الإشراف على شئون الموظفين والمستخدمين، ويستهدف تطوير مستوى الخدمة المدنية ورفع الكفاءة الإنتاجية وتحقيق العدالة في معاملة الموظفين والمستخدمين.

وفي عام ١٩٨٢م صدر المرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٨٢ بإنشاء مجلس الخدمة المدنية برئاسة رئيس مجلس الوزراء<sup>٢</sup>.

وفي عام ١٩٩٦م صدر المرسوم رقم (٥) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم ديوان الخدمة المدنية. وبمقتضى هذا المرسوم تقرر إعادة تسمية ديوان الموظفين ليصبح ديوان الخدمة المدنية، كما تقرر إعادة تسمية رئيس ديوان الموظفين ليصبح رئيس ديوان الخدمة المدنية<sup>٣</sup>.

١ صدر المرسوم رقم (٦) لسنة ١٩٧٥ بإنشاء ديوان الموظفين بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٧٥م، وتم نشره في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ١١٣١ بتاريخ ١٠ يوليو ١٩٧٥م.

٢ صدر المرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٨٢ بإنشاء مجلس الخدمة المدنية بتاريخ ١٥ مارس ١٩٨٢م، وتم نشره في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ١٤٧٩ بتاريخ ١٨ مارس ١٩٨٢م.

ويختص مجلس الخدمة المدنية بدراسة وتحديد السياسات الخاصة بالتوظيف وبشروط العمل للقوى العاملة في الأجهزة الحكومية، وبدراسة وتحديد متطلبات القوى العاملة في الجهاز الحكومي، وإجراء تقييم لكل ما يتعلق بالأجور والتعويضات المالية الأخرى الخاصة بموظفي الحكومة وتحديد المزايا المالية، كما يختص بوضع جداول الأجور المناسبة، ووضع الأهداف والبرامج المدروسة والتي يقصد بها رفع مستوى الكفاءة والإنتاج لكل القوى العاملة الموجودة، وإجراء الدراسات المقارنة للسياسات الوظيفية الخاصة بشروط العمل والأجور وكافة المزايا المالية الأخرى بين كل من المؤسسات الحكومية والمؤسسات العامة والشركات التي تمتلكها أو تساهم فيها الدولة وذلك بقصد إحداث نوع من العلاقات المتوازنة والمتقاربة.

٣ صدر المرسوم رقم (٥) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم ديوان الخدمة المدنية بتاريخ ١١ فبراير ١٩٩٦م، وتم نشره في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٢٢٠٣ بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٩٦م.

وتجدر الإشارة إلى أنه تم تعديل هذا المرسوم بالمرسوم رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٤، ثم صدر المرسوم رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤ بإعادة تنظيم ديوان الخدمة المدنية، ثم صدر المرسوم رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٨ بإعادة تنظيم ديوان الخدمة المدنية، وأخيراً صدر المرسوم رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٢ بإعادة تنظيم ديوان الخدمة المدنية والذي ألغى المرسوم رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٨ المشار إليه.

ونظراً لاهتمام المشرع البحريني بتنظيم شئون الخدمة المدنية، فقد أصدر في عام ٢٠٠٦م قانون الخدمة المدنية بالمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦، ثم صدرت لائحته التنفيذية بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٧.

وعلى الرغم من حداثة أحكام هذا القانون نسبياً، فقد أصدر المشرع البحريني قانوناً جديداً بشأن الخدمة المدنية في عام ٢٠١٠م ألغى بمقتضاه قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه؛ حيث صدر قانون الخدمة المدنية الجديد بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠، ثم صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون الجديد بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢.

ونظراً للأهمية البالغة لفهم وتحليل أحكام قانون الخدمة المدنية ولائحته التنفيذية في أي مجتمع لكي يفهم كل موظف حقوقه وواجباته، وحتى تدرك الجهات والأجهزة الحكومية ما لها وما عليها من الناحيتين النظرية والعملية مما يساعد على رفع كفاءة إدارة الموارد البشرية في القطاع الحكومي. وبهدف إثراء الفكر القانوني ونشر الثقافة القانونية بين الأفراد المهتمين بشئون الخدمة المدنية سواء أكانوا موظفين عموميين أم أفراداً عاديين، خاصة في ظل ندرة كتابات الفقه بشأن هذا الموضوع في مملكة البحرين رغم ما تتميز به المملكة من حدوث طفرة تشريعية ملحوظة.

وبناء على ما تقدم جميعه، فقد رأى الباحث أنه من الأهمية بمكان دراسة وتحليل أهم أحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية ومقارنتها بأحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦ ولائحته التنفيذية، وذلك في ضوء ما استقرت عليه أحكام القضاء المصري والبحريني وآراء الفقهاء بشأن الخدمة المدنية، ووفقاً لأحدث إصدارات ديوان الخدمة المدنية من تعليمات وتعاميم، وذلك كله في حدود ما تسمح به صفحات هذا البحث القانوني.

ولأغراض هذا البحث، سوف نطلق على قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ عبارة "قانون الخدمة المدنية الجديد"؛ وذلك تمييزاً له عن قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦، والذي سوف نطلق عليه "قانون الخدمة المدنية الملغى".

## خطة البحث

ينقسم هذا البحث إلى فصلين؛ حيث يتناول الفصل الأول شرح الأحكام العامة في قانون الخدمة المدنية الجديد، ثم يستعرض الفصل الثاني أهم أحكام شئون العلاقة الوظيفية في قانون الخدمة المدنية الجديد بالمقارنة بأحكام قانون الخدمة المدنية الملغى، وذلك كله على

النحو الآتي:

الفصل الأول: الأحكام العامة في قانون الخدمة المدنية الجديد.

الفصل الثاني: أهم أحكام العلاقة الوظيفية في قانون الخدمة المدنية الجديد.

## الفصل الأول

### الأحكام العامة في قانون الخدمة المدنية الجديد

#### تمهيد وتقسيم

البيان من استقراء قانون الخدمة المدنية الجديد أنه يتألف من ٣٢ مادة تم تقسيمها إلى فصلين؛ حيث يتناول الفصل الأول منه الأحكام العامة في المواد (١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦). وينظم الفصل الثاني منه أحكام العلاقة الوظيفية وانتهاءها في المواد من (٧) لغاية (٣٢).

بينما كان قانون الخدمة المدنية الملغى يتكون من ٨٣ مادة تم تقسيمها إلى ثلاثة أبواب؛ حيث كان الباب الأول منه يتناول الأحكام العامة في المواد (١) و(٢) و(٣). وكان الباب الثاني من قانون الخدمة المدنية الملغى ينظم أحكام العلاقة الوظيفية وانتهاءها في المواد من (٤) لغاية (٧٦). وكان الباب الثالث من قانون الخدمة المدنية الملغى يتناول الأحكام الختامية في المواد من (٧٧) لغاية (٨٣).

ويستهدف هذا الفصل شرح الأحكام الواردة في المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية، أي شرح مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد، كما يتناول هذا الفصل شرح الأحكام المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية الجديد مقارنة بالأحكام العامة التي كان قانون الخدمة المدنية الملغى ينص عليها.

وتشمل الأحكام العامة المشار إليها نطاق سريان قانون الخدمة المدنية الجديد، واختصاصات ديوان الخدمة المدنية، والتفويض في الاختصاصات والمهام، والتعليمات التي يصدرها ديوان الخدمة المدنية وتوفير البيانات لديوان الخدمة المدنية من قبل الجهات الحكومية.

ولذلك تم تقسيم هذا الفصل إلى خمسة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد.

المبحث الثاني: نطاق سريان قانون الخدمة المدنية الجديد.

المبحث الثالث: اختصاصات ديوان الخدمة المدنية.

المبحث الرابع: التفويض في الاختصاصات.

المبحث الخامس: تعليمات ديوان الخدمة المدنية وتوفير البيانات للديوان.

## المبحث الأول

### مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد

البيان من مطالعة المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية المشار إليه أن مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد تتألف من ثلاث مواد.

وتنص المادة الأولى من مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد على أن

**"يُعمل بأحكام القانون المرافق في شأن الخدمة المدنية، ويُلغى قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦، كما يُلغى كل حكم يخالف أحكام القانون المرافق."**

كما تنص المادة الثانية من مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد على أن

**"يُصدر رئيس مجلس الوزراء بقرار منه اللائحة التنفيذية لهذا القانون خلال سنة من تاريخ العمل به، وإلى أن يتم إصدار هذه اللائحة يستمر العمل بالقواعد واللوائح المعمول بها حالياً، كما يستمر العمل بالقرارات والتعليمات والتوجيهات والنشرات السارية قبل صدور هذا القانون، وذلك كله فيما لا يتعارض مع أحكامه."**

أما المادة الثالثة من مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد، فهي عبارة عن مادة تنفيذية تقرر العمل بأحكام القانون من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أي اعتباراً من ١٩ نوفمبر ٢٠١٠م<sup>١</sup>.

والمستفاد مما تقدم أن المشرع قرر صراحة في المادة الأولى من مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد إلغاء قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦ على الرغم من حداثة أحكامه؛ إذ صدر قانون الخدمة المدنية الملغى بتاريخ ٣٠ يوليو ٢٠٠٦م، وعُمل بأحكامه اعتباراً من ٣ أغسطس ٢٠٠٦م اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

وقد ناطت المادة الثانية من مواد إصدار قانون الخدمة المدنية الجديد برئيس مجلس الوزراء إصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار منه خلال سنة من تاريخ العمل به؛ أي من

١ تم نشر قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٢٩٧٤ بتاريخ ١٨ نوفمبر ٢٠١٠م.

تاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠١٠م اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

كما قررت ذات المادة استمرار العمل بالقواعد واللوائح المعمول بها حالياً إلى أن يتم إصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وكذلك استمرار العمل بالقرارات والتعليمات والتوجيهات والنشرات السارية قبل صدور القانون الجديد، وذلك كله فيما لا يتعارض مع أحكامه.

وقد صدرت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢م، وتم العمل بها اعتباراً من تاريخ ٧ سبتمبر ٢٠١٢م اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية<sup>١</sup>.

وبمقتضى المادة الثالثة من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢م بإصدار هذه اللائحة التنفيذية، فقد تم إلغاء اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى والصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٧م، كما تقرر إلغاء كل حكم يخالف أحكام اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد.

ومع ذلك، يتعين التنويه إلى أن المادة الثانية من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢م بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد تقرر استمرار العمل بعدد من نصوص اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى؛ حيث تنص هذه المادة على أن

”يصدر من رئيس مجلس الوزراء قراراً، بتحديد الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها، وإلى أن يصدر هذا القرار يظل العمل بالنصوص المنظمة للرواتب والأجور والعلاوات والبدلات والمكافآت والتعويضات وغيرها من المزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها الواردة في قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٧م وتعديلاته وتعليمات الخدمة المدنية الصادرة طبقاً له.“

وبناء عليه، يمكن القول بأن إلغاء العمل بأحكام اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٧م هو في حقيقته إلغاء جزئي ومؤقت.

فمن ناحية الإلغاء الجزئي، نجد أن قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢م المشار إليه يقضي باستمرار العمل بالعديد من أحكام اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى، وهي الأحكام المنظمة للرواتب والأجور والعلاوات والبدلات والمكافآت والتعويضات وغيرها من المزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها.

١ تم نشر اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢م في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٣٠٦٨ بتاريخ ٦ سبتمبر ٢٠١٢م.

ومن ناحية الإلغاء المؤقت، نجد أن قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢ المشار إليه يقضي بسريان تلك الأحكام المنظمة للرواتب والعلاوات وغيرها من المزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها لفترة مؤقتة تنتهي بإصدار قرار من رئيس مجلس الوزراء بتحديد الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها بناء على اقتراح من ديوان الخدمة المدنية.

## المبحث الثاني نطاق سريان قانون الخدمة المدنية الجديد

تنص المادة (١) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن "مع مراعاة ما تنص عليه المادة (٤) من هذا القانون، يعمل في المسائل المتعلقة بشئون الخدمة المدنية بالدولة بالأحكام الواردة في هذا القانون وتسري أحكامه على جميع الموظفين المدنيين في الجهات الحكومية ممن يتقاضون رواتبهم أو جزءاً منها من الميزانية العامة للدولة.

ولا تسري هذه الأحكام على العسكريين في قوة دفاع البحرين ووزارة الداخلية والحرس الوطني وجهاز الأمن الوطني ما عدا الموظفين المدنيين منهم، مع عدم الإخلال بأية نصوص تنظم شئون هؤلاء المدنيين العاملين في القطاع العسكري."

وتنص المادة (٤) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن "تخضع الجهات الحكومية التي تنظم شئون موظفيها لوائح خاصة للإشراف والرقابة الإدارية للديوان بما يضمن خضوع تلك الجهات للسياسة العامة للدولة في مجال الخدمة المدنية، وعلى تلك الجهات عرض اللوائح التي تنظم شئون موظفيها ومشروعاتها وتعديلاتها وكذا النظم الخاصة بالرقابة الإدارية فيها على الديوان لمراجعتها وإقرارها، وتسري أحكام هذا القانون فيما لم يرد بشأنه نص خاص في تلك اللوائح."

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن "واستثناء من حكم البند (١) من هذه المادة يجوز شغل الوظيفة بغير البحرينيين بطريق التعاقد في حالة تعذر الحصول على المرشحين البحرينيين الذين يستوفون شروط شغل الوظيفة المطلوبة، وتسري على المعينين بطريق التعاقد أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في العقود المبرمة معهم، ويصدر الديوان تعليمات يحدد فيها قواعد وأحكام وصيغ عقود توظيف



## غير البحرنيين".

بينما كان المشرع ينص في المادة (١) من قانون الخدمة المدنية الملغي على أن "يعمل في المسائل المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية بالدولة بالأحكام الواردة في هذا القانون وتسري أحكامه على جميع موظفي الحكومة والمؤسسات والهيئات العامة ممن يتقاضون رواتبهم من الميزانية العامة للدولة أو الملحقة بها.

ولا تسري هذه الأحكام على العسكريين في قوة دفاع البحرين وقوات الأمن العام والحرس الوطني وجهاز الأمن الوطني ماعدا المدنيين منهم، مع عدم الإخلال بأية نصوص تنظم شؤون هؤلاء المدنيين العاملين في القطاع العسكري، كما لا تسري هذه الأحكام على الموظفين الذين تنظم شؤون توظيفهم قوانين أو أنظمة أو عقود خاصة فيما نصت عليه هذه القوانين والأنظمة والعقود."

والمستفاد من النصوص المتقدمة أن المشرع يحدد نطاق سريان قانون الخدمة المدنية الجديد في المواد (١) و(٤) و(١١) من هذا القانون، وذلك على النحو التالي بيانه:

أولاً: وفقاً للمادة (١) من قانون الخدمة المدنية الجديد سألفة الذكر، تسري أحكام هذا القانون على جميع الموظفين المدنيين في الجهات الحكومية ممن يتقاضون رواتبهم أو جزءاً منها من الميزانية العامة للدولة؛ بمعنى أنه يتم تطبيق هذا القانون في المسائل المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية بالدولة على كل من يشغل وظيفة مدنية أيأ كانت طبيعة عمله أو مسمى وظيفته في الوزارات أو المؤسسات العامة أو الهيئات العامة أو أية هيئة أو مجلس أو جهاز تكون ميزانيته أو جزء منها ضمن الميزانية العامة للدولة.

ثانياً: البين من عبارة "مع مراعاة ما تنص عليه المادة (٤) من هذا القانون" المنصوص عليها في صدر المادة (١) من قانون الخدمة المدنية الجديد، أن نطاق سريان هذا القانون يمتد ليشمل الجهات الحكومية التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذه اللوائح.

ثالثاً: تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الجديد، فإن أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية تسري أيضاً على المعينين بطريق التعاقد فيما لم يرد بشأنه نص خاص في العقود المبرمة معهم.

وبالتالي يكون الأصل في تنظيم العلاقة الوظيفية بشأن غير البحرنيين المعينين بطريق التعاقد هو نصوص عقود التوظيف المبرمة معهم. فإذا سكت عقد التوظيف عن تنظيم مسألة معينة، يتم الرجوع إلى أحكام قانون الخدمة المدنية بشأنها.

## المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ بشأن ضوابط استحقاق رواتب ومزايا موظفي الهيئات والمؤسسات الحكومية

الجدير بالذكر أنه قد صدر المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ بشأن ضوابط استحقاق رواتب ومزايا موظفي الهيئات والمؤسسات الحكومية، وتنص المادة الأولى منه على أن:

**”تسري أحكام الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها المقررة وفقاً لقانون وأنظمة الخدمة المدنية على كافة موظفي الجهات الحكومية التي تنظم شئون موظفيها لوائح خاصة.**

وتنص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ المشار إليه على أن:

**”استثناء من حكم المادة الأولى من هذا القانون، يحتفظ الموظفون بالجهات الحكومية المشار إليها في تلك المادة الموجودين بالخدمة في تاريخ العمل بأحكامهم، بالرواتب التي يتقاضونها بصفة شخصية إذا زادت على ما هو مقرر وفقاً لقانون وأنظمة الخدمة المدنية وذلك لحين انتهاء خدمتهم وفقاً للقانون أو للعقود المبرمة معهم.**

كما يسري حكم الفقرة السابقة على المزايا الوظيفية التي يتقاضونها، والتي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح ديوان الخدمة المدنية.”

وتنفيذاً للفقرة الأخيرة من المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ المشار إليه، فقد أصدر رئيس مجلس الوزراء القرار رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٢ بشأن تحديد المزايا الوظيفية التي يحتفظ بها موظفو الجهات الحكومية التي تنظم شئون موظفيها لوائح خاصة.

والمستفاد من المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٢ المشار إليه أن أحكام الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها المقررة وفقاً لقانون الخدمة المدنية الجديد وأنظمة الخدمة المدنية تسري على كافة موظفي الجهات الحكومية التي تنظم شئون موظفيها لوائح خاصة.

واستثناء من ذلك، يحتفظ الموظفون بالجهات الحكومية المشار إليها، والذين كانوا موجودين بالخدمة في تاريخ العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ المشار إليه، بالرواتب التي يتقاضونها بصفة شخصية إذا زادت على ما هو مقرر وفقاً لقانون الخدمة المدنية الجديد وأنظمة الخدمة المدنية وذلك لحين انتهاء خدمتهم وفقاً للقانون أو للعقود المبرمة معهم.

كما يحتفظ هؤلاء الموظفون بالمزايا الوظيفية التي يتقاضونها طبقاً للوائح المعتمدة في جهات عملهم والتي كانت تصرف لهم عند سريان المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ المشار إليه أيًا كان مسماهما والمتعلقة بالمزايا الآتية:

(١) العلاوة الاجتماعية. (٢) التأمين الصحي. (٣) السيارة. (٤) المواصلات. (٥) الهاتف. (٦) خدمات الانترنت. (٧) مقابل المهام الرسمية ومخصصات السفر. (٨) مقابل الندب والمسئوليات. (٩) أجر النوبات. (١٠) السياقة. (١١) غسيل الملابس. (١٢) السكن لغير البحرينيين. (١٣) الرسوم الدراسية لغير البحرينيين. (١٤) مواقف السيارات. (١٥) مقابل الاستدعاء.

### **تعميم ديوان الخدمة المدنية رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن تطبيق أحكام وأنظمة الخدمة المدنية على موظفي الجهات الحكومية التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة**

استناداً إلى أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ بشأن ضوابط استحقاق رواتب ومزايا موظفي الهيئات والمؤسسات، وعلى الأخص المادة الأولى منه، والتي تقضي بسريان أحكام الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها المقررة وفقاً لقانون وأنظمة الخدمة المدنية على كافة موظفي الجهات الحكومية التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة.

فقد أصدر ديوان الخدمة المدنية بتاريخ ٢٢ أكتوبر ٢٠١٢م التعميم رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن تطبيق أحكام وأنظمة الخدمة المدنية على موظفي الجهات الحكومية التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة.

وبمقتضى هذا التعميم، فقد تم توجيه جميع الجهات الحكومية التي لديها لوائح خاصة تنظم شؤون موظفيها إلى أن تبادر بتطبيق أحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠م ولائحته التنفيذية وجميع التشريعات المتفرعة عنه على جميع الموظفين العاملين لديها وأن يقتصر تطبيق أحكام لوائحها الخاصة على الموظفين الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ المشار إليه، وذلك وفقاً لما جاء في المادة الثانية من هذا المرسوم بقانون.

أما بشأن تحديد المزايا الوظيفية التي يحتفظ بها موظفو الجهات الحكومية التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة، فتسري الأحكام الواردة في اللوائح المعتمدة لتلك الجهات وطبقاً لأحكام قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ الذي ينص على احتفاظ هؤلاء الموظفين بالمزايا الوظيفية المقررة طبقاً للوائح المعتمدة لتلك الجهات والتي كانت تصرف لهم عند سريان المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١١ المشار إليه أيًا كان مسماهما والمتعلقة بالترقيات والزيادة السنوية إضافة إلى المزايا الآتية: العلاوة الاجتماعية، التأمين الصحي،

السيارة، المواصلات، الهاتف، خدمات الانترنت، مقابل المهام الرسمية ومخصصات السفر، مقابل الندب والمسئوليات، أجر النوبات، السياقة، غسيل الملابس، السكن لغير البحرينيين، الرسوم الدراسية لغير البحرينيين، مواقف السيارات، ومقابل الاستدعاء.

ويتم وقف العمل بأية علاوة أو مزايا وظيفية أخرى لم يرد ذكرها آنفاً مثل الراتب الإضافي السنوي (البونس) والمزايا الشخصية حيث يمكن الاستفادة من العلاوات والمكافآت التشجيعية المحددة في قانون ولوائح الخدمة المدنية.

### المبحث الثالث

#### اختصاصات ديوان الخدمة المدنية

نظراً لأهمية الاختصاصات والصلاحيات التي يمارسها ديوان الخدمة المدنية في مجال الوظيفة العامة وشئون الخدمة المدنية بصفة عامة، فقد أفرد لها المشرع المادتين (٣) و(٦) من قانون الخدمة المدنية الجديد، وذلك على النحو التالي بيانه.

تنص المادة (٣) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن "يتولى ديوان الخدمة المدنية الإشراف المركزي على شئون جميع الموظفين المدنيين الخاضعين لأحكام هذا القانون في الجهات الحكومية، وتقديم الاستشارات لتلك الجهات والرقابة الإدارية عليها، ويختص الديوان بالمهام والصلاحيات المسندة إليه بموجب هذا القانون، وله على الأخص ما يلي:

١. دراسة مشروعات القوانين واقتراح اللوائح والقرارات الخاصة بشئون الخدمة المدنية وإبداء الرأي فيما يقترح من مشروعات متصلة بهذه الشئون قبل إقرارها.
٢. اقتراح السياسات العامة والاستراتيجيات والأهداف المتعلقة بتطوير الخدمة المدنية وتنفيذها بعد إقرارها.
٣. وضع النظم الخاصة بالرقابة الإدارية على الجهات الحكومية، ومباشرة مهام تلك الرقابة فيما يتعلق بتطبيق أحكام هذا القانون، ورفع التقارير الصادرة بشأنها إلى الجهات المختصة.
٤. دراسة إنشاء الوظائف العليا، والإدارات وما في حكمها قبل صدور الأداة القانونية بشأنها، وإقرار إنشاء الوظائف الأخرى.
٥. اقتراح السياسة العامة للرواتب والمزايا الوظيفية بما يكفل التناسق بين الجهات الحكومية، ووضع النظم الخاصة بها وإجراء البحوث واقتراح التعديلات بشأنها وذلك على

ضوء دراسات علمية متخصصة ومعتبرة.

٦. اقتراح القطاعات والأنشطة الحكومية التي يمكن خصصتها، أو إسناد جزء من خدماتها إلى القطاع الخاص، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة الأخرى والاستعانة بالمؤسسات الاستشارية المتخصصة، إذا تطلب الأمر.
٧. إعادة هندسة العمليات والتنظيم بمراعاة الخدمات الأساسية لكل جهة حكومية وإعادة تنظيم الخدمات المشتركة في الجهات الحكومية حسب جهة الاختصاص بما لا يخالف الاختصاصات المنصوص عليها قانوناً لكل جهة.
٨. تنظيم خدمات الموارد البشرية المشتركة في الجهات الحكومية.
٩. تحديد إعداد القوى العاملة المناسبة في الجهات الحكومية.
١٠. وضع ضوابط ومعايير موحدة لإنشاء الجهات الحكومية وإبداء الرأي في مشروعات إنشائها.
١١. إبداء الرأي في الترشيحات المقدمة من السلطات المختصة لشغل الوظائف العليا في ضوء اشتراطات شغل الوظيفة.
١٢. مراجعة وتقدير مصروفات القوى العاملة الخاصة بالجهات الحكومية بالتنسيق مع وزارة المالية.
١٣. مراجعة وإقرار مشروعات عقود استخدام القوى العاملة التي تبرمها الجهات الحكومية مع مؤسسات القطاع الخاص سواء داخل أو خارج البحرين.
١٤. بناء وتطوير قاعدة بيانات وأنظمة معلومات لإدارة الموارد البشرية في الخدمة المدنية.
١٥. تنظيم الاستعانة بالمؤسسات الاستشارية المتخصصة في كافة شؤون الخدمة المدنية.
١٦. تنظيم الإعلان عن الوظائف الشاغرة والترشيح لها وتنظيم الامتحانات والمقابلات والإشراف عليها بالتنسيق مع الجهات الحكومية بما فيها تلك التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة.
١٧. متابعة البحوث والتطورات الحديثة في شؤون الخدمة المدنية والاتصال بالهيئات العلمية والدولية لهذا الغرض.
١٨. العمل على مراعاة ضمان الملائمة بين مخرجات التعليم والتدريب وفرص العمل المتاحة في الجهات الحكومية بالتنسيق مع الجهات المختصة.
١٩. أية اختصاصات أخرى تسند إليه من قبل مجلس الوزراء أو مجلس الخدمة المدنية.

كما تنص المادة (٦) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن "مع مراعاة أحكام القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني معدلاً بالمرسوم بقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٠، يختص الديوان بإبداء الرأي مسبباً فيما تطلبه الجهات الحكومية بشأن المسائل المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات والتعليمات المنفذة له."

والمستفاد مما تقدم أن المشرع حرص على ذكر الاختصاصات والصلاحيات الممنوحة لديوان الخدمة المدنية على سبيل المثال بشكل تفصيلي في المادة (٣) من قانون الخدمة المدنية الجديد سائلة الذكر.

ويأتي في مقدمة هذه الاختصاصات والصلاحيات الإشراف المركزي على شؤون جميع الموظفين المدنيين الخاضعين لأحكام قانون الخدمة المدنية الجديد في الجهات الحكومية، وتقديم الاستشارات لتلك الجهات والرقابة الإدارية عليها، فضلاً عن تسعة عشر اختصاصاً آخر تم النص عليها في ذات المادة.

ولم يغفل المشرع عن تأكيد اختصاص ديوان الخدمة المدنية بتقديم الرأي مسبباً للجهات الحكومية فيما تطلبه بشأن المسائل المتعلقة بتطبيق أحكام قانون الخدمة المدنية الجديد ولائحته التنفيذية والقرارات والتعليمات المنفذة له، وذلك مع مراعاة أحكام القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني وتعديلاته.

وبذلك يكون المشرع قد توسع في منح ديوان الخدمة المدنية اختصاصات وصلاحيات بشكل كبير مقارنة بالاختصاصات المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية الملغى؛ حيث كانت المادة (٣) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن "مع مراعاة أحكام المرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٢ بإنشاء وتنظيم دائرة الشؤون القانونية، يختص ديوان الخدمة المدنية بإبداء الرأي مسبباً فيما تطلبه الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام هذا القانون، بشأن المسائل المتعلقة بتطبيق أحكامه ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له."

ومن أهم صلاحيات ديوان الخدمة المدنية التي ينص عليها المشرع صراحة في قانون الخدمة المدنية الجديد هي صلاحية اقتراح القطاعات والأنشطة الحكومية التي يمكن تخصيصها، أو إسناد جزء من خدماتها إلى القطاع الخاص، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة الأخرى والاستعانة بالمؤسسات الاستشارية المتخصصة إذا تطلب الأمر.

ولذلك فقد حرص المشرع على الإشارة في ديباجة قانون الخدمة المدنية الجديد إلى المرسوم بقانون رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٢ بشأن سياسات وضوابط التخصصية.

وتجدر الإشارة إلى أن رئيس مجلس الوزراء أصدر القرار رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ باعتماد سياسات وضوابط التخصيص، وذلك تنفيذاً للمادة (٢) من المرسوم بقانون رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٢ بشأن سياسات وضوابط الخصخصة المشار إليه، التي تقضي بأن يصدر رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية وبعد أخذ رأي مجلس التنمية الاقتصادية السياسات والضوابط الخاصة بسياسة التخصيص<sup>١</sup>.

والجدير بالذكر أن المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢ ناطت بديوان الخدمة المدنية صراحةً بمسئوليات دراسة إنشاء الإدارات والوظائف العليا وتعديلها وإلغائها وإجراء الدراسات التنظيمية والمسوحات في مجال تقييم وتنظيم الوظائف، وكل ما يتعلق بالتنظيم الإداري<sup>٢</sup>.

## المبحث الرابع

### التفويض في الاختصاصات

يُقصد بالتفويض في الاختصاصات الإجراء الذي تعهد بمقتضاه إحدى السلطات الإدارية بجزء من اختصاصاتها المستمدة من القانون إلى سلطة أخرى بناء على نص قانوني يأذن لها بذلك، ولا بد أن يصدر التفويض من سلطة أعلى إلى سلطة أدنى.

ولا يعني التفويض أن يتخلى الرئيس الإداري عن سلطاته أو مسؤولياته، بل هو مجرد طريقة أفضل لإنجاز الأعمال بسرعة وبكفاءة. ويستتبع ذلك أن يكون للمفوض دائماً الحق في إلغاء التفويض، كما يملك أن يعدل من وعائمه ضيقاً أو اتساعاً، وذلك حسبما تقتضي متطلبات العمل في الجهاز الإداري.

وليس للتفويض شكل معين يتخذه، فقد يكون كتابياً وقد يكون شفهيّاً. ويمكن أن يكون مقيداً بزمان معين. ولكنه لا يجوز أن يكون كلياً أي شاملاً لجميع الاختصاصات الرئيسية

١ تنص المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٢ بشأن سياسات وضوابط الخصخصة على أن «يضع مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية والاقتصاد الوطني، وبعد أخذ رأي مجلس التنمية الاقتصادية، السياسات والضوابط الخاصة بسياسة التخصيص، ويصدر بهذه الضوابط والسياسات قرار من رئيس مجلس الوزراء.»

٢ تنص المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد على أن «يتولى الديوان المسؤوليات والمهام التالية: (١) دراسة إنشاء الإدارات والوظائف العليا وتعديلها وإلغائها ورفع التوصيات بشأنها لمجلس الوزراء للموافقة عليها واستصدار مرسوم بشأنها.

(٢) إجراء الدراسات التنظيمية والمسوحات في مجال تقييم وتنظيم الوظائف ودراسات إنشاء وإلغاء الوظائف الدائمة والمؤقتة ومتطلبات التوظيف الجزئي أو بعقد، وللديوان بالتنسيق مع السلطة المختصة إلغاء بعض الوظائف على ضوء الآثار المترتبة على تلك الدراسات، وفقاً للتعليمات التي يصدرها الديوان.

(٣) إجراء الدراسات الهادفة لتحسين طرق وأساليب العمل، الخاصة بتطوير النظم وإعادة هندسة العمليات الإدارية. (٤) دراسة تأثير تخصيص وإستاد الخدمات والأنشطة الخاصة بالجهات الحكومية للقطاع الخاص على أوضاع الموظفين والقوى العاملة وتأثيرها على وضع الحد الأقصى لعدد الوظائف لكل جهة حكومية قبل وبعد اقتراح تخصيصها. ويصدر الديوان التعليمات اللازمة لتحديد المتطلبات والقواعد والإجراءات لتنفيذ ما جاء في هذه المادة.»

للمرئيس الإداري.

والقاعدة في مجال القانون العام أنه إذا ناط القانون بسلطة معينة اختصاصاً، فإنه لا يجوز لها أن تنزل عنه أو تفوض فيه إلا إذا أجاز لها القانون ذلك؛ لأن هذه الاختصاصات ليست أعمالاً خاصة يملك المنوط بها التصرف فيها، وإنما هي أعمال الدولة وقد عنيت القوانين واللوائح والسلطات المختصة بها ونظمت طريقة أدائها<sup>١</sup>.

فالأصل أن يلتزم صاحب الاختصاص "الرئيس الإداري" بممارسة اختصاصاته الوظيفية بنفسه، ولا يستطيع أن يفوض غيره من مرؤوسيه في القيام بمهامه إلا إذا أجاز ذلك المشرع صراحة. وأساس ذلك أن الموظف لا يباشر حقاً، وإنما يمارس اختصاصاً يتضمن واجباً يكون عليه بمقتضى القوانين واللوائح أن يقوم به. ولذلك فإن القاعدة هي عدم التفويض والاستثناء هو التفويض إذا وجد نص يقضي بذلك، وفي حدود هذا النص فقط<sup>٢</sup>.

وحيثما يلجأ المشرع إلى تنظيم أحكام التفويض فإنه يتخذ عادة أحد أسلوبيين:

الأول: أن يتم النص على إجازة التفويض في تشريعات خاصة بمناسبة تنظيم موضوع معين.

الثاني: أن يصدر تشريعاً مستقلاً في شأن التفويض في الاختصاص ويضع قواعد ضابطة ومنظمة لعملية التفويض.

ويشترط لصحة التفويض في الاختصاص عدة شروط يمكن إجمالها فيما يلي:

١. وجود نص تشريعي يجيز للرئيس الإداري التفويض في بعض واجباته وسلطاته، فإذا تم التفويض دون وجود نص يبيح ذلك كان قرار التفويض مشوباً بالبطلان، إذ القاعدة التي أخذ بها الفقه والقضاء أنه إذا أنيط بسلطة من السلطات الإدارية اختصاص معين بمقتضى المبادئ الدستورية أو القوانين أو اللوائح، فلا يجوز لها أن تنزل عنه أو تفوض فيه سلطة أو جهة أخرى، لأن مباشرة الاختصاص عندئذ يكون واجباً قانونياً، وليس حقاً لها يجوز أن تعهد به لسواها. إلا أنه يستثنى من ذلك ما إذا كان القانون يتضمن تفويضاً في الاختصاص حيث تكون مباشرة الاختصاص في هذه الحالة من الجهة المفوض إليها مستمدة مباشرة من القانون.

٢. أن يكون النص القانوني الأذن بالتفويض من ذات مرتبة النص الذي خول الاختصاص للأصيل نفسه. وبناء على ذلك إذا كان اختصاص الأصيل مبناه نص في القانون، فإن التفويض لا يكون جائزاً إلا إذا سمح به نص قانوني له ذات القوة القانونية للنص السابق، وكذلك إذا كان اختصاص الأصيل مبناه نص في الدستور، فإن التفويض لا يكون جائزاً أيضاً إلا إذا سمح به

١ راجع فتوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٧٥٤/٣/٨٦ بجلسة ١٥/٣/١٩٨٩، مشار إليها في مؤلف المستشار سمير يوسف البهي، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢، ص ٣١.

٢ د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، القانون الإداري البحريني، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ١٥٢.



نص في الدستور.

٣. أن يصدر التفويض من سلطة مختصة قانوناً بذلك، ويترتب على ذلك أنه إذا صدر التفويض من سلطة لا تملكه قانوناً كان التفويض باطلاً.

٤. لا يجوز للمرؤوس الذي فوض إليه الاختصاص أن يفوض غيره في القيام به؛ ذلك أن القاعدة أنه لا يجوز التفويض في التفويض.

٥. يجب أن يكون التفويض جزئياً. ومعنى ذلك أن يقتصر التفويض على جزء من اختصاصات المفوض، فإذا حدث وكان التفويض شاملاً لجميع اختصاصات الرئيس المفوض كان ذلك تنازلاً من الرئيس عن اختصاصاته وليس تفويضاً، وهذا ما لا يملكه المفوض.

٦. أن تقتصر اختصاصات المفوض إليه على المسائل التي يتضمنها التفويض دون سواها، وإلا كانت تصرفات المفوض إليه خارج نطاق التفويض باطلة وغير مشروعة.

وللتفويض آثار سواء بالنسبة للرئيس الإداري المفوض، أو بالنسبة للمرؤوس الذي فوض إليه الاختصاص. ففيما يتعلق بالرئيس الإداري الذي فوض بعض اختصاصاته وسلطاته، فإنه يظل مسؤولاً عن أداء المفوض إليه للاختصاصات والسلطات الصادر بها التفويض؛ ذلك أن مسؤوليته رغم التفويض تظل قائمة. فالمسئولية لا تُفوض.

أما بالنسبة للمرؤوس الذي فوض إليه الاختصاص، فإن التفويض يخلق التزاماً على عاتقه تجاه الرئيس الذي فوضه في ممارسة الاختصاص، مقتضاه إنجاز العمل بالسلطة التي أعطيت له. وهكذا تنشأ مسؤولية إضافية تصعد من أسفل إلى أعلى؛ أي من المفوض إليه تجاه المفوض، وهي مسؤولية تتحدد بقدر السلطة التي فوضت<sup>١</sup>.

ومن المعلوم أن التفويض في الاختصاصات يُعد أحد الدعائم التي يعتمد عليها نجاح الإدارة الحديثة في تسيير العمل، حيث يهدف إلى إضفاء طابع المرونة على نظام العمل بما يكفل سريان النشاط بيسر وكفاءة وبما يتجاوب مع متطلبات توزيع المسؤوليات على القيادات الإدارية التي تتحمل جزءاً من هذه المسؤوليات تخفيفاً عن كاهل القيادات الأعلى وضماناً لسرعة إنجاز الأعمال التي تم تفويضهم فيها، فضلاً عن دعم وتحقيق فكرة اللامركزية.

وقد اهتم المشرع البحريني بالنص صراحة في قانون الخدمة المدنية الجديد على جواز التفويض في بعض الاختصاصات؛ حيث تنص المادة (٥) من هذا القانون على أن:

**”١. يجوز لرئيس مجلس الوزراء أن يفوض رئيس الديوان في مباشرة أي من اختصاصاته أو مهامه المخولة إليه بموجب أحكام هذا القانون.**

٢. يجوز للديوان أن يفوض الجهات الحكومية في مباشرة أي من اختصاصاته أو مهامه المخولة إليه بموجب أحكام هذا القانون.

٣. يجوز للسلطة المختصة أن تفوض من تراه مناسباً من شاغلي الوظائف العليا أو من يعادلهم في ذات الجهة في مباشرة أي من اختصاصاتها أو مهامها المخولة إليها بموجب أحكام هذا القانون.

كما كان المشرع ينص في المادة (٧٩) من قانون الخدمة المدنية الملغي على أن: "يجوز للسلطة المختصة تفويض أي من وكلاء الوزارة أو الوكلاء المساعدين ومن في حكمهم لمباشرة بعض الاختصاصات المخولة إليها بموجب أحكام هذا القانون."

والبين من مقارنة النصين المتقدمين أن المشرع في قانون الخدمة المدنية الجديد توسع في النص على جواز التفويض، وهو اتجاه محمود؛ حيث أجاز لرئيس مجلس الوزراء أن يفوض رئيس ديوان الخدمة المدنية في مباشرة أي من اختصاصاته أو مهامه المخولة إليه بموجب أحكام هذا القانون.

كما أجاز لديوان الخدمة المدنية أن يفوض الجهات الحكومية في مباشرة أي من اختصاصاته أو مهامه المخولة إليه بموجب أحكام هذا القانون.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد أجاز للسلطة المختصة أن تفوض من تراه مناسباً من شاغلي الوظائف العليا أو من يعادلهم في ذات الجهة في مباشرة أي من اختصاصاتها أو مهامها المخولة إليها بموجب أحكام هذا القانون.

بينما كان نص التفويض في قانون الخدمة المدنية القديم يقتصر على السلطة المختصة فقط؛ حيث كان المشرع يجيز للسلطة المختصة تفويض أي من وكلاء الوزارة أو الوكلاء المساعدين ومن في حكمهم لمباشرة بعض الاختصاصات المخولة إليها بموجب أحكام قانون الخدمة المدنية القديم.

والجدير بالذكر أن المقصود بالسلطة المختصة - وفقاً لأحكام المادة (٢) من قانون الخدمة المدنية الجديد. هو الوزير المختص أو رئيس المؤسسة العامة أو الهيئة العامة المختصة أو رئيس المجلس أو الجهاز المختص.

## المبحث الخامس

### تعليمات ديوان الخدمة المدنية وتوفير البيانات للديوان

ينقسم هذه المبحث إلى مطلبين؛ حيث يلقي المطلب الأول الضوء على تعليمات الخدمة المدنية. ويتناول المطلب الثاني التزام الجهات الحكومية بتزويد ديوان الخدمة المدنية بجميع البيانات والمعلومات التي يطلبها، وذلك النحو الآتي:

المطلب الأول: تعليمات الخدمة المدنية.

المطلب الثاني: توفير البيانات لديوان الخدمة المدنية.

### المطلب الأول

#### تعليمات ديوان الخدمة المدنية

يُقصد بكلمة "التعليمات" كل ما يصدر عن ديوان الخدمة المدنية لتطبيق أحكام قانون الخدمة المدنية الجديد واللوائح الصادرة تنفيذاً له، وذلك طبقاً لما ورد في المادة (٢) من قانون الخدمة المدنية الجديد الخاصة بالتعاريف.

ولا مراء أن تعليمات ديوان الخدمة المدنية تلعب دوراً حيوياً في كل شئون ومجالات الوظيفة العامة. ونظراً لأهميتها وخطورتها فقد حظر المشرع على الموظفين مخالفة الأحكام المنصوص عليها في التعليمات التي يصدرها ديوان الخدمة المدنية، كما قرر إمكانية مجازاة الموظف تأديبياً إذا خالف هذه التعليمات مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية أو المدنية عند الاقتضاء<sup>١</sup>.

وتنص المادة (٣١) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن "يتولى الديوان إصدار التعليمات اللازمة لتطبيق أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ومتابعة تنفيذها".

وكانت المادة (٨١) من قانون الخدمة المدنية المُلغى تنص على أن "يتولى ديوان الخدمة المدنية إصدار التعليمات والتوجيهات والنشرات اللازمة لتطبيق أحكام هذا القانون ومتابعة تنفيذها".

والجدير بالذكر أن ديوان الخدمة المدنية أصدر تعليمات الخدمة المدنية رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ بشأن إصدارات الخدمة المدنية بهدف بيان أنواع إصدارات الخدمة المدنية وكيفية

١ وذلك وفقاً لما ورد في الفقرة (١) من المادة (٢٢) من قانون الخدمة المدنية الجديد، حيث يقضي المشرع بأن كل موظف يخالف أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات أو التعليمات المنفذة له، أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة أو الجهة التي ينتمي إليها، يُجازى تأديبياً.

تنظيم وترتيب وترقيم وحفظ وفهرسة هذه الإصدارات.

ووفقاً لتعليمات الخدمة المدنية رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ المشار إليها، فقد تم تقسيم إصدارات الخدمة المدنية إلى ثلاث فئات، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: تعليمات الخدمة المدنية

تتعلق ببيان الإجراءات والضوابط اللازمة لإدارة وتنظيم شؤون الموظفين المختلفة كتخطيط وإدارة القوى العاملة وشغل الوظيفة وإدارة الرواتب وفوائد الموظفين وتقييم أداء الموظفين والحوافز وعلاقات الأفراد والتدريب والتطوير وغيرها، وذلك في مجال تنفيذ أحكام القوانين والمراسيم والقرارات المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية.

### ثانياً: توجيهات الخدمة المدنية

تتعلق ببيان المعلومات أو الإرشادات المطلوب تنفيذها مباشرة في صورة توجيهات إلى جميع الجهات الحكومية وتحدد بها مدة نفاذها.

### ثالثاً: نشرات الخدمة المدنية

تتعلق بالموضوعات التي تتضمن معلومات إجرائية وفنية في بعض حالات البرامج التخصصية، كالمعايير التفصيلية أو إجراءات احتساب الأجور والاستقطاعات للموظفين وغيرها.

كما قررت تعليمات الخدمة المدنية رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ المشار إليها أن تكون جميع إصدارات الخدمة المدنية باللغة العربية، وسوف يقوم ديوان الخدمة المدنية بالعمل على ترجمتها إلى اللغة الإنجليزية إذا دعت الحاجة إلى ذلك، وعند الاختلاف في تفسير النص الأصلي والترجمة يُعتمد بالنص الصادر باللغة العربية.

وسيقوم ديوان الخدمة المدنية بإرسال التعليمات والتوجيهات والنشرات التي يصدرها إلى أصحاب السمو والمعالي والسعادة نواب ومستشاري سمورئيس مجلس الوزراء والوزراء ومن في حكمهم ورؤساء المؤسسات أو الهيئات العامة أو الأجهزة الحكومية، إضافة إلى وضعها على موقعه الإلكتروني، كما سيقوم ديوان الخدمة المدنية بإرسال إصداراته إلى العنوان البريدي الإلكتروني لإدارات الموارد البشرية والمالية بالجهات الحكومية المذكورة أعلاه، على أن تسري أحكام هذه الإصدارات من تاريخ صدورها، ما لم يتم النص بها على تاريخ آخر لسريانها.

## المطلب الثاني توفير البيانات لديوان الخدمة المدنية

تنص المادة (٣٢) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن "على الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام هذا القانون أن تزود الديوان بكافة البيانات التي يطلبها وأن تسهل لمندوبيه الاطلاع على السجلات والملفات وغيرها مما تقتضيه ممارسة اختصاصاته.

كما يجب عليها أن ترد على ملاحظات الديوان في أي شأن من شئون الخدمة المدنية خلال الفترة التي يحددها الديوان."

وكانت المادة (٨١) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن "على الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام هذا القانون أن تزود ديوان الخدمة المدنية بكافة البيانات التي يطلبها وأن تسهل لمندوبيه الاطلاع على السجلات والملفات وغيرها مما تقتضيه ممارسة اختصاصاته.

كما يجب عليها أن ترد على ملاحظات الديوان في أي شأن من شئون الخدمة المدنية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ورودها إليها."

والبين من حكم المادة (٣٢) من قانون الخدمة المدنية الجديد أن المشرع أوجب على الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام هذا القانون تزويد ديوان الخدمة المدنية بجميع البيانات والمعلومات التي يطلبها، وأن تسهل لمندوبيه الاطلاع على السجلات وغيرها مما تقتضيه ممارسة اختصاصاته المقررة قانوناً. كما أوجب عليها الرد على ملاحظات ديوان الخدمة المدنية في أي شأن من شئون الخدمة المدنية خلال الفترة التي يحددها الديوان.

ومن الملاحظ أن المادة (٣٢) من قانون الخدمة المدنية الجديد تتفق مع المادة (٨٢) من قانون الخدمة المدنية الملغى في مجمل أحكامها باستثناء أن قانون الخدمة المدنية الجديد يلزم الجهات الحكومية بالرد على ملاحظات ديوان الخدمة المدنية في أي شأن من شئون الخدمة المدنية خلال الفترة التي يحددها الديوان ذاته، في حين كان قانون الخدمة المدنية الملغى يلزم هذه الجهات بالرد على ملاحظات الديوان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ورودها إليها.

## الفصل الثاني

### أهم أحكام العلاقة الوظيفية في قانون الخدمة المدنية الجديد

#### تمهيد وتقسيم

يتناول هذا الفصل أهم الأحكام المنظمة للعلاقة الوظيفية في قانون الخدمة المدنية الجديد ولأئحته التنفيذية - من وجهة نظر الباحث. مقارنة بأحكام قانون الخدمة المدنية الملغى ولأئحته التنفيذية في هذا الشأن.

وقد اختار الباحث أحكام التعيين في الوظيفة العامة، والترقية، والرواتب والمزايا الوظيفية، والنقل، لتكون محلاً لهذا البحث؛ وذلك بالنظر إلى أهميتها البالغة وما يترتب عليها من مشكلات وخلافات عملية عديدة بين الموظف وجهة عمله.

وسوف نستعرض تلك الأحكام المشار إليها في أربعة مباحث متتالية بإذن الله على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعيين.

المبحث الثاني: الترقية.

المبحث الثالث: الرواتب والمزايا الوظيفية.

المبحث الرابع: النقل.

## المبحث الأول

### التعيين

لا شك أن المشرع يهدف. وهو يضع القواعد العامة في تعيين الموظفين. إلى تحقيق المصلحة العامة. وتحقيق المصلحة العامة باختيار الشخص الأحسن والأصلح لشغل الوظائف العامة بمراعاة العدالة ومبدأ المساواة، كما تتحقق هذه المصلحة بالإنتاج الغزير لهؤلاء الأكفاء<sup>١</sup>.

وينظم المشرع البحريني تعيين الموظفين في المادة (١٠) من قانون الخدمة المدنية الجديد، التي تنص على أن

”١. يكون تعيين شاغلي الوظائف العليا ومن في حكمهم بمرسوم أو بقرار من رئيس مجلس الوزراء وفقاً للضوابط والشروط التي يحددها الديوان.

١ في هذا المعنى د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٥٦٩.

٢. يكون التعيين في الوظائف الأخرى وفقاً للضوابط التي يحددها الديوان.
  ٣. يكون التعيين في كافة الوظائف بالجهات الحكومية التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة وفقاً للضوابط التي يحددها الديوان.
  ٤. لا يجوز للموظف الجمع بين وظيفتين دائمتين في الجهة الحكومية التي ينتمي إليها أو في أي جهة أخرى.
  ٥. فيما عدا المعيّنين بالوظائف العليا، يوضع المعينون لأول مرة تحت الاختبار وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط المنظمة لفترة الاختبار وأثارها.
- كما يحدد المشرع البحريني شروط التعيين في الوظيفة العامة في المادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الجديد، والتي تنص على أن
- ”يشترط فيمن يعين في إحدى الوظائف التي تسري عليها أحكام هذا القانون الشروط الآتية:
١. أن يكون متمتعاً بالجنسية البحرينية.
  ٢. أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.
  ٣. ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رُدَّ إليه اعتباره، ومع ذلك إذا كان الحكم مشمولاً بوقف تنفيذ العقوبة جاز تعيين الشخص بعد موافقة الديوان.
  ٤. ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بحكم قضائي نهائي أو بقرار تأديبي نهائي ما لم تمض على صدور أي منهما ثلاث سنوات على الأقل.
  ٥. ألا يقل سنه عن سبع عشرة سنة.
  ٦. أن تثبت لياقته الصحية للوظيفة بمعرفة الجهة الطبية المختصة.
  ٧. أن يكون مستوفياً لشروط الوظيفة المطلوب شغلها والتي يحددها الديوان.

واستثناء من حكم البند (١) من هذه المادة يجوز شغل الوظيفة بغير البحرينيين بطريق التعاقد في حالة تعذر الحصول على المرشحين البحرينيين الذين يستوفون شروط شغل الوظيفة المطلوبة، وتسري على المعينين بطريق التعاقد أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في

## العقود المبرمة معهم، ويصدر الديوان تعليمات يحدد فيها قواعد وأحكام وصيغ عقود توظيف غير البحرينيين.

ومفاد النصين المتقدمين أن المشرع حدد في المادة (١٠) من قانون الخدمة المدنية الجديد أداة التعيين في الوظائف العليا وفي غيرها من الوظائف، حيث قرر أن تعيين شاغلي الوظائف العليا ومن في حكمهم يكون بمرسوم أو بقرار من رئيس مجلس الوزراء وفقاً للضوابط والشروط التي يحددها ديوان الخدمة المدنية، ويكون التعيين في الوظائف الأخرى وفقاً للضوابط التي يحددها الديوان.

كما قرر المشرع حكماً جديداً، وهو أن يكون التعيين في كافة الوظائف بالجهات الحكومية التي تنظم شؤون موظفيها لوائح خاصة وفقاً للضوابط التي يحددها ديوان الخدمة المدنية.

وعلاوة على ذلك، فقد قرر المشرع وضع المعينين لأول مرة تحت الاختبار باستثناء المعينين بالوظائف العليا؛ وذلك حتى يتم التأكد من صلاحية وقدرة الموظف المعين لأول مرة على أداء الأعمال والمسئوليات المنوطة به خلال فترة محددة تُسمى فترة الاختبار أو فترة التجربة؛ حيث يتم تقييم الموظف في نهاية هذه الفترة لتقرير مدى صلاحيته للاستمرار في وظيفته. وقد ترك المشرع للائحة التنفيذية للقانون تحديد الضوابط المنظمة لفترة الاختبار وأثارها.

وقد ذهبت محكمة التمييز البحرينية في هذا الصدد إلى أن فترة التجربة مقررة لتقييم الموظف وتقدير مدى صلاحيته للعمل المسند إليه مما مؤداه أن تعيينه في هذه الفترة ليس نهائياً ويكون بقاءه في الوظيفة المعين بها منوطاً بقضائه فترة التجربة بنجاح وثبوت صلاحيته للاستمرار في وظيفته. والمرجع في تقدير هذه الصلاحية هو الجهة التي قامت بتعيينه والتي يحق لها إنهاء خدمته دون تعقيب عليها طالما ابتغت بقرارها وجه المصلحة العامة وخلا من شائبة إساءة استعمال السلطة<sup>١</sup>.

ويلاحظ على المادة (١٠) من قانون الخدمة المدنية الجديد ما يلي:

أولاً: أدخل المشرع في قانون الخدمة المدنية الجديد تعديلاً على المادة (١٢) من قانون الخدمة المدنية الملغي، ويتمثل هذا التعديل في أن القانون الجديد قرر بصورة إجمالية أن يكون تعيين شاغلي الوظائف العليا ومن في حكمهم بمرسوم أو بقرار من رئيس مجلس الوزراء وفقاً للضوابط والشروط التي يحددها ديوان الخدمة المدنية.

بينما كان قانون الخدمة المدنية الملغي ينص صراحة على أداة التعيين بشكل تفصيلي

١ راجع حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر بجلسة ٢٠٠٦/٥/١٥ في الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٢٠٠٥، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، محكمة التمييز المكتب الفني، السنة السابعة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٦، الجزء الأول، ص ٦٨٤، بند ١٧٥.



في المادة (١٢) منه، وذلك على النحو الآتي:

- (١) يكون التعيين في وظائف وكلاء الوزارة والوكلاء المساعدين ومن في حكمهم بمرسوم بناء على اقتراح السلطة المختصة وموافقة مجلس الوزراء.
- (٢) يكون التعيين في وظائف المديرين والمديرين بالوكالة بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح من السلطة المختصة.
- (٣) يكون التعيين في الوظائف الأخرى بقرار من السلطة المختصة وفقاً للأحكام والقواعد الواردة بالقانون واللائحة التنفيذية.

ثانياً: أدخل المشرع في قانون الخدمة المدنية الجديد تعديلاً على المادة (١٧) من قانون الخدمة المدنية الملغي؛ حيث قرر القانون الجديد وضع المعينين لأول مرة تحت الاختبار باستثناء المعينين بالوظائف العليا، إلا أنه لم يحدد فترة الاختبار ولا تاريخ بدء هذه الفترة ولا آثارها القانونية، وترك لللائحة التنفيذية تحديد الضوابط المنظمة لفترة الاختبار وآثارها.

بينما كانت المادة (١٧) من قانون الخدمة المدنية الملغي تحدد مدة الاختبار، وهي ستة أشهر كحد أقصى من تاريخ مباشرة العمل، كما نظمت الآثار المترتبة على هذه الفترة في الحياة الوظيفية للمعينين لأول مرة؛ حيث كانت هذه المادة تنص على أن: **”فيما عدا المعينين بمرسوم أو بقرار من رئيس مجلس الوزراء، يوضع المعينون لأول مرة تحت التجربة لمدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ مباشرتهم العمل. فإذا ثبت عدم صلاحيتهم خلال هذه المدة أنهيت خدمتهم. وبالنسبة للوظائف التعليمية فإن فترة التجربة تحدد بعام دراسي كامل. وإذا انقضت فترة التجربة بنجاح أعتبر الموظف مثبتاً في وظيفته وتحتسب هذه الفترة ضمن مدة الخدمة.“**

أما فيما يتعلق بالمادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الجديد، فقد أفردتها المشرع لتحديد الشروط الواجب توافرها فيمن يعين في إحدى الوظائف التي تسري عليها أحكام قانون الخدمة المدنية الجديد؛ لأنه يجب أن يتوفر في شأن الموظف العام صفات وشروط معينة تجعله مؤهلاً لشغل الوظيفة العامة والقيام بأعبائها وتمثيل الجهة التي يعمل بها لخدمة الأفراد.

وتتمثل هذه الشروط في أن يكون الشخص متمتعاً بالجنسية البحرينية، وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة، وألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رُدَّ إليه اعتباره، ومع ذلك إذا كان الحكم مشمولاً بوقف تنفيذ العقوبة جاز تعيين الشخص بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية، وألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بحكم قضائي نهائي أو بقرار تأديبي نهائي ما لم تمض على صدور أي منهما ثلاث سنوات على الأقل، وألا تقل سنه عن سبع عشرة سنة، وأن تثبت

لياقتها الصحية للوظيفة بمعرفة الجهة الطبية المختصة، وأن يكون مستوفياً لشروط الوظيفة المطلوب شغلها.

ومن الملاحظ على المادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الجديد ما يلي:

أولاً: تتفق كل شروط التعيين الواردة في قانون الخدمة المدنية الجديد مع شروط التعيين المنصوص عليها في المادة (١٣) من قانون الخدمة المدنية الملغي فيما عدا الشرط الخاص بثبوت اللياقة الصحية للوظيفة بمعرفة الجهة الطبية المختصة؛ ذلك أن قانون الخدمة المدنية الملغي كان يعفي الموظفين المعيّنين بمراسيم أو بقرارات من رئيس مجلس الوزراء من هذا الشرط، كما كان يجيز الإعفاء منه بقرار من السلطة المختصة بعد أخذ رأي ديوان الخدمة المدنية. في حين لم ينص القانون الجديد على استثناء أية فئة من الموظفين من هذا الشرط.

ثانياً: خلت شروط التعيين المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية الجديد من شرط اجتياز الامتحان الخاص بشغل الوظيفة. في حين أن قانون الخدمة المدنية الملغي كان ينص على هذا الشرط، ويقرر أن يضع الديوان قواعد وضوابط أنواع الامتحانات المقررة بحسب طبيعة الوظيفة والمؤهلات والمهارات المطلوبة لشغلها، مع استثناء شاغلي الوظائف العليا والخبراء والاستشاريين البحرينيين وغير البحرينيين من هذا الشرط.

ثالثاً: استبعد قانون الخدمة المدنية الجديد المواد (١٤) و(١٥) و(١٦) من قانون الخدمة المدنية الملغي.

رابعاً: المستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الجديد سائلة الذكر أن المشرع أجاز شغل الوظيفة بغير البحرينيين بطريق التعاقد استثناء من شرط التمتع بالجنسية البحرينية، وذلك في حالة تعذر الحصول على المرشحين البحرينيين الذين يستوفون شروط شغل الوظيفة المطلوبة.

كما قرر سريان أحكام قانون الخدمة المدنية الجديد ولأئحته التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢ على المعيّنين بطريق التعاقد فيما لم يرد بشأنه نص خاص في العقود المبرمة معهم.

وبناء عليه، يمكن القول بأن شروط وأحكام عقود التوظيف المبرمة مع غير البحرينيين هي الأصل. فإذا سكتت شروط وأحكام عقد التوظيف عن تنظيم مسألة معينة، فإنها تخضع لأحكام قانون الخدمة المدنية الجديد ولأئحته التنفيذية.

هذا وقد قررت محكمة التمييز البحرينية أن جهة الإدارة تترخص في التعيين بالوظائف العامة وفقاً لمطلق تقديرها دون قيد عليها في ذلك إلا أن يكون القانون قد اشترط للوظيفة شروطاً خاصة أو تكون الإدارة قد قيدت نفسها بقواعد معينة لاختيار من تقوم بتعيينهم ومتى

التزمت بهذه الشروط والقواعد فإنها لا تخضع في ممارسة سلطاتها التقديرية لرقابة القضاء إلا أن تسئ استعمالها أو تحرف بها عن الغاية المرجوة في أعمالها فلا تستهدف بها مصلحة عامة، ومتى صدر القرار الإداري ممن يختص به وبالشكل المقرر له فإنه يحمل ذاته مقومات مشروعيته واستيفائه أركان صحته، وعلى من يدعي غير ذلك إثبات دعواه<sup>١</sup>.

### أحكام التعيين في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد

اهتمت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢ بتنظيم مسألة التعيين في الوظيفة العامة؛ حيث نجد أن المادة (٥) من هذه اللائحة التنفيذية تنص على أن:

- ١) يكون تعيين وكلاء الوزارة والوكلاء المساعدين ومن في حكمهم، بمرسوم.
- ٢) يكون تعيين مديري الإدارات ومن في حكمهم، بقرار من رئيس مجلس الوزراء.
- ٣) يكون تعيين شاغلي الوظائف الأخرى بقرار من السلطة المختصة بناءً على الترشيحات التي تتم من الديوان.
- ٤) مع مراعاة ما تتضمنه مراسيم وقرارات التعيين في الوظائف العليا يتولى الديوان تحديد درجة المعينين في جميع الوظائف.

وتنص المادة (٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد على أن **"لا يباشر الموظف عمله إلا بعد قيام الجهة الحكومية المختصة بإخطار الديوان بذلك لاعتماد تاريخ بدء العمل"**.

كما تنص المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد، الخاصة بالتعيين على ميزانية المشاريع، على أن:

**"بمراعاة أحكام المادة (٤٠) من المرسوم بقانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن الميزانية العامة، يجوز بقرار من السلطة المختصة بعد موافقة الديوان التعيين في الوظائف المقررة ضمن ميزانية مشاريع الجهات الحكومية بما فيها تلك التي تنظم شئون موظفيها لوائح خاصة وفقاً للضوابط والإجراءات التي يحددها الديوان"**.

وتنظم المادة (١١) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد مسألة إعادة التعيين؛

١ راجع حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر بجلسة ٢٠٠٩/١١/٩ في الطعن رقم ٥٤٢ لسنة ٢٠٠٨، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، محكمة التمييز المكتب الفني، السنة العشرون من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٩، الجزء الأول، ص ٧٩٩، بند ١٨٤.

حيث تنص هذه المادة على أن:

**”يجوز بقرار من السلطة المختصة، بعد موافقة الديوان، إعادة تعيين الموظف الذي سبق تعيينه في درجة أدنى من الدرجة المقررة لمؤهلاته وخبراته إلى الدرجة التي تتناسب وهذه المؤهلات والخبرة، شريطة وجود وظيفة شاغرة ومعتمدة على الهيكل التنظيمي ولها اعتماد مالي وضمن الحد الأقصى للوظائف، وأن يكون مستوفياً لشروط شغلها على أن يمنح بداية مربوط الدرجة التي يتم إعادة تعيينه عليها أو راتباً فيها يعادل راتبه السابق أيهما أكبر، وبحيث لا يتجاوز نهاية مربوط الدرجة المعاد تعيينه عليها.“**

وفي هذا الصدد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن إعادة تعيين الموظف في وظيفته السابقة أو في وظيفة أخرى من الأمور التي تترخص فيها السلطة المختصة بما لها من سلطة تقديرية في هذا الشأن دون إلزام عليها بإعادة تعيينه بعد أن تقرر إنهاء خدمته<sup>١</sup>.

### فترة الاختبار وآثارها القانونية

تنفيذاً لأحكام الفقرة (٥) من المادة (١٠) من قانون الخدمة المدنية الجديد سألته الذكر فيما يتعلق بفترة الاختبار والآثار القانونية المترتبة عليها، نجد أن المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد تقرر خضوع الموظف المعين بصفة دائمة لأول مرة لفترة اختبار مدتها ستة أشهر كاملة دون انقطاع من تاريخ مباشرته العمل.

وبالنسبة إلى الوظائف التعليمية التي تنطبق عليها الإجازة المدرسية، فإنها تحدد بعام دراسي كامل، وذلك كله وفق الضوابط المحددة في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد.

وتنص المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد على أن **”فيما عدا المعيّنين في الوظائف العليا، يخضع الموظف المعين بصفة دائمة لأول مرة لفترة اختبار لمدة ستة أشهر كاملة دون انقطاع من تاريخ مباشرته العمل، وبالنسبة للوظائف التعليمية التي تنطبق عليها الإجازة المدرسية فإنها تحدد بعام دراسي كامل، وذلك كله وفقاً للضوابط التالية:**

**(١) يخضع الموظف خلال فترة الاختبار للتقييم وفقاً لنظام إدارة الأداء الوظيفي.**

١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسته ١٩٩٧/٣/٢٢ في الطعن رقم ٤٣٢٨ ق.عليا، مشار إليه في مؤلف المستشار د. محمد حسن علي والمستشار أحمد فاروق الحميلي، الموسوعة العملية في نظام العاملين المدنيين بالدولة طرق شغل الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦، ص ١٤٧.

٢) على الرئيس المباشر القيام بمتابعة دقيقة لتقييم الأداء الوظيفي للموظف خلال فترة الاختبار وتقديم كل العون له ومساعدته وتوجيهه لتحسين أدائه الوظيفي، ويقوم الرئيس المباشر للموظف قبل شهر من تاريخ انتهاء فترة الاختبار بوضع تقرير متضمن نتائج تقييم أداء الموظف خلال هذه الفترة وتوصيته بناءً على هذه النتائج بتثبيت الموظف أو إنهاء خدمته والمبررات والمستندات التي تدعم توصيته، ويرفع التقرير إلى السلطة المختصة التي تصدر القرار النهائي بخصوص تثبيت الموظف أو إنهاء خدمته.

٣) يُخطر الموظف بقرار السلطة المختصة قبل انتهاء فترة الاختبار بخمسة أيام عمل على الأقل، وتحتسب فترة الاختبار ضمن خدمة الموظف في حال تثبيته في الوظيفة.

٤) إذا انقضت فترة الاختبار دون إخطار الموظف بقرار السلطة المختصة اعتبر مثبتاً على وظيفته.

٥) يجوز إنهاء خدمة الموظف خلال فترة الاختبار بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا أخل بواجباته الوظيفية طبقاً لأحكام القانون.

٦) يجوز للموظف الاستقالة من وظيفته أثناء فترة الاختبار شريطة إخطار رئيسه المباشر كتابةً بذلك خلال خمسة أيام عمل من التاريخ المحدد للاستقالة.

٧) يتم احتساب مستحقات الموظف الذي تنتهي خدمته لأحد الأسباب المذكورة في هذه المادة حتى آخر يوم عمل له.

وتسري في شأن المعينين بعقود أحكام فترة الاختبار الواردة أعلاه ما لم تنص عقود توظيفهم على خلاف ذلك.

ويخضع الموظف المؤقت لفترة الاختبار إذا زادت مدة العقد على ستة أشهر، وفي حالة تثبيته بصورة دائمة على الوظيفة التي كان يشغلها بصورة مؤقتة تحتسب مدة خدمته المؤقتة ضمن خدمته الفعلية شريطة ألا تقل عن ستة أشهر ولا يجوز إخضاعه لفترة الاختبار مرة أخرى.

ويصدر الديوان التعليمات اللازمة بشأن إجراءات فترة الاختبار.

ومن الملاحظ أن المشرع في المادة (١٠) من قانون الخدمة المدنية الجديد سألفة الذكر لم يحظر صراحة وضع الموظف تحت الاختبار أكثر من فترة، وإنما اكتفى بالنص على وضع

المعينين لأول مرة تحت الاختبار.

فإذا ثبتت صلاحية الموظف المعين في وظيفة لأول مرة للقيام بأعباء هذه الوظيفة، ثم أعيد تعيين هذا الموظف في وظيفته السابقة أو في وظيفة أخرى، فهل يجب عندئذ وضع هذا الموظف تحت الاختبار مرة أخرى؟

في تقديرنا أنه إذا ثبتت صلاحية الموظف للقيام بأعباء الوظيفة العامة فلا يتأتى وضعه مرة أخرى تحت الاختبار ولو أعيد تعيينه في وظيفته السابقة أو في وظيفة أخرى؛ ذلك أن فترة الاختبار شرعت لاستكشاف مدى صلاحية الموظف وقدرته على الخضوع للنظام القانوني الذي يحكم الوظيفة العامة التي يشغلها سواء استمر في هذه الوظيفة أو أعيد تعيينه في غيرها ما دامت قد ثبتت صلاحيته في الفترة الأولى.

## تعميم ديوان الخدمة المدنية رقم (٢) لسنة ٢٠١١ بشأن وجوب الحصول على موافقة ديوان الخدمة المدنية على جميع أنواع التوظيف وطبقاً لصيغ العقود المعتمدة لديه

استناداً إلى المادة (٣) من قانون الخدمة المدنية الجديد، التي تقضي بأن يتولى ديوان الخدمة المدنية الإشراف المركزي على شئون جميع الموظفين المدنيين الخاضعين لأحكام هذا القانون في الجهات الحكومية، وتقديم الاستشارات لتلك الجهات والرقابة الإدارية عليها، وتنظيم الإعلان عن الوظائف الشاغرة والترشيح لها وتنظيم الامتحانات والمقابلات والإشراف عليها بالتنسيق مع الجهات الحكومية بما فيها تلك التي تنظم شئون موظفيها لوائح خاصة.

واستناداً إلى الفقرة (٧) من المادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الجديد، التي تقضي بأن تسرى على المعينين بطريق التعاقد أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في العقود المبرمة معهم، ويصدر الديوان تعليمات يحدد فيها قواعد وأحكام وصيغ عقود توظيف غير البحرينيين.

فقد أصدر ديوان الخدمة المدنية بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١١م التعميم رقم (٢) بشأن وجوب الحصول على موافقة ديوان الخدمة المدنية على جميع أنواع التوظيف وطبقاً لصيغ العقود المعتمدة لديه.

ويهدف هذا التعميم إلى تأكيد وجوب الحصول على موافقة ديوان الخدمة المدنية قبل قيام أية جهة حكومية بالتوظيف لديها أيّاً كان نوعه، وأن يكون التوظيف بموجب عقد طبقاً لصيغ العقود المعتمدة لدى ديوان الخدمة المدنية.

ويقضي هذا التعميم بأنه يجب التقيد بوجوب الحصول على موافقة ديوان الخدمة

المدنية قبل قيام أية جهة حكومية خاضعة لأحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ باتخاذ أي إجراء يتعلق بأي نوع من أنواع التوظيف سواء دائم أو مؤقت أو جزئي أو بعقد. وعلى تلك الجهات الالتزام بصيغ عقود التوظيف المعتمدة من الديوان، كما سيقوم الديوان بمتابعة هذا الموضوع عبر صلاحياته الرقابية الممنوحة له طبقاً للقانون وسيتم إبطال الأثر القانوني لأي مخالفة يتم الكشف عنها.

## المبحث الثاني الترقية

الترقية هي عبارة عن نقل الموظف من وظيفته الحالية إلى وظيفة أخرى في مستوى تنظيمي أعلى ضمن مراتب سلم رواتب الموظفين حيث يتحمل شاغلها واجبات ومسؤوليات أكبر ويتمتع بما يقابل ذلك من مزايا مادية أو أدبية. ويتم اختيار أكفأ الموظفين وأصلحهم لتولي وظائف ذات مستوى أعلى من حيث المسؤولية والسلطة في التنظيم الإداري وفقاً لضوابط محددة مسبقاً.

ويعد نظام الترقّي أحد الدعامات المهمة والأساسية التي يقوم عليها نظام التوظيف، وذلك بحسبان أن الترقية تعد حافزاً أساسياً يدعو العامل إلى بذل الجهد ويحثه على التفاني فيه رغبة في تحقيق أمله بالترقي إلى الدرجات الأعلى، الأمر الذي يلزم معه أن يقوم نظام الترقّي على أسس سليمة وهو ما يحول دون تسرب الفساد إلى جهة الإدارة<sup>١</sup>.

كما تُعد الترقية بما تتضمنه من مزايا من أكثر المسائل إثارة للنقاش بين الموظفين لما لها من أهمية حيوية في حياتهم؛ فمن أجلها يسعى الموظف إلى الإجادة في عمله، ومن أجلها يهرع إلى القضاء ليستصرخه إذا حادت الجهة الإدارية في إجراءاتها عن السبيل السوي<sup>٢</sup>.

وقد نظم المشرع البحريني الترقية بشكل مجمل في المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية الجديد؛ حيث تنص هذه المادة على أن "تكون ترقية الموظف على أساس الجدارة بقرار من السلطة المختصة بعد موافقة الديوان، ويضع الديوان نظاماً للترقية يتضمن ضوابط الجدارة وحقوق الموظف المرقى وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية".

ومفاد المادة سالفة الذكر أن المشرع اكتفى بتحديد الأساس الذي تقوم عليه الترقية والأداة القانونية التي تصدر بها؛ حيث قرر أن تكون ترقية الموظف على أساس الجدارة بموجب

١. المستشار سمير يوسف البهي، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، المرجع السابق، ص ٥٢٢.

٢. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٦٩٣.

قرار من السلطة المختصة بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية.

وقد ناط المشرع بديوان الخدمة المدنية وضع نظام للترقية يتضمن ضوابط الجدارة وحقوق الموظف المرقى، وذلك كله وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون.

وبمقارنة أحكام الترقية الواردة في المادة (١٤) سالف الذكر بأحكام الترقية المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية الملغى، نلاحظ أن المشرع اكتفى بإفراد مادة وحيدة فقط للترقية في قانون الخدمة المدنية الجديد، وهي المادة (١٤) سالف الذكر.

بينما كان المشرع ينظم أحكام الترقية في قانون الخدمة المدنية الملغى بشكل أكثر تفصيلاً في ثلاث مواد متتالية، وهي المواد (٢٥) و(٢٦) و(٢٧)<sup>١</sup>.

## ضوابط الترقية

قررت محكمة التمييز البحرينية أن السلطة المفوض لها التعيين أو الترقية لها الحق في وضع ضوابط التعيين والترقية بما لا يخالف أحكام القوانين واللوائح الخاصة بالتوظيف، وهي المرجع في تقرير استيفاء الموظف لشروط الترقية بلا معقبٍ عليها في ذلك متى كان تقديرها سائغاً وله أصل ثابت في الأوراق مادام كان قرارها محققاً المصلحة العامة وخالياً من شائبة إساءة استعمال السلطة<sup>٢</sup>.

وتنفيذاً لمقتضى المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية الجديد سالف الذكر، فقد حددت المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد الضوابط التي يتعين على ديوان الخدمة المدنية اتباعها عند وضع نظام الترقية.

وبدراسة أحكام المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد، يمكن القول بأن المستفاد من صدر هذه المادة أن هناك ثلاثة أنواع للترقية؛ وهي الترقية

١ كانت المادة (٢٥) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن «تكون ترقية الموظف إلى درجة أعلى تالية لدرجته مباشرة في وظيفته أو في أية وظيفة أخرى شاغرة شريطة أن تتوافر فيه الشروط اللازمة للترقية وأن تكون قد مضت عليه سنة على الأقل بدرجةه الحالية. وتكون الترقية على أساس الجدارة التي تبني على عناصر الأداء والخبرة والمؤهل العلمي والأقدمية. وذلك كله وفقاً للقواعد والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية».

وكانت المادة (٢٦) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن «يصدر قرار الترقية من السلطة المختصة بالتعيين بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية، وتعتبر الترقية نافذة من التاريخ المحدد بالقرار الصادر بها. ويستحق الموظف اعتباراً من هذا التاريخ بداية مربوط الدرجة المرقى إليها أو رتبتين من رتبها أيهما أكبر فإذا وقع المبلغ بين رتبتين يمنح الرتبة الأعلى، ولا يدخل ذلك باستحقاقه العلاوة المجلة السنوية في موعدها المقرر متى توافرت شروطها».

كما كانت المادة (٢٧) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن «يجوز بقرار من مجلس الوزراء. بناء على اقتراح ديوان الخدمة المدنية. إضافة أحكام مكملة للترقية علاوة على الأحكام المنصوص عليها في المواد السابقة، على ألا تتعارض مع الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. وتبين اللائحة التنفيذية للقانون القواعد الخاصة بترقية الموظف، إذا استوفى شروط الترقية دون شرط المدة المنصوص عليه في المادة (٢٥) من هذا القانون».

٢ راجع حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر بجلسة ٢٠٠٨/٣/١٧ في الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٠٠٧، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، محكمة التمييز المكتب الفني، السنة التاسعة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٨، ص ٣٢٩، بند ٦٨.



الاعتيادية أثناء خدمة الموظف، والترقية عند وصول الموظف نهاية مربوط درجة وظيفته، والترقية عند نهاية خدمة الموظف.

كما يستفاد من ذات المادة أنه يجب مراعاة الضوابط المنصوص عليها في هذه المادة عند إجراء أي نوع من أنواع الترقية المشار إليها؛ فلا يجوز ترقية الموظف الموقوف عن العمل أو المُحال إلى التحقيق أو المحاكمة الجنائية في جناية، أو جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة خلال مدة الوقف أو الإحالة. وإذا ثبت عدم مسؤليته أو جوزي بجزاء التنبيه أو الإنذار وجب عند ترقيته رد أقدميته في الوظيفة المرقى إليها إلى تاريخ استحقاقه لها. ولا يجوز النظر في ترقية الموظف الذي وقع عليه جزاء الوقف عن العمل مع خصم الراتب إلا بعد انقضاء تاريخ محو الجزاء، ولا يجوز النظر في ترقية الموظف أثناء تنفيذ الحكم الجنائي.

وفي جميع الأحوال يجب أن تكون الترقية في حدود السقف السنوي الذي يحدده ديوان الخدمة المدنية لكل جهة حكومية بمراعاة الميزانية المخصصة لكل جهة.

وإذا وافق تاريخ الترقية تاريخ منح الزيادة المرتبطة بالأداء السنوي، يُرقى الموظف أولاً ثم يمنح الزيادة المرتبطة بالأداء السنوي بعد ذلك، ويكون نفاذ الترقية اعتباراً من تاريخ قرار السلطة المختصة وبعد موافقة ديوان الخدمة المدنية.

وتجدر الإشارة إلى أن اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغي كانت تنظم أحكام الترقية في تسع مواد متتالية، وهي المواد من (٥١) لغاية (٥٩) منها.

وبمقارنة النصوص الحاكمة للترقية في كل من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد واللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغي، نلاحظ ما يلي:

أولاً: أشارت المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد سالفه الذكر إلى ثلاثة أنواع للترقية، وهي على النحو الآتي:

١. الترقية الاعتيادية أثناء خدمة الموظف.
٢. الترقية عند وصول الموظف نهاية مربوط درجة وظيفته.
٣. الترقية عند نهاية خدمة الموظف.

بينما كانت المادة (٥١) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغي تقضي صراحة بأن هناك أربعة أنواع للترقية، وهي على النحو الآتي:

١. الترقية الاعتيادية.
٢. ترقية الموظفين الذين وصلوا نهاية مربوط درجات وظائفهم.

٣. الترقية الخاصة للوظائف التنفيذية.

٤. ترقية نهاية الخدمة.

ثانياً: أضافت المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد ضابطاً جديداً لترقية الموظف لم يكن منصوصاً عليه في ظل العمل بأحكام قانون الخدمة المدنية الملغي ولائحته التنفيذية المشار إليها.

وهذا الضابط الجديد هو عدم جواز النظر في ترقية الموظف الذي وقع عليه جزاء الوقف عن العمل مع خصم الراتب إلا بعد انقضاء تاريخ محو الجزاء؛ أي بعد انقضاء سنة من تاريخ توقيع الجزاء التأديبي المذكور وفقاً لأحكام الفقرة (٢) من المادة (٢٣) من قانون الخدمة المدنية الجديد<sup>١</sup>.

والجدير بالذكر أن ديوان الخدمة المدنية أصدر التعميم رقم (١) لسنة ٢٠١٣ بشأن محو الجزاءات التأديبية استناداً إلى الفقرة (٢) من المادة (٢٣) من قانون الخدمة المدنية الجديد، حيث وجه الجهات الحكومية لتطبيق ما ورد في نص المادة سائلة الذكر بأن يتم محو الجزاءات وإزالة جميع الأوراق والمستندات المتعلقة بالمخالفات الصادرة من الموظفين تلقائياً بقوة القانون من ملف خدمتهم واعتبارها كأن لم تكن بالنسبة للمستقبل فور حلول ميعاد محو الجزاءات التأديبية بانقضاء الفترات المشار إليها في المادة المشار إليها<sup>٢</sup>.

## وقت الترقية

إذا استوفى الموظف شروط الترقية، وعلى الأخص شرط المدة البينية أي الحد الأدنى من الوقت اللازم للترقية، فهل أصبح لزاماً على جهة الإدارة ترقيته بمجرد استيفائه شروط الترقية؟

في كثير من الأحيان يعتقد الموظف أن الترقية حق مكتسب له، أي أنه بمجرد توافر ضوابط وشروط الترقية لديه، وخاصة سنوات الخبرة المطلوبة للترقية حسب المعايير والشروط المعتمدة للوظيفة والدرجة، فإنه يجب على جهة عمله ترقيته، ومن ثم يبدأ في مطالبة رؤسائه بترقيته بشكل مبالغ فيه إلى درجة أنه قد يتوهم أن جهة الإدارة لا تهتم بشأنه وأنها لا تريد منحه الترقية المنشودة، الأمر الذي يؤثر سلباً على الحالة النفسية للموظف وبالطبع ينعكس

١ تنص الفقرة (٢) من المادة (٢٣) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن «تمحى الجزاءات التأديبية التي توقع على الموظف تلقائياً بانقضاء الفترات التالية:

(١) ستة أشهر في حالة التنبيه الشفوي والإنذار الكتابي.

(٢) سنة في حالة الوقف عن العمل مع خصم الراتب.

ويترتب على محو الجزاء اعتباره كأن لم يكن بالنسبة للمستقبل، ولا يؤثر على الحقوق والتعويضات التي ترتبت نتيجة له، وترفع أوراق الجزاء وكل إشارة إليه وما يتعلق به من ملف خدمة الموظف.»

٢ أصدر ديوان الخدمة المدنية التعميم رقم (١) لسنة ٢٠١٣ بشأن محو الجزاءات التأديبية بتاريخ ١٣ فبراير ٢٠١٣م.

ذلك على مستوى أداء واجباته ومسئولياته الوظيفية.

ولكن الحقيقة التي نريد توضيحها للقارئ الكريم هي أن الأصل هو أن الترقية أمر جوازي لجهة الإدارة في حدود ما تراه متفقاً وحاجة العمل والصالح العام. فجهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار وقت إجراء الترقية، وهي تمارس هذه السلطة مستهدفة الصالح العام. ولا يتوجب عليها ترقية الموظف في وقت معين حتى ولو توفرت فيه الشروط المقررة للترقية.

والقول بوجود ترقية الموظف في وقت معين يتنافى مع مبدأ الجدارة لشغل الوظائف العامة؛ ذلك أن هذا المبدأ يتطلب شغل الوظائف العامة بذوي الكفاءة والمقدرة سواء عن طريق الترقية أو غيرها من طرق شغل الوظيفة العامة، كما أن المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية الجديد سالف الذكر تقضي صراحة بأن ترقية الموظف تكون على أساس الجدارة.

ويمكن القول بأن الجدارة هي عبارة عن مجموعة من العناصر والمقومات التي تتحقق في الموظف منها ما يتعلق بالكفاية الفنية والكفاية الإدارية في الوظائف، وبالمواظبة والنشاط وحسن الاستعداد للعمل والإقبال عليه والعناية به وحسن السير والسلوك، وغير ذلك من العناصر والمقومات الأخرى. وتترخص جهة الإدارة في تقدير توفر تلك العناصر والمقومات بلا معقب عليها ما دام قرارها جاء خالياً من إساءة استعمال السلطة.

ومع ذلك، إذا استعملت جهة الإدارة سلطتها التقديرية وأصدرت حركة ترقية في وقت معين، ثم صدر حكم بإلغاء هذه الحركة أو تقرر سحب القرار الصادر بها لوجود مخالفة ما، فحينئذ لا يجوز لجهة الإدارة أن تتمسك بحقها في اختيار وقت إجراء الترقية بعد أن استنفدت ولايتها باستعماله في وقت سابق بل يتعين عليها إعادة إصدار قرار الترقية بعد تنقيته مما شابه من مخالفة.

وفي هذا السياق، استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن إجراء أو عدم إجراء الترقية في وقت معين هو مسألة ملائمة تستقل جهة الإدارة بتقديرها حسب ظروف العمل ومقتضيات الصالح العام وحاجة العمل باعتبار أن ذلك من مناسبات القرار الإداري، فلها أن ترقى إلى وظيفة أو أكثر وأن ترجى شغل وظيفة أو أكثر. فهذه مسألة تترخص في تقديرها بلا معقب عليها. إذ ليس للعامل حق يحتج به في مواجهتها أو يلزمها بمقتضاه في ترقيته حتى ولو كان مستوفياً شروط الترقية المقررة قانوناً.

كما جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه ولئن كانت الإدارة تترخص بما لها من ولاية اختيارية في إصدار حركة الترقية وتوقيتها إلا أنه متى كشفت عن نيتها في إصدار حركة في وقت معين فليس لها أن تعود بعد إلغاء هذه الحركة أو سحب القرار الصادر بها

١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسته ١٠/٦/١٩٩٥ في الطعن رقم ١٨٣٦ لسنة ٣٤ ق.عليا، مشار إليه في مؤلف المستشار سمير يوسف البهي، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

وتتمسك بهذا الحق بعد أن استنفدت ولايتها باستعماله في موعد سابق لها تحديده. وبالتالي لا يجوز لجهة الإدارة عندئذ أن تتمسك بما لها من حرية في اختيار وقت إجراء الترقية بل يتعين عليها إعادة إصدار قرار الترقية بعد تنقيته مما شابه من مخالفة وذلك بترقية من يستحق الترقية بأثر رجعي يترد إلى الفترة ما بين تاريخ صدور القرار الملغى وتاريخ الحكم بإلغائه<sup>١</sup>.

### المبحث الثالث الرواتب والمزايا الوظيفية

من أهم الأحكام التي يهتم المشرع في أية دولة بتنظيمها بشكل واضح ودقيق هي الأحكام المنظمة للرواتب والأجور والعلاوات والبدلات والمكافآت والتعويضات وغيرها من المزايا الوظيفية، وكذلك ضوابط وشروط وقواعد استحقاق هذه الرواتب والمزايا الوظيفية. ويُعد الراتب أول حق للموظف مقابل أداء عمله المنوط به. ويزيد هذا الراتب بما يُضاف إليه من علاوات ومكافآت ومزايا وظيفية أخرى.

ولا شك أن الموظف يؤدي عمله بهدف الحصول على الراتب والمزايا الوظيفية الأخرى، فهو يعتمد في معيشته بشكل رئيسي على راتبه ولا يمكنه - في معظم الأحوال - العيش هو وأسرته بدون ذلك. وليس من المقبول أن يتفرغ الموظف للقيام بأعباء وظيفته بنزاهة تامة دون أن يتقاضى من الدولة عوضاً عن ذلك.

ومن المعلوم أن الراتب هو عبارة عن مبلغ من المال يتسلمه الموظف شهرياً. ويختلف هذا المبلغ من موظف إلى آخر طبقاً للدرجة التي يشغلها وللوظيفة التي يقوم بأعبائها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن العلاوات والمكافآت وغيرها من المزايا الوظيفية الأخرى تشجع الموظف وتحفزه على الاجتهاد في العمل وانجاز الأعمال والأعباء المكلف بها على أكمل وجه، مما ينعكس إيجاباً على سير المرافق العامة بانتظام بما يحقق الصالح العام.

وقد حرص المشرع البحريني على النص في المادة (١٥) من قانون الخدمة المدنية الجديد على الأداة القانونية التي تُحدد الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها؛ حيث تنص هذه المادة على أن:

#### ”تحدد الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها بقرار من رئيس

١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٩٨/١/٣ في الطعن رقم ١٨٦٨ لسنة ٢٧ ق.عليا، مشار إليه في مؤلف المستشار سمير يوسف النهي، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

٢ د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٦٥٨.

## مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الديوان.

### ويستحق الموظف راتبه والمزايا الوظيفية المقررة اعتباراً من تاريخ مباشرته العمل<sup>١</sup>.

ومفاد المادة سالفة الذكر أنه يتم تحديد الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط وقواعد استحقاقها بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح ديوان الخدمة المدنية.

وغني عن البيان أن تعديل الرواتب والمزايا الوظيفية وضوابط استحقاقها يكون بذات الأداة القانونية المشار إليها.

ومن المقرر أن الموظف يستحق راتبه والمزايا الوظيفية المقررة اعتباراً من تاريخ مباشرته العمل. ولا يباشر الموظف عمله إلا بعد قيام الجهة الحكومية المختصة بإخطار ديوان الخدمة المدنية بذلك لاعتماد تاريخ بدء العمل<sup>١</sup>.

### قواعد صرف الرواتب والمزايا الوظيفية والخصم منها

الجدير بالذكر أن المشرع في قانون الخدمة المدنية الجديد وضع قواعد صرف الرواتب والمزايا الوظيفية والخصم منها في المادة (٢٩) منه.

وطبقاً لأحكام هذه المادة، فإن القواعد العامة المنظمة لصرف الرواتب والمزايا الوظيفية المقررة والخصم منها تتمثل فيما يلي:

أولاً: يصرف الموظف راتبه والمزايا الوظيفية المقررة له إلى اليوم الذي تنتهي فيه خدمته لأحد الأسباب المبينة في قانون الخدمة المدنية<sup>٢</sup>.

ثانياً: في حالة انتهاء خدمة الموظف لعدم اللياقة الصحية، فإنه يستحق راتبه والمزايا الوظيفية المقررة له إلى أن يستنفد إجازته المرضية أو يُحال إلى التقاعد بناءً على طلبه<sup>٣</sup>.

ثالثاً: لا يجوز إجراء خصم أو توقيع حجز على راتب الموظف أو على أي مبالغ أخرى مستحقة له بسبب الوظيفة إلا وفاء لنفقة أو لدين محكوم به من القضاء أو لأداء ما يكون مستحقاً للدولة من الموظف بسبب الوظيفة. ولا يجوز أن يتجاوز المقدار المحجوز عليه كل شهر

١ حددت المادة (٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد مفهوم مباشرة العمل؛ حيث تنص هذه المادة على أن «لا يباشر الموظف عمله إلا بعد قيام الجهة الحكومية المختصة بإخطار الديوان بذلك لاعتماد تاريخ بدء العمل».

٢ كانت الفقرة الأولى من المادة (٧٦) من قانون الخدمة المدنية الملغي تنص على أن «يصرف للموظف راتبه إلى اليوم الذي تنتهي فيه خدمته لأحد الأسباب المبينة بالمادة (٧٢) من هذا القانون».

٣ كانت الفقرة الثانية من المادة (٧٦) من قانون الخدمة المدنية الملغي تنص على أن «وفي حالة الفصل لعدم اللياقة الصحية يستحق الموظف راتبه كاملاً لغاية استنفاد إجازته المرضية أو إحالته إلى التقاعد بناءً على طلبه».

عن ربع المبالغ المستحقة للموظف، وعند التزام تكون الأولوية لدين النفقة<sup>١</sup>.

رابعاً: تتقدم دعوى الموظف بالمطالبة بما يستحق بسبب الوظيفة بانقضاء خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق، كما تتقدم بانقضاء خمس سنوات دعوى استرداد ما صرفته الحكومة بغير وجه حق إلى الموظف بسبب الوظيفة، وتبدأ فترة التقادم من تاريخ الصرف. وتكون المدة خمس عشرة سنة في حالة ما إذا كان الصرف قد تم بغش أو تدليس من الموظف. وتتقطع المدد المشار إليها بأية مطالبة كتابية من الموظف أو الجهة الحكومية المختصة<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع كان ينظم أحكام الرواتب والعلاوات في قانون الخدمة المدنية الملغى في أربع مواد متتالية، وهي المواد (٢٨) و(٢٩) و(٣٠) و(٣١). ومن ناحية أخرى، كان المشرع ينظم أحكام البدلات والمكافآت والتعويضات في قانون الخدمة المدنية الملغى في ثلاث مواد متتالية، وهي المواد (٣٢) و(٣٣) و(٣٤).

## قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥٤) لسنة ٢٠١١ بشأن تعديل جداول الرواتب في الخدمة المدنية

تطبيقاً لأحكام المادة (١٥) من قانون الخدمة المدنية الجديد سالف الذكر، فقد أصدر رئيس مجلس الوزراء بتاريخ ١ أغسطس ٢٠١١م القرار رقم (٥٤) لسنة ٢٠١١ بشأن تعديل جداول الرواتب في الخدمة المدنية بناء على اقتراح ديوان الخدمة المدنية<sup>٣</sup>.

وبمقتضى هذا القرار، تم استبدال جداول الرواتب المرفقة بهذا القرار بجداول الرواتب المبينة في الملحق رقم (١) المرفق باللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى والصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٧. وقد تم إرفاق ثمانية جداول للرواتب بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥٤) لسنة ٢٠١١ المشار إليه<sup>٤</sup>. وينص هذا القرار في المادة الثانية منه

١ كانت المادة (٧٧) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن « لا يجوز إجراء خصم أو توقيع حجز على راتب الموظف، أو أية مبالغ أخرى مستحقة له بسبب الوظيفة. إلا وفاء لنفقة أو لدين محكوم به من القضاء أو لأداء ما يكون مستحقاً للدولة من الموظف بسبب الوظيفة. ولا يجوز أن يتجاوز المقدار المحجوز عليه كل شهر عن ربع المبالغ المستحقة للموظف، وعند التزام تكون الأولوية لدين النفقة.»

٢ كانت المادة (٧٨) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن « لا تسمع عند الإنكار بانقضاء خمس سنوات دعوى الموظف بالمطالبة بما يستحق بسبب الوظيفة، وتبدأ فترة عدم سماع الدعوى من تاريخ الاستحقاق.

كما لا تسمع عند الإنكار بانقضاء خمس سنوات دعوى استرداد ما صرفته الحكومة بغير وجه حق إلى الموظف بسبب الوظيفة. وتبدأ فترة عدم سماع الدعوى من تاريخ الصرف. وتكون المدة خمس عشرة سنة في حالة ما إذا كان الصرف قد تم بغش أو تدليس من الموظف.

وتتقطع المدة المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين بأية مطالبة كتابية من الموظف أو الجهة الحكومية المختصة.»

٣ تم نشر القرار رقم (٥٤) لسنة ٢٠١١ بشأن تعديل جداول الرواتب في الخدمة المدنية في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٣٠١١ بتاريخ ٤ أغسطس ٢٠١١م.

٤ تم إرفاق ثمانية جداول للرواتب بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥٤) لسنة ٢٠١١ المشار إليه، وهي كالتالي: (١) جدول درجات ورواتب الوظائف العمومية الاعتيادية. (٢) جدول درجات ورواتب الوظائف العمومية - نظام النوبات. (٣) جدول درجات ورواتب الوظائف التخصصية الاعتيادية. (٤) جدول درجات ورواتب الوظائف التخصصية - نظام النوبات. (٥) جدول درجات ورواتب القضاء. (٦)

على العمل به اعتباراً من أول أغسطس ٢٠١١م.

## تعليمات الخدمة المدنية رقم (٢) لسنة ٢٠١١ بشأن تعديل جداول الرواتب في الخدمة المدنية

استناداً إلى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥٤) لسنة ٢٠١١ بشأن تعديل جداول الرواتب في الخدمة المدنية المشار إليه، فقد أصدر ديوان الخدمة المدنية بتاريخ ٣ أغسطس ٢٠١١م تعليمات الخدمة المدنية رقم (٢) لسنة ٢٠١١ بشأن تعديل جداول الرواتب في الخدمة المدنية.

وتقضي تعليمات الخدمة المدنية رقم (٢) لسنة ٢٠١١ المشار إليها بأن ديوان الخدمة المدنية سيقوم بنقل الموظفين الدائمين والمؤقتين في الوزارات والجهات الحكومية الخاضعة لإشراف الديوان الشاغلين لدرجات ورتب في جداول الرواتب القديمة إلى ذات الدرجات والرتب بجداول الرواتب الجديدة وذلك بصورة آلية عن طريق الحاسب الآلي من خلال نظام المعلومات الإدارية للموارد البشرية ليتم صرف الرواتب بالمعدلات الجديدة ضمن رواتب شهر أغسطس ٢٠١١م.

كما تقضي هذه التعليمات بأنه سيتم صرف أجور العمل الإضافي وبدل نوبات العمل وفقاً لمعدلات الرواتب الجديدة اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القرار. ولا تسري هذه التعليمات على جميع موظفي الجهات الحكومية الذين لا يخضعون لجداول الرواتب والدرجات المعمول بها في أنظمة الخدمة المدنية، كما لا تسري على موظفي العقود وموظفي العمل الجزئي.

### المبحث الرابع النقل

النقل هو إحدى الطرق المقررة قانوناً لشغل الوظيفة العامة مع مراعاة استيفاء الشروط اللازمة لذلك. ويجوز نقل الموظف من وظيفته إلى وظيفة أخرى شاغرة في ذات الجهة الحكومية التي يعمل بها أو في جهة حكومية أخرى بحسب الأحوال، وذلك وفقاً للضوابط والقواعد المقررة في هذا الشأن.

وتنص الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون الخدمة المدنية الجديد على أن **“يجوز بقرار من السلطة المختصة بعد موافقة الديوان نقل الموظف أو نديه أو**

جدول درجات ورواتب الوظائف التنفيذية. (٧) جدول درجات ورواتب الوظائف التعليمية. (٨) جدول الرواتب المحددة لدرجات ووظائف السلكين الدبلوماسي والفنصلي.

## إعارته أو إيفاده في مهمة رسمية وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية، على ألا يكون النقل أو الندب لوظيفة درجتها أقل من الوظيفة التي يشغلها.<sup>١</sup>

ويبدو من المادة المذكورة أن المشرع قد اتبع نهجاً جديداً في قانون الخدمة المدنية الجديد عندما أراد تنظيم أحكام النقل والندب والإعارة والإيفاد في مهام رسمية؛ حيث نص بصفة إجمالية على هذه الأحكام في مادة وحيدة، وهي المادة (١٧) المشار إليها. واكتفى المشرع بتحديد الأداة القانونية التي يتم بها نقل الموظف أو ندبه أو إعارته أو إيفاده في مهمة رسمية، وهي عبارة عن قرار من السلطة المختصة بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية. وقد ترك المشرع لللائحة التنفيذية وضع الضوابط المنظمة لذلك.

وقد وضع المشرع ضابطاً وحيداً بخصوص النقل والندب في المادة (١٧) سألقة الذكر، وهو ألا يكون نقل الموظف أو ندبه لوظيفة درجتها أقل من الوظيفة التي يشغلها. وبالتالي لا يجوز نقل أو ندب الموظف إلى وظيفة تقل درجتها عن درجة الوظيفة التي يشغلها وإلا كان هذا القرار معيباً متعيناً إلغائه فالنقل أو الندب إلى وظيفة أقل يشوبه إساءة استعمال السلطة، وقد يترتب عليه الحكم بتعويض الموظف المنقول أو المنتدب إذ نجم عنه أضرار لحقت به<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع كان ينظم أحكام النقل في المادتين (١١) و(٣٧) من قانون الخدمة المدنية الملغى بصورة أكثر تفصيلاً مما هو وارد في قانون الخدمة المدنية الجديد<sup>٣</sup>.

ومن الملاحظ بصفة عامة أن المشرع كان ينظم أحكام النقل والندب والإعارة والإيفاد في مهام رسمية والتدريب والإيفاد في بعثة أو منحة دراسية في سبع مواد من قانون الخدمة المدنية الملغى، وهي المواد من (٣٧) لغاية (٤٣). وقد اختصر المشرع في قانون الخدمة المدنية الجديد هذه المواد السبعة في مادتين فقط، وهما المادتان (١٧) و(١٨) من قانون الخدمة المدنية الجديد.

### ضوابط النقل

تنفيذاً لأحكام الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون الخدمة المدنية الجديد سألقة الذكر، فقد حددت المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد الضوابط

١ في ذات المعنى د. أحمد سلامة بدر، الموظف العام في تشريعات دول الخليج العربية (ندب، نقل، إعارة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١١٥.

٢ كانت المادة (١١) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن «يكون شغل الوظائف عن طريق التعيين أو الترقية أو النقل أو الندب أو الإعارة مع مراعاة استيفاء الاشتراطات اللازمة لذلك».

وكانت المادة (٣٧) من قانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن «يجوز نقل الموظف من وظيفة إلى أخرى ومن جهة إلى أخرى من الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو إلى غيرها من الجهات إذا كان النقل إلى وظيفة شاغرة بالدرجة نفسها لوظيفته أو بدرجة أعلى، وذلك بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية».

ويكون النقل بقرار من السلطة المختصة بالتعيين في الجهة المنقول إليها بعد موافقة السلطة نفسها في الجهة المنقول منها. وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد وإجراءات النقل».



التي يجب مراعاتها عند نقل الموظف.

والمستفاد من المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد أنه يجوز نقل الموظف من وظيفة إلى أخرى في الجهة الحكومية التي يعمل بها أو في جهة حكومية أخرى وفق الضوابط الآتية:

أولاً: أن يكون النقل داخل الجهة الحكومية بقرار من السلطة المختصة؛ أي من الوزير المختص أو رئيس الجهة الحكومية المختصة، بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية.

ثانياً: أن يكون النقل إلى جهة حكومية أخرى بقرار من السلطة المختصة بالجهة المنقول منها والجهة المنقول إليها بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية.

ثالثاً: أن يكون الموظف مستوفياً للشروط والمعايير المعتمدة لشغل الوظيفة المنقول إليها.

رابعاً: أن تكون الوظيفة المنقول إليها الموظف معتمدة على الهيكل التنظيمي وشاغرة ولها اعتماد مالي وضمن الحد الأقصى للوظائف إذا كان النقل إلى جهة حكومية أخرى.

خامساً: يجوز عند النقل ترقية الموظف إذا استوفى معايير وقواعد وشروط الترقية وفقاً لنظام الترقية المعمول به.

سادساً: يكون نقل شاغلي الوظائف العليا بقرار من السلطة المختصة بالتعيين. وبالتالي يكون نقل وكلاء الوزارة والوكلاء المساعدين ومن في حكمهم بمرسوم، ويكون نقل مديري الإدارات ومن في حكمهم بقرار من رئيس مجلس الوزراء.

سابعاً: في كل الأحوال يجب ألا يتم نقل الموظف إلى وظيفة درجتها أقل من الوظيفة التي يشغلها، وذلك التزاماً بحكم الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون الخدمة المدنية الجديد.

وقد ناطت اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد بديوان الخدمة المدنية إصدار التعليمات الخاصة بقواعد تحديد الرواتب والمزايا الوظيفية والإجراءات عند النقل.

وتجدر الإشارة إلى أنه طبقاً لأحكام المادة (٨/١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد، فإن المشرع قرر أنه في حالة نقل الموظف من وظيفة إلى أخرى داخل الجهة الحكومية التي يعمل بها أو نقله من جهة حكومية إلى جهة حكومية أخرى تقوم الجهة المنقول منها بإعداد تقرير عن أدائه خلال المدة التي قضاها بها بعد آخر تقييم له، وترسله إلى الجهة المنقول إليها للاسترشاد به في إعداد تقارير الأداء عنه، وللموظف أن يلتزم من الجهة المختصة بالاعتماد إعادة النظر في التقييم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بصورة من تقرير تقييم الأداء، على أن تصدر قرارها في الالتماس خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه.

والجدير بالذكر في هذا السياق أن اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى كانت تنظم في المادتين (١٤٤) و(١٤٥) منها نقل الموظف من وظيفة إلى أخرى داخل الجهة الحكومية ومن جهة إلى أخرى من الجهات الخاضعة لأحكام قانون الخدمة المدنية أو إلى غيرها من الجهات<sup>١</sup>.

## المراجع

١. د. أحمد سلامة بدر، الموظف العام في تشريعات دول الخليج العربية (ندب. نقل. إعاره)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢. د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، القانون الإداري البحريني، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
٣. المستشار سمير يوسف البهي، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢.
٤. المستشار د. محمد حسن علي والمستشار أحمد فاروق الحميلي، الموسوعة العملية في نظام العاملين المدنيين بالدولة طرق شغل الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦.
٥. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
٦. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، محكمة التمييز البحرينية المكتب الفني.

١ كانت المادة (١٤٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن «يجوز بقرار من السلطة المختصة بالتعيين في الجهة المنقول إليها الموظف بعد موافقة السلطة نفسها في الجهة المنقول منها وموافقة ديوان الخدمة المدنية نقل الموظف من وظيفة إلى أخرى داخل الجهة الحكومية ومن جهة إلى أخرى من الجهات الخاضعة لأحكام قانون الخدمة المدنية، أو إلى غيرها من الجهات إذا كان النقل إلى وظيفة شاغرة بالدرجة نفسها لوظيفته أو بدرجة أعلى وفقاً للقواعد والإجراءات التالية:

١. أن يكون الموظف مستوفياً لشروط شغل الوظيفة المنقول إليها حسب المعايير والشروط المعتمدة للوظيفة والدرجة.
٢. ألا يقل مستوى أداء الموظف وفق آخر تقييم له عن تقدير جيد.
٣. أن تكون الوظيفة والدرجة المنقول إليها الموظف معتمدة على الهيكل التنظيمي.
٤. أن يتم النقل تحقيقاً للمصلحة العامة.

ويتم تنفيذ النقل بعد صدور قرار السلطة المختصة بالتعيين في الجهة المنقول إليها الموظف بعد موافقة ديوان الخدمة المدنية. ويجوز عند النقل ترقية الموظف إذا استوفى شروط الترقية، أو منحه رتبتين بنفس درجته الحالية بما لا يجاوز نهاية مربوطها في حالة عدم استيفائه شروط الترقية.»

كما كانت المادة (١٤٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الملغى تنص على أن «مع مراعاة أحكام المادة (١) من قانون الخدمة المدنية يجوز نقل الموظفين العاملين بالجهاز الإداري للدولة الخاضعين لقوانين أو مراسيم خاصة إلى إحدى الجهات الحكومية الخاضعة لقانون الخدمة المدنية وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (١٤٤) من هذه اللائحة، ويتم تحديد الوظيفة والدرجة والراتب للموظف وفقاً لمؤهلاته وخبراته، دون المساس براتبه الذي كان يتقاضاه من الجهة المنقول منها.»



# الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لحماية الحقوق والحريات العامة

الدكتور علي إسماعيل مجاهد

أستاذ القانون العام المساعد

الأكاديمية الملكية للشرطة

مملكة البحرين

## تمهيد وتقسيم

سواءً وردت الحقوق، والحريات العامة في نصوص الدستور، أو في القوانين فهي في حاجة دائماً إلى الحماية القضائية تحديداً لمضمونها من ناحية، وتفسيراً لنصوصها من ناحية ثانية، ومنعاً لكل اعتداء عليها أو مساس بها من ناحية ثالثة. ومن هنا كان دور القضاء الهام في حماية الحقوق والحريات العامة حيث يُعد القضاء صمام الأمان لتحقيق الحماية الفعالة للحقوق والحريات العامة.

وجميع ما يصدر عن الإدارة من تصرفات يخضع إلى رقابة القضاء الإداري الذي يستطيع أن يقضي ببطلانها، والتعويض عن الإضرار الناجمة عنها إذا ما صدرت بالمخالفة لمبدأ المشروعية. ولا توجد إشكالية بالنسبة لرقابة القضاء على تصرفات الإدارة الصادرة في حالة السلطة المقيدة؛ ذلك أن القانون يحيط تصرف الإدارة في هذه الحالة بالكثير من الضوابط الملزمة؛ ولكن الإشكالية تقع هنا بالنسبة للرقابة القضائية على التصرفات التي تصدر عن الإدارة بما لها من سلطة تقديرية نظراً لأن القاضي الإداري قاضي وكقاعدة عامة هو قاضي مشروعية لا ملاءمة؛ ولا يستطيع أن يحل نفسه محل الإدارة وهي تمارس سلطتها التقديرية.

ولإيضاح مفهوم الرقابة على أعمال وتصرفات الإدارة - بصفة عامة - ومستويات الرقابة القضائية على تلك الأعمال حين تعلقها بالحقوق والحريات العامة بصفة خاصة، قمنا بتقسيم هذا البحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

المطلب الثاني: مبادئ الرقابة القضائية على القرارات الإدارية.

## المطلب الأول

### مفهوم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

تتم الرقابة على أعمال الإدارة بعدة أشكال تبعاً لاختلاف النظم، ومنها: الرقابة السياسية، والرقابة الإدارية، والرقابة القضائية، ورقابة بعض الهيئات المستقلة، والرقابة الشعبية<sup>١</sup> من خلال الرأي العام، والأحزاب، ومؤسسات المجتمع المدني، ووسائل الإعلام على أعمال الإدارة<sup>٢</sup>.

والجدير بالذكر فإن هناك بعض الدول التي استحدثت أنظمة خاصة<sup>٣</sup> هيئات مستقلة للرقابة على أعمال الإدارة، والبحث في مدى موافقتها للقانون<sup>٤</sup> من حيث ملاءمة ومشروعية التصرف الإداري<sup>٥</sup>، مثل نظام الأمبودسمان Ombudsman، أو المفوض البرلماني<sup>٦</sup> الذي بدأ في السويد عام ١٨٠٩م، ثم انتشر في بعض الدول الأوروبية الأخرى مثل: إنجلترا، وكندا، وفنلندا، والدنمارك، ونيوزلندا، والنرويج. وهو شخص مكلف من البرلمان بمراقبة تصرفات الإدارة<sup>٧</sup> بجوار رقابته على القضاء، والقوات المسلحة<sup>٨</sup>، لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وله الحق في التدخل من تلقاء نفسه، أو بناءً على شكوى يتلقاها من الأفراد، أو بأي وسيلة أخرى يعلم من خلالها بوقوع مخالفة؛ فيعمل على توجيه الإدارة إلى وجوب اتباع أسلوب معين في عملها لتتدارك أخطاءها. وله استجواب أي موظف في هذا الشأن، وله إقامة الدعوى على الموظفين المقصرين في أداء واجباتهم، ومطالبتهم بالتعويض لمن لحقه ضرر من جراء التصرف غير المشروع<sup>٩</sup>

ومن الأنظمة المشابهة لنظام الأمبودسمان، نظام الوسيط الفرنسي، ويطلق عليه<sup>١٠</sup> وسيط الجمهورية<sup>١١</sup>، ويتمتع هذا الوسيط باستقلال تام، ويلتزم بأن يقدم تقريراً سنوياً مفصلاً عن نشاطه في السنة السابقة إلى رئيس الجمهورية والبرلمان. ويملك الوسيط حق توجيه الإدارة إلى ما هو كفيلاً بتحقيق أهدافها، وتسهيل حل الموضوعات محل النزاع، ويحدد الوسيط مدة معينة تجبب الإدارة خلاله على هذا التوجيه فإذا امتنعت عن الإجابة، أو رفضت الرأي المقترح يرفع الوسيط تقريراً بذلك إلى رئيس الجمهورية. وعلى ذات النهج تم إنشاء هيئة الإدعاء العام الاشتراكي في الإتحاد السوفيتي منذ عام ١٩٢٢م، ويقتصر عمل المدعي العام السوفيتي على

١ د. مازن ليوراوي، نظام الأمبودسمان أو المفوض البرلماني ضمانه لحقوق الأفراد وحررياتهم، مجلة القادسية - جامعة القادسية - المجلد ٣ - العدد ٢، ١٩٩٩، العراق، ص ٢٤٩.

٢ للمزيد راجع: د. ليلى تكلان، الأمبودسمان، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، سنة ١٩٩١، ص ٣٤. د. محمد أنس قاسم، نظام الأمبودسمان السويدي مقارناً بنظام المظالم والمحتسب في الإسلام، مجلة العلوم الإدارية، عدد ١، القاهرة، سنة ١٩٧٥، ص ٧٧.

التأكد من مطابقة العمل الإداري للقانون دون البحث في ملاءمة الإجراء الإداري، أو كفايته<sup>١</sup>. أما بالنسبة للرقابة الإدارية على أعمال الإدارة، فيتمثل مفهومها في أن تقوم الإدارة نفسها بمراقبة ما تقوم به من أعمال وتصرفات من تلقاء نفسها، أو بناءً على تظلم الأفراد، وتتم هذه الرقابة بثلاثة وسائل، إما رقابة ولائية ”التظلم الولائي“، وتعنى: لجوء المتضرر إلى مصدر القرار الإداري ذاته، بتظلم لإعادة النظر في القرار، وتعديل ما شابه من أخطاء؛ ثم تأتي الرقابة الرئاسية ”التظلم الرئاسي“، وتعنى: تقدم المتضرر بتظلم من القرار الإداري إلى رئيس مصدر القرار، أو التعرض التلقائي للرئيس الإداري للقرار، لاستخدام سلطته في الرقابة على قانونية القرارات التي يتخذها مرؤسيه، وذلك بسحب القرار أو تعديله، أو إلغائه؛ وأخيراً تأتي رقابة اللجان الإدارية، وهي لجان خاصة، يتم تشكيلها للنظر في الطعون المقدمة من المتضررين من القرارات الإدارية.

ونظراً للعديد من الانتقادات التي وجهت إلى نوعي الرقابة السابقين على أعمال الإدارة، وخشية توغلها على حقوق وحريات المواطنين، وانطلاقاً من حق كل متضرر في اللجوء إلى القضاء ولتحقيق مبدأ سيادة القانون، والتوازن بين الصالح العام للدولة، والمصلحة الفردية للأفراد؛ كان لا بد من إسناد الرقابة على أعمال الإدارة إلى القضاء، وذلك بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون، بل والتعويض عن ما أحدثته من أضرار للأفراد ”قضاء الإلغاء، وقضاء التعويض“

وتعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة أهم، وأجدى صور الرقابة، وأكثرها ضماناً لحقوق الأفراد، وحياتهم لما تتميز به الرقابة القضائية من استقلال وحياد، ولما تتمتع به أحكام القضاء من قوة، وحجية يلتزم الجميع بتنفيذها، واحترامها بما في ذلك الإدارة، وإلا تعرض المخالف للمساءلة؛ وتختلف الدول في الطريقة التي تنظم بها الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

فمنها من يأخذ بنظام القضاء الموحد ”الأنجلوسكسوني“<sup>٢</sup> ومقتضاه أن: تختص جهة قضائية واحدة بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة، أو بين الهيئات الإدارية نفسها؛ حيث لا يوجد بها قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي. فالقضاء العادي يختص في النظر في جميع النزاعات سواءً كانت بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة؛ وسواءً كانت هذه النزاعات مدنية أو تجارية أو إدارية، مثل: بريطانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، ومن الدول العربية: مملكة البحرين، العراق.

١ د. حاتم على لبيب، نظام المفوض البرلماني في أوروبا، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، سنة ١٩٧١، ص ٩.

٢ charles debbash. science administrative. paris. dalloz. deuxième édition 1972 - pp 620 - 621

ومن الدول من يأخذ بالنظام القضائي المزدوج<sup>١</sup>، والذي يقوم على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين: جهة القضاء العادي، وهي ممثلة في المحاكم العادية، وعلى رأسها محكمة النقض، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص، وجهة القضاء الإداري ممثلة في المحاكم الإدارية، وعلى رأسها مجلس الدولة، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، والإدارة عندما تظهر الأخيرة بصفقتها صاحبة السلطة وتتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد، ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام، وهناك العديد من الدول التي تأخذ بهذا النظام مثل: فرنسا، وبلجيكا، واليونان، ومصر، وسوريا، ولبنان.

ولكل من النظامين مؤيدوه ومعارضوه، وعيوبه ومميزاته ولكن لا شك في أن نظام القضاء المزدوج نشأ على مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الشرعية، ومن مقتضاهما منع القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها احتراماً لاستقلال السلطة التنفيذية من جهة؛ كما إن وجود قضاء متخصص يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية يمثل ضماناً حقيقية لحقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة تعسف الإدارة من جهة أخرى، الأمر الذي وفر للقضاء الإداري الكثير من الاستقلال والخصوصية يناسب وظيفته في الفصل في المنازعات الإدارية، وإنشاء قواعد القانون الإداري المتميزة عن قواعد القانون الخاص<sup>٢</sup>. كما يتسم القضاء الإداري بسرعة الفصل في المنازعات الإدارية، والبساطة في الإجراءات ضماناً لحسن سير المرافق العامة، وضماناً لحقوق الأفراد.

وقد أخذ دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣ وتعديلاته بالنظام القضائي الموحد، حيث نص في المادة (١٠٥) على أن "يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها"، ولذا فقد تم تنظيم القضاء بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢، إذ قسم المشرع المحاكم في مملكة البحرين إلى نوعين هما: (١) محاكم القضاء المدني، وهي تختص بالفصل في جميع المسائل التي تُرفع إليها طبقاً للقانون في: المواد المدنية، والتجارية، والإدارية، وفي المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، وفي الجرائم إلا ما استثني بنص خاص (٦م)، وتشمل محاكم القضاء المدني (المحكمة الصغرى - المحكمة الكبرى المدنية - محكمة الاستئناف العليا المدنية - محكمة التمييز) (٢) محاكم القضاء الشرعي، وتختص بنظر مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، عدا التركات فهي من اختصاص المحاكم المدنية، وتشمل: (المحكمة الصغرى الشرعية. المحكمة الكبرى الشرعية. محكمة الاستئناف العليا الشرعية)، وذلك بخلاف المحاكم الجنائية، والعسكرية، وتنظيم النيابة العامة.

١ د/ سليمان محمد الطماوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٣، ص ٣٥.

٢ Andre de Lanbadere. Manuel de droit administrative. Paris. 1989. pp 15.20.

كما نصت المادة رقم (١٠٦) من دستور مملكة البحرين على إنشاء محكمة دستورية تختص بمراقبة دستورية القوانين، واللوائح؛ ويكون للحكم الصادر عنها بعدم دستورية نص في قانون، أو لائحة أثر مباشر، ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً.

كما نصت المادة الرابعة من دستور مملكة البحرين على أن ”العدل أساس الحكم والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية، والمساواة، والأمن، والطمأنينة، والعلم، والتضامن الاجتماعي، وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة“؛ كما نصت المادة (١٩فقرة ب) على أن ”لا يجوز القبض على إنسان، أو توقيفه، أو حبسه، أو تفتيشه، أو تحديد إقامته، أو تقييد حريته في الإقامة، أو التنقل؛ إلا وفق أحكام القانون، وبرقابة القضاء“، والمادة (٢٠فقرة و) ”حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون“.

إلا أن السلطة التنفيذية من خلال هيئات الضبط الإداري تستعين ببعض الوسائل، والأساليب لتحقيق أغراضها أثناء تادية مهامها للحفاظ على النظام العام، فقد تلجأ إلى لوائح الضبط، وقد تلجأ إلى الأوامر الفردية، وقد تلجأ إلى أسلوب التنفيذ المباشر، أو الجبري؛ وأحياناً للاعتقال الإداري في الحالات الاستثنائية.

### أولاً: طبيعة لوائح الضبط الإداري والمبادئ التي تحكمها

يُقصد بلوائح الضبط تلك القرارات التنظيمية العامة التي تُصدرها سلطة الضبط الإداري المختصة وتتضمن القواعد العامة التي تتناول بالتنظيم بعض مجالات النشاط الفردي للمحافظة على النظام العام، ولوائح الضبط هي أسلوب وقائي غايته تنظيم ممارسة الحريات العامة لوقاية النظام العام في المجتمع، حيث أن التطبيق العملي أثبت أن القانون لا يستطيع وحده إتيان تنظيم الحريات العامة، ومن هنا نشأت الحاجة إلى وسيلة أخرى تكمل النقص التشريعي، وبذلك ظهرت فكرة لوائح الضبط.

ويترتب على اتصال لوائح الضبط بالحريات نتائج بالغة الخطورة، ولذلك فإن لوائح الضبط تعتبر من أخطر أنواع اللوائح لأنها تنطوي على تقييد الحريات العامة فهي تتضمن في الغالب عقوبات لمن يخالف أحكامها، ومن أمثلتها: لوائح المرور. وإذا كانت لوائح الضبط طبيعتها الأساسية هي إكمال النقص في التشريع فيجب أن يتوافر فيها شروط معينة كالاتي:

(١) عدم مخالفة لوائح الضبط شكلاً أو موضوعاً للقواعد القانونية لأنها في مرتبة أدنى، ولأنها وضعت لإكمال النقص التشريعي الذي يظهر خلال التطبيق العملي للقواعد القانونية.

(٢) يجب صدور لوائح الضبط في صورة قواعد عامة مجردة، وهذا يتفق مع عموم القواعد القانونية حيث إنها تتعلق بالحريات العامة، ويُلاحظ أن ارتباط بعض اللوائح بزمان معين، أو مكان معين لا يؤثر على عموميتها، أو تجريدتها طالما أنها لا ترتبط بشخص معين، وأيضاً حالة



انصراف اللائحة إلى شيء معين سواءً أكان مادي، أو معنوي<sup>١</sup>  
 (٣) وجوب المساواة بين الأفراد عند تطبيق أحكام اللائحة عليهم فلا استثناء لأحد من أحكام هذه اللوائح، وهذا أيضاً يتفق مع القواعد القانونية فالجميع سواسية عند تطبيق اللوائح.

## ثانياً: أنواع لوائح الضبط الإداري

انطلاقاً من تسليمنا بأنه يتعين تنظيم ممارسة الحرية، فالتنظيم الإداري الذي يحكم الأنشطة الفردية تجمعها حلقتين: الأولى هي: النظام المنعي، وهو النظام الذي يسمح للإدارة بمراقبة الأنشطة الفردية، وذلك منعاً من وقوع مخالفة ما، والثانية هي: النظام القمعي، وهو النظام الذي يسمح للإدارة بتوقيع عقاب على المخالف، ويندرج تنظيم ممارسة الأنشطة الفردية من الإعلان إلى الترخيص السابق، وصولاً إلى المنع انتقالاً إلى تطبيق الجزاءات الإدارية<sup>٢</sup> كالآتي:

### ١. اللوائح العامة وتشمل:

#### (أ) لوائح الحظر أو المنع

وفي هذه الصورة لهيئات الضبط أن تصدر لائحة تحظر ممارسة نشاط معين تمنع على الأفراد ممارسة حرية ما مثل: منع التظاهر في الطريق العام خشية حدوث تداعيات، واضطرابات تمس الأمن العام، أو منع عقد اجتماع عام لذات السبب، وكذلك حظر السير في اتجاه معين في أحد الشوارع، أو حظر وقوف السيارات في مكان معين؛ وذلك بغية الحفاظ على النظام العام.

والحظر هو وسيلة استثنائية لا يلجأ إليها إلا عند استحالة وقاية النظام العام بأية وسيلة أخرى، كما أن الحظر يجب فيه ألا يكون شاملاً عاماً أو دائماً، حتى لا يعد مصادرة مطلقة لأحدى الحريات العامة.

وهو ما أرسته المحكمة الدستورية البحرينية<sup>٣</sup> في العديد من أحكامها بأن قررت ” أكد الدستور على كفالة الحرية الشخصية وجعلها أصلاً من الأصول والمقومات الدستورية الأساسية، ومؤدى ذلك: أن سلطة المشرع في تنظيمه لها مقيدة بالحفاظ على وجودها وألا ينال التنظيم أو التحديد من جوهرها وألا يضع عليها من القيود ما يعصف بها ”.

١ د / ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، سنة ١٩٩١م، ص ٦٩.

٢ د / صلاح الدين فوزي، النظم السياسية وتطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩م، ص ٣٥، وما بعدها.

٣ القضية رقم د/٧/١ لسنة ٤ قضائية دستورية، قاعدة رقم ٧، جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩.

## (ب) اشتراط الإخطار السابق

قد تتطلب اللائحة لمباشرة نشاط معين ضرورة الإخطار ( الإعلان ) مقدماً، وقبل مباشرة النشاط للسلطة المختصة، ومن أمثلتها: أنه قبل عقد المؤتمرات، أو الاجتماعات يجب إخطار هيئات الضبط الإداري التي لها الحق في الاعتراض على عقدها إذا كان الأمر سوف يؤدي إلى الإخلال بالأمن<sup>1</sup>؛ وهنا تكفي اللائحة بضرورة الإخطار فقط دون الإذن، والعلّة في الأخطار السابق هو إعطاء فرصة لجهة الإدارة للقيام بإجراءاتها للمحافظة على النظام العام. وفي بعض الحالات يجب على الإدارة الرد على معتمزم ممارسة النشاط خلال مدة محددة بحيث إذا انقضت هذه المدة، وظلت الإدارة ملتزمة الصمت حيال مُقدم الإخطار أُعتبر هذا بمثابة موافقة على ممارسة النشاط، ولا تستطيع الإدارة التدخل في النشاط بالتعديل، أو بالإلغاء، أو بأي شكل من أشكال التدخل الأخرى.

## اشتراط الحصول على إذن سابق (الترخيص السابق):

وفي هذه الحالة تشترط الإدارة على الفرد لممارسة النشاط، أو الحرية ضرورة الحصول على ترخيص مُسبق من جهة الإدارة بذلك، فإذا لم يتمكن من الحصول على هذا الترخيص فإنه يفقد الحق في ممارسة النشاط.

كما أن جهة الإدارة قد تضع مجموعة من الشروط المحددة سلفاً الواجب توافرها في طالب الترخيص، ومع ذلك فقد تمتع الإدارة عمداً عن إعطاء الترخيص رغم استيفاء كافة الشروط، وفي هذه الحالة يكون على المتضرر اللجوء إلى القضاء. ومثال ذلك: رخصة القيادة قبل قيادة السيارات، أو إصدار جواز السفر، أو إقامة نشاط تجاري، أو صناعي؛ ولا يجوز أن تتطلب لوائح الضبط مثل هذا الترخيص عندما يتعلق الأمر بمباشرة نشاط يمثل إحدى الحريات أو الحقوق العامة التي كفلها الدستور من غير أن يخضعها لهذا الشرط مثل حرية ممارسة الشعائر الدينية والعبادات.

## (د) لوائح التنظيم

قد تقتصر لائحة الضبط على تنظيم النشاط، فهي لا تحظر ممارسته، أو تشترط لذلك الحصول على ترخيص من الإدارة، أو إخطارها بالنشاط، وإنما تكفي بوضع تنظيم خاص لمباشرة نشاط معين بقصد المحافظة على النظام العام، ومثال ذلك: لوائح تنظيم المرور، ولوائح تنظيم نشاط المحال العامة.

١ د / طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٤م، ص ١٩٧.

والمشروع الفرنسي أصدر قوانين تفويض تمنح الحكومة سلطات خاصة في مجال الضبط استناداً إلى المادة (١٦) من دستور سنة ١٩٥٨م، أما المشروع البحريني جاء عكس نظيره الفرنسي حيث نص في المادة رقم (٣٩) فقرة (ب) من الدستور نص على أنه ” يضع الملك، بمراسيم، لوائح الضبط، واللوائح اللازمة لترتيب المصالح، والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين ” ولكن الدستور لم ينص على جواز التفويض فيصبح بذلك غير جائز لأن التفويض في الأصل هو اختصاص استثنائي، فهو غير جائز إلا حيث يبيحه الدستور<sup>١</sup>

## ٢. الأوامر الفردية

إن نشاط الضبط الإداري لكي يحقق أغراضه يتطلب إصدار لوائح تتضمن قواعد تنظيمية عامة. كما تقدم. والأوامر الفردية هنا تضع هذه القواعد موضع التطبيق، فالسلطة الضبطية تصدر قراراً إدارياً فردياً أى ينطبق على فرد معين، أو على عدد معين من الأفراد تطبيقاً للأئحة من لوائح الضبط ؛ فالأمر إذاً هو الوسيلة التي تضع القاعدة محل التطبيق سواءً أكانت قاعدة قانونية، أو لأئحية لمنع حالة مؤذية وضارة بالنظام العام، ومن صور الأوامر الفردية:

. صورة الأمر: وذلك لعمل شيء كالأمر الصادر بهدم عقار مثلاً.

. صورة الإمتناع عن فعل شيء معين مثل: منع التظاهر في مكان معين.

. صورة منح تصريح لمزاولة نشاط معين مثل: التراخيص لفتح ملهى.

ومن شروط صدور الأوامر الفردية لضمان الحريات الشخصية للأفراد:

(أ) لا بد لصدور التدبير أن يكون في الحدود التي يرسمها القانون، أو اللوائح وإلا كان غير مشروع.

(ب) يجب أن يكون للقرار الفردي موضوع محدد، ومجال نشاط محدد ينطلق فيه لتحقيق غرضه الأساسي، وهو المحافظة على النظام العام أى أن يكون القرار مبنى على وقائع مادية حقيقة تستلزم صدوره وإلا كان معيباً.

(ج) يجب أن يصدر القرار من هيئة الضبط المختصة محلياً لأنها هي أقدر من غيرها في معرفة الإحتياجات المختلفة لإصدار القرار الفردي.

(د) يجب لإتخاذ القرار الفردي وجود سبب معين لإصداره.

(هـ) يجب أن يكون التدبير الضبطي لازماً لوقاية النظام العام، ويقتضى ذلك أن يتناسب مع درجة جسامة أوجه الإخلال بالأمن والنظام العام.

١ د / محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٥م، ص ٢٤٩.

(و) جدية التدبير الضبطي. والجدية مطلوبة حيث أنه يترتب عليها تجنب الإخلال بالنظام العام، وقد أجمع الفقه الإداري، والقضاء المصري على إن تلك التدابير لا تُعد من أعمال السيادة وتخضع لرقابة القضاء<sup>١</sup>.

### ٣. حق التنفيذ المباشر

وهو يتبع الأمر أو الإنذار السابق. فإذا لم ينفذه ذوي الشأن بنفسه؛ كان لسلمة الضبط الإداري الحق في تنفيذها جبراً، ولقد عرف الفقيه الفرنسي (هوريو) حق التنفيذ المباشر بأنه ” قدرة الإدارة على تنفيذ قراراتها على المحكومين دون اللجوء إلى إجراءات القضاء ” وبرر هذا الحق على أساس ضرورة سير المرافق العامة إذا تعلق الأمر بمرفق عام، أو على أساس أن القرارات الإدارية تصدر من السلطات العامة ومن مظاهر السلطة وجوب تنفيذ هذه القرارات على الأفراد، ولو جبراً.

ولقد حصر الفقه الفرنسي التنفيذ المباشر في ثلاث حالات هي:

- (أ) وجود نص تشريعي في القانون، أو اللائحة يجيز للإدارة استخدام هذا الحق.
- (ب) حالة الضرورة: أي حالة وجود خطر جسيم، وحال يهدد الأمن العام والنظام في الدولة، ويتعذر درء هذا الخطر بالوسائل العادية، ويكون الغرض من ذلك تحقيق المصلحة العامة، ويكون استخدام هذا الحق بقدر الضرورة أي بالقدر اللازم لدرء<sup>٢</sup> الخطر عن البلاد فالضرورة تقدر بقدرها.
- (ج) عدم وجود جزاء معين لمخالفة المواطنين، ورفضهم تنفيذ القوانين واللوائح.

### ٤. الجزاء الإداري

الجزاء الإداري يُقصد به التدبير الوقائي التي تقوم به جهة الإدارة لدرء أي إخلال بالنظام العام. فههدف الجزاء الإداري هو عدم تمكين أي خطر من إحداث ضرر بالمصلحة العامة للدولة، وهذا الجزاء قد يتعلق بالمساس بحرية الأفراد، أو أموالهم، أو نشاطهم المهني؛ ويتميز الجزاء الإداري بأنه إجراء وقائي لحماية النظام العام، وتوقيعه يكون من السلطة الإدارية المختصة، ويجوز لها الرجوع فيه بسحب الجزاء، وهو يختلف عن العقوبات الجنائية والتدابير الاحترازية في أنه لا يوقع بمناسبة وقوع جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن ١٦٧٩ لسنة ٢ق، جلسة ١٩٥٦/٨/٤م، طعن ٣٥٥ لسنة ٢ق، جلسة ١٩٥٦/١١/١٠، قضية إقامه الأجنبي، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا، نعيم عطية، حسن الفاكهاشي، الدار العربية للموسوعات، الجزء الأول، قاعدة رقم ٢١٥ لسنة ١٩٨٦م، ص ١٠٥.

٢ حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٥٨٧ لسنة ٥ ق جلسة ٢٦ يونيو سنة ١٩٥١م، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، المطبعة العالمية، قاعدة رقم ٣٥٧، قضية جريدة مصر الفتاة، القاهرة، السنة الخامسة، ص ١١٢٦.

وللجزاءات الإدارية صور متعددة وهي:

## (١) الإعتقال الإداري

ويعنى تقييد حريه الشخص بواسطة الإدارة، أى عن غير طريق القضاء، ومن ثم فالمعتقل لم يحاكم، ولم تصدر ضده أية أحكام جنائية تدينه وأتبرر تقييد حريته، وقد نظم عملية الإعتقال الإداري فى مصر القانون (٢٧) لسنة ١٩٧٢ الخاص بإعلان حالة الطوارئ<sup>١</sup>. حيث ينص على أن ” إعلان حالة الطوارئ، وإنهاؤها يكون بقرار من رئيس الجمهورية ” كما نص على إلغاء القوانين السابقة التى نظمت الإعتقال، وأوجب هذا القانون عدم اللجوء إلى هذا الإسلوب إلا إذا كانت حالة الطوارئ معلنه.

كما نظمه فى مملكة البحرين المرسوم بقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٨١ بشأن الأحكام العرفية، والذي نص فى مادته الأولى على أنه ” يجوز إعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن، أو النظام العام فى الدولة، أو فى منطقة منها للخطر، أو بسبب وقوع حرب، أو عدوان مسلح عليها، أو قيام حالة تهدد بوقوعها، أو بسبب وقوع اضطرابات فى الداخل، أو فى خارج الدولة، ويكون من المحتمل أن تمتد إلى داخل الدولة، أو أن تؤثر فى أوضاعها الأمنية، أو الاقتصادية، أو بسبب وقوع كوارث عامة، أو انتشار وباء. كما يجوز إعلان الأحكام العرفية لتأمين سلامة قوات قوة دفاع البحرين، وضمان تموينها، وحماية طرق مواصلاتها، وغير ذلك مما يتعلق بتحركاتها، وأعمالها العسكرية خارج دولة البحرين.“؛ ونصت المادة الثانية على أنه ” يكون إعلان الأحكام العرفية بقانون، ويجوز فى حالة الضرورة القصوى أن يكون إعلانها بمرسوم مسبب...“<sup>٢</sup>

١ الجريدة الرسمية، العدد رقم ٣٩، القاهرة، بتاريخ ١٩٧٢/٩/٢٨م.

٢ (١٥) حيث نصت المادة الثالثة من القانون المشار إليه على أنه « يجوز للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية اتخاذ كل أو بعض التدابير الآتية بأوامر تصدر منها كتابية أو شفوية تعزز كتابيا خلال ثمانية أيام من تاريخ إصدارها: ١. وضع قيود على حرية الأشخاص فى الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور فى أماكن أو أوقات معينة، ومنع أي اجتماع عام وفضه بالقوة، ووقف نشاط أي ناد أو جمعية أو جماعة أو وضع قيود عليه. ٢. القبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم. ٣. الترخيص بتفتيش الأشخاص والأماكن والمسكنات فى أية ساعة من ساعات النهار أو الليل. ٤. الأمر بفرض الرقابة على الصحف والمطبوعات والنشرات والمحركات والرسومات وكافة وسائل التعبير والإعلان قبل نشرها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها وإغلاق أماكن طبيعتها. ٥. الأمر بفرض الرقابة على الرسائل والمراسلات البرقية والهاتفية. ٦. تحديد مواعيد فتح وإغلاق المحال العامة أو بعض أنواع منها تعديل تلك المواعيد وإغلاق تلك المحال كلها أو بعضها. ٧. سحب تراخيص أستيراد المفرقات والأسلحة والذخائر وتراخيص حملها أو إحرازها أو حيازتها ومنع أستيرادها أو الأمر بتسليمها وضبطها أينما وجدت. ٨. إبعاد غير البحرينيين كلهم أو بعضهم من البلاد أو حجزهم فى مكان أمين إذا خشي من وجودهم على الأمن والنظام العام. ٩. إخلاء بعض المناطق أو عزلها. ١٠. الأستيلاء المؤقت على وسائل النقل أو على أية منشأة أو مؤسسة أو شركة أو على أي محل أو عقار أو منقول بمرعاة حفظ حق مالكيها فى تعويض عادل. ١١. تكليف أي شخص بالقيام بأي عمل من الأعمال التى تقتضيها الظروف مع حفظ حقة فى أجر عادل. ١٢. سحب الجنسية البحرينية من كل أو بعض من تجنسوا بها وأبعادهم من البلاد أو حجزهم فى مكان أمين إذا كان فى وجودهم خطورة على الأمن والنظام العام. ولجلس الوزراء التضييق من دائرة الصلاحيات المتقدمة للسلطة القائمة على إعلان الأحكام العرفية، كما يجوز أن يأذن لها باتخاذ أي تدبير آخر تقتضيه ظروف الأمن والنظام العام فى كل أو بعض الجهات التى تنفذ فيها الأحكام العرفية.

## (٢) المصادرة

وهي تعنى نزع المال جبراً بدون مقابل، وهي دائماً عينية، وإن انصبت على قدر معين من المال، وترد على أشياء لها خطر الإضرار بالنظام العام بمدلولاته الثلاثة من أمن، وصحة، وسكينة مثل: مصادرة أسلحة غير مرخصه، ومصادرة المواد المضرة، أو مصادرة مطبوعات جريده ما...

## (٣) إنهاء النشاط المهني

ويقصد بها توقيع جزاء إدارى بسحب ترخيص مزاولة نشاط مهني معين كالمحال العمومية التي لا يتوافر فيها شروط الترخيص، أو تعرض الصحة العامة للخطر<sup>١</sup>.

ونظراً إلى خطورة الإجراءات والتدابير السابقة على حقوق وحريات المواطنين، والتي يمكن للإدارة أن تتخذها بقصد حماية النظام العام فقد قام القضاء الإدارى بوضع مجموعة من المبادئ التي تحد من سلطة الإدارة فى إختيار نوع التدبير الضبطى للحفاظ على النظام العام بهدف حماية حقوق، وحريات الأفراد؛ وهذه المبادئ يمكن أن يُطلق عليها ( قيود السلطة والإدارة )<sup>٢</sup>، وهي كالآتي:

### (أ) عدم جواز الحظر المطلق:

وهذا يعنى عدم جواز الحظر المطلق للحريات لأن الحظر المطلق يعادل الإلغاء، فإذا كانت الحريات مقررة دستورياً، ولا يجوز للمشرع أن يلغى هذه الحريات؛ لذا فمن باب أولى لا يجوز هذا الحق للسلطة الإدارية أو التنفيذية، كما إن صيانة النظام العام لا تستلزم أن يصل تقييد الحريات إلى حد الإلغاء، أو درجة الحظر المطلق؛ وهذا المبدأ هو مبدأ عام، وأساسي فلا يجوز الحظر المطلق للحريات، ولكن الفقهاء وقضاة القانون الإدارى أجازوا الحظر النسبى للحريات، وهو الذى تجريه سلطات الضبط لمنع ممارسة نشاط معين فى مكان معين، أو وقت معين مثل: تأجيل موعد أو تغيير مكان عقد الإجتماعات العامة، أو التظاهرات والمواكب لأنه يتفق مع محاولة التوفيق بين الحريات العامة، وبين النظام العام وحمايته.

وهنا يراعى القضاء الحريات الأخرى الجديرة بالرعاية عند تطبيق الحظر المطلق أو النسبى، ومثال ذلك: أنه عند تطبيق الحظر النسبى لمنع مرور السيارات فى أحد الشوارع الضيقة، أو لغير ذلك من الأسباب المبررة لإتخاذ هذا الإجراء؛ فإنه يجب إستثناء المنتفعين

١ حكم محكمة القضاء الإدارى، القضية رقم ١٢٦٦ لسنة ١١ق، جلسة ١٩٥٩/٤/٢١م، مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الإدارى، المكتب الفنى، السننات الثانية عشر والثالثة عشر، مطابع أخبار اليوم، القاهرة، قاعدة رقم ١٨٩، ص ١٩٤.

٢ د / محمود عاطف البنا، حدود سلطات الضبط الإدارى، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، سنة ١٩٨٠م، ص ٥٤.

أصحاب الحقوق، والأوضاع الخاصة، ومن أمثلتهم القاطنون بهذه الشوارع المطبق عليها الحظر، أو سيارات الإسعاف والأطباء والشرطة فيجب ألا يشمل الإجراء الضبطى المانع منطقة واسعة، وأن يكون محدد بمنطقة معينة كما يجب أن يكون محدد المدة؛ وقد أقر مجلس الدولة الفرنسى ذلك عندما قضى بإلغاء قرار ضبطياً لتجاوز السلطة لأن الإدارة قد حظرت "لدواعى المرور" توزيع جميع أنواع المطبوعات، وفى منطقة واسعة.

### (ب) عدم فرض وسيلة معينة لمواجهة الخطر:

وهذا يعنى أنه إذا قامت جهة الإدارة بفرض وسيلة محددة على الأفراد للمحافظة على النظام العام؛ فى حين أنه كان من الممكن إتخاذ وسائل أخرى تحقق التوازن بين حريات الأفراد، ومقتضيات النظام العام وحمايته، فإن القضاء الإدارى لا يتردد فى إلغاء مثل تلك الوسائل، فالإجبار على فرض وسيلة معينة، يعنى الإمعان فى التدخل فى مجال نشاط الأفراد، وتقييداً لحرياتهم، وهذا لا يجد ما يبرره من مقتضيات النظام العام، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسى ذلك عندما ألغى قرارات الضبط التى تكلف بها جهة الإدارة ملاك المبانى غير الصحية بإستخدام أجهزة محددة<sup>1</sup> إلا أنه هناك حالات معينة يجوز للإدارة فيها فرض وسيلة محددة على الأفراد، وهو ما يشكل الإستثناءات على هذا المبدأ، وهذه الحالات هى:

- . حالة عدم وجود إلا وسيلة واحدة فعالة، فإنه لا يجوز أن يُترك للأفراد إختيار وسيلة أخرى غير فعالة.
- . حالة وجود نص تشريعى يفرض إستخدام وسيلة معينة للمحافظة على النظام العام ودرء الخطر، ولا يجوز للأفراد إختيار وسيلة أخرى غير تلك المنصوص عليها.
- . حالة وجود ضرورة إتخاذ تدابير موحدة لإتقاء الخطر فلا مجال هنا لإختيارات الأفراد لوسائل أخرى، ومثال ذلك: جعل سير السيارات فى إتجاه واحد للمحافظة على أمن المارة بالشارع.
- . حالة الإستعجال، وفى هذه الحالة تكون الإدارة أفضل من يقوم بإتخاذ وسائل معينة تدرأ بها الخطر، وهذه الحالة لا تترك للأفراد فرصة إختيار بديل مناسب للوسائل.
- . حالة وجود أضرار جسيمة فإذا ترتب على وجود الخطر أضرار جسيمة فهناك يُترك للإدارة إختيار وسيلة معينة لدرء هذا الخطر، ولا يُترك ذلك للأفراد إلا إذا كانت الأضرار بسيطة.

1 د / ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، سلطات الضبط الإدارى فى الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٣٤.

## (ج) إلتزام الإدارة بالتدخل أو الإمتناع عن التدخل:

وهذا يعنى أن هناك سلطة تقديرية للإدارة فعندما تحتم دواعى المحافظة على النظام العام تدخل الإدارة فإن ذلك يعتبر إلتزاماً قانونياً مفروضاً على الإدارة ؛ وهذا هو الأصل العام، ولكن مجرد تحقيق أسباب التدخل لا يُلزم الإدارة بهذا التدخل ؛ فقد ترى الإدارة أن تدخلها سوف يزيد الأمور تعقيداً، فإمتناع الإدارة عن التدخل يكون فى حالة وجود نص قانونى، أو عرف دستورى يضى بصيانة النظام العام، ولا حاجة هنا لتدخل الإدارة كما يجب على الإدارة الإمتناع عن التدخل فى الممارسة الحرة للنشاط الخاص.

وفى غير ذلك فقد أقر مجلس الدولة المصرى، والفرنسى أيضاً مبدأ إلتزام الإدارة بالتدخل فى حالة التهديد الخطير للنظام العام، ويجوز لها إصدار اللوائح التكميلية طالما لا تتعارض مع القانون، وتحقق غايته ؛ كما أن القضاء يبيح للإدارة تقييد الحرية فوق ما قيدها به القانون، إذا كان ذلك فى سبيل المحافظة على النظام العام<sup>١</sup>.

وقد أكد دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣م وتعديلاته على أهمية عدم مخالفة اللوائح للقوانين، أو تعطيلها حيث نص فى المادة رقم (٣٩) على أنه ” يضع الملك بمراسيم، اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً لها، أو إعفاء من تنفيذها، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه ”.

كما أجاز الدستور فى مادته رقم (٣٨) للملك إصدار مراسيم لها قوة القانون. فى حالات الضرورة. فيما بين أدوار انعقاد المجلس الوطنى، أو فى فترة حل مجلس النواب، إلا أنه وضع العديد من الضوابط لحماية الحقوق والحريات فى مثل تلك الحالات نظراً لخطورتها على حريات الأفراد، حيث أن جلالة الملك هنا يملك السلطتين التنفيذية والتشريعية فى آن واحد.

ومن تلك الضوابط شرط عدم مخالفة المرسوم بقانون لنصوص الدستور. كما وضع تلك المراسيم تحت رقابة المجلس الوطنى، إذ نص على أنه ” ... ويجب عرض هذه المراسيم على كل من مجلس الشورى، ومجلس النواب خلال شهر من تاريخ صدورها ؛ إذا كان المجلسان قائمين، أو خلال شهر من أول اجتماع لكل من المجلسين الجديدين فى حالة الحل، أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عُرِضت، ولم يقرها المجلسان، زال كذلك ما كان لها من قوة القانون ”.

كما أكدت المحكمة الدستورية لمملكة البحرين فى مجموعة المبادئ، والأحكام التي أرستها على أنه<sup>٢</sup> ” ... ولقد فرقت المذكرة التفسيرية للدستور فى تفسيرها للمادة (٣٨) بين

١ د / محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والإخطار فى القانون المصرى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، سنة ١٩٥٦م، ص ٣٦٥، مشار إليها د/ ممدوح عبد المطلب، سلطات الضبط الإدارى فى الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

٢ مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الأول، مملكة البحرين، سنة ٢٠٠٧، ص ١٢٨.



المراسيم بقوانين التي تصدر أثناء قيام الحياة النيابية، والمراسيم التي تصدر أثناء تعطيل الحياة النيابية، فالأولى فقط هي التي يسري عليها حكم المادة (٣٨) بحيث تزول إذا لم تعرض على المجلسين خلال شهر من تاريخ اجتماعهما، أو إذا رفضها المجلسان؛ أما الثانية فلا تزول قوتها القانونية عند اجتماع البرلمان بعد عودة الحياة النيابية؛ بل تعتبر قوانين قائمة ما لم يلغها البرلمان، أو يعدلها بقوانين أخرى. لأنها لا تخضع لحكم المادة (٣٨) التي لا تسري بدهاءة إلا عند قيام الحياة النيابية”

## المطلب الثاني

### مبادئ الرقابة القضائية على القرارات الإدارية

تقوم الدولة الديمقراطية على مبدأ المشروعية الذي يعنى وجوب احترام القواعد المحددة لسلطات الهيئات العامة، والمنظمة لإختصاصاتها، فتحدد الضوابط للإدارة، وعلى ضوء هذه الضوابط تدور تصرفات الإدارة إتساعاً، وضيقتاً على حسب الإختصاص الممنوح لها؛ فكلما كانت الهيئات العامة تتصرف على أساس سلطتها المقيدة فإن قدرتها تضيق، وحين يمنح المشرع الإدارة سلطة معينة فإنه يسلك أحد سبيلين:

(١) فهو إما يفرض عليها بطريقة أمرة الهدف المعين الذي يجب أن تسعى لتحقيقه، وأن يحدد الأوضاع التي عليها أن تتخذها للوصول إلى هذا الهدف، فتصبح سلطتها في هذه الحالة مقيدة، ويصبح عملها كعمل القاضى مقصوراً على تطبيق القانون على الحالات التي تتوفر فيها شروط التطبيق، وتُعد هذه السلطة المقيدة أكبر ضمان للحريه والحقوق العامة، إذ أن القانون يُلزم الإدارة بالإستجابة لطلبات الأفراد ما دامت توفرت فيها الشروط التي تطلبها، وبالتالي تكون تصرفات الإدارة فى إطار المشروعية، ومثال ذلك: منح ترخيص لفرد أستوفى جميع الشروط المتطلبة لمنحه.

(٢) وإما أن يترك المشرع للإدارة قدراً من الحرية لتقرر بمحض إرادتها إختيار وسيلة مشروعة للتدخل، أو الإمتناع عن التدخل فتصبح سلطتها فى هذه الحالة تقديرية، ومثال ذلك: تنظيم سير المركبات فى إتجاه معين، وفى وقت محدد، ومنعها فى أوقات، وأماكن أخرى فهو فى نطاق سلطة الإدارة التقديرية المخول لها بتنظيم المرور.

والسلطة سواءً كانت تقديرية، أو مقيدة ليست إلا وسيلة لتحقيق حكم القانون، وحسن

١ د / طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٧٣.

سير الإدارة، والإعتراف للإدارة بهذه السلطة التقديرية يؤكد إعتناق الدولة لمبدأ المشروعية، وسيادة القانون؛ لأنه في الدولة غير القانونية، أو البوليسية يكون للإدارة فيها سلطة مطلقة غير مقيدة أى سلطة تحكمية، فالمشرع حينما منح الإدارة قسطاً من حرية التصرف في موضوع ما قدر أن ذلك يحقق الهدف من هذا الموضوع أكثر مما لو قيدها بتوقيت، أو أسلوب معين للتصرف بشأنه، وبذلك يترك للإدارة حرية التصرف بموجب خبراتها السابقة<sup>١</sup>.

والسلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية لأنها تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية، وتبأشر في حدود هذه القاعدة، ولكن المشرع يتخلى عن تحديد نشاط الإدارة بشأن موضوع ما، أو في بعض جوانبه، أى أن المصدر الأساسي للسلطة التقديرية هو تخلف التنظيم القانوني المُلزم في شأن تصرف معين، أو جانب من هذا التصرف، أما إذا تولى القانون تنظيم هذا التصرف، أو هذا الجانب من التصرف بقواعد ملزمة، وأمرة فإن الإدارة تكون مقيدة بالالتزام بأحكام هذه القواعد<sup>٢</sup>.

كما أن السلطة التقديرية لاغنى عنها للإدارة التي تكون مُلزمة بتلبية متطلبات الحياة المتغيرة بل يجب أن تكون الإدارة قادرة على مواجهة كثير من المفاجآت، والتي لايمكن فيها الانتظار طويلاً حتى صدور تشريع لمعالجتها، فذلك يتطلب إجراءات، ووقتاً طويلاً لاحتتمله الأحداث؛ كما إن الإسراف في تقييد الإدارة يترتب عليه أوجم العواقب إذ يؤدي إلى شل حركة الإدارة في وقت يشهد فيه العالم حركات تحول واسعة النطاق تشمل مختلف الجوانب الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية؛ بالإضافة إلى ثورة المعلومات، ومن ثم فمن المصلحة العامة أن تكون للإدارة سلطتها التقديرية لمواجهة تلك التحولات الكبرى التي يشهدها عالم الإدارة العامة اليوم حتى تستطيع أن تتوافق مع المستجدات الحديثة مما ينعكس بالإيجاب على حقوق الأفراد وحرياتهم، وضمان تحقيق المشروعية في المجتمع<sup>٣</sup>.

وفي الواقع أن كل عمل إداري يحتوى على قدر من السلطة التقديرية، والإختصاص المقيد معاً فالإختلاف بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد هو إختلاف في الدرجة، وليس إختلافاً في الجوهر أو الطبيعة؛ بل إن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من الحرية في التصرف تضيق، أو تتسع على حسب الظروف، والإستثناء هو الإختصاص المقيد. كما أن التقدير والتقييد في القرارات الإدارية إنما يرد على ركن دون غيره من أركان القرار الإداري، وذلك للمواءمة بين حماية الحقوق والحريات العامة، ومقتضيات الحفاظ على الأمن والنظام

١ / د / منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، رسالة دكتوراة، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٥م، ص ٣٤٠.

٢ / د / طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٨٣.

٣ / المستشار / محمد مصطفى، السلطة التقديرية، رسالة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٧٤م، ص ص ٩٨-١١٩.

## العام بالدولة.

ومن التطبيقات القضائية لعدم خضوع السلطة التقديرية للإدارة لرقابة القضاء فى مملكة البحرين ما قرره المحكمة الكبرى فى حكمها بتاريخ ١٠/٧/١٩٩٩م<sup>١</sup> من أنه ” حيث إن القضاء لا يستطيع أن ييسر رقابته على الجانب التقديرى للإدارة ما لم تستعمل تلك السلطة لتحقيق غرض غير مشروع ؛ أو لم يجعله المشرع فى نطاق اختصاصها، مما تكون قد تجاوزت ما ترك لها من تقدير. وبالتالي فإن القضاء لا يتصدى للقرار الإدارى بالإلغاء ما لم يخل ركن من أركانه الخمسة المتمثلة فى السبب، والشكل، والاختصاص، والمحل، والغاية، وإذ إن القرار موضوع الدعوى قد صدر مستوفياً لأركانه،... مما تضحى طعون المدعية منتفية، مما يتوجب الحكم برفضها ”.

وإذا كان القضاء الإدارى الفرنسى، والمصرى، والبحرينى قد إعتاد على رفض إجراء الرقابة على عنصر الملاءمة بصدد القرارات المتخذة بناءً على سلطة تقديرية، وإكتفى برقابة مشروعية القرار الإدارى فقط ” الشكل، والسبب، والإختصاص، والمحل، والغاية ”، إلا أنه قد خرج على هذه القاعدة بصدد نوعين من القرارات لحماية الحقوق، والحريات العامة للمواطنين ؛ وهما: رقابة القضاء لعنصر الملاءمة فى حالة القرارات المقيدة للحرية فى مجال الضبط الإدارى، والنوع الثانى هو رقابة القضاء لعنصر ملاءمة العقوبة فى القرارات التأديبية ” حالة الغلو، أو عدم الملاءمة الظاهرة، أو الخطأ الساطع فى تقدير الجزاء ”.

ففى تلك الحالات أستقر فقه القضاء الإدارى، على أن القرار الإدارى المتعلق بالحقوق والحريات العامة، يجب أن يقوم على سبب صحيح واقعاً وقانوناً، وأن يكون هناك ثلاثة مستويات للرقابة على ركن السبب فى القرار الإدارى، ويطلق على المستوى الأول الرقابة الدنيا، ويقصد بها الرقابة على الوجود المادى للوقائع، أما المستوى الثانى فيمثل الرقابة العادية، ويقصد بها الرقابة على التكييف القانونى للوقائع، والمستوى الثالث فيمثل الرقابة القصوى، ويقصد بها رقابة الملاءمة، كالتالى:

**(المستوى الأول) الرقابة على الوجود المادى للوقائع**

أستقر كل من القضاء الإدارى المصرى، والفرنسى، وكذا القضاء البحرينى على رقابة الوجود المادى للوقائع المكونة لركن السبب فى القرار الإدارى، ولا سيما القرارات المتعلقة بالحقوق والحريات الشخصية للأفراد ؛ فإذا تبين أن جهة الإدارة أستندت فى تبريرها لإصدار قرارها على وقائع غير صحيحة من الناحية المادية فإنه يُعد قابلاً للإلغاء، ويستوى فى ذلك أن يكون الإستناد قد تم بحسن نية، أو سوء نية فإذا أعتقدت الإدارة خطأً بقيام الوقائع التى

١ المختار من الأحكام الصادرة فى قضايا جهات الإدارة، الإصدار الأول، مملكة البحرين، سنة ٢٠٠٠، ص ٦٥ وما بعدها، حكم المحكمة الكبرى المدنية ( الغرفة الثانية ) الدعوى رقم ٢٤٤٨، قاعدة رقم ٢٧، جلسة ١٠/٧/١٩٩٩م.

تدعيها، أو العكس إذا كانت عامة بإنعدام هذه الوقائع، وعدم توافرها ففى الحالتين يتم إلغاء القرار لإستناده إلى وقائع غير صحيحة<sup>١</sup>.

وقد تمسكت محكمة القضاء الإدارى المصري، ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا، منذ نشأتها بسلطتها فى الرقابة على مادية الوقائع المبررة إلى صدور كل قرار ضبطى، وأصدرت المحكمة فى هذا الصدد مجموعة من الأحكام الشهيرة التى حققت حماية حقيقية لحريات الأفراد<sup>٢</sup>؛ وقد حرصت محكمة القضاء الإدارى على فرض رقابتها للتحقق من صحة الوقائع التى يتكون منها ركن السبب فى قرار الإعتقال ليس فقط فى الظروف العادية<sup>٣</sup>، وإنما أيضاً فى ظل إعلان الأحكام العرفية.

ومن خلال استعراض بعض الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى المصري يمكن استخلاص مجموعة من المبادئ التى أرستها، وهى بصدد فرض رقابة حقيقية على الوجود المادى للوقائع المكونة لركن السبب فى قرار الإعتقال، وذلك على النحو التالى:

١. قررت المحكمة أن ” نظام الأحكام العرفية، وإن كان نظاماً استثنائياً، إلا أنه ليس بالنظام المطلق، بل هو نظام خاضع للقانون، وضع الدستور أساسه، وبين القانون أصوله، وأحكامه، ورسم حدوده، وضوابطه فوجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول، والأحكام وفى نطاق هذه الحدود، والضوابط، وإلا كان ما يتخذ من التدابير، والإجراءات مجاوز لهذه الحدود، أو منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون تُبَسَطُ عليه رقابة هذه المحكمة، وكل نظام للحكم أرسى الدستور أساسه، ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته. مهما يكن نظاماً استثنائياً. لمبدأ سيادة القانون، ومن ثم لرقابة القضاء).“

٢. ثم أوضحت المحكمة أنه بالرغم من إتساع نطاق السلطات التى يخولها القانون لسلطة الضبط الإدارى فى الظروف الإستثنائية فإن الرقابة القضائية هى التى تكفل الناس حقوقهم وحرياتهم العامة إذ قررت المحكمة إن ” رقابة القضاء هى دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعية، وحرياتهم العامة، وعندئذ يبقى النظام فى حدوده الدستورية المشروعة“<sup>٤</sup>

٣. قررت المحكمة أن إجراء الإعتقال يجب أن يُتخذ عند الضرورة القصوى، وبالتقدير الضرورى للمحافظة على الأمن فقضت بأن ” إجراءات الإعتقال، وتحديد الإقامة يجب ألا يُلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التى يستعصى فيها اللجوء إلى الإجراءات العادية لما فى

١ / د / طارق فتح الله خضر، القضاء الإدارى ودعوى الإلغاء، النسر الذهبى للطباعة، ط٢، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٢٢٦.

٢ / عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإدارى وحدوده، مطابع الطوبجى التجارية، القاهرة، سنة ١٩٩٣م، ص ٥٦٠.

٣ / د / محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإدارى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩١م، ص ٢٤.

٤ / حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢٠/٦/١٩٥٢م، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى فى خمسة عشر عاماً ١٩٦١، ١٩٤٦م، ص ٧٩.

ذلك من مساس بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري للمحافظة على الأمن”<sup>٤</sup>. ثم قررت المحكمة أن الخطورة على الأمن والنظام العام ” يجب أن تستمد من وقائع حقيقية منتجة في الدلالة على هذا المعنى، وأن تكون هذه الوقائع أفعالاً معينة يثبت ارتكاب الشخص لها، ومرتبطة إرتباطاً مباشراً بما يراد الإستدلال عليه بها”<sup>٥</sup>، وقد تشددت المحكمة في رقابتها للوجود المادى للوقائع المكونة لركن السبب في قرار الإعتقال فقررت أن ” مجرد إنتماء المدعى. لو صح. إلى جماعة ذات مبادئ متطرفة، أو منحرفة على الدستور، أو النظام الإجتماعى لا يعنى حتماً وبذاته اعتباره من الخطرين على الأمن بالمعنى المقصود من هذا اللفظ بمقتضى قانون الأحكام العرفية ما دام لم يرتكب فعلاً، وشخصياً أموراً من شأنها أن تصفه حقاً بهذا الوصف”<sup>٦</sup>

وبذلك تكون المحكمة قد كشفت عن المبدأ العام لسلوكها القضائى فقررت أن ”<sup>٣</sup> المحكمة تتشدد بنوع خاص في طلب الأسباب الجدية عندما يكون الأمر متعلق بالحرية الشخصية، ومن شروط الأسباب الجدية إنما تكون أسباباً منتزعة من وقائع ثابتة، ومرتبطة ارتباطاً مباشراً بما يراد الإستدلال بها عليه، ومنتجة في دلالتها”

ومن هنا يُلاحظ أن موقف محكمة القضاء الإدارى، وهى بصدد رقابة الوجود المادى للوقائع المكونة لركن السبب في قرار الإعتقال تشدد على التثبت من الوجود المادى لهذه الوقائع، وتمعن في تأكيد رقابتها وذلك بغرض حماية الحرية الشخصية من أى عدوان عليها.

### (المستوى الثانى) الرقابة على التكييف القانونى للوقائع "الرقابة العادية"

أستقر قضاء محكمة القضاء الإدارى، والمحكمة الإدارية العليا على أنه بعد قيامه بالتحقق من وجود وصحة الوقائع التى تقدمها سلطة الضبط الإدارى سناً لقرارها، فإن المجلس يفحص التكييف القانونى لهذه الوقائع، ويقوم القاضى بمراجعة التكييف الذى أسبغته الإدارة على هذه الوقائع، وما إذا كان من شأنها الإخلال بالنظام العام. ولذلك فرقابة محكمة القضاء الإدارى في هذا الشأن تكون رقابة قانونية.

وفيما يتعلق بقرارات الإعتقال فقد أستقر قضاء محكمة القضاء الإدارى على فرض رقابته على التكييف القانونى للوقائع المكونة لركن السبب في قرار الإعتقال، وذلك بإشتراط أن

١ حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٥٠٢٤ لسنة ٨ق، والصادر بجلسته ١٩٥٦/١/٣م، مجموعة السنة العاشرة، ص ١٢٨.  
٢ حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٤٢ لسنة ٦ق، الصادر بجلسته ١٩٥٢/٦/٣٠م، مجموعة السنة السادسة، ص ١٢٩٠.  
٣ حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٩٥٤ لسنة ١٣ق، الصادر بجلسته ١٩٦٠/٥/٣م، مجموعة السنة الرابعة عشر، ص ١٩٢.  
٤ د / حلمى عبد الجواد الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإدارى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، سنة ١٩٨٧م، ص ٢٠٨.  
٥ د / محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإدارى، مرجع سابق، ص ٥٧.

” يكون هذا السبب قانونياً تتحقق فيه الشرائط والمواصفات المطلوبة قانوناً”<sup>١</sup>

### (المستوى الثالث) الرقابة على أهمية وخطورة السبب فى قرار الضبط الإدارى ” الرقابة القصوى “:

لقد استقر قضاء محكمة القضاء الإدارى المصرى منذ نشأتها على إخضاع ملاءمة قرارات الضبط الإدارى لرقابتها عند تعلقها بالحريات العامة حيث قررت المحكمة أنه<sup>٢</sup> ” وإن كانت الإدارة تملك فى الأصل حريه وزن مناسبات العمل، وتقدير أهمية النتائج التى تترتب على الوقائع الثابت قيامها إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإدارى بمشروعيته ؛ ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور وخصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره فالمناطق فى هذه الحالة فى مشروعية القرار الذى تتخذه الإدارة هو: أن يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام باعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر، وللقضاء الإدارى حق الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه “

وإذا كان هذا هو مسلك محكمة القضاء الإدارى بالنسبة لقرارات الضبط الصادرة فى الظروف العادية ؛ فإنها لم تتردد فى بسط رقابتها على ملاءمة قرارات الضبط الصادرة من الحاكم العسكرى فى ظل الظروف الإستثنائية التى تقتضى إعلان الأحكام العرفية فقررت أنه ”... الإدارة، وإن جاز لها فى الظروف الإستثنائية أن تتخذ من التدابير الإستثنائية ما من شأنه المساس بتلك الحريات على وجه لا يجوز لها مباشرته فى الظروف العادية، إلا أن التصرف، أو التدبير الذى تتخذه فى هذا الشأن يلزم أن يكون ضرورياً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن، والنظام باعتبار هذا التصرف، أو التدبير هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر”<sup>٣</sup>.

وقد فرضت المحكمة رقابة أكثر تشدداً بشأن رقابة ملاءمة قرارات الاعتقال إذ أكدت أن ”.. إجراءات الاعتقال، وتحديد الإقامة يجب ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التى يستعصى فيها اللجوء إلى الإجراءات العادية لما فى ذلك من مساس

١ حكم محكمة القضاء الإدارى بجلسته ١٩٥٦/٣/٢٥م قضية رقم ١٢٧س٧، مجموعة السنة العاشرة، قاعدة رقم ٢٦٩ ص ٢٥٨، و بجلسته ١٩٥٣/٤/٢٩م قضية رقم ١٠٢٦ س٦، مجموعة السنة السابعة.

٢ حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى القضية رقم ١٠٢٦، جلسة ١٩٥٣/٤/٢٩م، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى، ص ١٠٢٧.

٣ حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى القضية رقم ٨٦٩ لسنة ١٤ق، الصادر بجلسته ١٩٦١/٤/١٨م، مجموعة أحكام القضاء الإدارى، السنة الخامسة عشر، ص ٢١٥.

## بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري اللازم للمحافظة على الأمن، والنظام العام".

ونخلص من هذا بأن تقدير الخطورة الناتجة عن هذه الأفعال وإن كانت متروكة لجهة الإدارة إلا أنه نظراً لتعلق الأمر بالحرية الشخصية. أو بتوقيع الجزاء. فإن القضاء الإدارى فى مصر، والبحرين قد فرض رقابته على هذا التقدير باعتبار أن هذا يتفق، ورقابة المشروعية على تلك القرارات لحماية الحقوق، والحريات العامة<sup>١</sup>.

وبالنسبة للقرارات التأديبية أيضاً كان توقيع عقوبة معينة على موظف من جراء خطأ وظيفى ارتكبه يدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة؛ فيكون لها سلطة تقدير مناسبة العقوبة فى حال الخطأ الوظيفى، ومن ثم لم يكن للقضاء أن يمارس رقابته على عنصر تناسب الجزاء الموقع ومدى الخطأ المرتكب؛ بل كان يُكتفى برقابة صحة الواقعة المبررة لإصدار قرار التأديب، وصحة الوصف القانونى لها.

إلا أن القضاء الإدارى فى مصر، والقضاء الموحد البحريني - مسابراً للقضاء الفرنسى. قد أقر لنفسه بحق رقابة عنصر الملاءمة في توقيع الجزاء فيقضى بإبطال القرارات التأديبية إذا تضمنت غلواً شديداً، أو عدم ملاءمة ظاهرة، أو واضحة بين الجرم التأديبى، والجزاء الموقع على الموظف<sup>٢</sup>.

ومن التطبيقات القضائية فى مملكة البحرين لمبدأ التناسب بين الجزاء الإدارى الموقع من قبل الإدارة، والجرم الذى وقع من الموظف، حكم المحكمة الكبرى المدنية "الدائرة الإدارية" بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٤م، والذي يفيد بأنه "من المقرر وفقاً لأحكام القرار الإدارى إن الإدارة خاضعة لرقابة القضاء الإدارى حال تطبيقها للقواعد القانونية للتحقق من الوجود المادى للوقائع؛ وللتأكد من أن هذه الوقائع كافية لتبرير إصدار القرار الإدارى. إذ تنصب رقابة القضاء على الإدارة فى هذه الحالة على التحقق من إنها قد استندت فى اصدار قرارها إلى وقائع موجودة من الناحية المادية، وصحيحة من الناحية القانونية... وأنه يتعين أن يكون الجزاء الموقع من جهة الإدارة يتناسب مع الجرم الذى يقع من الموظف كشرط لمشروعية قرار الجزاء. إذ أن السلطة التأديبية تتمتع بحرية تقدير الذنب وما يناسبه من الجزاء؛ بشرط ألا يشوب هذا التقدير غلو ممثلاً فى عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإدارى، ونوع ومقدار الجزاء؛ لأن التناسب فى العقاب يحقق هدف العقوبة التأديبية دون أن يؤثر فى أداء الإدارة لدورها..."<sup>٣</sup>

١ د / صبرى محمد السنوسى محمد، الاعتقال، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٨، ص ٢٩٥.

٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٧ قضائية الصادر فى ١١/١١/١٩٦١م، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة، ص ٢٧، بند ٣؛ وكذا الحكم الصادر بتاريخ ٢٢/٢/١٩٧٥م، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة، السنة العشرون، ص ٢٩٧.

٣ حكم المحكمة الكبرى المدنية، الدائرة الإدارية، الدعوى رقم ٣٢١١، البحرين، ٢٧/١٢/٢٠٠٤م.

كما أكدت محكمة التمييز على هذا المبدأ فى حكمها على الطعن رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٥م بقولها ”... أن سلطة التقدير التى تتمتع بها الجهة الإدارية فى شأن تقدير خطورة المخالفة، وما يناسبها من جزاء منوطة بالألأ يشوب استعمالها غلو؛ وذلك بأن تبدو الملاءمة ظاهرة بين درجة خطورة المخالفة، وبين نوع الجزاء ومقداره؛ وفى هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية، وهو ما يخضع لرقابة القضاء؛ فإذا شاب توقيع الجزاء غلوفى التقدير للمحكمة أن تنزل بالجزاء إلى القدر المناسب...”

## الرقابة على التفويض التشريعي لحماية حقوق وحريات الأفراد

رأينا فيما سبق مظاهر وأساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة؛ والإشكالية هنا فى مدى الرقابة على قرارات السلطة التنفيذية التى تتخذها بناءً على قيام البرلمان بتفويضها فى بعض اختصاصاته التشريعية ”التفويض التشريعي“، وبالتالي إكتساب القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية خصائص وقوة العمل التشريعي، لذا فإن التفويض التشريعي يؤدي إلى جمع السلطتين التشريعية، والتنفيذية بيد السلطة التنفيذية مما قد يشكل تهديداً لحقوق وحريات الأفراد<sup>١</sup>.

وقد أخذ الدستور البحريني بالتفويض التشريعي، حيث نص فى المادة رقم ٣٢ فقرة ”أ“ على أن ”يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، مع تعاونها وفقاً لأحكام هذا الدستور، ولا يجوز لأى من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها فى هذا الدستور؛ وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة، وبموضوع أو موضوعات بالذات، ويمارس وفقاً لقانون التفويض وشروطه“.

ويتضح من التمعن فى النص الدستوري السابق، أن المشرع الدستوري؛ ونظراً إلى خطورة التفويض على حقوق وحريات المواطنين قد تطلب العديد من الشروط لممارسة التفويض التشريعي. ومن تلك الشروط: ضرورة وجود نص فى الدستور يجيز التفويض، وصدور قانون من السلطة التشريعية يفيد التفويض فى موضوع أو موضوعات محددة على وجه الدقة، ولفترة زمنية محددة<sup>٢</sup>، فإذا خالفت السلطة التنفيذية هذه الشروط عدت قراراتها ”القرارات التفويضية“ غير مشروعة، ويجوز الطعن فيها أمام القضاء، ويمتتع البرلمان عن تصديقها.

١ راجع حكم محكمة التمييز، الطعن رقم ٣٩، جلسة ٢٧/٦/٢٠٠٥م، البحرين.

٢ للمزيد حول موضوع التفويض التشريعي راجع، د/ محمد المشهداني، د/ مروان محمد محروس المدرس، القانون الدستوري البحريني، مطبعة جامعة البحرين، مملكة البحرين، ص ١٨٦، ١٧٧.

٣ البرلمان عندما يصدر قانون التفويض يقوم بتحديد مديتين زمنيتين، فيحدد فى المدة الأولى، الفترة التى تستطيع السلطة التنفيذية خلالها إصدار الأوامر والقرارات التفويضية... أما المدة الثانية فيحدد فيها البرلمان الفترة التى ينبغي قبل انتهائها أن تودع القرارات التفويضية التى أصدرتها السلطة التنفيذية خلال مدة التفويض لدى البرلمان، وذلك لإقرارها من قبله أو رفضها، د/ محمد المشهداني، د/ مروان محمد محروس المدرس، القانون الدستوري البحريني، مرجع سابق، ص ١٨١.



وطالما أن التفويض التشريعي يصدر بقانون من السلطة التشريعية - كما ورد في الدستور - لذا فإن هذا القانون يخضع إلى رقابة المحكمة الدستورية العليا ؛ كما أن الأعمال ” القرارات التفويضية ” التي تصدر من السلطة التنفيذية. بناءً على التفويض التشريعي، وقبل التصديق عليها من البرلمان - تُعد أعمالاً إدارية، يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري.

وبالإطلاع على جميع النصوص الدستورية التقدمية السابقة يتبين إهتمام المشرع البحريني، وتأكيد على الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لضمان عدم توغّلها على حقوق وحرّيات الأفراد، وذلك في إطار مبدأ الفصل بين السلطات مع التعاون بينها.

ولئن كان من المهم النص على الحقوق والحرّيات العامة في الدستور، فإن الأهم من ذلك هو وضع هذه النصوص موضع التطبيق، بما يعنى مراعاة السلطة التشريعية لتلك الحقوق والحرّيات عند وضع التشريعات أو تعديلها، وذلك فضلاً عن إحترام السلطة التنفيذية لها، والإلتزام بمقتضياتها في علاقاتها بالأفراد ؛ إلى جانب إلتزام جميع الأفراد بها في العلاقات فيما بينهم.

والله ولي التوفيق،،،

# المسؤولية المدنية المترتبة على إفشاء المؤمن لأسرار المؤمن عليه

الدكتور مهند أحمد محمود صانوري

أستاذ مساعد بقسم القانون الخاص  
ومدير الدراسات العليا - جامعة العلوم التطبيقية بمملكة البحرين

الدكتور حازم سالم الشوابكة

أستاذ مساعد بقسم القانون الخاص  
كلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية بمملكة البحرين

## مقدمة

تكتسب دراسة الأسرار التجارية عموماً أهمية خاصة، وتزداد هذه الأهمية وضوحاً في كثير من المجالات التجارية، كما هو الحال بالنسبة لأسرار المحل التجاري وتلك المتعلقة بالأسرار البنكية وغيرها من المجالات التي يكون فيها للمعلومة أهميتها الخاصة.

إن توسع شركات التأمين في استخدام الوسائل الإلكترونية والأساليب العلمية الحديثة في مجال صياغة عقود التأمين ومعالجة المعلومات الخاصة بالمتعاملين معها بدأ يثير العديد من المشاكل القانونية، نظراً لسهولة الكشف عن هذه المعلومات وما تتضمنه من أسرار مسجلة على أقراص الحاسب الإلكتروني وأنظمتها بشتى صورها.

ولا شك أن هذا التطور كان له تأثيراً إيجابياً من حيث تيسير أداء شركات التأمين لأعمالها إلا أنه وبنفس الوقت كان يخشى دائماً أن ينعكس في بعض جوانبه سلباً، خصوصاً في موضوع إمكانية إفشاء أسرار المتعاملين سواء بقصد أو بدون قصد (خطأً) لاسيما وأنه إذا علمنا أن من أهم التزامات المؤمن في مواجهة شركة التأمين، وأبعد من ذلك هو التزامهم باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على هذه الأسرار.

وتجدر الملاحظة أن أغلب القوانين قد اتجهت إلى وضع جزاء قانوني على إفشاء سر

المهنة، غير أن تطبيق هذا الجزاء يرتبط بضرورة توافر صفة الأمين على السر.

ومن هنا يثور التساؤل حول متى يعتبر القائم بأعمال التأمين أميناً على السر؟ وما مدى خضوعه للجزاء الذي حدده المشرع إذا ما أفشى سراً من أسرار المتعاملين معه خاصة وأن النصوص القانونية لم تذكر شركات التأمين صراحةً ضمن الأشخاص الملزمين بالمحافظة على السر المهني. وعليه فقد نصت المادة (٣/٣٥٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته على أن «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من ٣..... - كان بحكم مهنته على علم بسر أفشاه دون سبب مشروع».

وتتوقف القوة الإلزامية للسرية المهنية عموماً، على الحماية القانونية التي منحها المشرع للأسرار وذلك بموجب نصوص صريحة، وبدون تلك القوة يكون كتمان الأسرار مجرد التزام أدبي وأخلاقي يرجع تقديره لمحض إرادة المهني، مما يجعل من تلك الأسرار عرضة للكشف والإفصاح عنها دون الالتفات لأهميتها أو خطورتها بالنسبة للشخص صاحب الحق في حفظها، والذي قد تضطره معاملات الحياة العملية للإفصاح عنها لشخص أو لجهة ما، ولولا ذلك لما أفصح عنها.

فالحماية القانونية كانت دوماً المصدر الرئيسي لاحترام المهني أسرار المتعاملين معه، وهي كذلك التي منحت هؤلاء المتعاملين الثقة والطمأنينة في أن خصوصيتهم ستكون موضع احترام واهتمام، إذ بدون هذه الحماية يصبح الالتزام بالكتمان مجرد كلمة جوفاء وخالية من المضمون<sup>١</sup>.

والملاحظ أن المشرع قد سلك في شأن ترسيخ الحماية القانونية للأسرار المهنية عموماً ثلاثة أساليب: الأول منها يتمثل في تجريم إفشاء الأسرار المهنية، والثاني إعطاء المتعامل صاحب الحق في حفظ الأسرار الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي لحق به جراء إفشاء المهني لأسراره. أما الثالث فيتمثل في فرض جزاءات تأديبية معينة يمكن توقيعها على من يفشي أسرار الغير في بعض المهن، والتي ليس من بينها مهنة التأمين.

وتعد المسؤولية المدنية التزاماً يقع على عاتق الشخص بتعويض الأضرار التي أحدثها الآخرون<sup>٢</sup>، وهي نوعين: عقدية، وهي التي تنشأ عن إخلال الشخص بالتزام مرتبط بعقد من العقود، على نحو يحدث ضرراً بالمتعاقد الآخر ومثالها: إخلال المؤمن بالتزامه بالامتناع عن إفشاء أسرار المؤمن عليه، في الأحوال التي يرد فيها بند يلزم المؤمن بهذا الواجب في عقد

١ المعدل بالقانون رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٧.

٢ د. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، ص ٧٧.

٣ د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات، «مصادر الالتزام»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، ٢٠٠٧م، ص ٢٤٤.

التأمين المبرم بينهما، أو التزام المشتري بعمل كدفع ثمن المبيع، أو قيام البائع بنقل حق عيني كنقل ملكية المعقود عليه.

والنوع الثاني: مسؤولية تقصيرية؛ وهي التي تنشأ عن الإخلال بواجب قانوني عام، يتمثل في عدم الإضرار بالآخرين<sup>١</sup>، كعدم إفشاء السر الذي يمثل واجباً قانونياً عاماً، ويؤدي الإخلال به إلى إلحاق الضرر حتماً بالشخص الذي افترض سره سواءً أكان ضرراً مادياً أو كان ضرراً معنوياً أصاب سمعته أو كرامته أو مركزه الاحتمالي.

ولما كان القانون هو مصدر الالتزام في المسؤولية التقصيرية؛ فإنه لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإخلال به؛ لأن القانون هو الذي يعفي منه في حالات ينص عليها<sup>٢</sup>. كما تختلف المسؤوليتان في ناحية تقدير التعويض، بحيث يعتبر تقدير التعويض مسبقاً بمقتضى شرط أو اتفاق أمر جائز بالنسبة للمسؤولية العقدية، وإن كان للمحكمة أن تعدل فيه بما يجعل التقدير مساوياً للضرر<sup>٣</sup>.

أما في المسؤولية التقصيرية، فإن تقدير التعويض مسبقاً أمر غير جائز، على اعتبار أن ذلك يعتبر إعفاءً جزئياً من المسؤولية، وهذا أمر غير جائز، خاصةً إذا كان مقدار التعويض المتفق عليه أقل بكثير من الضرر الحاصل، وهذا بخلاف ما ذهب إليه البعض من جواز تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية مسبقاً.

## إشكالية البحث

يمكن إدراك الإشكالية التي تناولتها الدراسة من خلال استعراض فرضية معينة تتمثل في أنه قد يحدث في الواقع العملي أن يؤمن شخص ما على ممتلكاته - كمصنع مثلاً - ضد مخاطر الحريق، ويتخذ في هذا السبيل كل وسائل الحيطة والحذر لتجنب تسرب معلومات مهمه - كتاريخ انتهاء عقد التأمين الخاص بها مثلاً - تتعلق بتلك الممتلكات إلى الغير حتى يتجنب الإضرار به من المنافسين الآخرين له.

من خلال الفرضية السابقة يمكن الوقوف على حقيقة الإشكالية التي تناولها الدراسة، وتزداد هذه الإشكالية وضوحاً من خلال التساؤل عما إذا كان يسأل المؤمن وتابعوه عن الأضرار

١ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧م، ص ٢٨٥.

٢ نصت المادة (٢٧٠) من القانون المدني على أنه: «يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار».

٣ نصت المادة (٣٦٤) من القانون المدني على أنه: «١ - يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. ٢ - ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك».

٤ د. فايز أحمد عبد الرحمن خليل، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٥م، ص ٧ - ٨.

التي تلحق بالمؤمن عليه عندما يقوم أحد المنافسين له على إحراق ممتلكات المؤمن عليه نتيجة اطلاعه على تاريخ انتهاء عقد التأمين الخاص بتلك الممتلكات مثلاً؟

كما يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية التي يمكن للمضروب من خلالها - في تلك الأحوال - مساءلة المؤمن ومطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به؟

## صعوبة البحث

حظي موضوع السر المهني عموماً بدراسات وأبحاث تناولت العديد من أوجه النشاط المتصور وجوده فيها، فهناك دراسات تناولت الجانب المتعلق بالسر المصرفي، وهناك دراسات تناولت التزام المحامي والطبيب بحفظ السر... الخ، غير أن تلك الأبحاث والدراسات لم تقدم تصوراً كاملاً يمكن تطبيقه على كافة أوجه النشاط التي يتصور فيها وجود أسرار يتعين كتمانها، فهي إما دراسات عامة تعرضت لمفهوم السر المهني بشكل سطحي دون سبر أعماقه أو أنها تناولت بعض جوانب هذا الموضوع بالنسبة لنشاطات محددة حصراً، دون بحث غيرها من النشاطات.

ورغم الأهمية التي تحظى بها بعض الوقائع والمعلومات التي تطلع عليها شركات التأمين - والتي يمكن أن يؤدي كشفها للغير إلى قيام المسؤولية القانونية لتلك الشركات، خاصة إذا ما استخدمها الغير لغايات الإضرار بالمؤمن عليه المعني بحفظها - فإن موضوع سرية تلك الوقائع والمعلومات لم يحظ بأي اهتمام، لا من جانب الفقه ولا من جانب التشريع، مما قد يبعث على الاعتقاد بأن موضوع السرية المهنية بالنسبة لشركات التأمين هو أمر غير متطلب فقهاً وتشريعاً.

ولعل من المفيد هنا التذكير، بأن دراسة السر المهني عموماً تواجه العديد من الصعوبات، التي يرجع معظمها إلى أن التشريعات التي فرضت على بعض المهنيين التزاماً بعدم إفشاء السر لم تبين ماهية السر الذي يتعين على المهنيين عموماً عدم إفشائه، كما تجنب الفقه تقديم تعريف ملائم يمكن أن يشمل جميع العناصر التي تجعل منه المرجع المناسب عند الرغبة في تحديد السر وتمييزه عن غيره.

ولما كان التأمين من المهن التي يلتزم ممارسوها باحترام السر فإنه يثور التساؤل حول المقصود بالسر الذي يلتزم المؤمن بعدم إفشائه.

وعلى فرض أنه يقع على المؤمن التزام بالمحافظة على أسرار عملائه، فإن التساؤل يثور حول الطبيعة القانونية التي يقوم عليها هذا الالتزام، خاصة وأن هذه الطبيعة لا تزال محل خلاف في الفقه والقضاء، حيث يبرز أمامنا اتجاهان متغايران الأول منهما يرى أنه التزام تعاقدى يرجع إلى العقد المبرم بين المؤمن عليه وشركة التأمين، بينما يذهب الآخر إلى أنه التزام قانوني يجد مصدره في القانون وليس في العقد.

وعلى ذلك يمكن إدراك مدى الصعوبة التي تواجه الدراسة، لذلك حاولنا التعرض للمشاكل القانونية التي يثيرها الموضوع والبحث عن الحلول المقترحة طبقاً لاتجاهات الفقه والتشريع، لا سيما وأنه لا توجد أحكام قضائية بهذا الشأن.

## منهج البحث

لما كانت غايتنا هي تناول موضوع التزام المؤمن بحفظ أسرار المتعاملين معه؛ فإن دراسة هذا الموضوع تتطلب منا الإطلال بإيجاز على عقد التأمين نخرج بعدها إلى إلقاء نظرة على مفهوم السر المهني باعتباره توطئة ملائمة لدراسة هذا الموضوع، فإن فهمنا ذلك سعينا لتحديد مفهوم السر في إطار ما تحصل عليه شركات التأمين من وثائق تتضمن في طياتها وقائع ومعلومات قد تكون محلاً للكتمان وتحديد ما يدخل منها في مضمون السر الذي يتعين على المؤمن حفظه، فإن انتهينا من ذلك كان لابد من التعرف على أطراف هذا الالتزام وتحديد صاحب الحق في مساءلة المؤمن في حالة إخلاله بالتزامه السابق والأساس الذي يستند إليه هذا الحق.

وعليه؛ فإن دراسة الآثار القانونية المترتبة على إفشاء المؤمن لأسرار المؤمن عليهم ستكون من خلال ثلاثة مباحث وذلك على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: ماهية عقد التأمين وخصائصه وأركانه.

المبحث الأول: المسؤولية العقدية الناتجة عن إفشاء أسرار المؤمن عليهم.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية الناتجة عن إفشاء أسرار المؤمن عليهم.

## المبحث التمهيدي

### ماهية عقد التأمين وخصائصه وأركانه

سيعرض هذا المبحث من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: نشأة عقد التأمين وتطوره في التشريع الأردني.

المطلب الثاني: تعريف عقد التأمين.

المطلب الثاني: ماهية السر.

## المطلب الأول

### نشأة عقد التأمين وتطوره في التشريع الأردني

عُرِفَ التأمين في الأردن منذ أواسط الأربعينيات مبتدئاً ببعض مكاتب الوكلاء لشركات عربية في عمان التي واجهت حظر تجارة النقل البري المتتابع و (الترانزيت)، وتأسست أول شركة تأمين في الأردن عام ١٩٥١م وهي شركة التأمين الأردنية. وفي العام ١٩٥٩م صدر نظام مراقبة أعمال شركات التأمين على البضائع رقم (٥) لسنة ١٩٦٥، والذي أُلغِيَ بصدور قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥.

وبصدور القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، بدأ عقد التأمين يلقى عناية المشرع الأردني الذي استعرض أحكامه في المواد (٩٢٠ إلى ٩٤٩) مبيناً بشكل عام تعريف عقد التأمين ومحدداً أركانه وشروطه، ومفصلاً أحكاماً لبعض أنواعه كالتأمين من الحريق والتأمين على الحياة، فضلاً عن تعداده لبعض أمثلة الأخطار التي يمكن التأمين منها دون تفصيل لها - تاركاً ذلك إلى القوانين الخاصة بها - حيث نصت المادة (٩٢٢) منه على أنه مع مراعاة أحكام المادة السابقة يجوز أن يتم التأمين ضد الأخطار الناجمة عن الحوادث الشخصية وطوارئ العمل، والسرقة، وخيانة الأمانة، وضمان السيارات، والمسؤولية المدنية، وكل الحوادث التي جرى العرف والقوانين الخاصة على التأمين ضدها.

وفي العام ١٩٨٤م أصدر المشرع الأردني قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، الذي أشارت فيه المادتان (٥٣ و ٥٤) إلى موضوع التأمين من المسؤولية المدنية، ولكنه لم يستعرض أحكامه أو يفصل شروطه وحقوق والتزامات أطرافه؛ لأنه قانون يُعنى أساساً بتنظيم عمليات التأمين من الناحيتين الفنية والإدارية، وقد أُلغِيَ هذا القانون بصدور قانون مراقبة أعمال التأمين الجديد رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٩ والقانون المعدل رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٢. كما أفرد المشرع الأردني نظاماً خاصاً بالتأمين الإلزامي على المركبات، حيث أصدر

١ د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد السادس، عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ص ٢٩.

٢ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٢٦٤٥) الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١م وأصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنشور على الصفحة رقم (٨٢٩) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤١٠٦) الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٣/١٦م.

٣ المنشور على الصفحة (١٩٠١) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٣٢٨٠) الصادر بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١٦م ويعمل به بعد مرور ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

٤ نصت المادة (٥٣) منه على أنه: «يجوز فرض التأمين الإجباري ضد بعض الأحكام وتحدد شروطه وأحكامه العامة وحدود المسؤولية فيه». ونصت المادة (٥٤) منه على أنه: «أ - تسري الحوادث البسيطة للمركبات التي تنتج عنها أضرار مادية ضمن الحد المقرر».

٥ المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٤٣٨٩، الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١١/١م، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

٦ المنشور على الصفحة (٥٤٨٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٥٧٢) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٧م، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٥<sup>١</sup> والقانون المعدل رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠<sup>٢</sup>، والذي تناول فيه موضوع التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات والصادر استناداً إلى نص المادة الخامسة من قانون السير رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٨<sup>٣</sup>.

## المطلب الثاني تعريف عقد التأمين

كان للمزايا العديدة التي حققها التأمين عموماً، الأثر الكبير في خروجه من مجاله المحدود كفكرة تعاونية إلى نطاق أوسع من خلال التنظيم التشريعي له بما يتفق مع تنوع مجالاته، الأمر الذي أدى إلى اتساع نشاط هيئات التأمين في مجالاته المختلفة.

ونظراً لما يمتاز به التأمين من مزايا خاصة به، فقد استهل القانون المدني الأردني المواد التي خصصها لأحكام التأمين، بتقديم تعريف له، حيث عرفته المادة (٩٢٠) منه بأنه: «عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط مؤجلة يؤديها المؤمن له للمؤمن»<sup>٤</sup>.

وهذا التعريف مستمد من المادة (٧٤٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٤، الذي تعرض للنقد الشديد من رجال الفقه؛ لأنه أغفل تبيان الجانب الفني للتأمين والمتمثل في العلاقة بين شركة التأمين وجمهور المؤمن لهم، استناداً إلى قانون الكثرة وأسس علم الإحصاء وحساب الاحتمالات والمبادئ الاكتوارية، وبالتالي عدم صلاحيته لتمييز عقد التأمين

١ المنشور على الصفحة (١٠٨٠) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٣٢١٤) الصادر بتاريخ ١٦/٢/١٩٨٤م ويعمل به اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

٢ المنشور على الصفحة (٢١٩٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٠٢٥) الصادر بتاريخ ١٥/٤/٢٠١٠م، ويعمل به اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

٣ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (٣٩٢٤) الصادر بتاريخ ١٧/٨/٢٠٠٨م، ص ٢٤٩٢، ويعمل به بعد مرور ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

٤ تقابلها المادة (٧٤٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المنشور في الوقائع المصرية بتاريخ ٢٩/٧/١٩٤٨م، العدد ١٠٨، والمادة (٦٨٦) من القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، والمادة (٧٧٣) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، والمادة (١) من قانون التأمين المغربي (مدونة التأمين)، المادة (١) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ١٠/٥/٢٠٠٥م، وهو عين ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، هيئة عامة، برقم ٢١٢٩/٢٠٠٣، المنشور في عدد الجريدة الرسمية لسنة ٢٠٠٤، ص ١٣٣٩.

٥ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عقود الفرر (عقد القامرة والرهن والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م، ص ١٣٧٥ - ١٣٨٣، فقرة ٥٤٢، د. السيد أبو الفتوح حنفاوي، الإثبات في التأمين البحري، الطبعة الأولى، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص ٦٤ - ٦٥، د. محمود الكيلاني، عقد التأمين من الناحية القانونية «النظرية العامة في التأمين»، التأمين من المسؤولية، التأمين البحري، التأمين على الحياة، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ٣٧.



عن عقود الغرر الأخرى، إضافة إلى أنه لم يتعرض للصفة التعويضية<sup>١</sup> في عقد التأمين.

في حين عرفته المادة الثانية من قانون مراقبة أعمال التأمين الأردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٩ بأنه: «وثيقة (بوليصة التأمين) التي يصدرها المؤمن وتشمل أي تعهد أو أي ملحق بها على أن لا تتطوي على أي إخلال بتعريف عقد التأمين المنصوص عليه في القانون المدني».

وعليه، يلاحظ أن عقد التأمين في التعريفات التشريعية السابقة ينطوي على علاقة قانونية بين طرفين الأول يلتزم بأن يضمن ويجبر الضرر الناشئ عن الخطر المضمون والمحدد في بوليصة التأمين (المؤمن)، في حين أن الطرف الثاني المعرض للخطر (المؤمن له) يلتزم بدفع قسط أو أقساط التأمين. بمعنى آخر أن هذه العلاقة القانونية تنشئ حقوقاً على طرفي العقد كما ترتب التزامات على كليهما. وعليه فقد عرفه الفقه على أنه: «عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بأن يعوض شخصاً آخر يسمى المؤمن عليه عن خسارة احتمالية يتعرض لها هذا الأخير مقابل مبلغ من النقود وهو القسط الذي يقوم المؤمن عليه بدفعه إلى المؤمن»<sup>٢</sup>.

وكما أسلفنا ونتيجة لتعرض التعريف التشريعي لعقد التأمين لانتقادات متلاحقة وخصوصاً من جانب الفقه المصري الذي كاد يجمع على ضرورة أن يراعى في تعريف عقد التأمين الجانب الفني إلى الجانب القانوني فقد أورد الفقه جملةً من التعريفات لعقد التأمين ومنها أنه: «عملية فنية تزاولها هيئات منظمة مهمتها جمع أكبر عدد من المخاطر المتشابهة وتحمل تبعاتها عن طريق المقاصة وفق قانون الإحصاء، ومن مقتضى ذلك حصول المؤمن عليه أو من يعنيه، حالة تحقق الخطر المؤمن منه على عوض مالي يدفعه المؤمن في مقابل وفاء الأول بالأقساط المتفق عليها في وثيقة التأمين»<sup>٣</sup>.

لذلك رأى جانب من الفقه<sup>٤</sup> «أنه يجب لأي تعريف صحيح للتأمين أن يتعرض لبيان كلا الجانبين... لفكرة التأمين وإلا كان التعريف ناقصاً».

وإزاء ذلك ذهب الفقه عموماً إلى أن أفضل تعريف للتأمين؛ هو أنه: «عملية يحصل بمقتضاها أحد الأطراف (وهو المؤمن له) نظير دفع قسط، على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر (وهو المؤمن)، تعهد يدفع بمقتضاه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر، وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء»<sup>٥</sup>، وبهذا المعنى يكون التأمين نموذجاً لتعاون مؤسسي يستند إلى أسس

١ د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص٤ وما بعدها، د. محمد علي عرفة، التقنين المدني الجديد، شرح مقارن على النصوص، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٥م، ص٥٤٢.

٢ Planiol et Ripert: Traite pratique de droit civil francais. T. 11. 1923, no., p. 1252

٣ د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٠م، ص١١.

٤ د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، المرجع السابق، ص٤.

٥ انظر في ذلك: Hemard J. «Theorie et pratique des assurances terrestres», Paris, 1924, T.I.P.

فنية وقانونية بين فئة غير محدودة من الأفراد، لمواجهة الأخطار التي تهدد كل واحد منهم.

## المطلب الثالث

### ماهية السر

سيعالج هذا المطلب تعريف السر وكذلك التعرف على الطبيعة القانونية الخاصة به، وذلك وفق فرعين متتاليين.

## الفرع الأول

### تعريف السر

لم يورد المشرع تعريفاً دقيقاً لمعنى السر، وهو أمر متوقع، وذلك لما يحمله هذا المصطلح من اتساع واختلاف من شخص إلى آخر، إلا أنه قد أورد ومن خلال المادة (١/٤) من قانون المناقصة غير المشروعة رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠ جملة من الخصائص<sup>١</sup> التي يتعين أن تتصف بها أي من البيانات والمعلومات حتى تعتبر سراً، والتي من خلالها يمكن أن تستهدي إلى تعريف فقهي للسر، على ما سنأتي عليه لاحقاً.

من جانبه حاول الفقه أن يضع تعريفاً قانونياً لهذا المصطلح حيث ذهب جانب منه إلى تعريف السر بأنه كل قول أو فعل ينبغي أن يظل مكتوماً لأن كشفه والبوح به من شأنه أن يضر بسمعة صاحبه<sup>٢</sup>.

فيما عرفه البعض الآخر بأنه واقعة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص، إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق<sup>٣</sup>.

في حين خلط جانب آخر من الفقه المصري بين مفهوم السرية والحق في حرمة الحياة الخاصة، فاستخدم في تعريف السرية نفس التعريف المستخدم لحرمة الحياة الخاصة فعرف

.73.74

مشاراً إليه في مؤلف د. أحمد شرف الدين، عقود التأمين، وعقود ضمان الاستثمار، «واقعتها الحالي وحكمها الشرعي»، مطبعة حسان، القاهرة، ١٩٨٢م، ص ١٩.

١ المتشور على الصفحة ١٣١٦ من الجريدة الرسمية في عددها رقم ٤٤٣٣ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢م والتي نصت على أنه: «لما قصد هذا القانون اعتبار أي معلومات سراً تجارياً إذا اتسمت بما يلي: ١. أنها سرية لكونها غير معروفة عادة في صورتها النهائية أو في مكوناتها الدقيقة أو أنه ليس من السهل الحصول عليها في وسط المتعاملين بهذا النوع من المعلومات ٢. وأنها ذات قيمة تجارية نظراً لكونها سرية ٣. وإن صاحب الحق أخضعها لتدابير معقولة للمحافظة على سريتها في ظل ظروفها الراهنة».

٢ د. مصطفى أحمد عبد الجواد، التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل، دراسة فقهية قضائية مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ١٩.

٣ د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٦٤١.

السرية بأنها ”حق الشخص في أن يحترم الغير كل ما يعد من خصوصياته، مادية كانت أم معنوية، أم مجرياته، على أن يتحدد في ذلك بمعيار الشخص العادي وفقاً للعادات والتقاليد والنظام القانوني القائم في المجتمع أو مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>١</sup>. على أننا نميل إلى القول بما يراه جانب من الفقه اعتبر أنه وعلى الرغم من أن الحق في السرية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بحرمة الحياة الخاصة إلا أنها «أي الحياة الخاصة» لا تصلح أن تكون تعريفاً للسرية، الذي قد يكون متصلاً بها، في حين قد يكون في أحيان أخرى غير ذلك فالسر العسكري أو السياسي أو المهني ليس له أية علاقة بالحياة الخاصة وحرمتها أو خصوصيتها<sup>٢</sup>. وعليه فإننا نرى أن الحق في السرية ما هو إلا صورة من صور الحق في حماية الحياة الخاصة. لذلك فإننا نميل مع أصحاب الرأي المشار إليه من أن السر هو كل ما ينبغي كتمانها لتحقيق مصلحة مشروعة يحميها القانون<sup>٣</sup>.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية للالتزام بالسرية

رغم تعدد النظريات القانونية والآراء الفقهية في موضوع تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالسرية، فإن ذلك لا يخرج من نطاق ثلاث نظريات محددة وهي نظرية الأساس التعاقدية تلك النظرية التي ظهرت مع محاولة تأصيل الالتزام بحفظ السر المهني<sup>٤</sup>. وتطبيقاً لها فإن التزام الطبيب على سبيل المثال بحفظ أسرار مرضاه الخاصة يجد مصدره في عقد العلاج المبرم مع المريض، والذي ينطوي بشكل صريح أو ضمني على التزام الطبيب بحفظ هذه الأسرار.

وبذلك تكون هذه النظرية قد أسست على مبدأ سلطان الإرادة والحرية في إبرام العقد، إذ إن مفهوم هذه النظرية يعطي لطريف العقد الالتزام بمضمونه، حيث يلتزم الطبيب المختار من قبل المريض بحفظ أسرارهِ إذ قد يكون مناط التزام الطبيب هو اطلاعه على كل الظروف والمسببات المرضية فعلى سبيل المثال قد تكون المعاشرات الجنسية غير الشرعية سبباً في الإصابة المرضية، أو التزام المؤمن على حياته بالإفصاح عن المسببات الحقيقية لتوقيعه عقد التأمين كأن يكون قد هدد بالقتل على سبيل المثال.

١ د. سعد علي رمضان، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالسرية، دراسة مقارنة، بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٧.

٢ د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية «دراسة مقارنة»، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والثمانون، ٢٠٠٩م، ص ٩.

٣ Garcio Cantretero (G): Approche fonctionnelle des règles juridiques régissant le secret et la transparence.

٤ د. نزيه المهدي، عقد التأمين، المرجع السابق، ص ١٤، يشير إلى: Delmas - Marty (M): A Propos du Secret Professionnel, D. 1982, chron., p. 268.

## المبحث الأول

### المسؤولية العقدية الناتجة عن إفشاء أسرار المؤمن عليه

تعتبر المسؤولية العقدية جزءاً من تنفيذ العقد، إذ إن تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً واجب يقع على عاتق المدين، وعليه تنص المادة (١/٣١٣) من القانون المدني الأردني: «ينفذ الحق جبراً على المدين به عند استحقاقه، متى استوفى الشرائط القانونية»<sup>١</sup>. ويثور التساؤل دائماً حول قيام المسؤولية العقدية بحق المدين لمجرد عدم تنفيذه لالتزامه العقدي، وغالباً ما تكون الإجابة على ذلك هو أن مجرد عدم التنفيذ لا يستتبع قيام مسؤولية المدين فوراً؛ بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى فعله وخطئه؛ بمعنى أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا إذا توافر الخطأ من جانب المدين، أما إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى توافر السبب الأجنبي فلا محل لمساءلة المدين<sup>٢</sup>.

ويعرف خطأ المدين على أنه انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين، يؤدي إلى مؤاخذته، إذ يفرض العقد المبرم بين الدائن (الطرف المنفذ لالتزامه) والمدين (الطرف الذي ينتظر فيه تنفيذ التزامه) جملة من الشروط التي يجب أن يلتزم بها الطرفان، أو أحدهما، وبالتالي فإن هذا الانحراف يمثل مخالفة لشروط العقد، تلك المخالفة التي تحمل في طياتها احتمالين أو نوعين للخطأ الذي يقع به المدين، خطأ قصدي وخطأ غير مقصود، ومعيار التفرقة بين النوعين، يكمن في الإجابة على السؤال التالي: هل قصد المدين جراً عدم تنفيذه لالتزامه إلحاق ضرر بالدائن أم لم تتجه نيته إلى ذلك؟

فإذا كانت الإجابة بنعم، فنحن أمام خطأ قد يفوق في حدود مسؤوليته المسؤولية العقدية ليرتقي إلى حدود المسؤولية التقصيرية (الغش)، فهو يهمل في تنفيذ التزام عقدي وواجب فرضه القانون، وهو بذلك يرتكب مخالفة تعد انتهاكاً لبدأ حسن النية الذي يفترض إلى أن يثبت العكس<sup>٣</sup>.

وعليه، فلا تقوم المسؤولية المدنية إلا إذا توافر خطأ المدين؛ أي ارتكاب المدين

١ يقصد بالشرائط القانونية ضرورة وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، وأن يكون الضرر الذي أصاب الدائن راجعاً إلى عدم تنفيذ هذا العقد، والعقد الصحيح هو ذلك العقد الذي توافرت أركانه الثلاثة الرضا بعنصره (الأهلية والإرادة الحرة)، والمحل الموجود أو القابل للوجود (الممكن)، المعين أو القابل للتعيين والذي أجاز القانون التعامل به، وسبب مشروع للعقد غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وانقضاء الشكلية للعقد إذا ما اشترطها المشرع ويجب كذلك أن يكون هذا العقد مبرماً بين المسؤول والمضروب، إذ يجب أن يكون المسؤول محلاً بالتزامه العقدي، سواء أكان هذا الالتزام أصلياً أم تبعياً، يرتب مسؤولية المدين العقدية، راجع في ذلك: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ٢٨٧، د. دريد محمود السامرائي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار مكتبة الشعب، ليبيا، ٢٠٠٤م، ص ١٩٠.

٢ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧م، ص ٢٣١ - ٢٣٢.

٣ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

لمخالفة عقديّة ينتج عنها ضرر يلحق بالدائن؛ أي ارتباط الضرر بخطأ المدين برابطة (علاقة) السببية<sup>١</sup>.

بل أكثر من ذلك فالدائن يستحق تعويضاً يقدر بمقدار الضرر الذي لحقه جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي أو تأخره في تنفيذه أو تنفيذه جزئياً أو معيباً، يستحقه عن الضرر المباشر المتوقع طبقاً لحكم المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني<sup>٢</sup>، ولكن بطبيعة الأمر بعد أن يثبت المضرور أن ضرراً قد لحقه جراء خطأ مدينه (بمخالفته لالتزامه العقدي)، إذ قد يتصور خطأ المدين دون أن ينتج عنه ضرر يلحق بالدائن.

ويستوي الأمر كون خطأ المدين وقع في صورة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقديّة (الخطأ الشخصي)، أو في صورة أن كان مرد هذا الخطأ أو الإخلال صادراً عن شخص تابع له كالموظف أو العامل لديه<sup>٣</sup>.

أما عن تقدير التعويض في حالة الخطأ العقدي، فقد أخذ المشرع الأردني وطبقاً لأحكام القانون المدني بمبدأ التعويض عن الضرر الذي وقع فعلاً، إذ نصت المادة (٣٦٣) منه على أنه: «إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه». وذلك تماشياً مع القواعد الفقهية والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً أو في مقابلة مال أحد أو تلف، وإلا كان أكلاً له بالباطل لأن أساس التعويض عند فقهاء الشريعة هو مقابلة المال بالمال<sup>٤</sup>.

ولنا أن نضيف في هذا المقام أنه قد يكون منطلق المشرع الأردني في تقرير هذا الحكم، إضافة لما سبق، كون المتعاقدين يستطيعان أن يتوقعا مقدار الخسارة التي قد تلحق بكل طرف إذا ما امتنع أو أخل الطرف الآخر في تنفيذ التزامه، في مرحلة ما قبل الالتزام تماشياً مع مبدأ «لا التزام إلا بمستطاع».

قد يكون التزام المؤمن بحفظ السر موضع بند في عقد التأمين المبرم مع المؤمن عليه، وبذلك يكون هذا الالتزام التزاماً عقدياً يتعين على المؤمن تنفيذه بحسن نية.

١ وتأييداً لما سبق فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن «انقطاع الإعالة بسبب طلاق تعسفي يشكل ضرراً يستوجب التعويض حيث نص الحكم على أنه «من المبادئ التي استقر عليها اجتهاد الفقه والقضاء أن الزوج المسيحي الذي يطلق زوجته المسيحية بعد اعتناقه الديانة الإسلامية فإنه يكون ملزماً بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء ذلك إذا كان ناتجاً عن تعسف الزوج، لأن الزوجة المسيحية التي طلقت تكون قد حرمت بعد الطلاق من إعالة زوجها لها والإنفاق عليها باعتبار أن عقد الزواج بين المسيحيين رابطة أبدية، وهذا مستفاد من قواعد الأحوال الشخصية للطائفة المسيحية». تمييز حقوق، ١٩٩٢/٣٦١، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤م، عدد ١، ص ٤٨٥.

٢ نصت المادة المذكورة على أنه: «إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه».

٣ د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، «مصادر الالتزام»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م، ص ٢٦٢.

٤ راجع في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٤٠٠.

ولما كان الإخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية يوجب المسؤولية العقدية في مواجهة الطرف المخل بالالتزام، فإن مفاد ذلك أن المؤمن يعتبر مخلاً بالتزاماته العقدية إذا لم يلتزم بحفظ الأسرار التي أطلعها عليها المؤمن عليه، والمسؤولية العقدية في هذه الحالة توجب التعويض، والتعويض قد يكون محددًا في عقد التأمين ابتداءً، وهو عادةً ما يطلق عليه مصطلح الشرط الجزائي، الذي يفرض على الطرف المخل بالالتزام، دفع مبلغ محدد جزافاً؛ أي أن المتعاقدين قدراه على نحو مبالغ فيه حتى يلتزم كل منهما بتنفيذ التزاماته، وينبغي هنا ملاحظة أن هذا التحديد غير ملزم للقضاء الذي غالباً ما يقوم بتخفيضه إلى الحد الذي يصبح فيه التعويض مساوياً للضرر الحاصل فعلاً، وقد يكون المبلغ غير محدد وفي هذه الحالة يحدده القضاء.

ومن المفيد هنا الإشارة إلى أن المؤمن بصفته شخصاً اعتبارياً، يكون مسؤولاً مسؤولية تعاقدية عن أفعال تابعيه التي أضرت بالمؤمن عليه نتيجة إفساء أسرار، شريطة توافر علاقة التبعية على النحو الذي بيناه سابقاً، وغالباً ما يكون ذلك في الحالة التي يتعذر فيها تحديد التابع المسؤول عن إفساء تلك الأسرار<sup>١</sup>.

ويفهم من ذلك أن المؤمن عليه الذي كشفت أسرار، لا يستطيع مساءلة الموظف التابع للمؤمن ومطالبته بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، حتى ولو تضمن عقد التأمين أو العقد الملحق به بنداً يقضي بالالتزام المؤمن بحفظ أسرار المؤمن عليه التي اطلع عليها، وعلّة ذلك انتفاء العقد فيما بين المؤمن عليه والموظف التابع الذي لا يمكن مساءلته في هذه الحالة إلا بواسطة دعوى المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية).

ويجدر الذكر هنا بأن المؤمن عليه يرجع بالتعويض على المسؤول بمقتضى دعوى الضمان، التي نصت عليها المادة (٢٧٢) من القانون المدني الأردني، والتي يكفي فيها أن يثبت المدعي الضرر الذي لحقه، والفعل الصادر عن المدعى عليه، وعلاقة السببية بين هذا الفعل والضرر.

وقد تطلب المشرع رفع هذه الدعوى خلال مدة ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه<sup>٢</sup>. فإذا لم يعلم بالضرر أو يقف على شخص من أحدثه فلا يبدأ سريان هذا التقادم، وعندئذ لا تسمع دعوى المضرور بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع الفعل الضار<sup>(٣)</sup>.

١ انظر تفصيل ذلك: موسى جميل إبراهيم النعيمات، التأمين من المسؤولية في ضوء قواعد المسؤولية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والإنجليزي، قسم الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٠٧ وما بعدها.

٢ نصت المادة (١/٢٧٢) مدني أردني على أنه: «لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه».

٣ نصت المادة (٣/٢٧٢) مدني أردني على أنه: «لا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار». تقابلها المادة (١٧٢) مدني مصري.

أما بخصوص كيفية التعويض، فمما لا ريب فيه أنه توجد أمام قاضي الموضوع عدة طرق للتعويض عن الضرر الناجم عن إفشاء أسرار المؤمن عليه، وإذا كانت إزالة الضرر<sup>١</sup> هي الطريقة المثالية، التي يكون لها بالغ الأثر في تعويضه، إلا أنه في حالات معينة يكون من المتعذر أو من غير الملائم التعويض عن الضرر بهذه الطريقة، ومنها الحالة التي نحن بصدد دراستها، فالسر بما يضمنه من وقائع ومعلومات أمر لا يمكن استرجاعه إذا ما نقل إلى الغير ولا يمكن إزالته من ذاكرة هذا الغير الذي اطلع على مضمونه نتيجة إخلال المؤمن أو تابعيه بحفظه، وعندئذ لا يكون أمام القاضي سوى اللجوء إلى التعويض بمقابل، وهذا المقابل قد يكون نقدياً أو غير نقدي<sup>٢</sup>.

والأصل أن التعويض النقدي هو الوسيلة التي يتم فيها تعويض المؤمن عليه المتضرر؛ بل هي الطريق الطبيعي لجبر الضرر وإصلاحه، باعتبار أن النقود تمثل وسيلة للتقويم، والتبادل<sup>٣</sup>، فضلاً عن كونها صالحة للحكم بها أيّاً كان نوع الضرر سواءً أكان مدنياً أم معنوياً، وهذا النقد قد يكون مبلغاً إجمالياً أو إيراداً مرتباً بمدد معينة.

أما التعويض غير النقدي، فهو تعويض من نوع خاص تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر<sup>٤</sup>، ويغلب الحكم به في الضرر المعنوي<sup>٥</sup>.

وينبغي ملاحظة أن أبرز مظاهر حسم دعاوى التعويض هي إعطاء القاضي سلطة تقديرية لتحديد التعويض، وإن كانت هذه السلطة تتأثر بحسب ما إذا كان القاضي ملزماً بأن يحكم بتعويض كامل<sup>٦</sup> أو بتعويض عادل ومدى الاستعانة بالخبراء والأخصائيين في تقدير التعويض.

١ يقصد بالتعويض العيني: إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ويختلف عن التنفيذ العيني، في أن الأخير يعبر فيه المدين على أن يؤدي ما التزم به عيناً، وبذلك يكون التنفيذ العيني قبل وقوع الإخلال بالالتزام، في حين يكون التعويض العيني بعد هذا الإخلال. انظر في ذلك: د. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م، ص ١٤١.

٢ موسى جميل النعمات، النظرية العامة في التأمين من المسؤولية التقصيرية، دراسة في قواعد المسؤولية في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ١٠٥.

٣ د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١م، ص ١٥٢.

٤ انظر طعن مصري رقم ٢١٣٠ لسنة ٦٧ق، جلسة ١٩٩٨/٣/٣م.

٥ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص ٣٩٦، ومثاله: الحكم بمصروفات الدعوى أو نشر الحكم في الصحف.

٦ نصت المادة (٢/٢٦٩) مدني أردني على أنه: «ويقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار، وذلك على سبيل التضمين».

٧ يقصد بالتعويض الكامل: التعويض الذي يهدف إلى إصلاح الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام، ويكون التعويض كذلك إذا تحقق التناسب بينه وبين الضرر دون الإعتداد بجسامة الفعل الضار إلا في حالات استثنائية كالحالة التي يشترك فيها فعل المضرور مع فعل الغير في إحداث الضرر. وتطبيقاً لذلك نصت المادة (٢٦٦) مدني أردني على أنه: «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار».

ولا نغفل هنا عن بيان أن لطلبات الخصوم دوراً في تحديد مقدار التعويض أيضاً، حيث يجب على قاضي الموضوع أثناء تقدير التعويض أن يتقيد بما يقدمه له الخصوم في عريضة الدعوى، ولا يحق له أن يتجاوز ذلك، وإلا كان حكمه عرضة للنقض.

كما أن للتحديد القانوني أو الاتفاقي للتعويض أثراً واضحاً في تقييد سلطة القاضي بالنسبة لمقدار التعويض، حيث قررت محكمة التمييز الأردنية أن «المادة (٣٦٤) من القانون المدني أجازت للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض كشرط جزائي، ومن واجب المدعى عليه أن يثبت خلاف ذلك، فإن تخلف عن الإثبات، فيكون ملزماً بالتعويض المقدر، ويكون الحكم بالتالي للمدعي بالتعويض عن غرامات التأخير سناً للشرط الوارد في العقد»<sup>١</sup>.

من خلال ما سبق تبين لنا أن تحديد التعويض أمر ليس باليسير، وتتداخل في تحديده أمور واعتبارات عديدة تشكل في مجموعها قيداً على حرية القاضي في تحديد مقدار التعويض المستحق.

وينبغي أخيراً الإشارة إلى أن تاريخ نشأة الحق في التعويض يتوقف على تاريخ وقوع الضرر<sup>٢</sup>، حيث نصت المادة (٣٦٣) مدني أردني على أنه: «إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه». فيما عدا الحالة التي يجب إعدار المدين فيثبت الحق في التعويض عندئذٍ من تاريخ الإضرار<sup>٣</sup>.

## المبحث الثاني

### المسؤولية التقصيرية الناتجة عن إفساء أسرار المؤمن عليه

١ نصت المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني على أنه: «١ - يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً على أن الإيجاب المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده. ٢. ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطلاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر».

٢ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الموقرة بأن مقدار التعويض عن الضرر «يجتنب على أساس قيمة البضاعة عند التسليم، ويشمل أجور الشحن حتى ميناء العقبة، وليس على أساس سعر البضاعة في بلد المنشأ فقط...». في حين ذهب المشرع المصري إلى «جعل وقت صدور الحكم هو الوقت المعول عليه لتقدير التعويض وإذا كان الضرر متغيراً، تعين على القاضي عند الحكم بالتعويض النظر في هذا الضرر، لا كما كان عندما وقع؛ بل كما صار إليه عند الحكم مراعيًا التغير الحاصل فيه وفي قيمته بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه».

٣ انظر في ذلك: د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، بيروت، ١٩٦٨م، ص ٧٣، د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨م، ص ٦٨، ٧٧، د. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص ١٧٢.



أفرد المشرع الأردني أحكاماً تفصيلية للمسؤولية عن الفعل الشخصي، جاءت على التوالي من المادة (٢٥٦) وحتى المادة (٢٨٧) من القانون المدني الأردني، إذ استند في وضع هذه الأحكام للمبدأ القانوني الذي قرره المادة (٢٥٦) من ذات القانون، والتي نصت على أنه: «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر». وعليه فمن أدى فعله إلى ضرر بالآخرين ينبغي أن يتحمل نتيجة هذا الفعل الضار. وذلك بتعويض المضرور<sup>١</sup>، وعليه فإن المشرع الأردني أقام المسؤولية التقصيرية على وجود الإضرار وليس الخطأ؛ أي أن يؤدي فعل الشخص إلى إلحاق ضرر بالآخرين، بمعنى أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مشروعة كجسم الإنسان أو ماله أو مركزه الاجتماعي<sup>٢</sup> فهي مسؤولية تقوم على مجرد وجود الضرر.

وعليه؛ فإن أركان المسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام القانون المدني الأردني هي الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بينهما، حيث يمثل الفعل الضار بالإخلال بواجب قانوني عام، يتمثل في عدم الإضرار بالآخرين<sup>٣</sup>. والإضرار يكون بالمباشرة، كما يمكن أن يقع بالتسبب وهذا ما قضت به المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها على أنه: «١ - يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. ٢ - فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر».

وعليه، قد يكون مرتكب الفعل الضار قد ألحق ضرراً بالآخرين بصفته مباشراً أو بصفته متسبباً، إذ قد يكون مباشراً عندما يكون فعله هو الذي أدى إلى إلحاق الضرر؛ أي وجود علاقة سببية بين الضرر الذي لحق بالمضرور والفعل الضار الذي ارتكبه المباشر له دون الالتفات إلى وجود القصد في ارتكاب الفعل من عدمه<sup>٤</sup>. أما المتسبب فهو كما عرفته المادة (٨٨٨) من مجلة الأحكام العدلية أنه: «إحداث أمر في شيء يقضي إلى تلف شيء آخر على ما جرت العادة ويقال لفاعله متسبب».

والتسبب إما أن يكون عمداً أو إهمالاً أو تقصيراً، ولا خلاف في تطلب التمييز في حالة العمد لأن العمد يتطلب إرادة والإرادة يلزم لها الإدراك والتمييز في صورة التسبب إهمالاً أو تقصيراً، فقد اختلف الفقهاء بشأن تطلب التمييز في المتسبب حتى يضمن الضرر الناتج عن فعله.

فمنهم من يرى أن لا مسؤولية على المتسبب إذا كان غير المميز في حالة الإهمال أو

١ د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

٢ د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، «مصادر الالتزام»، الطبعة التاسعة، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م، ص ١٢٣، د. دريد السامرائي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ١٩٦.

٣ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

٤ راجع في ذلك: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ١٧٢، كذلك نص المادة (١٦٧) من القانون المدني الليبي والتي جاء فيها: «يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز».

التقصير في حين يرى أصحاب الاتجاه الثاني بمسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب الناتج عن إهمال وتقصير مبررين ذلك بأن العبرة عند تقدير الضمان للفعل الضار وليس لفاعله<sup>١</sup> فهم يرون أنه من الممكن الأخذ بنظام التأمين الإجباري من مسؤولية عدم التمييز، كما هو متبع في حوادث السيارات، بحيث يجد المضرور من يستطيع أن يدفع له التعويض، ولا تلحق عدم التمييز مشقة إذا كان مسؤولاً.

ويتضح مما سبق أن إفشاء السر يمكن أن يقع بفعل بواسطة ممثليه، فضلاً عن إمكانية وقوعه بفعل أحد تابعيه، وهكذا يمكننا تصور عدة فرضيات يمكن أن يقع فيها فعل الكشف عن السر.

### أولاً - بالنسبة للمؤمن

تطبيقاً لنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني؛ فإن المؤمن الذي يكشف سراً لأحد المؤمن عليهم يكون قد باشر عملاً مضرراً، والضرر يوجب المسؤولية، وتأتي مسؤولية المؤمن هنا عن طريق ممثليه؛ لأن المؤمن شخص اعتباري يمارس نشاطه من خلال هؤلاء الممثلين، فهم الذين يعبرون عن إرادته، وعليه إذا أفشى أحدهم سراً لمؤمن عليه؛ فإن المؤمن يعتبر مسؤولاً عن ذلك، وإذا ترتب على ذلك الكشف ضرراً لحق بالمؤمن عليه صاحب الحق في حفظ السر؛ فإنه - أي المؤمن - يكون ضامناً للضرر ويلزم فاعله بتعويضه عنه.

وهذا الأمر يسري أيضاً على الحالة التي يطلع فيها المؤمن على أسرار شخص ما، دون أن يكون هذا الأخير مؤمناً عليه فلا يشترط القانون لمسائلة المؤمن أن يكون هناك عقد تأمين، ذلك أنه من المتصور أن يطلع المؤمن على أسرار المتعامل أثناء مرحلة التفاوض على إبرام العقد والتي لا تنتهي بإبرامه، كما يتصور أن يكون الكشف عن الأسرار لاحقاً بانتهاك عقد التأمين.

### ثانياً - بالنسبة للأشخاص التابعين للمؤمن

نصت المادة (٢٨٨/١/ب) من القانون المدني الأردني على أنه: «من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها».

وفهم من هذا النص أنه يشترط لتحقيق مسؤولية المؤمن عن جرم إفشاء أحد تابعيه لسر المؤمن عليه، أن توجد علاقة تبعية بينه وبين الشخص الآخر الذي أفشى السر، ومن أهم مظاهر هذه التبعية أن تكون له سلطة فعلية في الرقابة على الآخر وتوجيهه، وهذه السلطة كما

١ د. عبد السميع عبد الوهاب، الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، مكتبة وهبة، ١٩٨٨م، ص ٦٤. د. أبو زيد عبد الباقي، مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق بالكويت، السنة السادسة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٨م، ص ١٠٦.

هو واضح تقوم على عنصرين هما: الرقابة والتوجيه، فإن أحدث التابع ضرراً بالمؤمن عليه جراء كشف السر، كان المؤمن بصفته متبوعاً، مسؤولاً عن ضمان ما أحدثه تابعه من ضرر.

ولا وجه لمساءلة المؤمن المتبوع عن فعل الغير (تابعه) إذا كان هذا التابع يعمل لحساب نفسه ولمصلحته الشخصية، حيث تنتفي علاقة التبعية عندئذ، ويصبح هذا الشخص هو ذاته المسؤول عن نتائج أفعاله.

وعلى هذا الأساس يمكن تحديد مفهوم المتبوع بأنه «ذلك الشخص الذي يلتجئ إلى شخص آخر لإنجاز عمل معين لمصلحته وحسابه، ويصدر له الأوامر والتعليمات حول الطريقة التي يتعين عليه فيها أن يؤدي هذا العمل»<sup>١</sup>.

هذا وقد اشترطت المادة (١/٢٨٨ ب) مدني أردني أن يقع الضرر من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ويكون الأمر كذلك إذا كانت هناك علاقة سببية بين الضرر الحاصل والعمل الذي يقوم به التابع<sup>٢</sup>.

هذا وقد استبعد المشرع الأردني من نطاق مسؤولية المتبوع (المؤمن) الأضرار التي يحدثها تابعه بمناسبة الوظيفة (وليس بسببها) ويكون الفرض كذلك إذا اقتصر دور الوظيفة على تيسير ارتكاب الفعل أو تهيئة الفرصة لوقوع الضرر<sup>٣</sup>.

وبنفس الطريقة، فإن للمؤمن الحق في الرجوع إلى تابعه بما يكون قد أداه من تعويض للغير المضرور<sup>٤</sup>.

وينبغي أخيراً الإشارة إلى أن مسؤولية المؤمن المتبوع عن الأضرار التي يحدثها تابعه هي مسؤولية احتياطية؛ أي أنها أمر جوازي يرجع تقديره لمحكمة الموضوع، فهي صاحبة القرار في تحديد ما إذا كان المؤمن المتبوع ملزماً بالضمان المحكوم به على التابع أم لا، فإن قررت ذلك كان للمؤمن الحق في الرجوع إلى هذا التابع بما يكون قد أداه نيابة عنه من تعويض، ولعل ذلك راجع إلى كون الذمة المالية للأشخاص في التشريع الأردني هي ذمة منفصلة ومستقلة، بحيث لا يسأل شخص عن فعل غيره ولو في ماله<sup>٥</sup>.

ويتضح من جميع ما سبق، أن إفشاء أسرار المؤمن عليه للغير على خلاف رغبته، يؤدي

١ د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ١٢٢ - ١٢٣.

٢ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ٤١٦، انظر كذلك، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية رقم ٢٠٠٦/٢٥٦١ (هيئة خماسية) تاريخ ٤/٥/٢٠٠٧م، كذلك تمييز حقوق رقم ٢٥٠٢/٢٠٠٢ (هيئة خماسية)، تاريخ ١٢/١١/٢٠٠٢م، منشورات مركز عدالة.

٣ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ٤١٧.

٤ نصت المادة (٢/٢٨٨) على أنه: «ولن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به».

٥ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ٣١٧.

حتماً إلى إلحاق الضرر به، والضرر هنا قد يكون مادياً أو أدبياً<sup>(١)</sup>. وقد يجتمع الاثنان معاً فيلحق بالمؤمن عليه ضرر مادي وأدبي نتيجة فضح المؤمن أو أي من تابعيه لأسراره، مما يتعين معه مساءلة الشخص المتسبب بذلك مدنياً على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية على نحو ما سبق بيانه.

## الخاتمة

يتضح من مجمل دراستنا للسر المهني ومدى سريانه بالنسبة لشركات التأمين التي تأتي أعمالاً ذات مساس مباشر بالأشخاص الطبيعية والاعتبارية؛ أنه لا يجوز بحال التخلي عن فرض مثل هذا الالتزام على شركات التأمين التي غالباً ما تطلع على الأسرار الخاصة للمؤمن عليهم والذين يضطرون - أمام كثرة النماذج الخاصة بكل نوع من أنواع التأمين والتي يتعين تعيبتها بالمعلومات اللازمة والإجابة على الأسئلة والاستفسارات التي توجهها - إلى إطلاعها على تلك الأسرار، كما لا يخلو الأمر من محاولات شركات التأمين للحصول على المعلومات بوسائلها الخاصة.

وإذا كان مسوغاً لشركات التأمين أن تستعلم من الأشخاص الراغبين بالتأمين لديها فإن هذا المسوغ لا يجوز بحال أن يستعمل لغايات الإضرار بهم، خاصة وأتينا لا نتحدث هنا عن مجرد أسرار شخصية أو عائلية وإنما أيضاً عن أسرار مالية وتجارية قد يؤدي إهمالها إلى خسائر قد تصل إلى ملايين الدنانير. هذا فضلاً عن أنها غالباً ما تؤدي إلى اهتزاز الثقة التجارية التي ينبني عليها الهرم الاقتصادي لأي مجتمع.

فالأهمية الممنوحة للأسرار قد لا تقف عند النواحي المادية؛ وإنما تتجاوز تلك الأهمية في مداها تلك النواحي إذا ما تعلقت بأمور أدبية وأخلاقية يسعى كل امرؤ في المجتمع إلى كتمانها والحيلولة دون اطلاع الغير عليها، ولذلك أضحي السر محل اهتمام تشريعي يتناسب مع أهميته الحقيقية.

وقد أخذ هذا الاهتمام التشريعي شكل نصوص قانونية تضمنتها القوانين المختلفة

١ وقد تردد الفقه طويلاً في خصوص التعويض عن الضرر الأدبي ورأى البعض عدم ملاءمة ذلك باعتبار أن الغاية من التعويض هو جبر الضرر وهو أمر ينطبق على الضرر المادي الذي يمكن حساب الخسارة أو الكسب الفائت عنه مبلغ محدد يدفع للمضرور. ومع ذلك فقد انتصر الرأي القائل بإمكانية التعويض عن الضرر الأدبي باعتبار أنه إذا تعذر حساب الضرر الأدبي فلا أقل من أن يمنح المضرور عنه بعض المال ليكون فيه علي الأقل بعض السلوى والعزاء وما لا يدرك كله لا يترك كله. وتأكيداً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية وفقاً لما قضت به المادة (٢٦٧) مدني أردني من أن حق الضمان يتناول الضرر الأدبي، في حال الاعتداء على الغير في حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي، ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. أنظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٧/١٢/٥، تاريخ ٢٠٠٧/١٢/٥، منشورات مركز عدالة، أنظر كذلك، قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩٤/١٧٨٥ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٦/٣/١٩٩٥م، منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق رقم ٢٠٠٧/١٢/٥، تاريخ ٥/١٢/٢٠٠٧م، منشورات مركز عدالة، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤/٢٣١، ص ٨٢٢، انظر كذلك، ص ٢٠٦٨، تمييز حقوق رقم ٨٢/٧٦٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٢م، عدد ٦، ص ٨٢٢.

ومن خلال اتجاهين: اتجاه يهدف إلى تحقيق قدر من الردع النفسي من خلال توقيع العقاب الملائم على كل من يطلع على سر يستخدمه لغايات غير مشروعة. وفي الوقت ذاته توفير قدر من المواساة للشخص الذي فضح سره من خلال إشعاره بأن الشخص المسؤول قد لاقى جزاء فعله، واتجاه آخر يهدف إلى توفير قدر من التعويض المادي الذي يخفف من الخسارة الناجمة عن إفشاء السر.

وبين هذين الاتجاهين تتحقق معاني الحماية التي أراد المشرع توفيرها للأسرار الخاصة بالأشخاص المتعاملين مع المهني، هذا فضلاً عن أن بعض التشريعات الخاصة بأنواع محددة من المهن قد أفردت في فصولها نصوصاً تؤكد على أهمية الالتزام بواجب المحافظة على أسرار المتعاملين وعدم التفريط في حمايتها وإلا كان هناك جزاءات أخرى يمكن توقيعها بالإضافة إلى الجزاء الجنائي والتعويض المدني.

وبشكل عام فإن السرية المهنية تجد مجالاً واسعاً لتطبيقها على المهن التي يمكن لممارسيها الاطلاع على أسرار الآخرين، ومن بينها مهنة التأمين، ورغم أن الحماية التي تضمنتها القوانين المتعلقة تسد الحاجة عند إخلال المهني بحفظ الأسرار التي اطلع عليها، إلا أننا نرى أن يضاف إلى تلك الحماية حماية أخرى في نصوص قانون مراقبة أعمال التأمين، تفرض على المؤمن التزاماً صريحاً ومستقلاً بحفظ أسرار المؤمن عليهم، بحيث لا يكون واجبه هذا محلاً للجدال والنقاش في الأوساط الفقهية أو القضائية؛ بل وحتى لا يكون إغفال النص عليه وسيلة تتذرع بها شركات التأمين للحيلولة دون ملاحقتها جزائياً أو مدنياً.

ونحن إذ ندعو لوجهة النظر تلك فإننا نلتمس في دعوتنا هذه الخطى التي سلكها المشرع في شأن بعض المهن، بحيث تصبح الدعوات التي تستهجن هذا الأمر خالية من المضمون أو على الأقل في مواجهة حجة حقيقية محل تطبيق في الواقع العملي.

ولعل ما يعزز وجهة نظرنا هذه أن شركات التأمين تفرض على المؤمن عليهم التزامات كثيرة قد يترتب على مجرد الإخلال بها سقوط حق المؤمن عليه في الضمان أو إعفاء المؤمن منه أو فسخ عقد التأمين.... الخ، وفي مقابل التزامات أقل مفروضة عليها، مما يجعل فرص تحقق الربح الهائل أمراً في متناول يد شركات التأمين.

وخلاصة القول إن الالتزام بكتمان أسرار المؤمن عليهم أمر مفروض على شركات التأمين، ولا يغير من تلك الحقيقة القول بأن قانون مراقبة أعمال التأمين يخلو من النص عليه صراحة، ذلك أن النصوص الجزائية والمدنية تسد الحاجه التشريعية التي تفرض مثل هذا الإلزام على شركات التأمين.

## قائمة المراجع

أولاً - المراجع القانونية باللغة العربية:

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م.
- د. أحمد شرف الدين، عقود التأمين، وعقود ضمان الاستثمار، «واقعها الحالي وحكمها الشرعي»، مطبعة حسان، القاهرة، ١٩٨٢م.
- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، «مصادر الالتزام»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م.
- د. السيد أبو الفتوح حنفاوي، الإثبات في التأمين البحري، الطبعة الأولى، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧م.
- د. حسن حنتوش الحسنواوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م.
- د. دريد محمود السامرائي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار مكتبة الشعب، ليبيا، ٢٠٠٤م.
- د. سعد علي رمضان، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالسرية، دراسة مقارنة، بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عقود الغرر (عقد المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م.
- د. عبد السميع عبد الوهاب، الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، مكتبة وهبة، ١٩٨٨م.
- د. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م.
- د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، بيروت، ١٩٦٨م.

- د. محمد علي عرفة، التقنين المدني الجديد، شرح مقارن على النصوص، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٥م.
- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٠م.
- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، «مصادر الالتزام»، الطبعة التاسعة، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م.
- د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد السادس، عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.
- د. محمود الكيلاني، عقد التأمين من الناحية القانونية «النظرية العامة في التأمين»، التأمين من المسؤولية، التأمين البحري، التأمين على الحياة، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
- د. مصطفى أحمد عبد الجواد، التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل، دراسة فقهية قضائية مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨م.
- موسى جميل النعيمات، النظرية العامة في التأمين من المسؤولية التقصيرية، دراسة في قواعد المسؤولية في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.

#### ثانياً - الرسائل العلمية:

- د. فايز أحمد عبد الرحمن خليل، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٥م.
- موسى جميل إبراهيم النعيمات، التأمين من المسؤولية في ضوء قواعد المسؤولية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والإنجليزي، رسالة ماجستير، قسم الدراسات

القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

ثالثاً - الأبحاث والمقالات:

- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١م.
- د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام بالسرية والمسؤولية المدنية «دراسة مقارنة»، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والثمانون، ٢٠٠٩م.
- خامساً - المراجع القانونية باللغة الأجنبية:
- Garcio Cantrero (G): Approche Fonctionnelle des Regles Juridiques Regissant Le Secret et La Transparence
- Planiol et Ripert: Trait Pratique de Droit Civil Francais. T. 11. 1923





# متابعات قانونية





أولاً:

## الطاولة المستديرة

المنعقدة بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بعنوان:

# قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرانية

في إطار حرص هيئة التشريع والإفتاء القانوني على تطوير التشريعات حتى تتواءم مع المتغيرات المعاصرة، عقدت الهيئة طاولة مستديرة بعنوان "قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرانية" وذلك بمقر الهيئة يوم الاثنين الموافق ٢٩/٤/٢٠١٣ وتناولت الطاولة عدة محاور تتمثل في الآتي:

- المحور الأول: اشتراطات وإجراءات إصدار تراخيص البناء.
- المحور الثاني: الصعوبات التي تواجه القائمين بأعمال البناء.
- المحور الثالث: دعاوى البناء.
- المحور الرابع: المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء.
- المحور الخامس: الاتجاهات الحديثة في البناء.

وقد حضر اجتماع الطاولة المستديرة كل من:

أولاً: من جانب هيئة التشريع والإفتاء القانوني:

المستشار/ عبدالله بن حسن البوعيين	رئيس الهيئة
المستشارة / معصومة عبدالرسول عيسى	نائب رئيس الهيئة
المستشار / مال الله جعفر الحمادي	مدير إدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار / خالد إبراهيم عبدالغفار	مدير إدارة الإفتاء القانوني والبحوث
المستشار / محمد يس لطيف شاهين	ممثلاً عن الهيئة
الشيخة مريم بنت عبدالوهاب آل خليفة	المستشار المساعد بالهيئة
جواهر عادل عبدالرحمن	المستشار المساعد بالهيئة
نورة عبدالرؤوف البوعينين	الباحث القانوني بالهيئة
سعود عبدالعزيز محمد المالكي	الباحث القانوني بالهيئة
أحمد محمد أحمد علي عبدالله	الباحث القانوني بالهيئة
منيرة محمد المنصور	أخصائي تطبيقات حاسب آلي

### ثانياً: الجهات المعنية الأخرى:

المهندسة / لمياء الفضالة	مدير إدارة الخدمات الفنية بالبلدية الوسطى
المهندس / كاظم علي عبداللطيف	مدير تخطيط وتصميم الطرق بوزارة الأشغال
المهندس / جميل أحمد ميرزا	رئيس مجموعة الهندسة المعمارية (٢) بوزارة الأشغال
المهندسة / نجمة عبدالرضا	مشرف خدمات المشاريع بالمركز البلدي الشامل
المهندس / سالم القوتي	رئيس قسم تراخيص البناء بالبلدية الوسطى
السيدة / أميرة حسن الطعان	مستشارة قانونية بغرفة تجارة وصناعة البحرين
المهندس / مازن أحمد العمران	عضو بلجنة مزاولة المهن الهندسية
المحامي / فريد غازي	
رئيس النيابة / حسين الصيرفي	
المهندس / محمد الخزاعي	أمين سر جمعية المهندسين

وانطلاقاً من الهدف الذي تسعى إليه مجلة ”القانونية“ التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني والمتمثل في نشر المعرفة القانونية للمختصين والعاملين وكافة المعنيين بما يسهم في تطوير العمل القانوني، فإن المجلة تنشر الحوارات والنقاشات والتوصيات التي تناولتها الطاولة المستديرة وذلك على النحو الآتي:

# قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرائية

## المقدمة

المستشار/ عبدالله بن حسن البوعينين:

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، في البداية أشكر لكم استجابتكم للدعوة السريعة، فقد تم تنظيم هذه الطاولة المستديرة في وقت ضيق وبسباق مع الزمن، وذلك حتى نستطلع ونصل إلى أعمق نقطة أخذ برأي المختصين في هذا الشأن، فالقانون إذا جاءت صياغته في غرف مغلقة يفتر إلى الواقع العملي، والواقع العملي هو البيئة الحقيقية التي يعيش فيها القانون ويعكسها المختصون والمتعاملون فيه، لذا جاء جمع المختصين تحت سقف واحد وهم المطبقون والمنفذون، والمختصون بالصياغة، والمختصون بحماية القانون في حالة المخالفة في موضوع المحاكم وتنفيذ الإجراءات، وحاولنا أن نجمع بقدر المستطاع من المختصين في هذا المجال.

ونحن لنا تجربة سابقة، انعكست إيجاباً على صياغة قانون التطوير العقاري، وذلك حينما عقدنا مؤتمر وقت صياغة القانون، وكانت فكرة القانون متجهة باتجاه معين في البداية، ثم عند صياغة القانون أخذ برأي المختصين والمتعاملين فيه أثمرت الصياغة عن توجه آخر سيكون أقرب في التطبيق العملي لأن المتعاملين فيه مقتنعون بأنه هو الصيغة القريبة للواقع العملي في مملكة البحرين، فقانون التطوير العقاري أحالته الحكومة إلى مجلس النواب وهو في مراحل إصداره وإن شاء الله يتكلل بالنجاح ويتم الانتهاء منه قبل نهاية الفصل التشريعي الحالي.

وسيكون عنوان طاولتنا المستديرة لهذا اليوم هو "قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرائية" حيث إن قانون تنظيم المباني صدر في عام ١٩٧٧ في ضوء المتطلبات في تلك المرحلة، وكانت الاشتراطات التي تضمنها والتعديلات التي أجريت عليه تلبية للاحتياجات التشريعية في تلك الفترة، والتنمية العمرائية اليوم تحتاج إلى أن تكون هناك قواعد واضحة يعرفها ويعلمها جميع الشركاء المتعاملين في هذا القانون، فإذا كان القانون بعيداً عن

المهندس، بعيداً عن النيابة العامة والقضاء، بعيداً عن التطبيق العملي بالنسبة للمتعاملين مع هذا القانون والمستثمرين، فاعتقد لن يفهم احد مضمون هذا القانون ولن يعرف كل شخص حقوقه والتزاماته، فالمتغيرات السريعة والتعديلات السريعة التي تأتي على القانون بعد إصداره، دائماً تحدث نوعاً من الإرباك، لذلك ارتأينا اليوم أن يكون اجتماعنا جامعاً لأهل الاختصاص، وعليه قسمنا المحاور في هذه الطاولة المستديرة إلى خمسة محاور وهي:

١. اشتراطات وإجراءات إصدار تراخيص البناء.
٢. الصعوبات التي تواجه القائمين بأعمال البناء.
٣. دعاوى البناء.
٤. المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء.
٥. الاتجاهات الحديثة في البناء.

والهدف من هذه الطاولة المستديرة هو الوصول إلى فهم مشترك للقانون والخروج بتوصيات إذا ما كانت هناك بعض الثغرات أو القصور الذي يحتاج إلى تعديل أو إضافة وتمحيص وتفحص وتشخيص القانون من حيث الإيجابيات والسلبيات، للوصول لأفضل قواعد قانونية تناسب المتعاملين فيه، وسيبدو ذلك واضحاً في المجلة القانونية التي ستصدرها الهيئة قريباً بمشيئة الله.

وقبل الانتقال إلى المحور الأول، أعطي الكلمة إلى المستشار/ محمد ياسين الذي سيمثل وجهة نظر الهيئة في هذه الطاولة المستديرة.

## المستشار / محمد ياسين:

ممثلاً عن هيئة التشريع والإفتاء القانوني

في البداية نرحب بضيوفنا الكرام، ونشكرهم على تلبية الدعوة لحضور هذه الندوة، وبإذن الله سيكون لآرائهم وأفكارهم ومقترحاتهم دور بارز في تعزيز ودعم التنمية العمرانية التي تشهدها مملكة البحرين من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذه الآراء والأفكار والمقترحات سوف يتم إفراغها في صورة توصيات للجهات القائمة على التشريع في المملكة سواء للسلطة التشريعية بجناحيها وهما مجلس الشورى ومجلس النواب للأخذ بها فيما تسنه تلك السلطة من تشريعات تتعلق بتنظيم المباني، أو للحكومة فيما تقترحه من تشريعات في هذا الشأن أو ما تصدره من قرارات لائحية تنظم أعمال البناء، وذلك كله من أجل أن تتماشى تلك التشريعات مع عجلة التنمية والتطورات التي حدثت في قطاع الإنشاء والتعمير، وبإذن الله هذه التوصيات سوف يتم نشرها في مجلة الهيئة التي سوف يتم توزيعها على كافة الجهات بالمملكة.

يحكم تنظيم المباني في المملكة تشريع أساسي إلى جانب عدة تشريعات مكملته، نعرض لها تباعاً، إلى جانب مشروعات القوانين المعروضة على السلطة التشريعية، ويتمثل التشريع الأساسي الذي يحكم تنظيم المباني في قانون تنظيم المباني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٧، الذي تم تعديله مرتين، المرة الأولى عام ١٩٩٣ بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٣ الذي عدل المادة (٢٠) من القانون والتي أسندت لمجلس الوزراء وضع الاشتراطات التنظيمية للتعمير ولوزير الإسكان الذي حل محله بعد ذلك، الوزير المختص بشؤون البلديات إصدار الخرائط التفصيلية لمناطق التعمير والمعالم العمرانية المميزة بالاشتراطات التنظيمية لمشروعات وزارة الإسكان، والتعديل الثاني تم سنة ٢٠٠٥ بالقانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٥ الذي استبدل الوزير المختص بشؤون البلديات بوزير الإسكان في المادة (٢٠) المشار إليها، غير أن هذين التعديلين لم يجريا على قانون تنظيم المباني أية تعديلات أخرى منذ صدوره عام ١٩٧٧ أي منذ ٣٦ سنة.

وبلمحة سريعة على مواد القانون، باعتبار أن بعض مواد القانون قد أصبحت محل نظر لتغير طبيعة الأحكام التي تشتمل عليها، وسنستمع لآراء حضراتكم حول تطبيق نصوص هذه المواد من الناحية العملية، حيث نجد أن المادة الأولى من قانون تنظيم المباني أوجدت التزاماً بعدم جواز تشييد بناء أو إقامة أعمال أو إضافة أي جزء إليها أو هدمها أو هدم أي قسم منها أو إجراء أي تعديل فيها بالتوسعة أو التعلية أو الدعم، أو تغيير معالم الأرض بحفرها أو ردمها، إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من البلدية المختصة، معنى الكلام وبمفهوم المخالفة أنه في حال عدم قيام المالك باستخراج الترخيص لكافة الصور والأعمال الواردة في هذه المادة قبل مباشرتها يعتبر إخلالاً بالتزامه باستخراج الترخيص المطلوب، وبالتالي يعرضه لنوعين من الجزاء، الجزاء الأول وهو وقف العمل أو البناء الخاضع للترخيص من جانب البلدية المختصة وهذا الجزاء مقرر في المادة (٢) من القانون، إلى جانب الجزاء الجنائي المقرر في المادة (٢٣) من ذات القانون.

وهنا يثور في هذا الجانب تساؤل ما هو الضابط الذي يأخذ في الاعتبار لدخول أعمال البناء المنصوص عليها في تلك المادة، فهي أعطت أمثالا لصور من أعمال البناء التي يجب الحصول على ترخيص بشأنها، لذا نريد أن نعرف كيفية تطبيق هذه المادة من الناحية العملية، وهل هذه المادة حصرت كافة صور أعمال البناء أم أن هناك أعمال بناء بسيطة يمكن التفاوض عن الترخيص فيها؟ فعلى سبيل المثال لو أراد شخص أن يفتح نافذة للمكيف فهل يجب أن يحصل على ترخيص؟ أم أن هذا العمل ليس من الأعمال الخاضعة للترخيص؟ رغم أنه عمل مهم جداً لأنه لو قام العمل بنفسه ودون ترخيص وبدون إشراف من الجهة المختصة ممكن أن يعرض حياة المارة إلى الخطر.

ثم تناولت المواد (٣، ٤، ٥) من القانون طلب الترخيص - كيفية تقديمه. والإدارة التي



يقدم إليها والمستندات والبيانات والرسومات التي يجب أن تقدم معه، ونلاحظ أن المشرع أعضى المشرع من تقديم الرسومات المطلوبة في حالة صغر مساحة الأرض المزمع إقامة البناء عليها، أو انخفاض قيمة البناء أو قيمة تكاليف حفر الأرض أو ردمها وغير ذلك من الأسباب الأخرى التي تقررها اللائحة التنفيذية.

ثم تناولت المادتان (٦، ٧) إجراءات البت في الترخيص ومواعيده، فالمادة (٦) أوجبت موافقة اللجنة على طلب الترخيص قبل إصداره (حيث يثور التساؤل حول مدى وجود هذه اللجنة في الوقت الحاضر) خاصة وأن (الهيئة البلدية المركزية) تم إلغاؤها بقانون البلديات سنة ٢٠٠١.

ورثت المادة (٧) على انقضاء المواعيد المقررة للبت في طلب الترخيص دون البت فيه بالقبول أو الرفض، بمثابة موافقة ضمنية على الترخيص إذا أخطر طالب الترخيص البلدية بعزمه على البدء في العمل المطلوب الترخيص به بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار ولم يتلق رداً مسبباً من البلدية خلال تلك المدة، فقد أخذ المشرع بفكرة الترخيص الضمني بحسبان أن عدم البت في طلب الترخيص يعد تعطيلاً للاستثمارات العقارية وخسارة لرأس المال، وتعطيلاً لقيام الأفراد باستغلال أموالهم طبقاً للقانون.

أما المادة (٨) فتناولت إلحاق جزء من الأملاك العامة بأرض مطلوب الترخيص بها إذا اقتضى ذلك التنظيم - أو إلحاق جزء من عقار خاص بالأملاك العامة.

وهنا يثور التساؤل: هل هذا الحكم يطبق من الناحية العملية وكيفية تطبيقه خاصة في ظل وجود قانون الاستملاك بالنسبة لإلحاق جزء من عقار خاص بالأملاك العامة.

والمادة (٩) اشتملت على ضوابط إصدار الترخيص فأوجبت أن يكون البناء أو العمل مطابقاً للأصول الفنية والمواصفات العامة والشروط الصحية ومقتضيات الأمن والسلامة والمتانة والجمال الفني.

وأشارت المادة (١٠) إلى أن منح الترخيص لا يترتب عليه مساس بحقوق ذوى الشأن المتعلقة بالأرض المبينة في الترخيص.

وتناولت المواد (١١، ١٢، ١٣) التزامات المرخص له والمهندس أو المقاول عن تنفيذ البناء أو الأعمال طبقاً للرسومات والمستندات التي منح الترخيص على أساسها، مع الالتزام بخطط التنظيم أو حد الطريق، وضمان سلامة البناء والمباني المجاورة.

أما المادة (١٤) فتناولت مدة الترخيص وهي سنة واحدة يبطل بعدها الترخيص إذا لم يشرع في البناء، واعتبرت أن إتمام أعمال حفر الأساسات لا يعتبر شروعاً في البناء، إلا أنها لم تعرف معنى المشروع في البناء بالضبط. وتساءل ممثل الهيئة عن كيفية تطبيق هذه المادة من

الناحية العملية مفهوم كل من - الشروع - البدء . التوقف؟

وتناولت المادة (١٥) رسوم الترخيص، والمادة (١٦) نظمت حق دخول مواقع العمل لموظفي البلدية المفوضين في ذلك، واشترطت في حالة التعديلات والترميمات الداخلية الحصول على إذن مسبق من شاغلي المبنى (معرفة موقف هذا الحكم في الوقت الحالي).

أما المادة (١٧) والمادة (١٨) فقد تناولتا احتياجات الأمن والسلامة أثناء مباشرة العمل سواء بالنسبة للعمال القائمين بالعمل أو المارة بإقامة السياج اللازم حول المبنى.

وتناولت المادة (١٩) تصريح السكن أو الاستغلال عقب اكتمال البناء الذي تمنحه البلدية بعد التحقق من مطابقة البناء للترخيص واستيفاء كافة الشروط المنصوص عليها في القوانين واللوائح المعمول بها، وبناء عليه يتم توصيل الخدمات العامة للبناء من كهرباء وماء وخلافه.

والمادة (٢٠) ناطت بمجلس الوزراء وضع الاشتراطات التنظيمية للتعوير، وبوزير شؤون البلديات الخرائط التفصيلية لمناطق التعوير والمعالم العمرانية المميزة والاشتراطات التنظيمية للعمار بالمناطق المجاورة لتلك المعالم وللمشروعات الإسكانية لوزارة الإسكان.

أما المواصفات العامة للمباني واشتراطات الأمن والسلامة والمتانة والجمال الفني فتصدر من البلدية طبقاً للمادة (٢١).

أما المادة (٢٢) فقد شكلت لجنة للتظلمات من القرارات التي تصدرها البلدية في شأن تنظيم المباني، ويثور التساؤل عن مدى وجود هذه اللجنة في الوقت الحالي.

والمادة (٢٣) جعلت كل مخالفة لأحكام القانون أو القرارات المنفذة له جريمة عقوبتها الغرامة من (١٠) إلى (١٠٠) دينار فضلاً عن عقوبة تبعية هي تصحيح أو هدم الأعمال المخالفة فضلاً عن الحكم بضعف الرسوم في حالة البناء بدون ترخيص، كما يحكم بتقديم الرسومات إذا طلبت البلدية ذلك فإذا لم يتم المخالف بتقديمها خلال المدة التي يحددها الحكم حكم عليه بغرامة من (٥٠) إلى (٥٠٠) دينار ومنحه مهلة أخرى، ويتكرر الحكم بالغرامة في كل مرة لا يقدم فيها المخالف الرسومات في المهلة المحددة.

وأخيراً تناولت المادة (٢٤) قيام البلدية بإزالة أسباب المخالفة على نفقة المخالف إذا لم يتم هو بتنفيذ الحكم أو القرار في المدة التي تحددها له البلدية.

أما اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المباني فقد تناولت بشيء من التفصيل المستندات التي يجب إرفاقها بطلب الترخيص وضوابط ارتفاعات المباني وشروط التهوية والإنارة والشروط الصحية وتوصيل المياه والتديدات الكهربائية وخدمات الإطفاء.

أما الاشتراطات التنظيمية للتعمير بمختلف المناطق في المملكة فقد صدر بها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ فهو من القرارات الصادرة تنفيذاً للمادة (٢٠) من قانون تنظيم المباني، وتناولت تقسيم مناطق المملكة إلى مناطق السكن الخاص - مناطق السكن الحدائقي - مناطق العمارات الاستثمارية - مناطق العمارات - مناطق المعارض التجارية - وغيرها من المناطق السكنية وحددت نسب البناء والارتدادات والارتفاعات والاشتراطات الخاصة لكل منطقة.

وسوف نسمع وجهة نظر حضارتكم في بعض المشاكل التي تواجه التنمية العمرانية بسبب بعض تلك الضوابط كتحديد نسبة البناء على أساس مساحة الأرض المراد البناء عليها.

## ثانياً: التشريعات المكملة لقانون تنظيم المباني:

تتمثل في كل من:

١. قانون البلديات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠١:  
والذي ناط بالمجلس البلدي في المادة (١٩) منه تنظيم رخص البناء والهدم والترميم وتعديل الأبنية، وفي المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون اقتراح إنشاء وتحديد وتنظيم المناطق السكنية والتجارية والصناعية والمشاركة في دراسة شؤون العمران والتعمير ووضع المخططات العمرانية العامة والتفصيلية.
- وفي المادة (١٨) من ذات اللائحة ناط بالمجلس البلدي داخل نطاق اختصاصه مراقبة تنفيذ القوانين واللوائح والقرارات الخاصة بشؤون التنظيم والمباني.
٢. قانون إشغال الطرق رقم (٢) لسنة ١٩٩٦:  
والذي أوجب الحصول على ترخيص من الوزارة المختصة بالبلديات في حالة إشغالات الطرق العامة الناتجة عن أعمال الحفر والبناء والهدم.
٣. قانون الصحة العامة رقم (٣) لسنة ١٩٧٥ وتعديلاته:  
والذي أوجب عدم الترخيص في إقامة بناء إلا إذا كان مطابقاً للقواعد الصحية المبينة في هذا القانون والقرارات المنفذة له والحصول على موافقة كتابية من وزارة الصحة، كما أفرد عقوبات جنائية على إلقاء مخلفات هدم المباني في الشوارع.

## ثالثاً: مشروعات القوانين:

مشروعات القوانين المعروضة على السلطة التشريعية والمتصلة بتنظيم المباني:

١. مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم المباني رقم (١٣) لسنة ١٩٧٧، هذا

المشروع استبدل نصوص المواد (٢ و ٢٣ و ٢٤) من القانون وأعاد بموجبها تنظيم حق البلدية في وقف البناء الذي يجري بدون ترخيص أو خلافاً لأحكام الترخيص، مع تحرير محضر بالمخالفة وإرسالها للنيابة العامة، وأجاز للبلدية إزالة البناء الذي تم إيقافه متى كان يؤثر على مقتضيات الصحة العامة أو أمن السكان أو المارة أو الجيران، وإذا امتنع أصحاب الشأن عن تنفيذ قرار الإزالة تتولى البلدية التنفيذ بالطريق الإداري وبالقوة الجبرية، مع تشديد العقوبة على البناء بدون ترخيص أو خلافاً لأحكام الترخيص حيث وصلت إلى الحبس والغرامة، مع اعتبار قيام المخالف باستئناف عمل سبق إيقافه ظرفاً مشدداً، وفي حالة الامتناع عن تنفيذ الحكم بتصحيح الأعمال أو استكمالها أو إزالتها يحكم على المخالف بغرامة عن كل يوم يمتنع فيه عن تنفيذ الحكم.

٢. مشروع قانون التطوير العقاري، وهذا القانون ينظم عمل المطورين العقاريين وعقود شراء العقارات المبنية قبل الانتهاء من إنشائها، وهو لا يتطلب الحصول على ترخيص بناء وفقاً لأحكام قانون تنظيم المباني، بل هو مستند أساسي للحصول على ترخيص التطوير العقاري. تلك كانت إطلاله سريعة على التشريعات التي تحكم تنظيم المباني بمملكة البحرين ونتطلع للاستماع لآراء السادة المشاركين.

## المحور الأول:

### اشتراطات وإجراءات إصدار تراخيص البناء

#### المستشار/ عبدالله البوعيين:

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

إن الجهات المشاركة في هذا المحور هي المركز البلدي الشامل والبلدية الوسطى بشكل أساسي وبمشاركة باقي الجهات الحاضرة.

#### الدكتور المهندس / مازن أحمد العمران:

عضو لجنة مزاولة المهن الهندسية، رئيس لجنة رابطة المكاتب الهندسية

هذه القوانين تؤثر حقيقة على المكاتب الهندسية البحرينية، وأنه لم يتم دعوة رابطة المكاتب الهندسية لهذا الاجتماع، لأن رابطة المكاتب الهندسية أحد الأعضاء الأساسيين في كتابة القانون "قانون المباني" ٢٠٠٥/٢٠٠٦، وأنا أمثل لجنة المزاولة وفي نفس الوقت أنا رئيس رابطة المكاتب الهندسية لأن هذه القوانين حقيقة تطبق على المكاتب الهندسية البحرينية التي تعمل

فلهم دور في إعطاء رأيهم عن أي قانون أو تشريع يصدر.

### رئيس الهيئة:

بسبب ضيق الوقت لم يتم دعوة الجميع وكذلك بالنسبة لجمعية العقارين لهم دور بشكل أو آخر وهناك شركاء آخرين لم يكونوا موجودين وهذا لا يمنع في أن نمشي بالحد المعقول والمقبول فمن الصعب أن يتم صياغة التشريعات دون التطرق للمشاكل العملية، وأنه أدركنا الحد المعقول والمقبول من الآراء، وهذا لا يمنع من أي شخص أن يتم تزويدنا بأي تعليقات أو آراء أو ملاحظات خلال أسبوع من تاريخ اجتماعنا سواء أكان التسليم بالبريد الإلكتروني أو اليد أو الفاكس حيث سوف يتم تزويدكم بالبريد الإلكتروني بعد رفع الجلسة بحيث يكمل اجتماعنا أو ما ينقص اجتماعنا لأن الأخوان المهندسين والمكاتب الهندسية لديهم مشاكل وكمواطنين عاديين لدينا مشاكل حين نتقدم بطلب الترخيص وكذلك النيابة العامة وننظر لها من عدة زوايا ويتم تسقيطها على القانون لمعرفة النواقص والمزايا التي لا بد أن تدعم.

### المهندس سالم القوتي:

رئيس قسم تراخيص البناء بالبلدية الوسطى

سبق وأن شكلت لجنة في البلدية لدراسة قانون تنظيم المباني برئاسة الأستاذ / يوسف الغتم. مدير بلدية الشمالية، وقامت برفع مرئيات وتعديلات ومسودة للقانون في طور الاعتماد.

### رئيس الهيئة:

اليوم ليسنا في صدد إعادة صياغة قانون المباني أو ليس لدينا توجه أن القانون لا بد من تعديله وإنما إسقاط مرئياتنا على القانون القائم بالإضافة أن هناك مرئيات من البلديات والمكاتب الهندسية والمسؤولين في البلديات والمحامين والنيابة العامة قد تفيدكم في دراستكم قد أغفلتوا عنها أو أغفلنا عنها والكل سوف يكمل البعض الآخر ولسنا بصدد أننا سنرفع مشروع قانون وإنما مجرد دراسة نقدية للقانون للنشر في مجلة (القانونية) ورفع المرئيات لوزير البلديات وهو الوزير المعني بهذا الشأن متى كانت هناك دراسة لهذا القانون تكون هذه المرئيات أو الإشكاليات العملية يسقطونها على القانون ثم يظهر مشروع قانون إذا أرادت الحكومة أن تطرحه.

## المهندسة نجمة عبد الرضا:

مشرف خدمات المشاريع بالمركز البلدي الشامل

بالنسبة للمشاكل التي تواجهنا في تراخيص البناء كمركز البلدي الشامل أنه لا توجد عقوبات رادعة للمكاتب بحيث تحدهم عن المخالفات الحاصلة في المباني فهم لا يلتزمون بتقديم الطلبات بصورة صحيحة ولا يلتزمون بالرخصة بعد استلامها بأنهم يقومون بالبناء بطريقة صحيحة حسب الشروط والاشتراطات المذكورة لجميع الجهات الخدمية في رخصة البناء وهي تخص قسم التفتيش والمتابعة، وكذلك إذا تقدم أي إضافات تؤثر على طلباتهم سواء بالنسبة لإضافة أم ترميم لأي جهة خدمية أخرى فتعليقاتهم تختلف ولا بد من الرجوع للرخصة السابقة التي في الأساس عليها مخالفة ولا توجد أي عقوبة رادعة وبالتالي يتم تأخير الطلبات دون أي شيء.

## المهندسة / لمياء الفضالة:

مدير إدارة الخدمات الفنية بالبلدية الوسطى

إن إدارة الخدمات الفنية هي المسؤولة عن إصدار التراخيص، والمركز البلدي مسئول عن مراقبة إصدار تراخيص البناء، أما المشاريع الاستثمارية ذات الطبيعة الخاصة فهي تخضع لاختصاص اللجنة المنشأة حديثاً.

وتعقيباً على ما قالته الأستاذة ممثلة المركز البلدي الشامل أن المشاكل الخاصة بتراخيص البناء تكون على حسب نوعية الطلبات والمستندات المقدمة، أن الإجراء المتبع في البلديات بشأن أي مخالفة في أي عقار بأن يتم عمل ((BLOCK)) على العقار بالتالي لا يستطيع أن يتقدم المخالف لأي ترخيص.

وأشير إلى أنه من بعد انتخابات المجالس البلدية صارت توزيعات للمهام إذ أنه كان في السابق إدارة في بلدية المنامة مسؤولة عن إصدار جميع التراخيص في جميع البلديات، وهناك لجنة تعقد يومي الأحد والأربعاء فيها مندوب من الكهرباء والأشغال والطرق والإسكان ونحن كإدارة نحضر والمهندسين يعرضون تراخيص البناء الاستثمارية والسكن الخاص حيث يستلمونها في البلديات ويعرضونها على اللجنة لتتم أخذ الموافقات عن طريق البلدية، فكانت العملية فيها انسيابية واللجنة استمرت في الانعقاد إلى أواخر التسعينيات لأن العمل تحول عن طريق المركز البلدي الشامل في ٢٠٠٠ في هذه الأثناء كانت إدارة الخدمات الفنية مسؤولة عن إصدار جميع التراخيص في البحرين كاملة، فكانت تستطيع أن تقيّم جميع المشاكل الموجودة في البحرين بالنسبة للتراخيص، والآن المجالس البلدية تقسمت لكل بلدية طابع معين وخصوصية وصار المركز البلدي الشامل هو المسئول عن مراقبة التراخيص دون إصدارها وكل بلدية لديها

مدير إدارة الخدمات الفنية مسؤول عن ذلك وتكمن مسؤوليته في مراقبة تأخير الطلبات، هذا وإن المشاريع الاستثمارية تغيرت نظراً للقفزة العمرانية في البحرين فالوزير ركز على تسهيل عملية إصدار التراخيص وعلى أساسه تم إنشاء المركز البلدي الشامل لهذا النوع من المشاريع، ومؤخراً هناك لجنة المشاريع الاستثمارية على أساس المستثمر يعرض في لجنة مصغرة (المشاريع الاستثمارية الخاصة) ذات طبيعة خاصة.

وهناك استمرارية في دراسة الاشتراطات وتغييرها على حسب متطلبات السوق والمواطنين، فلا بد أن يكون اشتراطات ونسبة بناء التي تعيق عملية الاشتراطات، فتغير الاشتراطات تزيد نسبة البناء وتزيد المشاكل بين المواطنين وهناك تبعات.

### المهندسة / نجمة عبد الرضا:

دورنا كرقابة ولا نتدخل في عمل البلديات الخمس وإنما نتابع أعمالهم وطلباتهم وتأخير طلباتهم إذ أنها تخضع لفترات زمنية محددة لكل بلدية لإصدار التراخيص.

وهناك مشاريع يتم بناءها دون الحصول على ترخيص بناء كأن تقوم الوزارات بالبناء بدون رخصة ويتم تقديم طلب لتوصيل البناء بالكهرباء وهنا يقف الطلب والذي يسبب للمالك والوزارات مشاكل مثال ذلك بناء مدرسة ويريد أن يتم توصيلها بالكهرباء دون أن يكون هناك تنسيق مع البلديات أو الجهات الخدمية.

### المهندس / سالم القوتي:

أن الوزارة قامت بجهد حثيث لتطوير الاشتراطات التنظيمية في السنوات ١٩٩٨/٢٠٠٥/٢٠٠٦/٢٠٠٧/٢٠٠٩ بحيث كانت تعديلات تلائم النهضة العمرانية المستحدثة في البحرين، أما بالنسبة لقانون المباني الذي صدر سنة ١٩٧٧ فلم يصدر بشأنه تعديل جذري، ففي السابق يتم تقديم الخرائط يدوي أما الآن فتقدم (أون لاين)، لذلك فإن هناك أمور كثيرة محتاجة دراسة وإعادة تقييم وخاصة قانون المباني وأن الوزير قام بتشكيل لجنة لدراسة تطوير قانون المباني.

ونحن كجهة حكومية منفذة نواجه الكثير من الصعوبات في شأن المخالفات، فكلما زادت عجلة التنمية زادت المخالفات والتي تعد ظاهرة غير حضارية كبلد متطور لأسباب تتحمل بعض الجهات جزء منها والجزء الآخر التنسيق بين المكاتب ومع البلديات.

ومن الأسباب قصور النصوص القانونية في قانون المباني فمثلاً المادة الأولى من القانون لم تشر إلى المقاول أو المكتب الهندسي بالنسبة لتحمل المسؤولية فكان لا بد من النص

على المقاول والمكتب الهندسي والمالك في المادة إذ أنهم شركاء في تنفيذ المشروع.

وكذلك بالنسبة لمسألتي التحويط والتخزين فيوجد قصور في نصوص القانون في تنظيمها حيث أنها تتم سواء بإجازة أو بدون، الأمر الذي يؤدي للجوء لرفع دعوى أمام المحاكم التي تمتد إجراءاتها وقد يكون الموظف الذي أصدر المخالفة قد تقاعد، كما أنه لا توجد نيابة للبلدية فيتم اللجوء مباشرة للشرطة.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

أن إجراءات الترخيص قد تم طباعتها في كتيبات وسيتم توزيع نسخ منها على الحضور، هذا وإن إجراءات الترخيص قد تتأخر في الجهات الخدمية باعتبارها بنية تحتية تحتاج لدراسة مستفيضة من الجهات ففي السابق لا يوجد أي تشديدات وإنما كل شي متوافر فالآن هناك ازدياد مضطرب من ناحية السكان والتطور العمراني وهذا يؤثر على البنية التحتية، وإمكانية المملكة محدودة ونواجه مشاكل، فهناك تطور مستمر في إصدار التراخيص وكذلك في آلية العمل.

### رئيس الهيئة:

من خلال مداخلات المهندسين تم طرح موضوعان أثناء الحديث فالموضوع الأول هو عدم وضوح الاشتراطات بالنسبة للمكاتب الهندسية والأفراد والموضوع الثاني هو التغيير السريع لتلك الاشتراطات، فهل تؤثر عليكم كجهة معنية بإصدار التراخيص.

### المهندس / سالم القوتي:

إن الاشتراطات واضحة إذ أن التصنيف يتعلق بالتخطيط العمراني فالتغيير يحصل بموجب المتغيرات فتحسن لسنا بمعزل عن العالم الخارجي كقطاع الاستثمار وقطاع البناء.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

لا يقتصر دور البلدية في إصدار التراخيص ولكن أيضاً تساعد المواطنين ولا نريد تعقيد الأمر عليهم، فكان ممنوع البناء فوق الكراجات والمخالفات كانت كثيرة فالبعض حصل على التمديدات الكهربائية والبعض الآخر لم تصل إليه، فكان هناك توجيه بإجراء دراسة على مجمع واحد فكانت عراد (منطقة جديدة بالبحرق) فتم تصوير جميع البيوت ودخلناها فشاهدنا أنهم محتاجين وإلا ما تمت عملية البناء المخالفة، لذا تم رفع التوصية رفع توصياتنا



لمعالي وزير البلديات الشيخ خالد بن عبد الله آل خليفة في ذلك الوقت بأن يتم الترخيص لهم في شأن تلك المخالفات وذلك للحد من هذه المخالفة وقد وافق معالي الوزير على ذلك وأصدر قرار بالترخيص وفقاً لاشتراطات معينة، فاستطعنا أن نحد من هذه المشكلة، وكذلك الأمر بالنسبة للبناء فوق الدور الثاني وقد رفعنا المشكلة للجهات المعنية.

### رئيس الهيئة:

هل تتبع المخالفة وترخيصها هو الحل أو أن يكون هناك قانون واضح ؟

### المهندس / محمد الخزاعي:

أمين سر جمعية المهندسين

القانون موجود ولكن لا توجد آلية واضحة للتطبيق، فالمشكلة في البلدية هي تطبيق قانون البلدية وليس قانون اشتراطات البناء، لا بد من وجود آلية واضحة للتنفيذ وتحدد إذ أن القانون جاء عاماً، والعمومية دائماً تثير لبساً في التفسير وما شابه ذلك، فلا بد من وضع آليات أكثر وضوحاً لتنفيذ القانون.

### رئيس الهيئة:

ما هي توصيتك فهناك قانون لتنظيم المباني ولوائح بالاشتراطات وقرارات وزارية بمواضيع معينة، فما هي التوصية من وجهة نظرك التي تحل الإشكالية، فالقانون يفترض فيه الوضوح ويكون عام فلا يطبق على شخص دون آخر وإنما يطبق على الجميع فالقاعدة عامة مجردة وليست قاعدة خاصة فما هي مرئيتك لمعالجة هذا الأمر؟

### المهندس / محمد الخزاعي:

أن البناء يتم على مراحل أي لا بد أن يتم البناء بموجب ترخيص وأن تم البناء بدون ترخيص تكون هناك عقوبات رادعة دون أن تتداخل هذه العقوبات.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

أغلب طلبات البناء التي تصدر عن طريق إشراف مكتب هندسي والإضافات البسيطة يتم متابعتها من قبلنا، فبعض المكاتب إشرافها صوري مادي فقط فلا توجد متابعة مستمرة فأغلب المشاكل تكون نتيجة عدم تطبيق الإشراف بالصورة الصحيحة فلو قامت هذه المكاتب

الهندسية بالإشراف بصورة جدية وليس كسب مادي لما كانت هذه المخالفات في تزايد .  
فهناك استمارة الإشراف الإلزامي يوقع عليها المهندس ويلتزم فظاهرة الإشراف  
الصوري أما أن تعالج في اللائحة أم في القانون.

### المهندس جميل أحمد ميرزا:

رئيس مجموعة الهندسة المعمارية (وزارة الأشغال)

تم عمل استفتاء لمعرفة نوع المخالفات فكانت ٩٠٪ مخالفة البناء الإضافي وعدم تنسيق  
ممرات الشوارع فلا بد من وضع قانون يقنن الفكر المعماري ”تزيين ممرات الشوارع على حساب  
المالك الخاص“ أو تفصيله معمارية للتنفيذ.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

صلاحية البلدية هي الترخيص للمالك في عقاره ولكن لا يمكننا الترخيص لما هو  
خارج نطاق ملكيته، فلو قام المالك بالتزيين خارج نطاق ملكه وقامت وزارة الأشغال أو الكهرباء  
بالإزالة لا يستطيع المالك الرجوع للبلدية في هذا الخصوص.

### المهندس / جميل أحمد ميرزا:

لا يوجد جهة معينة مختصة يتم الحصول على ترخيص منها للبناء في الطريق العام  
فلماذا لا يوجد قانون يطور ويكمل البلد في آن واحد.

### رئيس الهيئة:

فلو تم وضع اليد على جزء خارج العقار وظهر بمظهر المالك قد يكون هناك انعكاسات  
قانونية مستقبلية فلا بد أن رخص البناء تعالج بطريق أو آخر تجميل بمظهر التجميل وليس  
بمظهر المالك.

### المهندس كاظم علي عبد اللطيف:

مدير تخطيط وتصميم الطرق بوزارة الأشغال

دورنا كوزارة الأشغال والطرق هو التأكد أن الأساسات والعتبات تكون داخل الملك  
وصاحب الملك ليس لديه أي صلاحية لوضع أي شيء في الشارع ”خارج الملك“ ، هذا وأن وزارة

الأشغال لديها خطة لتطوير الطريق وتوفير الأرصفة فأى إضافات يقوم بها المالك بالشارع تُزال عند تطوير الطريق وكذلك بالنسبة للمظلات التي لديها انعكاسات فيقوم بحجز الموقف وقد يسبب باصطدام السيارات فلا بد من التأكد في الرخصة أن البناء يتم في حدود الملك وعلى البلدية أن تنذر صاحب الملك وأن تطبق اشتراطات التراخيص.

### المستشار المساعد/ جواهر عادل عبدالرحمن:

مستشار مساعد بإدارة التشريع والجريدة الرسمية

بالنسبة لما تفضل به ممثل وزارة الأشغال بعدم وجود جهة معينة مختصة يتم الترخيص منها للبناء أو غرس الأشجار في الطريق العام أمام البيوت، بالرجوع إلى قانون إشغال الطرق العامة يتبين أنه نص على أن الوزارة المعنية به هي وزارة البلديات والتخطيط العمراني في المادة (٣) منه نصت أنه لا يجوز غرس أي أشجار في الطريق العام سواء كان ذلك قريب من البيت أم لا إلا بإذن من وزارة البلديات وأن أي غرس غرسه المالك أو أي شخص آخر تعتبر من الأملاك العامة.

### المستشارة/ معصومة عبدالرسول عيسى:

نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

هناك نقطتين أساسيتين تم الإشارة إليها وبحاجة لمناقشتها:

النقطة الأولى: ما نصت عليه المادة الأولى فمتى يعد بناء ومتى يعد عمل ومتى اعتبره ترخيص وبدون ترخيص، فنريد توضيح من البلديات حول فهمهم متى يعد بناء ومتى يعد عمل.  
النقطة الثانية: حول المنشآت الحكومية المراكز/ المدارس التي تبني من قبل وزارة الأشغال وأن الوزارة تقوم بإتمام عملية البناء دون الحصول على ترخيص من قبلهم فهل من وجهة نظرهم يا وزارة الأشغال أن تكونوا خارج نطاق تطبيق هذا القانون كاشتراطات.

### رئيس الهيئة:

أن هذه النقطة تدخل في صميم المحور الثاني ”الصعوبات التي تواجه القائمين بأعمال البناء“.

### نائب الرئيس:

وهناك نقطة أخرى أن الاشتراطات التنظيمية نصت في المادة (٢٠) منه على أن

تصدر من وزير البلديات الخرائط التفصيلية لتحديد هذه الاشتراطات التنظيمية فمثلاً يحدد أن هذه المنطقة سكن عمارات تمليك وعلى ما يصدر وزير البلديات المناطق التي سوف تطبق عليها عمارات التمليك تحتاج إلى شهرين أو أكثر فما وضع التراخيص في هذه الفترة هل تصدر تراخيص استناداً للاشتراطات التنظيمية أم يتم وقف التراخيص لحين تحديد المناطق.

فمثلاً بنائتين خلال نفس الفترة وحدة مسموح لها والأخرى غير مسموح لها بسبب اختلاف الاشتراطات فلا بد من التزام بالنسبة لصدور قرار رئيس مجلس الوزراء بالاشتراطات التنظيمية والخرائط التفصيلية.

### رئيس الهيئة:

كذلك بالنسبة للنقطة الأخيرة فهي تدخل في صميم المحور الثاني ”الصعوبات التي تواجه القائمين بأعمال البناء“.

### المحامي / فريد غازي:

بالنسبة لحديث المهندس / جميل أحمد ميرزا فيما يتعلق بالبناء خارج الملك قد يكون في اللائحة ما ينظم ذلك، فالقانون يعالج حالات اجتماعية فمثلاً شخص لديه منزل وبسبب الأمطار تحصل مستنقعات أمام المنزل ووزارة الأشغال مشغولة لديها البحريين كاملة وهو بحاجة لعمل (انترولوك) أمام المنزل فلا يوجد ما يمنع وزارة الأشغال والطرق من الإزالة متى شاءت.

### المهندس / كاظم علي عبد اللطيف:

تردنا طلبات ترخيص من الأهالي لوضع (انترولوك) فيسمح له ذلك برسائل موثقة ولكن يتم وضع شروط أن وقعت الإزالة لا يتم مطالبة الوزارة بأي تعويض وأن لا يعتبره ملك ولا بد كذلك من الحصول على موافقة الخدمات الأخرى ”الكهرباء والماء“ لأن قد لا تقبل بالوضع لأسباب فنية.

### توصيات المحور الأول

١. عدم وضوح أعمال البناء وعدم وضوح نصوص القانون والاختلاف في كيفية تطبيقه بين بلدية وأخرى.

٢. عدم وضوح مخالقات البناء على وجه الدقة، وهل إضافة لمسات جمالية تعد مخالفة لقانون تنظيم المباني.
٣. افتقار قانون تنظيم المباني الحالي إلى عقوبات رادعة بالنسبة لمخالفات البناء.
٤. ضرورة معالجة صورية إشراف المكاتب الهندسية على البناء.
٥. مراعاة قانون البناء الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية المزمع إصداره قريباً وذلك عند تعديل قانون تنظيم المباني الحالي.
٦. عدم وضوح اشتراطات البناء للأفراد وللمكاتب الهندسية إلى جانب التعديل السريع لها.
٧. تعديل الحكم الوارد بالقانون بشأن الموافقة الضمنية لترخيص البناء.

## المحور الثاني:

### الصعوبات التي تواجه القائمين بأعمال البناء

#### رئيس الهيئة:

يتعلق هذا المحور بالصعوبات التي تواجه القائمين بأعمال البناء، وسيتناوله بالنقاش ممثل جمعية المهندسين والمهندسين من وزارة الأشغال.

#### المهندس / محمد الخزاعي:

أي قانون يصدر لا بد من أن تتسق فيه جميع مراحل الترخيص أو التنفيذ باعتبارها المسائل التي تثير معوقات في ظل وجود اختلاف في تفسير القانون.

#### رئيس الهيئة:

هل تقصد إن عدم وضوح النصوص القانونية لتراخيص البناء تعد من المعوقات؟

#### المهندس / محمد الخزاعي:

نعم، لا بد أن يوجد تفسير واضح للقانون من حيث منح التراخيص، لأن الأشخاص يواجهون مشاكل في التنفيذ وفي البدء في عملية البناء لهذا السبب.

## رئيس الهيئة:

فلنفرض على سبيل المثال أن رخصة بناء صدرت لأحد الأشخاص، فهل تقصد أن هل الاشتراطات الواردة في الرخصة غير واضحة؟ أو أن القانون الذي استندت عليه الرخصة غير واضح وبالتالي صدرت الرخصة بشكل غير واضح؟

## المهندس / مازن العمران:

القانون غير واضح، ومثال على ذلك: صدر قانون أن نسبة ٥٠٪ هي النسبة المسموح البناء عليها في مناطق سكن العمال، ونجد أن خمس بلديات كل بلدية تطبق هذه النسبة بشكل مختلف، فبلدية تطبقها على أنها نسبة ٥٠٪ من البناء، وبلدية تطبقها بأنها ٥٠٪ من النسبة الإجمالية، وعليه فالقانون موجود، ولكننا نريد أن يكون تطبيق النص على وتيرة واحدة بين جميع البلديات.

## المهندس / محمد الخزاعي:

تكلت المهندسة / لمياء الفضالة مثلاً عن الإشراف الهندسي، لابد أن يتضمن القانون نصاً واضحاً حول تطبيق الإشراف، وتطبيق العقوبات، فالإشراف يكون حضارياً أكثر عندما يُفعل وراح يطور حتى في طريقة التعامل في قطاع الإنشاء.

## رئيس الهيئة:

يبقى أيضاً من الإشكاليات ما تطرقت له الأخت / لمياء الفضالة ، وهو موضوع الخدمات الفنية بأنها كانت مركزية في الوزارة ثم قسمت، هل لما أتى التقسيم الإداري وقسمت المسؤوليات، هل كان هذا التقسيم معوقاً لإصدار الرخص أو كان محفزاً؟

## المهندسة / لمياء الفضالة:

في البلدية تطور مضطرد من الناحية العمرانية، وكانت فكرة المجلس البلدي الشامل فكرة جداً رائعة تبناها الوزير الدكتور جمعة الكعبي وحصدت الجوائز، وسهلت إصدار تراخيص البناء الاستثمارية، ولكن المواطن يكون دائماً في حالة عدم رضا، فالمواطن لما يذهب للمكاتب الهندسية يطلب أموراً قد تكون مخالفة للشروط والمعايير إلا أن تلك المكاتب تستجيب لطلبه لأنه سيذهب إلى مكتب آخر في حال عدم الاستجابة لطلباته وهو سيدفع لها بطبيعة الحال، ولو كانت

كل المكاتب الهندسية تعمل بشكل احترافي لقلت المشاكل، ولا يفهم من كلامي هذا أن مشاكلنا كبيرة مع المكاتب الهندسية ولكن هي في الأخير رغبات زبون، في السابق كنا نصدر ترخيصاً مبدئياً، واليوم أصبحنا نصدر شهادة معلومات، على أساس أنهم في السابق يعتبرونها إجازة مبدئية ويعتبرون إننا ملزمون بها، إلا أنه ونتيجة لهذا الفهم الخاطئ تم تسميتها على أنها شهادة معلومات فيها تصنيف المنطقة والاشتراطات المسموح بها، ولو تغيير التصنيف في هذا الأثناء، سنواجه مشاكل فمثلاً لدينا في الرفاع بنائتين واحده سكن خاص (ب) والثانية خمسة أدوار والتصنيف تغير في فترة بسيطة بينهما شارع، ولما يأتي المراجع ماذا تستطيع أن تقول له فالتصنيف تغير.

### رئيس الهيئة:

هل التقسيم الإداري للتراخيص، كان محفزاً لتعدد القراءات من بلدية إلى أخرى وهو ما يسبب نوعاً من الإرباك؟

### المهندسة / لمياء الفضالة:

في حال وجود أي تغيير أو صدور أي قرارات أو تعديلات في القانون، فإن سعادة الوزير يستدعي جميع المكاتب الهندسية ويتناقش معهم ذلك، وعليه فالقصور ليس من البلدية، فمن المفترض أن المكاتب الهندسية تحضر بنفسها وتسال الوزير.

### رئيس الهيئة:

ما نفهم منه أن عدم مركزية إصدار التراخيص كان عنصراً إيجابياً، وساهم في الإسراع في إصدار التراخيص، وأية مشاكل هي مخالفات فردية.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

اتفق معك وهو أمر ساعد على الإسراع في إصدار التراخيص، فلما كنت في السابق اعمل في بلدية المنامة التي كانت مسئولة عن جميع التراخيص كنت أصدر بمفردي جميع التراخيص في مناطق البناء الخاصة السكن الخاص (ب) والقديمة وفي الأسبوع الواحد كنت أصدر ٥٠٠ ترخيص مثلاً، الآن طبعاً في كل بلدية تقوم بإصدار التراخيص لوحدها وزاد عدد الموظفين وأصبح كل شيء الكترونياً ويمكن أن تأتي الرخصة للمواطن إلى بيته وهو تطور يحسب للبلدية ونحن أول وزارة حكومية استخدمنا النظام الالكتروني للتراخيص.

## رئيس الهيئة:

ذكرنا أن أهم المعوقات التي تواجه القائمين بأعمال البناء هي:

١. عدم وجود تفسير واضح لنصوص القانون مما يؤدي لاختلاف تطبيقه بين بلدية وأخرى، وعدم وضوح تراخيص البناء.

٢. ما تقوم به المكاتب الهندسية من أعمال استجابة لرغبة الزبائن مما قد يشكل مخالفة للمواصفات والاشتراطات الفنية.

ما هي المعوقات الأخرى التي تواجه القائمين بأعمال البناء؟

## المهندسة / لمياء الفضالة:

الوزارة تحاول تذليل ومعالجة المعوقات، والآن هناك استمارة جديدة للمقاول لتحميله أي مخالفة ناتجة عن الترخيص، ولو خالف المقاول يتم إيقاف سجله، وهذا يحدث لأن أحيانا المكاتب الهندسية تلقى باللوم على المقاول وأنه قام بالتصرف بنفسه، وفعلاً في بعض المشاريع ترى أن المكتب الهندسي ينسحب نتيجة للمخالفات وأنه لا يتحمل المسؤولية.

## المهندس / كاظم علي عبداللطيف:

هناك أمر مهم أرغب في التنويه عنه وهو موضوع تصنيف الأراضي وفي الآونة الأخيرة العشر سنوات الأخيرة تغيرت تصنيفات الأراضي في مملكة البحرين، بدون إجراء دراسات مرورية مستفيضة لذلك تغطي حاجات المباني كالمرافق العامة ومدخل المباني ومخارجها ومواقف السيارات، فعلى سبيل المثال في حال إنشاء مبنى به ١٠٠٠ موقف ومكاتب تحتاج أن يتم دراسة كافة الاحتياجات اللازم توافرها فيه، ومثل هذه المباني أصبحت جديدة علينا في البحرين واحتجنا لإنشائها في السنوات الأخيرة بالرغم من وجود صعوبات كثيرة من قبل الملاك والبلدية، حصلت صعوبات في أن هذه الأراضي لما صنفت لا تتسع لهذه الاحتياجات، مثلاً أرض مصنفة لمنازل وهي صغيرة وصنفت لعمارات ١٠ أدوار وهو ما يعني وجود كثافة سكانية كبيرة وكثافة مرورية أكبر وتحتاج أن توفر موقفاً لكل شقة إن كانت سكنية وإذا كانت مكاتب تحتاج إلى مواقف أكثر حتى لا تنتقل المشكلة إلى الشارع، المالك يواجه صعوبة لتنفيذ هذه الاشتراطات والكثير من المباني فشلت في أن توفرها لأن المساحة الموجودة لا تساعد لتوفير كل المتطلبات، فهناك متطلبات تتعلق بالسلامة المرورية داخل هذه المباني، وعليه فقد أخذنا المبادرة ونسقنا مع المكاتب الهندسية لحل ذلك ولكننا كنا نتلقى منها شكاوى لصعوبة توفير المتطلبات، لأن تصنيف المناطق لم يبن على أسس صحيحة.



## رئيس الهيئة:

من له الدور الرئيسي في ذلك؟

## المهندس / كاظم علي عبداللطيف:

إدارة التخطيط.

## رئيس الهيئة:

أنا أرى أن ثبات تصنيف المناطق هو ما يعني المواطن، عندما يقرر شراء أرض أو بناء بيت لا يفاجأ مستقبلاً بأن هناك عمارة تطل على المنزل، وعليه فإن أحد توصيات المحور هو ثبات تصنيف الأراضي والاستمرار فيه.

يمكن أيضاً المهندس محمد طرح نقطة جداً مهمة وهي موضوع دور المكاتب الهندسية بحيث جهة ليست فقط مستفيدة من القانون وإنما جهة منفذة وشريكة مع البلدية، ودورها لا يقتصر فقط على استخراج التراخيص من البلدية، وإنما التحقق من أنه لا ترتكب مخالفات تحت غطاءها، وضرورة أن يتحول دور هذه المكاتب إلى شريك في العملية العمرانية وشريك في تنفيذ القانون وحماية القانون، ولا بد للقانون مستقبلاً أن ينظر إلى دور المكاتب الهندسية كجهات منفذة وليست كجهات مستفيدة.

## المهندس / محمد الخزاعي:

إن ما تفضلت به هو ما يطبق في أغلب الدول المتقدمة حيث أن جهة الترخيص ومزاولة المهن دائماً هي شريكة في تراخيص البناء وما شابه ذلك.

## المستشار / محمد ياسين:

هناك معوق من المعوقات التي طرحت في وسائل الإعلام، ويعد معوقاً للتنمية العمرانية وهو تحديد نسب البناء على أساس حجم المباني ونسبتها من الأرض وليس على أساس عدد الطوابق ومساحة الطريق العام الذي أمامها، حيث إن بعض التشريعات تأخذ بعدد الطوابق وحجم الشارع الأمامي، أما هنا في المملكة فتحدد نسب البناء على أساس مساحة الأرض، فهل هذا يعتبر معوق من المعوقات؟

## المهندسة / لمياء الفضالة:

بالنسبة إلى التصنيف هناك لجنة عليا للتخطيط الاستراتيجي برئاسة معالي الشيخ خالد بن عبدالله آل خليفة، والآن أي تغيير للتصنيف يمر عن طريق المجالس البلدية وعلى الخدمات، ويمكن في السابق كان ولما نتكلم قبل ٣٠ سنة الوضع كان يختلف عن الآن في مملكة البحرين، وكانوا يخططون المناطق حسب احتياجات الناس والمنطقة، فالمنطقة مثل المنطقة الدبلوماسية كم عمرها ٣٠ لا اعلم على وجه التحديد، حتى نظريات التخطيط الاستراتيجي تغيرت من ذلك الوقت إلى هذا الوقت، فكل دول العالم تعاني من ازدحام السيارات ومن تخطيط الشوارع، مدينة لندن عندهم عمارات بدون مواقف سيارات.

## المهندس / كاظم علي عبداللطيف:

المنطقة الدبلوماسية تصنيفها كان على شكل قلل والشوارع الموجودة مصنفة على أساس ذلك، وتغير التصنيف وارتفعت إلى عشرة أدوار دون أن تتغير سعة الشوارع.

## رئيس الهيئة:

لنكون واضحين في هذه النقطة، اليوم نحن هنا بصدد وضع دراسة نقدية للقانون وليس لأي جهة كانت، وكل جهة قائمة بدورها وهي مشكورة على قيامها بذلك، ونحتاج أن تكون إحدى التوصيات التي نطرحها في هذا المحور هو ضرورة أن يكون هناك تنسيق أكثر بين الجهات الحكومية.

## المهندسة / لمياء الفضالة:

في طلب للمهندس كاظم، هل هناك طلب انتم اعترضتم عليه ونحن وافقنا عليه كبلديات؟

## المهندس / سالم القوتي:

بناء على توجيهات معالي الوزير أي جهة رسمية تبدي اعتراضاً في النظام على الترخيص لا يصدر.

## رئيس الهيئة:

لنلخص توصيات هذا المحور فيما يلي:

١. ثبات التصنيف للمناطق.
  ٢. التنسيق بين الجهات الحكومية المعنية بشكل أكبر.
  ٣. جعل المكاتب الهندسية شريكاً في إصدار الرخص أو شريكاً في تنفيذ القانون بدلاً من أن تكون مستفيدة.
- هل هناك توصيات أخرى؟

## المهندس / كاظم علي عبداللطيف:

نشير إلى موضوع العقوبات، فالعقوبات جداً هشة لأن هذه المسائل إذا ما تمت معالجتها بشكل فعال ستعكس سلباً على شبكة الطرق.

## الرئيس:

هذه عالجتها في المحور الأول في موضوع العقوبات وتفعيل الإشراف.

## المستشارة / أميرة حسن الطعان

مستشارة قانونية بغرفة تجارة وصناعة البحرين:

نحن نمثل التجار وليس لنا علاقة بسائر الملاك، وبعض الشكاوى أتتنا من التجار أنه توجد في بعض المناطق المصنفة كمناطق تجارية ممكن إقامة مقهى أو مطعماً أو محلاً تجارياً، ولكن المشكلة أنه بعد إتمام الإجراءات اللازمة، ينشأ تعارض بين المجلس البلدي وبعض البلديات، فتتم المقارنة بين التجار حيث يحصل البعض منهم على رخصة لمقهى والآخر لا يحصل بالرغم من تواجدهم بنفس المنطقة.

## المهندسة / لمياء الفضالة:

السبب يرجع في ذلك لتغير المتطلبات القانونية، حيث إنه في شارع واحد رخصنا لإقامة مقهيين بشيشة قبل إصدار قانون تنظيم إصدار مشتقات التبغ، ثم وردت طلبات بعد صدور القانون للحصول على ترخيص لإقامة مقهى للشيشة، إلا أننا رفضنا ذلك بسبب عدم

انطباق المتطلبات القانونية بعد صدور قانون تنظيم إصدار مشتقات التبغ.

## رئيس الهيئة:

فعلاً إن موضوع الفترة الانتقالية بين عدة تشريعات سببت الكثير من المشاكل.

## توصيات المحور الثاني

١. عدم وضوح أعمال البناء وعدم وضوح نصوص القانون والاختلاف في كيفية تطبيقه بين بلدية وأخرى.
٢. التقسيم الإداري له اثر طيب على منح تراخيص البناء من حيث سهولة وسرعة إصدارها.
٣. ضرورة ثبات تصنيف المناطق والاشتراطات التعميرية.
٤. ضرورة التنسيق بين الجهات الحكومية المعنية بتراخيص البناء.
٥. جعل المكاتب الهندسية شريك في إصدار التراخيص.
٦. ضرورة وضع تأمين للمكاتب الهندسية عند إشرافها على التنفيذ.
٧. ضرورة التنسيق بين الجهات المعنية بالنسبة لتوفير البنية التحتية والخدمات لمشاريع البناء الحديثة.

## المحور الثالث:

## دعاوى البناء

## المحامي / فريد غازي:

إن قانون تنظيم المباني يحتاج إلى تعديل، وإيجاد قانون مرن يتفق والتطور العمراني في مملكة البحرين، وفي نفس الوقت يساهم في التقليل من لجوء المواطنين للقضاء لتعديل أوضاعهم، لأن القضايا المعروضة أمام المحاكم تتلخص في مجملها بمخالفات لقانون تنظيم المباني، على سبيل المثال مخالفات وضع المكيفات، ومخالفة تتضمن إزالة أو تعدي أراض، أيضاً بالنسبة إلى الهدم وهو أحد الإشكاليات المرتبطة بقانون الإيجارات وهي قضية وإشكالية كبيرة، حيث إن إشكاليات الهدم الموجودة أمام القضاء كثير، فتعرض أمام القضاء دعاوى تتعلق بهدم

مبنى آيل للسقوط بناء على تقارير الاستشاريين والمهندسين المعتمدين، إلا أن القضاء لا يزال يشكك في صلاحية المباني القديمة أو مبان أساسياتها متهاكلة ولا بد من هدمها، وذلك تعاطفاً مع القاطنين في هذه المباني.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

لكي تطرد المستأجرين من المبنى يجب أن تلجأ للحصول على ترخيص هدم.

### رئيس الهيئة:

اليوم على سبيل المثال بناية الكويتي، نجد أنها تمثل خطراً على المارة بسبب سقوط أجزاء منها على بعض المارة أو السيارات، إلا أنه لم تتخذ إجراءات لهدمها، فهل هذا خلل في القانون أو خلل في تطبيق القانون؟

### المحامي / فريد غازي:

لا بد من تعديل صياغة القانون، بأن يكون هناك تقرير من الجهة المختصة بأن هذا المبنى آيل للسقوط ويشكل خطورة، وأنا اعتقد أن الهدم يكون لازماً بقوة القانون، دون ترك الخيار للقاضي وإهدار الوقت في المحاكم، حيث إن هناك قضية حالياً بشأن بيت في القضيبيية آيل للسقوط وهناك تقريران من مهندسين وذهب القاضي للمعاينة ولكنه متعاطف مع الساكنين وهذا خطأ وخطورة على سلامتهم.

### رئيس الهيئة:

أحياناً تكون حالات فردية لا تستطيع أن تأخذها كظاهرة أو كقاعدة عامة، وهل الإشكالية عدم الوثوق في التقرير وبالتالي على البلدية مثلاً أن تشكل لجنة من المهندسين الاستشاريين فإذا ما انتهت اللجنة إلى أن المبنى فعلاً آيل للسقوط، كان هذا التقرير ملزماً للمحكمة، حيث يتم على سبيل المثال إخراج المستأجرين من منازلهم بعد اخذ تقريراً من البلدية أن المبنى المؤجر آيل للسقوط، ومن ثم اللجوء للمحكمة المستعجلة لطرد المستأجرين، فإذا تشكلت لجنة بموجب القانون دورها أن تصدر تقريراً فنياً للمحكمة يكون إلى حد ما ليس مجرد استرشادي بل يكون إلزامياً، حيث إن هذه المسائل تعد أمور فنية تتعلق برأي الخبراء والمختصين، أعتقد أن لجنة بهذا النوع ممكن أن تعطي ثقة للقاضي.

### المحامي / فريد غازي:

اتفق مع الرئيس وهذا ما كان ارمي إليه، وتعليقا على ما ذكرته بشأن البناية الكويتية لا يمكن أن يستمر هذا الموضوع لهذه المدة في القضاء إلى أن تسقط وينتج عنها ضحايا فلا بد من حسم هذه القضية، مثلها مثل القضايا الأخرى، حيث توجد بين البيوت المشتركة بعض الإشكاليات (بيوت ملتصقة) فبعض البيوت تكون مواد البناء فيها جيدة وبعضها سيئة ودائما تجدها في مناطق الحد وفي المحرق وفي المنامة، وفي الهدم لا بد من الجهة المرخصة أن تراعيها، وعليه فإن إيجاد قانون يعالج مثل هذه القضايا خصوصا الهدم سيعالج العديد من هذه المشاكل، واعتقد إن ما طرحه المستشار محمد ياسين بالنسبة للمكيفات يشكل قضية شائكة وقد تؤدي إلى مشاكل بين الجيران.

### رئيس الهيئة:

نقطة مهمة وهي عدم اطمئنان المحكمة للتقارير، فلما يأتينا مهندس وبالرغم انه مندوب من قبل المحكمة وهو من ذهب وعابن وكتب بأن المنزل آيل للسقوط ويجب إزالته، ويكون هناك تقرير من البلدية، مع ذلك ترى القاضي يتكأ في أن يتخذ قرار الإزالة لسبب انه قد يعتقد بأنه قد حدثت مجاملة، وأنا اعتقد اليوم لو يضمن القانون تشكيل لجنة من البلديات ومن المكاتب الهندسية أو حتى من الأفراد بحيث يكون المهندسون من خارج القطاع الحكومي مثل ما تشكل أي لجنة أو مجلس يكون دورها وضع رأي متخصص للمحكمة، ويكون هذا الرأي إلى حد ما إلزاميا.

### المحامي / فريد غازي:

أحد إشكاليات وزارة الإسكان اتضحت في بيوت مدينة عيسى وخصوصاً في موضوع السور المشترك، واتحاد جدران الغرف بين منزلين مختلفين.

### رئيس الهيئة:

بالنسبة إلى إصدار رخص البناء يجب أن تنتهي خلال سنة ما لم يبدأ، أو بدأ وتوقف أو بدء ولم يتم؟

### المهندسة / لمياء الفضالة:

هناك مباني عديدة شرعت في البناء ولكن توقفت بعد ذلك، فليس هناك قانون يلزم المالك بإكمال عملية البناء، لأنه سيتذرع بظروفه المادية، نحن كبلدية تأتينا شكاوي من المواطنين عن طريق المجالس البلدية بخصوص المباني المتوقفة عن البناء، فقد تتم بها تجمعات

أو ممارسات مخلة، فنقوم بدورنا بسد الأبواب والنوافذ في الدور الأرضي لكي نمنع وصول أو حدوث أي مشاكل وهذا إجراء نحن نتكفل فيه من ميزانيتنا وأحيانا نقوم بهدم بعض البيوت إذا كانت تشكل خطرا ولا يستطيع مالکها هدمها ونحن نقوم بهدمها من ميزانيتنا.

### نائب الرئيس:

ما هو القانون المطبق على البيوت الآيلة للسقوط؟ لا يوجد قانون أصلا.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

لا يوجد قانون، ولا يوجد قانون ينظم سكن العمال في المناطق السكنية.

### نائب الرئيس:

إن هذا الموضوع مهم جدا ويجب أن يكون هناك قانون يعطي البلدية الحق في الذهاب إلى المحكمة المستعجلة لاتخاذ هذا الإجراء.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

هناك الآن لجنة تشكلت بأمر صاحب السمو الملكي الأمير خليفة بن سلمان آل خليفة بعد الحوادث المتعلقة بوقاة العمال، حيث سيتم بتشكيل لجان في كل محافظة اسمها لجنة البيوت التي تشكل خطورة على سكانها، وقد حضرت ١٠ اجتماعات لأحد هذه اللجان ورأيت بأن المحافظ ينزل بنفسه على الموقع ويشاهد البيوت ويضع تقارير، ولكن بعد هذا التقرير ما الذي نستطيع القيام به؟

### رئيس الهيئة:

اتفق معك ومع نائب الرئيس بضرورة أن يعالج القانون مسألة البيوت الآيلة للسقوط وكلفة الإزالة، وهل مثلا أنا اليوم لا أريد أن أزيل المبنى واترك الدولة هي التي تزيله لي وبعدها أقوم بالبناء على الأرض، ففي موضوع قانون التطوير العقاري كنا نتحدث عن موضوع الضمان البنكي، الذي يجب أن يقدم من المستثمر وفقا لتقدير هندسي، حتى لا يأتي في منتصف الطريق ويترك المشروع في نصف الطريق ويتعذر بعدم وجود ميزانية لعدم الإكمال، أو يكون قد توفى، ويودي لو تأخذون بهذه الفكرة بالنسبة للمشاريع الإسكانية، بأن يكون من ضمن اشتراطات

البلدية هناك ضمان بنكي.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

المشكلة تحتاج إلى حل جذري وليس فقط مجرد ضمان بنكي، فهي ورقة ليس لها أي قيمة ويمكن أن تكون وسيلة للتلاعب بوضع مبلغ وهمي.

### رئيس الهيئة:

هذا الضمان لا يسحب من البنك إلا بعد الانتهاء من المشروع أو يكمل بمبلغ الضمان البنكي ويكون غير قابل للسحب، وهذه فكرة جديرة بالاهتمام ويجب أن يوجد لها آلية لا تضر بالشخص الذي يبني نصف المشروع ويتوقف ويفلس وفي نفس الوقت لا اشوه المنظر العام في مملكة البحرين باعتبار أن بعض المشاريع تتوقف في منتصف الطريق ويبقى المبنى حتى يشكل خطراً على المارة، ويجب أن تكون هناك آلية تراعى الحالة المادية للشخص فلا نقول لشخص راتبه ٤٠٠ أو ٥٠٠ أنه لا بد أن يقدم ضمان بنكي بـ ١٠ ألف أو ٢٠ ألف دينار.

### المهندسة / لمياء الفضالة:

كل عقار لم يكتمل هناك قصة في الغالب وراء ذلك، في أحد المرات سألت عن سبب توقف احد المشاريع فقبل بأن المداول أعلن إفلاسه وحجزت المحكمة على كل أملاكه.

### رئيس الهيئة:

نريد للقانون أن يكون مثل ما عكسه العنوان مطور ومعمّر وليس مدمر.

### نائب الرئيس:

نوصي بأن تكون هناك لجنة مختصة طبقاً للقانون تعطي التقرير الفني الهندسي حكم المحكمة.

### المحامي / فريد غازي:

نوصي بأن يتناول القانون موضوع الهدم.



**نائب الرئيس:**

نوصي بإيجاد لجنة للتظلمات في كل من البلديات.

**توصيات المحور الثالث:**

١. تشكيل لجنة مختصة من المهندسين والبلديات تقوم بتقييم المباني المتنازع عليها أمام القضاء وتقديم رأيها للمحكمة التي تنظر الدعوى.
٢. تفعيل دور لجنة التظلمات المنصوص عليها في قانون تنظيم المباني.
٣. النص على المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول.
٤. ضرورة وجود قانون جديد يساير التطور العمراني في المملكة نظراً لتنوع القضايا.
٥. إذا كان العقار آيل للسقوط يكون النص إلزامي بضرورة الهدم.
٦. ضرورة وجود تشريع يعالج البيوت الآيلة للسقوط.
٧. التناقض في التقارير أمام المحاكم وتأخر الفصل في الدعاوى بالنظر لذلك.

**المحور الرابع:****المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء:****نائب الرئيس:**

أن المحور الرابع والذي يندرج تحت عنوان المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء سواء الملاك أو المهندس المشرف أو المقاول مخصص لرئيس النيابة الأستاذ حسين الصيرفي.

**الأستاذ/ حسين الصيرفي – رئيس نيابة:**

( فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء ) ومن خلال الاطلاع على قانون تنظيم المباني وبالتحديد المادة ١٣ فقد تحدثت على مسؤولية المرخص له من خلال الفقرة (أ) والفقرة (ب) وقد بين أن هذه المادة تتحدث عن المسؤولية التقصيرية وأن المشرع لم يحدد المسؤولية الجنائية بشكل صريح.

و إن الإشكالية الثانية تتعلق بالعقوبة حيث أن العقوبة غير شديدة وأن صلاحيات مأموري الضبط القضائي جداً بسيطة وأقترح أن يكون لمأموري الضبط صلاحيات أوسع.

لذا أقترح تعزيز الإجراءات الوقائية التي تقوم بها سلطة الضبط القضائي الأمر الذي سوف يجد من مشكلة صعوبة تنفيذ حكم المادة المشار إليها، وأقترح أن يكون هناك قانون جديد يحدد مسؤوليات المرخص له والمهندس المشرف والمقاول ويكون هناك تشديد للعقوبة على حسب الجسامه، على أن يتضمن القانون صلاحيات إدارية للبلديات للأشراف على مكاتب الهندسة.

### المهندس / مازن أحمد العمران:

أن قانون لجنة مزاولة المهن يتضمن نصوص يمكن من خلالها للجنة أن تصدر قرارات بموجب القانون توقف المكاتب الهندسية المخالفة عن العمل.

### نائب الرئيس:

أن كل شخص لديه التزام بموجب هذا القانون وخالفه يعتبر مخالف للقانون.

### المهندس / محمد الخزاعي:

اقتراح وضع نص لأحقية المهندس المشرف في حال مخالفة المقاول وقف البناء.

### نائب الرئيس:

أن هناك مشروع قانون بناء على طلب وزارة البلديات وكان يركز على المسؤولية على المقاول والمهندس المشرف والمسؤولية على المكاتب الهندسية حيث تقوم وزارة البلديات بأخطار لجنه مزاولة المهن الهندسية وتقوم بدورها المناط بها والذي نص عليه القانون، كما نظم مشروع القانون على مسألة الإزالة إذا كان المشروع يشكل خطورة على المارة والجيران أو الصحة العامة.

### المهندس / مازن أحمد العمران:

أن في الأردن وسوريا في حال مخالفة المباني للشروط يطلب من المرخص له إن يهدم المبني وفي حال عدم هدمه يتم هدمه من قبل الجهة المختصة على أن يحمل المالك التكاليف.

### المستشار / محمد ياسين:

إن مشروع القانون يعطي البلدية صلاحية وقف البناء الفوري لمدة ١٥ يوم وخلالها إذا

كانت المباني خطره على أمن السكان و المارة أو الصحة العامة يصدر قرار بإزالة المبنى وعلى صاحب الشأن تنفيذ القرار بعد أن تحدد له البلدية فترة للتنفيذ وفي حال انه لم تنفذ القرار البلدية هي من تقوم بالتنفيذ، وأضاف انه إلى جانب الإزالة تكون المسؤولية الجنائية ثابتة.

وان المخالفة تكون نوعين الأول في حال كان هذا البناء المخالف يشكل خطورة على حياة المارة والسكان والصحة العامة كما أشرنا فالبلدية تباشر الأجراء المشار إليه وتتدخل بالإزالة أما النوع الثاني في حال أن المبنى لا يشكل الخطورة فالبلدية تلجأ إلى المحكمة وهي التي تصدر حكم بالإزالة ومن ثم تقوم وزارة البلديات بتنفيذ هذا الحكم.

### المهندس / سالم القوتي:

اقترح أن يكون هناك ربط الكتروني مابين النيابة العامة والقضاء ووزارة البلديات بمجرد صدور حكم تشرع وزارة البلديات بتنفيذه دون تأخير.

تم تطرق المتحاورين حول مسألة البناء من غير ترخيص فالقانون الحالي يسمح لمن قام بالبناء بدون ترخيص عند البناء أن يمنح ترخيص بعد البناء ولكن برسوم مضاعفة بينما بمشروع القانون الجديد تم إلغاء هذه الآلية على أن أي عمل يتم دون ترخيص يعتبر مخالفة ويتعين على البلدية أن توقف العمل وتزيله بحالات معينة أو تلجأ للمحكمة لاستصدار حكم الإزالة في الحالات العادية.

وبين المستشار محمد ياسين أن القانون منح حق أن يتقدم الشخص لطلب ترخيص من البلديات وإذا تأخرت البلديات عن ٣٠ يوم يعتبر ترخيص ضمني.. على أن ترسل رسالة مسجله بعلم الوصول للبلديات وينتظر ١٥ يوم وإذا لم يتم الرد عليه هنا يمكن مباشرة ذلك.

وأثير تساؤل من قبل نائب الرئيس أن يوجد بعض التشريعات قد استوجبت موافقة صريحة وبعض التشريعات البحرينية تعتبرها موافقة ضمنية بعد مرور فترة، رغم أن نحن نتحدث عن اشتراطات بناء وجهات متعددة تدخل بالموضوع الأمر الذي اعتبرت من خلاله أن المدة قصيرة لاستكمال جميع الإجراءات بالتنسيق مع الجهات المعنية بالمملكة ويحتاج لمدة أطول، أو لا يكون هناك توجهه للموافقة الضمنية.

وقد بينت نائب الرئيس أنه يجب على القضاء أن لا يحل محل جهة الإدارة ويجب أن يكون القانون واضح بهذا الخصوص بصلاحيه جهة الإدارة بالتنسيق مع الجهات المعنية والتصنيف ومدى ملائمة المشروع للاشتراطات والمواصفات المطلوبة في قانون المباني دون أن تكون صلاحية للقضاء بأن يصدر قرارات ألزام جهات معينة بتوصيل الخدمات للمشروع الذي رفضت جهة الإدارة إيصالها ابتداءً بسبب مخالفة المشروع للاشتراطات والمواصفات المنصوص

عليها، وبين أن يجب أن يكون دور القضاء إلغاء القرار دون التدخل بالأمر الفنية المتعلقة بالمواصفات والإجراءات التي نص عليها قانون المباني.

كما يجب تفعيل جزئية التأمين على المخاطر المهنية ويقصد بها التأمين على المشروع حيث يكون للمكتب المشرف ضمانات على الأشراف حيث أن المكتب الهندسي يتحمل المسؤولية عن التصميم والأشراف وذلك بحدود مبلغ معين.

### توصيات المحور الرابع:

١. تقديم ضمان بنكي في بعض المشاريع البنائية حتى لا تتوقف عند التنفيذ وذلك بعد إجراء دراسات عن مدى جدوى تلك الفكرة.
٢. توسيع صلاحيات المفتشين والضبطية القضائية.
٣. النص على المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول
٤. تعديل الحكم الوارد بالقانون بشأن الموافقة الضمنية لترخيص البناء.

### المحور الخامس:

#### الاتجاهات الحديثة في البناء:

#### نائب الرئيس:

أشيد بالمستشار المساعد جواهر عادل عبدالرحمن التي تولت دراسة كافة الجوانب القانونية والعملية تمهيداً لإعداد هذه الطاولة المستديرة واقترحت مثل هذا المحور لنرى ما استخلصته بالنسبة للاتجاهات الحديثة في البناء.

#### المستشار المساعد / جواهر عادل عبدالرحمن:

من خلال قراءتي لمقالات العديد من المهندسين البحرينيين في مجال اشتراطات البناء تبين أن التقدم العمراني في الدول المتقدمة والمتطورة عمرانياً يقاس بعدد وارتفاع المباني وتميز تصاميمها، حيث أن تلاحظ لي أن بعض الاشتراطات التي تم إلغائها في بعض الدول ومنها بعض دول الخليج بسبب تقدمها العمراني وإلا أن البحرين لا زالت تعمل بها، فما زالت البحرين تأخذ بنظام الاتجاه الأفقي في البناء على الرغم من قلة الأراضي في مملكة البحرين بيد أن الدول المتطورة عمرانياً تتبع نظام الاتجاه العمودي.

## المهندس /مازن أحمد العمران:

أن الاتجاه العمودي يعتمد على طبيعة الأرض فمتى ما تواجد مساحات اكبر اختلفت طريقة البناء، وأنني من لجنة المشرفين على مشروع برج المؤيد والذي صمم على الطرق الحديثة حيث تم تطبيق نظام مواقف سيارات كافية فيه وكذلك الطريقة الحديثة في التصميم لتتماشي مع ارتفاع المبنى لكي تكون أكثر أمان في حال الزلازل والأزمات وكذلك تواجد الأعمدة الفولاذية وغير ذلك من التصاميم الحديثة، وبين أن مساحة البحرين صغيرة ولكن الوضع يفرض اللجوء إلى الاتجاه العمودي، وان الشوارع لا تتماشى مع الوضع الطبيعي لتواجدها بين الأبراج في المناطق، وان التخطيط يجب أن يلعب دور مهم عند تصنيف مناطق ناطحات السحاب أن يحاسب على حرم الشوارع.

## نائب الرئيس:

أن مثل هذه الاتجاهات الحديثة التي أشار إليها المهندس مازن غير موجودة في الاشتراطات التعميرية في البحرين.

## المهندس / مازن أحمد العمران:

أننا بصدد إعداد قانون خليجي موحد يضم السعودية والأمارات والبحرين والكويت، يضمن المواصفات والتصاميم وسيكون مرجعية وسيكون استرشادي بالبداية لنرى مدى ملائمتة وتقييمه ومن ثم سيكون إلزامي.

## المهندس / كاظم علي عبد اللطيف:

لكي يتم التطور لا بد من تهيئة الأرضية المناسبة من خلال توافر جميع الخدمات والكابلات والشوارع إي بمجرد أخذ رخصة البناء تكون جميع الخدمات متوافرة في الأرض، فيكون تخطيط الأرض وتهيئتها من جميع النواحي قبل قيام المباني فيها، فيحدث ما يسمى بالمدن الذكية، مثال ذلك المدينة الشمالية بأنها تم البدء فيها بداية صحيحة ونموذجية بعد دراسة مستفيضة يجب أن يحتذا فيها.

## المهندسة / لمياء الفضالة:

أن المشاريع الحكومية لها إستراتيجية معينة ويجب التركيز على المشاريع الاستثمارية

وبينت أن الإشكالية بأن المستثمر بمملكة البحرين يدفع شي جدا بسيط مقارنة بباقي الدول، فيستفيد من الدولة دون أن يفيد بالدفع، وضرب مثال على المدينة الصناعية في الجبيل كل مشروع صناعية جديد يجب أن يضع محطة كهرباء تمتد المناطق المجاورة، وأوصت بأن يجب على الدولة التركيز على المشاريع والاستثمارية وتجبر المستثمرين تقديم خدمات للبلد.

### نائب الرئيس:

وبينت سعادة نائب الرئيس بأن الاستثمار أحيانا لا يكون له عائد مباشر أحيانا حيث يكون هناك عوائد بطريقة غير مباشرة على سبيل المثال توظيف المواطنين وغيرها.

وضرب أحد المهندسين مثال على مجمع الستي سنتر بحيث أن المستثمر شارك بجزء من التكلفة التي تتحملها وزارة الأشغال لتنظيم هذا المشروع (الشوارع والمداخل المؤدية إليه الخ..) ومثال آخر أن المستثمر في مشروع ديار المحرق وجد أنه لا يوجد شوارع تؤدي إلى المنطقة باقتراح أنه يقوم بعملية دفن لجزئية من البحر في حين أن وزارة الأشغال توصل الشوارع اللازمة للموقع.

ويوجد قرار صدر من وزير البلديات يصب بجزئية بسيطة في هذا الخصوص حيث أن قبل أن يطلب المستثمر ترخيص بناء مشروع يجب أن تعرف الوزارة إذا كان هذا الموقع مدرج في خطة الخدمة (كهرباء وشوارع) وفي ضوء ذلك وفي حال أن لم يكن الموقع في الخطة سوف تفرض الوزارة اشتراطات على المستثمر بحيث يكون مسئول عن شوارع معينه أو الكهرباء المعينة التي تتعلق أو قريبه بهذا المشروع.

### توصيات المحور الخامس

١. تحديد حجم أو نسب البناء طبقاً لطبيعة الأرض المراد البناء عليها.
٢. ضرورة تحديد نوعية مواد البناء.
٣. ضرورة التنسيق بين الجهات ذات العلاقة عند تصنيف المباني.
٤. وضع شروط موصدة للبناء مع الأخذ في الاعتبار القانون الخليجي الموحد للمواصفات والشروط الخاصة بمجال تخطيط الأراضي.
٥. ضرورة تهيئة المرافق عند تخطيط المدن والمناطق.
٦. وجود آلية لإلزام المستثمرين بجزء من نفقات المرافق.
٧. ضرورة أخذ رؤية البحرين ٢٠٣٠ عند وضع اشتراطات التعمير.

## الخاتمة

### وتوصيات الطاولة المستديرة:

### (قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرائية)

وفي النهاية لا يسع سعادة الرئيس ونائب الرئيس إلا أن يتقدما بالشكر الجزيل إلى الحضور على إثراء هذه الطاولة، والتفاعل بهذه الصورة الجميلة والاستفادة من الخبرات، ويأملان تكرار مثل هذه الطاولة في موضوعات أخرى، وقد اختتمت محاور الطاولة المستديرة المنعقدة بعنوان (قانون تنظيم المباني ودوره في التنمية الاقتصادية والعمرائية) في التوصيات الآتية:

١. إعادة النظر في أحكام قانون تنظيم المباني الحالي خاصة فيما يتعلق بتحديد أعمال البناء ومخالفات البناء على وجه الدقة إلى جانب توسيع صلاحيات المفتشين والضبطية القضائية ووضع عقوبات رادعة لمخالفات تراخيص البناء.
٢. مراعاة الثبات في تصنيف المناطق والاشتراطات التعميرية لمناطق المملكة أخذاً في الاعتبار التطور العمراني في الدول المتقدمة عمرائياً في تحديد نسب البناء.
٣. ضرورة التنسيق فيما بين الجهات الحكومية المعنية والبلديات وتوحيد الإجراءات الإدارية الخاصة بتراخيص البناء إلى جانب توحيد مفهوم أعمال البناء فيما بينها.
٤. النظر في تشكيل لجنة من المهندسين والبلديات تختص بتقييم المباني المتنازع عليها أمام القضاء وتقديم رأيها للمحكمة التي تنظر الدعوى.

# ثانياً: أهم التعديلات الدستورية والتشريعية

التي أدخلت على مجلس النواب عام ٢٠١٢

المستشار/ محمد ياسين  
نائب رئيس مجلس الدولة المصري

تنفيذاً للتطلعات السامية لجلالة الملك المفدى في تحقيق تقدم وراقي مملكة البحرين وتطوير نظامها السياسي بما يحقق مزيداً من الديمقراطية، وفي إطار ما انتهى إليه حوار التوافق الوطني، فقد جاءت التعديلات الدستورية متضمنة إعادة النظر في صلاحيات مجلس النواب بزيادة اختصاصاته الرقابية وتعظيم دوره في الرقابة والمساءلة.

ويتناول هذا المقال أهم التعديلات الدستورية التي تناولت مجلس النواب والتي تمثلت في الآتي:

١. ضمانات حل مجلس النواب.
٢. مناقشة برنامج الحكومة.
٣. إلقاء بيان أمام مجلس النواب.
٤. إعادة تنظيم الاستجواب.
٥. عدم إمكان التعاون مع رئيس الوزراء.
٦. طرح موضوع عام للمناقشة.
٧. الرغبات التي يبديها مجلس النواب للحكومة.
٨. توجيه الأسئلة للوزراء.
٩. وضع حد أقصى لصياغة الاقتراحات.



١٠. مشروع الميزانية السنوية للدولة.
١١. تعديل شروط الترشيح لعضوية مجلس النواب.
١٢. عدم جواز إعادة ترشيح من استقال في ذات الفصل التشريعي.
١٣. إعادة تشكيل مكتب المجلس.
١٤. رئاسة المجلس الوطني.

## أهم التعديلات الدستورية والتشريعية التي أدخلت على مجلس النواب عام ٢٠١٢

تنفيذاً للتطلعات السامية لجلالة الملك المفدى في تحقيق تقدم ورفي مملكة البحرين وتطوير نظامها السياسي بما يحقق مزيداً من الديمقراطية، وفي إطار ما انتهى إليه حوار التوافق الوطني، فقد جاءت التعديلات الدستورية متضمنة إعادة النظر في صلاحيات مجلس النواب بزيادة اختصاصاته الرقابية وتعظيم دوره في الرقابة والمساءلة، إلى جانب إعادة تنظيم كل من مجلسي الشورى والنواب بما يعطي دوراً أكبر لمجلس النواب ويحقق الاختيار الأمثل لأعضائه.

وقد انعكست التعديلات الدستورية بإجراء تعديلات تشريعية على اللائحة الداخلية لمجلس النواب وقانون مجلسي الشورى والنواب وبعض القوانين الأخرى المتصلة بتلك التعديلات، وتمثلت التعديلات التي تناولت مجلس النواب في الآتي:

### ١. ضمانات حل مجلس النواب:

كان نص المادة (٤٢) البند (ج) من الدستور يعطي الملك الحق في حل مجلس النواب بمرسوم يبين فيه أسباب الحل ويمنع حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى، وجاء تعديل هذه المادة ليضيف ضمانات جديدة تمثلت في ضرورة أخذ رأي كل من رئيس مجلس الشورى ورئيس مجلس النواب ورئيس المحكمة الدستورية قبل حل مجلس النواب.

### ٢. مناقشة برنامج الحكومة:

تعزيزاً لدور مجلس النواب في الرقابة عدلت المادة (٤٦) من الدستور بإضافة فقرة ثانية إليها تعطى لمجلس النواب الحق في إقرار أو عدم إقرار البرنامج الذي تقدمه الحكومة الجديدة التي يختارها الملك، وذلك بأن يقدم رئيس مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوماً من أداء الوزارة لليمين الدستورية برنامج وزارته إلى مجلس النواب، بحيث إذا لم يوافق المجلس على هذا البرنامج تقوم الحكومة بإعادة تقديمه إلى المجلس بعد إدخال ما تراه من تعديلات عليه، فإذا أصر المجلس على رفض البرنامج قبل الملك استقالة الوزارة، وقد تطلب النص مدداً معينة

وأغلبية خاصة في عرض ومناقشة برنامج الحكومة، وقد انعكس هذا التعديل على تعديل اللائحة الداخلية لمجلس النواب بإضافة فرع جديد تحت عنوان (مناقشة برنامج الحكومة) إلى الفصل الثاني من الباب الرابع وتدرج تحته المواد الجديدة التي تنظم هذا الموضوع وهي المواد من (١٦٥) إلى (١٦٨).

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور قبل تعديله كان يكتفي بأن تقدم الوزارة فور تشكيلها برنامجها إلى المجلس الوطني ويقتصر دور المجلس في هذه الحالة على إبداء ما يراه من ملاحظات بصده ولكنه لم يشترط لبقاء الوزارة في الحكم موافقة المجلس على برنامجها، وجاء التعديل ليعطي هذا الحق لمجلس النواب ويرتب آثاراً قانونية تتمثل في إمكان إقالة الوزارة إذا لم يوافق المجلس على برنامج الحكومة.

### ٣. إلقاء بيان أمام مجلس النواب:

أجازت المادة (٨٨) من الدستور بعد تعديلها لرئيس مجلس الوزراء إلقاء بيان أمام مجلس النواب أو إحدى لجانه عن موضوع داخل في اختصاصه وله أن يفوض أحد الوزراء في ذلك، وقد انعكس هذا التعديل بإضافة فرع جديدة لللائحة مجلس النواب تحت عنوان (بيان الحكومة) وهو الفرع الثاني الذي أضيف إلى الفصل الثاني من الباب الرابع وتدرج تحته المادة (١٦٩).

### ٤. إعادة تنظيم الاستجواب:

يعد الاستجواب وسيلة مهمة من وسائل رقابة مجلس النواب على الوزراء إذ إنه قد يؤدي إلى موضوع طرح الثقة بالوزير على المجلس، وقد أعيد تنظيم الاستجواب بحيث تطلب الدستور في المادة (٦٥) بعد تعديلها أن تتم مناقشة الاستجواب في المجلس ذاته سواء علانية أو في جلسة سرية، وذلك ما لم يقرر أغلبية أعضاء المجلس مناقشة الاستجواب في اللجنة المختصة بموضوع الاستجواب، إضافة إلى شرط عدم جواز إجراء المناقشة إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه ما لم يطلب الوزير المستجوب تعجيل هذه المناقشة.

وقد أعيد تنظيم الاستجواب في اللائحة الداخلية لمجلس النواب بإضافة المواد (١٤٥) مكرراً، ١٤٥ مكرراً "١"، ١٤٩ مكرراً) إلى جانب استبدال المواد (١٤٦، ١٤٧، ١٤٨) الفقرة الأولى، ١٤٩، ١٥٠ الفقرة الثانية) حيث تم منح الاستجواب الأسبقية على سائر المواد المدرجة في جدول الأعمال، وأعطى لمقدمي الاستجواب وللجنة المختصة طلب أية بيانات من الوزير تكون لازمة لاستجلاء حقيقة الأمر بالنسبة لموضوع الاستجواب.

### ٥. عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء:

تعزيزاً لدور مجلس النواب عدلت المادة (٩٧) من الدستور لتعطى دوراً منفرداً لمجلس

النواب في تقرير عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء بعد أن كان صدور هذا القرار يتطلب موافقة مجلسي الشورى والنواب في اجتماع للمجلس الوطني بأغلبية ثلثي الأعضاء، وقد انعكس ذلك على تعديل المواد (١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، فأصبح الحق في تقديم الطلب لعشرة من أعضاء المجلس، فإذا وافق أغلبية أعضاء المجلس على عرض الطلب فإن إصدار القرار يتطلب موافقة ثلثي أعضاء المجلس.

## ٦. طرح موضوع عام للمناقشة:

عدلت المادة (٦٨) من الدستور لتحقيق ضمانات جديدة تتمثل في حق مجلس النواب في طرح موضوع عام للمناقشة لاستيضاح سياسة الحكومة في شأنه وتبادل الرأي بصدده، وقد نظمت اللائحة الداخلية لمجلس النواب هذا الموضوع بإضافة فرع جديد تحت عنوان (طلبات المناقشة العامة) إلى الفصل الثاني من الباب الرابع وضم المواد من (١٧٠) إلى (١٧٤).

## ٧. الرغبات التي يبديها مجلس النواب للحكومة:

تفعيلاً لدور مجلس النواب في الرغبات التي يبديها للحكومة تم تعديل المادة (٦٨) من الدستور بإضافة حكم جديد يلزم بمقتضاه الحكومة بالرد كتابة على مجلس النواب خلال ستة أشهر في حالة تعذر الأخذ بتلك الرغبات، وقد تم تعديل المادة (١٢٧) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب إعمالاً لهذا الحكم.

## ٨. توجيه الأسئلة للوزراء:

كان الحق في توجيه الأسئلة للوزراء مقررًا لكل عضو من أعضاء مجلسي الشورى والنواب، فجاء تعديل الفقرة الأولى من المادة (٩١) من الدستور ليقتصر حق توجيه الأسئلة للوزراء على أعضاء مجلس النواب دون غيرهم.

## ٩. وضع حد أقصى لصياغة الاقتراحات:

عدلت المادة (٩٢) بند (أ) من الدستور لتضع حداً أقصى لوضع اقتراحات تعديل الدستور واقتراحات القوانين في صيغة مشروع تعديل للدستور أو مشروع قانون، وهذا الحد هو ستة أشهر على الأكثر من تاريخ إحالتها من مجلس الشورى أو مجلس النواب إلى الحكومة لصياغتها وإحالتها إلى مجلس النواب، وكانت الصياغة تتم قبل ذلك خلال الدورة البرلمانية التي أحيل فيها الاقتراح إلى الحكومة أو في الدورة التي تليها. وقد انعكس هذا التعديل على تعديل المادة الثانية بند (١) من قانون هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

## ١٠. مشروع الميزانية السنوية للدولة:

نظراً لما تتميز به الميزانيات المعاصرة من دقة وتعقيدات تحتاج إلى تعاون وجهد في

مناقشتها من المجلسين التشريعيين (مجلس الشورى ومجلس النواب)، فقد تطلب البند (ب) من المادة (١٠) من الدستور بعد تعديله عرض مشروع الميزانية بعد أن تقدمه الحكومة إلى مجلسي الشورى والنواب على اللجنتين المختصةين بالشؤون المالية في كل من المجلسين في اجتماع مشترك لمناقشته مع الحكومة، وهو ما يعطي فرصة أكبر لإثراء المناقشة والوصول إلى حلول أفضل لما يثار بشأن الميزانية من ملاحظات ويختصر الوقت الذي تأخذه هذه المناقشة. كما عدل البند (ج) من ذات المادة بما يمنع من إعداد الميزانية لأكثر من سنتين ماليتين.

وقد انعكست هذه التعديلات الدستورية على تعديل المواد (١٦٥ و ١٦٧ و ١٦٩) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، وعلى نصوص المواد (٢٣ و ٢٤ و ٣٤) من قانون الميزانية العامة.

### ١١. تعديل شروط الترشيح لعضوية مجلس النواب:

تم تعديل البند (أ) من المادة (٥٧) من الدستور المتعلقة بشروط الترشيح لعضوية مجلس النواب وبما يؤدي إلى التفرقة بين المواطن الذي يتمتع بالجنسية الأصلية والمواطن الذي اكتسب الجنسية بالتجنس، بحيث يشترط في المتجنس لعضوية مجلس النواب أن يكون قد مضى على اكتسابه الجنسية البحرينية عشر سنوات، فضلاً عن إضافة شرط جديد هو ألا يكون المرشح لعضوية مجلس النواب حاملاً لجنسية أخرى إلى جوار الجنسية البحرينية لأن الجمع بين جنسيتين يشترط ولاء الشخص بينهما ويشكك في هذا الولاء، ولا يسري شرط عدم ازدواج الجنسية على الشخص الذي يحمل الجنسية البحرينية الأصلية ثم اكتسب جنسية إحدى الدول الأعضاء في مجلس التعاون لدول الخليج العربية إيماناً بوحدة الهدف والمصير والمصلحة المشتركة لشعوب دول مجلس التعاون.

وقد تم تعديل المادة (١١) بند (أ) من قانون مجلسي الشورى والنواب إعمالاً للتعديل الدستوري المشار إليه.

### ١٢. عدم جواز إعادة ترشيح من استقال في ذات الفصل التشريعي:

تنص المادة (٥٩) من الدستور على أنه في حالة خلو محل أحد أعضاء مجلس النواب قبل نهاية مدته ينتخب بدله خلال شهرين من تاريخ إعلان المجلس هذا الخلو، ولمواجهة احتمال أن يتحقق الخلو باستقالة أحد الأعضاء، فقد تقرر النص صراحة على عدم جواز ترشيح نفسه مرة أخرى في ذات الفصل التشريعي، وقد انعكس هذا التعديل الدستوري على تعديل المادة (١١) من قانون مجلسي الشورى والنواب الخاص بشروط الترشيح لعضوية مجلس النواب.

### ١٣. تكوين مكتب المجلس:

تم إدخال تعديل على المادة (١٥) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب وبمقتضاه أصبح مكتب المجلس يشكل من رئيس المجلس ونائبه ورؤساء اللجان النوعية الخمس الدائمة المنصوص

عليها في الفقرة الأولى من المادة (٢١) من اللائحة الداخلية للمجلس، وذلك بعد أن كان مكتب المجلس يشكل من رئيس المجلس ونائبيه ورئيس كل من لجنة الشؤون التشريعية والقانونية ولجنة الشؤون المالية والاقتصادية فقط.

#### ١٤ . رئاسة المجلس الوطني:

تعزيزاً لدور مجلس النواب باعتباره المجلس المنتخب من الشعب، فقد حرصت التعديلات الدستورية على إعطاء الأولوية لرئيس مجلس النواب في رئاسة المجلس الوطني (مجلس الشورى ومجلس النواب) وفي إحالة مشروعات القوانين التي تمت الموافقة عليها من المجلسين إلى الحكومة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإصدارها، وقد تم تعديل اللائحة الداخلية لمجلس النواب بإضافة مادة جديدة تحمل رقم (٢٢٨) مكرراً تعكس هذا الحكم.





## المقالات







# حماية الضحايا والشهود في القضايا الجنائية ( بين أحكام التشريع وقواعد التطبيق )

المستشار/ على الهواري

المستشار بالنيابة العامة بمملكة البحرين

برزت خلال العقدين الماضيين أهمية تقنين الأحكام المتعلقة بحماية الضحايا والشهود في القضايا الجنائية وسبل تطبيقها، لاسيما بصد الجرائم التي تقع من العصابات المنظمة وأصحاب النفوذ وعتاة المجرمين، لمواجهة اعتداءاتهم المحتملة و تهديداتهم لشهود جرائمهم بغرض صدهم عن الإدلاء بمعلوماتهم أو تحريفها لصالحهم باعتبار أن الشهادة تعد من الركائز الأساسية التي تهدي إلى الكشف عن الجريمة والتعرف على مرتكبيها وتقييم عليهم الحجة التي يستند عليها القضاء في أحكامه.

والحق أن حماية الضحايا والشهود ليست مجرد صيانة أشخاص، بل مجتمعات تأبى أن تحاط بجرائم ملموسة تهدم مقوماتها ولا تقوى العدالة فيها - لغياب الأدلة عنها - على أن تخضع مرتكبيها لأحكامها.

ولئن أحاطت الاتفاقيات الدولية بمبادئ تعين على سن تشريعات تحقق تلك الحماية، إلا أن القليل من التشريعات الوطنية العربية اكتفى بأخذ ظاهر القول منها، والكثير ضرب الصفح عنها، فباتت سطوة الجناة مهيمنة ويد الحماية قاصرة عن إدراكها، بما يخجوبه العدل وتتمو مع مشاعر اليأس، مما يستلزم النظر إلى هذا الأمر بعين الجدية والاعتبار واتخاذ خطوات حاسمة لإصدار تشريعات متكاملة تحقق الحماية المرجوة وتكفل تنفيذها.

## أمثلة لأحكام من الاتفاقيات الدولية

فرضت أحكام المادتين ٢٢ ، ٢٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

”UNCOC“ التزاما بأن تتخذ كل دولة طرف التدابير المناسبة وفقا لنظامها القانوني وفي حدود إمكانياتها لتوفير حماية فعالة للشهود الذين يدلون بشهادة تتعلق بجرائم الفساد، ولأقاربهم ولذوي الصلة بهم، وتشمل توفير الحماية الجسدية سواء بتغيير محل إقامتهم أو عدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم أو بتدبير وسائل خاصة للإدلاء بالشهادة عن طريق تكنولوجيا الاتصالات.

وكذلك ورد ذات المضمون بأحكام المادة ٢٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

## عناصر منظومة الحماية

تتكون منظومة الحماية من عدة عناصر يتعين الوقوف على معنى كل منها على النحو الآتي:

### الحماية:

يقصد بالحماية حجب أي ضرر يمكن أن يتعرض له الشاهد أو أحد من ذويه من جراء الإدلاء بمعلوماته عن الجريمة أو مرتكبيها، ولقد تناولت الاتفاقيات الدولية الحماية من حيث النوع وأشارت فيها إلى الحماية الجسدية، ومن حيث الوسيلة أشارت إلى تغيير محل الإقامة وعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بالهوية وأماكن التواجد واستخدام وسائل تقنية الاتصالات، فإذا كانت موجبات الحماية المتكاملة تقتضي أن تتضمن في أنواعها بجانب الحماية الجسدية على كل ما يمكن أن يحول عن أداء الشهادة على وجهها الصحيح بما يشمل الموانع المادية والأدبية والنفسية والاجتماعية إذ أن وطأة التخوف من أضرارها تضاهي وطأة التخوف من الاعتداء على النفس. كما تقتضي كذلك أن تشمل في وسائلها على كل ما يضمن تعويض الشاهد عما قد يترتب على فرض الحماية وذلك بتوفير فرص عمل ومصادر رزق بديلة وتأهيل للتعايش في مجتمع مختلف، فإنه يتعين عدم التقيد بما أشارت إليه الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن باعتبار أن ما أورده بخصيص نوع الحماية ووسائلها كان على سبيل المثال لا الحصر.

### الجرائم:

يستوعب معنى الجرائم في نطاق الحماية؛ الجرائم الجنائية كافة ذات التأثير السلبي على مقومات المجتمع، فلا تقتيد بمعيار نوعي أو شكلي، بل يتم تعيينها بمعيار موضوعي يقوم أساسا على وجود أسباب مبررة تقدرها الجهة المنوط بها إقرار الحماية لخطورة حقيقية مؤثرة على الشهود بغض النظر عن مسمى الجريمة، فإذا كان من الطبيعي أن تحصر الاتفاقيات الدولية أحكامها على نوع الجرائم التي تنظمها فمن ثم لا تثريب على التشريعات الوطنية إذا

تجاوزتها إلى غيرها من الجرائم.

## الضحايا:

وهم المجني عليهم الذين وقعت الجريمة عليهم ، ويعد مفهوم الضحية اشمل من مفهوم الشاهد إذ انه ليس كل شاهد ضحية للجريمة بينما يعد كل ضحية شاهداً على الأقل على الأفعال التي وقعت عليه وآثارها حتى ولو لم ير الجاني. ومن ثم يكون التعبير الذي أورده الاتفاقيات الدولية بعبارة ” سريان أحكام الحماية على الضحايا إذا كانوا شهوداً ” جيداً بان يكون محل تحفظ.

## الشهود:

ويقصد بهم كل من أدرك أي فعل أو أثر للجريمة أو مرتكبها بأية حاسة من حواسه أو بطريق الاستنباط، بما يشمل شهود الرؤية وشهود الواقعة والمبلغين ومجري التحريات والخبراء والمدققين الحسابيين والأطباء والفنيين، وشهود الاستدلال الذين يدلون بأقوالهم بدون حلف يمين سواء لعدم بلوغ السن القانونية أو لعدم وضوح موقفهم من الجريمة وقت الإدلاء بأقوالهم أو لكونهم متهمين يقرون بأقوالهم في حق متهمين آخرين، أو شهود الاستنباط الذين يرشدون عن المستفيد الحقيقي من الجريمة أو كالذي سمي شاهداً من أهلها في سيرة النبي يوسف عليه السلام بإرشاده عن الجاني استنباطاً من سماعه للواقعة والآثار الظاهرة على أطرافها.

## الجهات القائمة على الحماية:

وهي جهات التشريع الموكل إليها سن القوانين والقرارات واللوائح المتعلقة بفرض الحماية ووسائل تنفيذها، وكذا الجهات القضائية المقررة لحالات انطباق أحكام الحماية عن كل واقعة وتحديد الضحايا والشهود الجديرين بها وتقدير الخطورة التي تتهددهم واختيار وسيلة الحماية المناسبة لكل منهم، وكذلك الجهات التنفيذية المنوط بها تنفيذ الحماية المقررة وفق آليات وبرامج وإمكانات تضمن تحقيق الغرض منها، ويتعين على القائمين على تلك الجهات تطوير أداء كوادرها في هذا الخصوص وطرح أية مفاهيم تقليدية تحول دون تحقيق الحماية لغايتها.

## أمثلة من بعض التشريعات العربية:

صدر قانون مكافحة الفساد وحماية الشهود والمبلغين الجزائري عام ٢٠٠٦ وفرضت أحكامه عقوبة الحبس على كل من يعتدي على شاهد أو خبير أو ذويههم أو يرهبهم في جريمة من جرائم الفساد، وعلى كل من لم يبلغ عنها رغم علمه بها. كما صدرت أحكام قانون حماية

المبلغين اليميني رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠١ وناطت للهيئة العليا لمكافحة الفساد سلطة إقرار الحماية اللازمة للشهود والخبراء والمبلغين. كذلك اصدر المشرع المغربي تعديلا في أكتوبر عام ٢٠١١ على القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية في شأن حماية الضحايا والشهود والمبلغين فيما يخص جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وغيرها؛ وأورد بمقتضاه قواعد إجرائية تمنح وكيل الملك والوكيل العام للملك وقاضي التحقيق سلطة إقرار تدابير الحماية التي تبدأ من تزويد مستحق الحماية بأرقام الاتصال بالجهات الأمنية و تنتهي إلى فرض أي تدبير آخر يحقق ضمانة فعلية، إلا انه اعتبر الأقوال التي يتم الإدلاء بها في هذه الحالات مجرد معلومات لا تقوم بها حجة بمفردها إذا قررت المحكمة عدم الكشف عن الهوية. وأورد التشريع الليبي واللبناني والعراقي أحكاما متفرقة مماثلة، في حين صممت تشريعات عريقة مثل التشريع المصري عن إصدار أية أحكام في هذا الشأن مكتفية دون مبرر حتى الآن بالقواعد التقليدية.

ويعد التشريع البحريني الأكثر تميزاً في أحكامه لاسيما فيما أورده من تعديلات عام ٢٠١٢ على قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية، إذ فرضت أحكام المواد ٢٣٢، ٢٣٧، ٢٣٨ من قانون العقوبات عقوبة السجن على من يكره أو يهدد غيره على الإدلاء بمعلومات غير صحيحة عن جريمة، وعقوبة الحبس على من يقدم رشوة لشاهد أو من يدلي بالشهادة نظير رشوة أو نتيجة رجاء أو توصية أو وساطة، وأجازت أحكام المواد ٨٢ فقرة ٣، ١٢٧ مكرراً، ٢١٤ فقرة أخيرة، ٢٢٣ مكرراً، ٢٢٣ مكرراً "أ" من قانون الإجراءات الجنائية على التوالي الاعتراف بتحقيقات النيابة العامة التي تتم عن طريق التسجيل والتي يتم إجراؤها باستخدام وسائل تقنية الاتصالات، وبتخاذ إجراءات الحماية المتمثلة في تدابير تغيير محل الإقامة أو تغيير الهوية وعدم الكشف عنهما، وأن تسمع المحكمة الشهادة لدواعي الحماية في جلسة سرية أو بواسطة وسائل التقنية السمعية والبصرية أو النقل الأثيري بمعرفة أحد أعضائها أو عرض تسجيل الشهادة ودون الكشف عن هوية الشاهد إلا بإذنها.

ولئن وضع تميز التشريع البحريني عن غيره في هذا الخصوص فيما لم يقف فيه عند حد الحماية الجسدية للضحايا والشهود بل أيضاً لحمايتهم من اي تهديد أو إغراء مادي، و التغلب على أي حائل نفسي أو زمني أو مكاني، وكذا فيما لم يقف فيه عند قصر أحكام الحماية على الجرائم التي أوردتها الاتفاقيات الدولية بل أطلقها على سائر الجرائم مادام لها مبررها، كذلك فيما جمع فيه لفرض الحماية بين نصوص جزائية وأخرى إجرائية تبين سبل تنفيذها.

إلا أنه صدف عن تحديد الجهة المنفذة للحماية وآليات التطبيق، بل أوقف تنفيذها على موافقة الشاهد الذي قد لا يدرك حجم الخطورة التي تتهدده. كذلك لم يراع في تدابير تغيير الهوية و محال الإقامة ما يستعصى تنفيذه منها داخل مجتمع متعارف العائلات والفئات والأفراد، مما يستلزم إجراء ترتيبات مع دول أخرى لنقل الضحايا والشهود إليها خلال فترة الحماية وفق ما أشارت إليه الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن. كما لم يراع في تلك التدابير أيضاً

سبل تعويض الشاهد عما يترتب على فرض الحماية من فقد العمل أو مصادر الرزق.

## الصعوبات والحلول:

هناك بعض الصعوبات التي تكتنف سبل الحماية يجدر الوقوف على أمثلة منها واقتراح حلول لها، وذلك على النحو الآتي:

× قد يتطلب حسم الدليل في بعض الوقائع إجراء مواجهات بين شاهد وآخر، أو بين شاهد ومتهم، أو بين متهم ومتهم آخر، أو إجراء عملية عرض قانوني، ويكون أحد أطرافها جديراً بالحماية، وتكون للعبارات المتبادلة بين الأطراف وما يبدو عليهم من علامات؛ الأثر البالغ في تكوين عقيدة المحكمة، ولإزالة من المبادئ القضائية ما يقضي بتعيب الحكم الذي يصدر من دائرة لم تكن هي أو أحد أعضائها قد استمع للشهود سفاهاً، وتعد قضية هتك عرض بعض أطفال إحدى الدول الأوروبية التي تجري السلطات القضائية البحرينية التحقيق فيها باستخدام تكنولوجيا الاتصالات مثلاً على وضع التشريعات الحديثة في مجال الحماية موضع التطبيق التي يستلزم معها مراجعة تلك المبادئ والتقرير بخروجها عن نطاق أحكام الحماية.

× يلجأ بعض ضباط البحث الجنائي أحياناً إلى حماية مصدره السري بإنكار وجوده بما يصطدم بأدلة مادية وفنية تقطع بخلاف ذلك مما ينال من مصداقية شهادته، والأجدي في هذه الحالة مراعاة التفرقة بين حق الضابط في عدم الكشف عن مصدره السري وبين عدم أحقية إنكار وجوده، وتغليب استقامة الأدلة وإتباع سبل الحماية للمصدر السري على مجرد الاستفادة منه في قضايا مستقبلية محتملة.

× من المقرر أنه يكفي لصحة الحكم في المسائل الجنائية استناده في الإدانة على مجرد أقوال متهم على آخر متى كانت جديرة بالاطمئنان إليها لأسباب سائغة، وتثار في هذا الشأن مسألة إعفاء المتهم من العقوبة في بعض الجرائم في حالة إقراره بارتكاب الجريمة والكشف عن باقي المتهمين بقصد تشجيعه على الإدلاء بشهادته عليهم، فإذا صح اعتبار الإعفاء سبيلاً من سبل التحفيز على الإدلاء بالشهادة فإنه لا يصح الإفراط فيه ليمتد إلى مرحلة ما بعد اكتشاف الجريمة، أو يساوى فيه بين الفاعل الأصلي والشريك، مثل تقرير الإعفاء في جرائم الرشوة للوسيط والراشي سواء كانت الرشوة لأداء الموظف عمل من أعمال الوظيفة التي يلجأ إليها الراشي لدرء عمل ظالم وبين حالة وقوعها إخلالاً بواجبات الوظيفة التي يكون الراشي فيها هو المحرض والمتسبب في انحراف الموظف واتجاره بالوظيفة، أو إعفاء الفاعل الأصلي في جرائم الاتجار في المواد المخدرة لمجرد إرشاده عن غيره.

× إن تعليق فرض الحماية على موافقة الشهود يعد من الأمور ذات التأثير السلبي على تحقيق الغاية من الحماية، وتعد قضية محاولة اغتيال رئيس الوزراء المصري الأسبق بسيارة مفخخة راحت ضحيتها إحدى تلميذات المدارس الابتدائية مثلاً على ذلك، إذ لم يقبل الشاهد

الرئيسي في تلك القضية فرض الحماية الأمنية عليه، فتمكن عناصر التنظيم الذي ينتمي إليه الجناة من قتله خلال سبعة أيام من الكشف عن هويته، مما ترتب عليه عدم الإدلاء بالشهادة أمام المحكمة وبث الرعب في نفوس غيره من الشهود.

× إن تكامل مسألة الحماية تقتضي زيادة سبل تحفيز الشهود على الإدلاء بمعلوماتهم، إلا أن بعض التشريعات تسرف في منح ذوي قرى الجناة وأزواجهم أو أطباهم أو محاميهم أو الخبراء الذين يستعينون بهم الحق في كتمانها، على الرغم من أن الشهادة الحق يجب أن تقوم بالقسط ولو على النفس أو الوالدين أو الأقربين دون إتباع للهوى. ومن ثم فقد يكون مقبولاً منح هذا الحق لهؤلاء في حدود ما يستأنهم الجاني فيه دون أن يمتد لما أدركوه من معلومات عن الجريمة بأنفسهم أو من غيره، إذ لا يصح في هذه الحالة تغليب مصلحة مثل هذه الصلات على مصلحة مجتمع بأكمله.

× إن تشجيع مؤسسات المجتمع المدني ووسائل الإعلام لتكون مصدراً يستند إليه في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها من الأمور الفاعلة في هذا الشأن باعتبارها مؤسسات لديها القدرة على حماية ذاتها ومنتسبيها.

× إن من الأهمية بمكان توعية الجمهور بأهمية الإبلاغ عن الجرائم والإدلاء بالشهادة واطلاعهم على حقوقهم في الحماية ومعاملتهم المعاملة الكريمة خلال فترة التحقيق دون تعطيل شؤون حياتهم الخاصة، أو تعريضهم للإرهاق أو الضيق أو تكبد النفقات.

## خاتمة

إن الحماية شعور يتعين على الجهات المعنية ترسيخه في نفوس أفراد مجتمعاتها ولدى مؤسساتها بوسائل فاعلة حتى يكون إحساساً حقيقياً وثابتاً في ذاتهم وعقيدتهم بوجود ظهير قادر على حمايتهم ويكون دافعاً لاتخاذهم مسلكاً ايجابياً في الإقدام على الشهادة دون أن يائس قلب بكتمانها ولا يحول عنها شأن قوم أو موالاتهم أو سطوتهم عن أبدائها فيتحقق العدل وفق ما ارشد الخالق عز وجل فيما أوجزه في علمه بشأن خلقه بالأبى الشهداء إذا ما دعوا، ولا يضار كاتب ولا شهيد.







# بحث باللغة الانجليزية





هيئة التشريع والإفتاء القانوني

Legislation & Legal Opinion Commission

# AL Qanoniya

Volume No. 1 - First Year  
Rabih El Awal 1435 Hijri- January 2014



A Biannual Law Journal Issued by the  
Legislation and Legal Opinion Commission



# Liquidated Damages



# On International Public Works Agreements in the Anglo-American Jurisdictions: A Comparative Perspective

Judge Dr Mohamed A.M. Ismail

LLB, LLM, PhD (Cairo University), FCI Arb (UK)  
Vice-President of the Egyptian Conseil d'Etat  
Legal Adviser of the Legislation and Legal Opinion Commission-  
Kingdom of Bahrain  
Member of the Comité Français D'Arbitrage  
State Prize Laureate, Legal Research, A.R.E,2011

## مقدمه بالعربية

يتناول الباحث في البحث المائل الطبيعة القانونية لغرامات التأخير في القانون والقضاء الانجلوامريكي بالتطبيق على أحكام القضاء الانجليزي (Case Law) والمحكمة الفيدرالية الأمريكية والمحاكم الأمريكية، مقارنة ذلك القضاء باتجاهات القضاء والافتاء العربي. وتثور مشكلة غرامات التأخير حينما تشترط بعض التشريعات العربية كقانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 أن تستحق الغرامة بمجرد التأخير، والتي تصل نسبتها إلى 10% من إجمال قيمة العقد في عقود مقاولات الأعمال، إذا ما زادت مدة التأخير من المقاول عن أربعة أسابيع. فالأساس القانوني للغرامة في هذه الحالة تشريعي واطردت تطبيقات القضاء العربي وافتائه لاسيما مجلس الدولة المصري ممثلاً في المحكمة الإدارية العليا أن افتراض الضرر بسير المرفق العام حاصل دونما حاجة إلى إثباته وبمجرد حدوث التأخير. فالغرامة توقع بمجرد حدوث التأخير ودون اشتراط لوقوع الضرر فضلاً أنه وعلى فرض وقوع الضرر، فالغرامة لا تقدر بمقدار هذا الضرر وإنما توقع كشرحه ثابتة منصوص عليها في التشريع حتى ولو حاق بالمرفق العام ضرراً أقل من مقدار الغرامة المنصوص عليها في التشريع والعقد الذي يعتبر عادة قانون المناقصات والمزايدات جزءاً لا يتجزأ منه.

وعلى العكس تماماً فإن القضاء الانجليزي في القضية الشهيرة (Dunlop Case 1914 HL)، والتي حكم فيها مجلس اللوردات The House Lords، قرر أنه لا يمكن أن ينفذ شرطاً عقابياً، واشترط في قضايا أخرى عديدة سردها الباحث تفصيلاً وجوب تناسب مقدار التعويض مع الضرر الذي حاق بالمرفق.

ولقد ساير القضاء الأمريكي القضاء الانجليزي في ذات النظر حتى جاءت قضية (Phillips Hong Kong, 1993) التي أرسى بها القضاء الانجليزي (Privy Council) مبدأ جديداً في صدد غرامات التأخير. وقد كانت هذه

القضية تتعلق بإنشاء نظام مراقبة بالكمبيوتر Computerization لطريق سريع في Hong Kong . يعالج البحث هذا الاتجاه الجديد ، والاساس القانونى له فى القضاء الانجلوأمريكى ، من خلال دراسته للعديد من القضايا في المملكة المتحدة والولايات المتحدة بمزيد من التحليل والعمق ليوضح اوجه التباين بين منهج القانون والقضاء الانجلوأمريكى من ناحية ، والنظم القانونية العربية من ناحية اخرى بما اطردت عليه قضاءً وإفتاءً .

---

# Globalization and Liquidated Damages On International Public Works Agreements in the Anglo-American Jurisdictions:

## A Comparative Perspective with Civil Law Legal Systems

### **Abstract:**

The purpose of this paper is to examine the legal nature of liquidated damages (penalty for delay) in the international public works agreements (infrastructure projects) in the Anglo-American jurisdictions, with special reference to the Egyptian “Conseil d’Etat” State Council decisions, in the light of the influence of the legal globalization to these contracts.

This paper is divided into three parts. The first describes the legal globalization as a transnational and socio-economic phenomenon .The second is scrutinizing Anglo-American case law perspective .The third is an analytical and comparative perspective on the Egyptian State Council decisions in comparison with the Egyptian cassation court decisions as the Egyptian Cassation Court is applying directly civil law provisions.

The Egyptian State Council plays a significant role in establishing and codifying rules of (*les contrats administratifs*) administrative contracts since the administrative law is not codified in Egypt. The State Council in Egypt is the founder of the Administrative Contracts Theory established in 1946. Since then, courts, and the General Assembly for Legal Opinion (Fatwa) and Legislation, have set out the legal framework of the administrative contract criteria.

It was settled in the State Council decisions for many decades that the contract is considered administrative if a party to the contract is a public juristic entity, if it concerns any of the public utilities (its management or organization) and if it includes among its provisions specific clauses that differ from civil and



---

commercial contracts. These provisions are called “Les Clauses Exorbitantes”<sup>1</sup>

It is also settled that an international public works agreement having the abovementioned criteria is an administrative contract by nature and is under the jurisdiction of the State Council courts or subject to international arbitration and is not under the jurisdiction of civil or commercial courts.

The system employed by the State Council is to some extent similar to the system employed by courts exercising the common law, since the administrative law is not codified by the Egyptian legislator. It is worth considering that decisions of the Supreme Administrative Court are not obligatory to lower administrative courts to follow (appeal or first instance administrative courts). Meanwhile, lower courts are always influenced by the decisions of the Supreme Court and, in case of different views; lower courts can deal with new perspectives and have their own reasoning towards the use of this approach after deliberations and voting by the majority of Judges.<sup>2</sup>

Globalization plays a fundamental role in enhancing and modifying the administrative contract traditional theory as a result of the new stipulations imposed by foreign contractors entering into infrastructure agreements with public juristic entities. A new era for a new legal structure has begun since it is acceptable by the Egyptian legal system to stipulate that arbitration is the only mechanism for dispute settlement in infrastructure projects<sup>3</sup> if it is agreed upon by the contracting parties<sup>4</sup>. Moreover, the Egyptian legal system began to accept foreign laws as the substantive laws applicable to the dispute rather than Egyptian laws applicable in similar cases, especially in arbitration rather than litigation.

---

1 Supreme Administrative court decision in 19th of May ,1962,Year 7, page 890,Dr Soliman El Tamawy, General Principles of Administrative Contracts, fifth edition, 1991,pp.86 and Case 851 ,Year 20 in 21st of June 1980.See also decision No. 3128-24/1/1995,Legal Principles in Administrative contracts by the Egyptian State council in 40 years pp98-99. In France See the leading authority in Administrative Contracts: Andre de Laubadrere, Franck Moderne and Pierre Dolve, Traite de Contrats Administratifs , Tome I , 2nd Edition, LGDJ, 1983,pp.211-29,Laurent Richer Droit Des Contrats Administratifs, LGDJ,1995 .

2 Deliberations are obligatory and confidential pursuant to article (166) of the Egyptian Civil and Commercial Procedural Law No. 13 of 1968 which applies to State Council courts.

3 Article (13) of the Egyptian Arbitration Act, No. 27 of 1994, in civil and commercial disputes stipulates that if there is an arbitration clause in the contract or arbitration agreement courts shall be prohibited to hear the case.

4 A crucial question remains unanswered, can the parties go to the national courts if the time bar in the agreement to start arbitration passed, (i.e. FIDIC form of contracts stipulates time limit to start arbitration), for more details in civil law countries perspective, In Arabic, Mohamed A.M. Ismail, Arbitration in international public works agreements(2003), pp497-504,Beirut, El Halabi Publishing.

---

The Egyptian legal system began to recognize new clauses, such as the stabilization clause, in favor of foreign contractors to maintain stability in contract prices as public works agreements are considered complex and long-term agreements. In some agreements with multinational entities, the state cannot amend, modify or terminate the contract without the consent of the foreign contractor; meanwhile, in the traditional theory of the administrative contract the state can exercise unlimited power in the contract.

There was a strong debate until early 1997 about the possibility to start arbitration procedures in administrative contracts. A leading opinion of The General Assembly for Legal Opinion (fatwa) and Legislation in 18/12/1996 rejected arbitration in administrative contracts (international public works agreements) as it is always related to public utilities which are owned and managed by the nation representatives (ministries and governorates) and all its disputes shall be settled by the national courts, as the traditional theory of the administrative contract stipulates.

The general assembly went beyond to confirm that article (1) from The Egyptian Arbitration Act in commercial and civil matters (no.27of 1994), is lacking clarity and certainty <sup>1</sup>. As a result to this approach, the Egyptian Parliament promulgated new legislation (no. 9 of 1997) to amend article (1) of the Arbitration Act (no 27 of 1994) and to confirm that administrative contracts disputes can be settled through arbitration if the parties agreed upon.

These are some enhancements at the administrative contracts theory which considered to be results from globalization and the integration of the Egyptian legal system (to a great extent) in the global legal and economical concepts that influenced legislator and court decisions in Egypt.

It is appropriate, at this stage, to refer to globalization as a transnational and socio-economic phenomenon.

## **(I) Globalization is a transnational socio-economic phenomenon**

Law is a social science that performs a significant role as an essential mechanism needed to fulfill the needs and requirements of all human societies. Law reflects and represents the minor image of a society, determines its common interests and reflects its cultural traditions. On the other hand, globalization has had its influence on various human societies, breaching cultural barriers through the flow of commodities, capital, people, and intangibles such as

---

1 The General Assembly for Legal Opinion (fatwa) and Legislation, Legal opinion NO. (160) dated 22/2 /1997, session 18/12/1996, file No (54/1 /339).

---

culture and values<sup>1</sup> from one country to another.

Information technology developments during the last two decades have facilitated the globalization process and intensified cultural interaction, especially legal cultural interaction between legal institutions in the entire world. Rigid and traditional legal patterns and traditions began to accept modifications and enhancements. Some of these patterns began to deteriorate while others created a new legal system with new characteristics, as a result of the merging between the legal cultures. Despite globalization movements and the flow of a new legal culture to the legal systems of developing countries, as well as to their socioeconomic structure and social traditions, the author of this article strongly believes that some areas will still preserve their national oriental identity. For instance, in Egypt, family laws and traditions relate to social oriental traditions as well as to Coptic and Muslim religious beliefs and social habits; these, largely, will not be greatly influenced by the cultural globalization in the socio-legal domain. Regardless of the minor religious controversy between Copts and Muslims in minor areas of family laws, the conservative social culture, for both Copts and Muslims, imposes the same traditions and customs in the domain of human familial relations<sup>2</sup>.

On the other hand, legal matters that are considerably influenced by legal cultural globalization, such as the Administrative Contracts Theory, (Le Contrat Administratif), will maintain some of their basic features. It is true that penalties and sanctions stated in the Administrative Contracts Theory have not changed to date, even with the existence of new trends aimed at the liberalization, modernization and internationalization of the traditional theory of administrative contracts.

Accordingly, it can be said that the rigid patterns of administrative contracts, their substance and exorbitant features have significantly changed in the last decade in the Egyptian legal culture, especially concerning infrastructure agreements with foreign private entities. These new legal patterns, such as the introduction of international public works agreements, BOT / BOOT/ BOO agreements and PPP contracts, posed the start of new era in the Egyptian legal

---

1 Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, W.W. Norton & Company Inc., 2004. See also, by the same author, *Making Globalization Work*, W. W. Norton & Company, 2007. Nobel laureate (2001), Prof. at Columbia University, USA; Brain Snowdon, *Globalization, Development and Transition*. Edward Elgar, 2007 and Mohamed S. Abdel Wahab, *Cultural Globalization and Public Policy: Exclusion of Foreign Law in the Global Village*, Oxford University Press, 2005, Vol. 8, P. 306; Mohamed A M Ismail, *Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries, An Analytical Perspective*, Ashgate Publishing, UK, 2011.

2 Mohamed A. M. Ismail, *Public Economic Law and the New International Administrative Contracts*, El Halabi Publishing Co, Beirut, 2010, P.14, this book was awarded the State Prize in legal research by the government of the A.R.E, 2011.

---

culture; one with unique and liberal mechanisms and stipulations.

Legal cultural globalization has had its influence on legislation, litigation, the contractual regime of the administrative contracts (new types) and, currently, arbitration. The Arbitration Act of 1994, as a direct result of legal cultural globalization, created the latter mechanism.

Despite the abovementioned facts, the state still maintains its role as the employer, regulator and supervisor of these new types of contracts, although, nowadays, this role is very limited.

The latter trend is expected to open doors to the private sector to positively participate in the economic life and to increase its role in building financing systems and operating infrastructure projects related to public utilities.

The increase in the private sector's role is codified in the new constitutional amendments of 2007, which reject socialism and Marxism. These ideologies were adopted by the 1971 constitution. The new constitutional modifications, nevertheless, adopt no specific ideology; they left the door open to presidential and parliamentary elections to determine the necessary ideological political and economic policy to be followed during each presidential or parliamentary term.

This flexible trend is a direct result of cultural globalization and the influence of the free market economy policy on the national socio-economic structure. The role of the state shall be limited to its basic and fundamental functions, as pointed out by the eminent economist Adam Smith.

The first element influenced by globalization was culture. Cultural interaction is the main outcome of the flow of ideas and values into Middle Eastern communities. Culture represents a set of practices, values, beliefs and customs acquired by individuals as members of a distinctive society and resulting from interaction between people<sup>1</sup>.

### **Cultural Globalization and Public Economic Law:**

Cultural globalization has considerably affected legal cultures of the civil law countries. State international business transactions and the traditional Theory of Administrative Contracts were subject to the flow of liberal and global perspectives. The state in its transactions is not in equal bargaining power with the other private entity. Hence, the administrative contracts include exorbitant clauses, such as the right of the administrative authority to unilaterally amend or terminate a contract. Furthermore, the state may also unilaterally impose certain penalties on the other contracting party. These may include: a penalty for delay (liquidated damages in common law jurisdictions) and rescission of

---

1 Mohamed S. Abdel Wahab, *Supra*, PP. 363.

---

the contract (La résiliation administrative) as well as the forfeiture of deposits (performance bonds). The impact of legal cultural globalization is significant in the domain of international administrative contracts, especially international public works agreements. New clauses have appeared in these contracts, including the stabilization and arbitration clauses. The contractual regime has undergone various changes, especially with respect to the new types of international public works agreements concerning infrastructure projects, such as Build, Own, Operate and Transfer contracts (BOOT), BOO or public-private partnership agreements (PPPs). The main target of these new contractual mechanisms is to finance and build infrastructure projects (public utilities) in developing countries.

Legislation has significantly developed in the area of granting concessions for infrastructure projects and public utilities. Laws No. 100 of 1996, 229 of 1996, 3 of 1997 and 22 of 1998 amended old existing legislations such as law No. 129 of 1947 concerning granting concessions for public utilities and law No. 61 of 1958 on granting concessions related to exploitation of natural resources and public utilities.

The new four legislations fall under the domains of the electricity sector; Roads sector; specialized ports, and civil aviations and airports.

This is a real revolution in administrative contracts and state international administrative transactions.

On the legislative level, the revolution was in the current enhancements and modifications to the state procurement law concerning contract price as well as granting the administration the authority to review contract prices every three months. The administration can exercise this power in cooperation with the contractor pursuant to certain stipulations and parameters stated under laws No. 5 of 2005 and No. 191 of 2008.<sup>1</sup>

It is also true that the Arbitration Act of 1994 and its amendment by Law No. 9 of 1997 gave effect to some considerable changes to the Administrative Contract Theory, especially contracts concluded by and between the state and foreign private entities.

Liquidated damages have new trends under Law No. 89 of 1998 as well as in litigations by State Council (Le Conseil d'Etat) courts, despite the fact that they still exercise a punitive nature under the penalty for delay clause.

In conclusion, cultural and legal globalization have influenced the civil law legal culture in Egypt, especially concerning international administrative transactions and contracts entered into by, and between the State and foreign private entities, with special emphasis on public utility projects and

---

<sup>1</sup> Mohamed A. M. Ismail, Globalization and Contract Price in the Egyptian State Procurement Law, *The International Construction Law Review*, London, Informa, Vol. 27, part I, Jan 2010.

---

international public works agreements (infrastructure projects). The entire legal regime was influenced by these transnational phenomena: legislation, litigation (State Council court decisions) and contractual regime. With respect to state international transactions, a set of new rules and international customs have flown from common law countries to our legal culture and created a new branch of public law in Egypt.

This branch is currently well known in France, but has only practically begun to appear in Egypt in the last few years. Lately, a few academic studies<sup>1</sup> in the Egyptian doctrine began to focus on this new branch which is considered of a fundamental importance to the administration.

## **(II) The Anglo-American Case Law:**

English and American case laws share a unique perspective regarding the liquidated damages clause stipulated under contracts. Taking cognizance of the changes in judicial precedents witnessed during the last decade of the 20th century, it is now necessary to analyze the current judicial policy. This may be done through scrutinizing some of the most important cases, for case law is deemed the leading authority in this domain as regards the common law legal culture.

### **(i) English Case Law**

*Kemble vs. Farren* (1829) was one of the leading cases that had come before the court during the 19th century. A contract<sup>2</sup> was entered into by and between the defendant and the contractor, stipulating the appearance of the former as a principal comedian at the Covent Garden Theatre against a remuneration of £3.6 per night for four seasons. The contract also contained a provision specifying that if either party failed to fulfill the terms of the contract, or any part thereof, such party shall be subject to the payment of a sum of £1000 in liquidated damages.

During the second season, the defendant refused to act because of failure of the contractor to meet a single payment of £3.6. The court held that the sum of £1000 shall be made to the defendant (actor) as recompense for the failure of the plaintiff (contractor) to make payment. Since the sum of £3.6 is very trivial in comparison to that of £1000, the clause has thus been rendered into a penalty clause, rather than a liquidated damages .

---

1 See: Dr Mohamed A. M. Ismail, *Public Economic Law and The New International Administrative Contract*, El Halabi Publishing Co., Beirut, 2010, see also Ragab Mohmoud, *Participation Agreements, (PPP)*, Dar El Nahda El Arabia, 2007, p. 3

2 *Kemble vs. Farren* (1829) 6 Bing 141.

---

In the 1906 Public Works Commissioner <sup>1</sup> vs. Hills case – the fourth of its kind to be held under a railway construction contract – the indefinite sum ruled by the court could not be a genuine pre-estimate of loss, and was therefore regarded as a penalty clause.

In the Ford Motor Company vs. Armstrong <sup>2</sup> case (1915), Armstrong, a retailer, agreed not to sell any Ford car, or any part thereof, below the set price list; he also agreed to pay £250 in liquidated damages for every act of breach. The court held that the sum of £250 was a penalty since it is not equal to the damages encountered.

In the leading case of Dunlop Pneumatic Tyre vs. New Garage <sup>3</sup> (1914) The House of Lords Stated: “The essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of loss” Lord Dunedin pointed out. He elaborated: “Though the parties to a contract who use the words “Penalty” or “ Liquidated damages” may **prima facie** be supposed to mean what they say, yet the expression is not conclusive. The court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or liquidated damages”

As Eggleston <sup>4</sup> pointed out, the terminology itself is not decisive, and if, as a matter of construction, the courts find that liquidated damages are penalties or vice versa, they will award accordingly.

Lord Dunedin’s judgment in the Dunlop case remains the objective test on which following judgments have relied.

In addition to the abovementioned phrases, Lord Dunedin stated:

“- The essence of a penalty is the payment of money stipulated as a threat to the offending party; meanwhile, the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage.

- Whether a stipulated sum is regarded as a penalty or a liquidated damage is a question of construction to be decided upon the terms and inherent circumstances of each particular contract and should be determined as at the time of making the contract, not the time of breach.

- To assist this task of construction, various tests have been suggested which, if applicable to the case under consideration, may prove helpful or even conducive. Such are :

---

1 Public Works Commissioner vs. Hills, (1906) AC 368.

2 Ford Motor Company Ltd (England) vs. Brain Eggleston, Liquidated Damages and Extension of Time in Construction Contracts, Second Edition, Blackwell Science, 1997. P.59, 60.

3 Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd vs New Garage & Motor Company Ltd (1915) AC 79.

4 Brian Eggleston, Supra, P.56.



---

a) The stipulated sum will be held to be a penalty if it is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.

b) The stipulated sum will be held as a penalty if the breach is represented only in the failure to pay a sum of money that is less than the stipulated sum.

This, though one of the most ancient instances, is truly a corollary to the last test.

c) There is presumption (but no more) that the stipulated sum is a penalty when “a single sum is made payable by way of compensation as a consequence of the occurrence of one or more events, some of which may occasion serious and other trifling damage”.

d) The stipulated sum, being a genuine pre-estimate of the expected damage as a consequence of the breach, should not render price pre-estimation an obstacle or an impossibility. On the contrary, that is just the situation where it is probable that the pre-estimated damage is the true bargain between the parties”.

It is clear that during that period, and up till the last decade of the 20th century, English courts did not validate penalty clauses.

The sum stipulated by the parties must reflect the “genuine pre-estimated loss” and must be reasonably adequate to the actual loss. This should be determined by the contracting parties.

The burden of proving that the stipulated sum (clause) is actually a penalty lies on the party challenging the clause. It is the duty of the said party to prove the punitive nature.

In a recent case famous for applying new principles, English courts had different perspectives. This is evident as follows:

### **Phillips Hong Kong Ltd vs. Attorney General of Hong Kong (1993)<sup>1</sup>**

In the leading case of Phillips Hong Kong, Phillips entered into a contract with the Hong Kong government to design, supply, install and commission a computerized supervisory system for a new route to the approach roads and twin tunnels. The contract was one of seven contracts; six of which contained a flow chart setting out a program for the progress of work. In addition, there were other flow charts setting out the work of five different contracts. The flow charts identified key dates on which the work performed by Phillips interfaced with the programs of other contracts. Clause 27 of the Phillips contract imposed an obligation on Phillips to meet its key dates; simultaneously, clause

---

1 Phillips Hong Kong Ltd vs. Attorney General of Hong Kong (1993), 61 BLR 41.



---

29 provided that failure to meet key dates shall entail the payment of liquidated damages.

The Privy Council held that the provision stipulating liquidated damages under the contract entered into between the parties was a genuine pre-estimate and was thus enforceable since the parties were able to estimate with a reasonable degree of certainty the extent of their liability and the potential risk. The court applied the party autonomy and freedom of contract principles. It adopted an objective assessment that will not normally identify situations where the application of the provision could result in a larger sum being recovered by the injured party as compared to the actual loss sustained. The court concluded that if the liquidated damages clause is a genuine pre-estimate of what the loss is likely to be, thus, it is not a penalty clause.

The fact remains that the issue has to be determined objectively and that judgment must be made on the date the contract was entered into.

The court held that in the case of a governmental body, the nature of the loss is especially difficult to evaluate because the government reasonably adopted a formula that reflected the loss of returns on the capital involved on a daily basis<sup>1</sup>.

The following two cases are a selection of recent English cases that illustrate the application of these rules as influenced by the Philips case:

### **1- M & J Polymers Ltd vs. Imerys Minerals Ltd<sup>2</sup>**

In 1991, Imerys (the defendant) had received supplies of chemical products from Polymers (the appellant). In July 2003, both parties entered into a new contract effective until December 2004.

Pursuant to the latter agreement, Polymers was to supply Imerys with chemicals to be used in producing high quality printings; nevertheless, there was a shortage in acrylic acid, one of the ingredients to be supplied, that would last till the end of 2004. Pursuant to the terms of agreement, the defendant terminated the contract. Claimant alleged that the contract termination was illegal.

The court held that the take or pay clause stipulated under the contract held by and between the parties is not a penalty; it is a liquidated damage clause for damages that are a genuine pre-estimate of loss.

The court confirmed that English courts had never before held a take or pay clause to be a penalty clause. Furthermore, the court rejected the counterclaim

---

1 See: Brian Eggleston, *Supra*, P. 61-2.

2 *M & J Polymers Ltd vs. Imerys Minerals Ltd*, (2008) I All ER (COMM 893).

---

made by Imerys (defendant).

## **2-Liberty Mercian Limited vs. Dean & Dyball Construction Limited<sup>1</sup> (2008):**

In the latest case of liquidated damages, the English court held that the liquidated damages clause is a genuine pre-estimate of the specific loss of the incomplete part.

The dispute concerned a construction contract. The question before court was whether or not there was a sectional completion of works and whether the liquidated damages clause was applicable at this stage or was it considered an unenforceable penalty clause.

The court applied the choice made by the parties and enforced the liquidated damages clause.

### **(ii) American case law**

The doctrine in the United States defines liquidated damages as a stipulated sum of money estimated by the contracting parties upon contract execution to which extent any breach of contract causes damage (loss)<sup>2</sup>.

Liquidated damages mean the sum agreed upon by the parties to be paid in case of breach of contract. These damages are usually payable without the need to start litigation or arbitral proceedings<sup>3</sup>.

American courts adopted a judicial policy similar, but not identical, to that of the English Courts.

In April 1891, in the case of *W.P. Tinkham Resondent vs. Ferdinand Satori*<sup>4</sup>, the Court of Appeal of Missouri held that the seller was not confined in the amount of his damages to the penalty but could recover a greater sum. The seller and the buyer entered into a real estate contract which stipulated that the \$100 down payment made by the buyer would not be refunded if he was in breach of the contract. The buyer in fact breached the contract after the seller was awarded an amount greater than the \$100. The buyer sought a review of the stance claiming that the damages incurred by the seller were limited to the sum

---

1 Liberty Mercian limited vs. Dean & Dyball Construction Limited, (2009) BLR 29.  
See also (<http://www.balill.org/ew/cases/EWHC/TCC/2008/2617.html>)

2 Oklahoma City University Law Review, The Use and Abuse of Liquidated Damages in Federal Defense Contracts: An analysis .Vol.8,Summer 1983,N-3,P.251.

3 Scott M.Tyler , in public Construction Contracts, Duke Law Journal,Vol.44,p.357.

4 44 Mo.APP.659;1891 Mo-APP. LEXIS 206 .

---

of liquidated damages specified under the contract entered into by the parties. The court held that a contract presenting the question of whether a deposit would be taken as a penalty or as liquidated damages was to be interpreted by the test of party intention. The court held that the seller was not confined, in the amount of his damages, to the penalty but could rather obtain a greater sum.

In the case of *Mercer vs. Stupp Bros. Bridge Iron Company*<sup>1</sup> (Aug. 1904), the Court of Appeal of Illinois observed that the sum mentioned in the contract was converted by the parties themselves into a penalty.

The reason why the law did not favor refunds is that the court found that if the clause fixing the amount of damages appeared to have been inserted to secure prompt performance of the agreement, it had to be treated as a penalty clause; accordingly, no more than the actual damages proved could be recovered.

The facts of this case show that under the terms of the construction contract, the company shall pay \$5 per day as a penalty for delay in completing the bridge.

The issue before the court was whether the \$5 represented liquidated damages, as alleged by Mercer county, or an illegal penalty, as alleged by the Company.

The court held the above mentioned conclusion.

In May 1913, in the case of *Pacific Hardware and Steel Company vs. the United States government*, the United States Court of Claims found that a contract of the United States Navy Department to deliver materials to a commission in Panama contained a penalty clause. The contract provided for deductions to be made in the contract price to be paid to the plaintiff for any delays in delivery. The contract also provided that any delays caused by factors other than the own doing of the plaintiff, and for which the government suffered no damages or inconvenience, may be grounds for a waiver of deductions at the discretion of the commission's Chairman. Deductions were later made to the contract price for failure of the plaintiff to make prompt delivery. The court considered whether the contract provision was for liquidated damages or was only a penalty. It found that the parties had no pre-intention to cause any damages, nor did the intention exist upon execution of the contract. The parties were familiar with the fact that if the damages clause was to be waived because the delay was due to the reasons stated under the contract, the provision then entailed a penalty not liquidated damages.

---

<sup>1</sup> 115 Ill. App. 298; 1904 Ill., App, LEXIS 312.

---

In the April 1914 case of James Golden vs. H. A. Mckim, the Supreme Court of Nevada <sup>1</sup> reversed the judgment of the trial court finding that the actual award was based on a penalty provision in the contract rather than on the actual damages. The court further ordered a new trial as it found that the excavator should have been relieved from the imposition of the liquidated damages provision of the contract.

In the leading case of R. A. El Zey vs. the City of Winterest, Iowa <sup>2</sup> (Nov. 1915), the claimant entered into contract with the city to provide it with paving works. Although the claimant performed his part under the contract, the city refused to pay for his rendered work for failure to complete on due time. The Trial and Appeal Courts ruled in favor of the claimant.

The Supreme Court of Iowa ruled that the damage clause relied on by the city was a penalty clause rather than a liquidated damages one.

The city failed to prove actual damages.

The court added that failure of the claimant to deliver as contracted was due to failure of the city to grade the streets before paving so work may continue as agreed. The court concluded that, even if the damage clause was construed as liquidated damages, no damages would have been equitably allowed under the circumstances. The court affirmed the judgment against the city.

In September 1920, the Supreme Court of Nebraska, in the case of Sunderland and Brothers Company vs. Chicago, Burlington & Quincy Rail Road Company <sup>3</sup>, held that the liquidated damages clause was a penalty clause.

The court found that the penalty specified under the contract was unconstitutional because it provided for both actual damages as well as a fixed sum; the assessment was an amount in excess of the actual damages sustained. The shipper in this case sought and received damages for the carrier's delay in the shipment and delivery of goods under the Reciprocal Demurrage Act, Neb Rev. Stat. 6159, 6160, 616 (1913). The Act allowed the shipper to recover \$1 per day for each car in addition to the actual damages sustained for each day's delay in shipment and delivery. The court added that this penalty was in excess of the compensation to the shipper and, as such, was properly considered as a penalty.

The court confirmed that damages resulting from delay in the shipment of various commodities were variable depending on the type of commodity and its current market value. The amount of \$1 did not bear any reasonable relation to

---

1 37 Nev. 205; 141 P. 676; 1914 Nev. LEXIS 25.

2 172 IOWA 643; 154 N.W. 901; 1915 IOWA sup. LEXIS 342.

3 104 Neb. 322; 179 N.W. 546; 1920 Neb. LEXIS 264.

---

the damage sustained by the shipment of each type of commodity.

This perspective of the American courts has not changed, even in the new millennium.

In the case of IPC Retail Properties vs. Oriental Gardens INC, Chung M. wand and Tomy W. Ho <sup>1</sup> (March 2004), the appellant argued that the accelerated rent provision was an unenforceable penalty. The Court of Appeal of Kansas held that the provision was not a reasonable estimate of damages and could only be applied to breaches where damages could be easily ascertained. The provision was an unenforceable penalty. The court directed that because the landlord had re-rent the premises, the proper measure of damages was the difference, reduced to the current value, between the fixed rent in the lease contract and the sum for which the premises were rented to other parties for the remainder of the term.

The findings of the court can be summarized as follows:

- 1- The distinction between a penalty and a provision of liquidated damages is that a penalty is a security for the performance of work while a provision of liquidated damages is a sum to be paid in case of failure to deliver on performance.
- 2- The burden of proving that a liquidated damages clause constitutes an unenforceable penalty rests with the party challenging the provision.
- 3- When determining whether a stipulated damages amount constitutes a liquidated damages clause or an unenforceable penalty, the instrument must be considered as a whole; furthermore, the situation of the parties, the nature of the subject matter and the circumstances surrounding its execution must be taken into account.
- 4- Two fundamental considerations support the holding that a contractual provision concerned with setting liquidated damages rather than being a penalty. The first is that the amount stipulated is conscionable, that is reasonable in view of the value of the subject matter of the contract and of the probable or presumptive loss in case of breach. The second is that the nature of the transaction is such that the amount of actual sum of resulting damages would not be easily and readily determinable.
- 5- A contract provision will be considered a penalty where there is no attempt to calculate the amount of actual damages that might be sustained in case of breach. When the amount of damages is equivalent to the sum of breach of a major or minor contract provision, or of a total or partial breach, it becomes evident that the parties undertook no attempt to calculate the actual damages.

---

1 32 Kan. App. 2d 554; 86 543; 2004 Kan. App. LEXIS 236.

---

6- Where a lease allows the landlord to collect future rent, as well as actual damages, the accelerated rent provision is, in its nature, equivalent to an unenforceable penalty. Such a provision does not constitute a settlement, and allows the landlord to have his cake and eat it too.

7- A clause that specifies a minimum amount to be paid, and then leaves the door wide open to prove actual damages, is not considered a valid liquidated damages clause.

8- To be able to make recovery under a liquidated damages clause, the amount of liquidated damages must bear some reasonable relationship to the actual injury caused by the breach. If the amount bears no such relationship, it is thus considered a penalty and is treated as void.

Despite the different conclusion adopted by the court in the case of *Hutton Contracting Company Inc. vs. The City of Coffeyville*<sup>1</sup> (April 2007), the court adopted some of its principles in the *IPC Retail Properties* case in 2004. In the *Hutton Contracting* case, the plaintiff (contractor) used the defendant (the city) in the United States District Court of Kansas to obtain the unpaid amount of a contract to construct a power line and a fiber-optic line. After a jury trial, the District Court ordered the city to pay the contractor a sum of \$24,659.47 in addition to a retainage of \$110,159.47 minus \$85,500 in liquidated damages to which the city was entitled.

The contractor appealed but the United States Court Of Appeal of the Tenth Circuit affirmed the judgment. The court ruled that the contractor was responsible for the delay with no reason of force majeure to excuse them. The concern of the court was the damages caused by the delay since the time factor was of essence to this particular contract<sup>2</sup>.

The court referred to the judgment sentenced in the *IPC Retail* case in many occasions including those when the burden of proving that a liquidated damages clause constitutes an unenforceable penalty rests with the party challenging the provision.

In the case of *Ameritech Construction Corp. vs. William F. Cummings*, the Court of Virginia (Circuit Court of the City of Winchester), a construction company sought to recover from the homeowner liquidated damages at the

---

1 487 F. 3 d 772; 2007 U.S. App. LEXIS 9914.

2 66 VA. CIR 328; 2005 VA. CIR. LEXIS 38.

---

of \$5,225 plus its reasonable attorney's fees. The court held that the sum of liquidated damages was 30 percent of the total contract price and that it still remained to be proven whether this amount was grossly in excess of, and out of all proportion to, the actual damages. There were many unanswered factual questions and considerations in assessing the actual damages as well as the question of their lawful validity.

The court affirmed the validity of the liquidated damages clause and denied its punitive nature.

In a very recent case of *El Centra Mall vs. Payless Shoe Source*<sup>1</sup> (April 2009), the defendant appealed a judgment ruled by the Superior Court of Orange County (California). The court ruled that the liquidated damages clause stated under the commercial lease agreement signed between the parties was not an unlawful penalty and awarded contract damages to the plaintiff (landlord) pursuant to that clause.

The court found that substantial evidence supported the conclusion that the defendant had not, under the Civil Code, met its responsibility of showing the estimate of damages. The court of Appeal of California affirmed the judgment ruled by the trial court. The defendant (Payless Shoes) also failed to present evidence, usually through expert testimony, that a charge of 10 cents per foot did not represent a reasonable estimate of the actual damages. The burden of proof lied on the defendant to demonstrate that the liquidated damages provision was actually a penalty one. The court concluded that the provision is a valid liquidated damages clause.

### **Substantial Completion of the Contract :**

In the case of *Carrathers Construction Company L.L.C vs. the City of South Hutchinson, Kansas*<sup>2</sup> (May, 2008), The Court of Appeal of Kansas found that the evidence established that the construction company failed to achieve a substantial completion of the contract until 12 January 2004, and that it was not finally completed until 13 January 2004.

The amount of the liquidated damages under the contract was reasonable when viewed prospectively as well as in relation to the actual damages caused by the breach. The summary judgment awarded liquidated damages in favor of the city. The Court of Appeal found that the nature of the transaction was

---

1 174 Cal. App. 4th 58; 2009 cal. App. LEXIS 806.

2 39 kan. App. 2d 703; 184 P. 3d 943; 2008 Kan. App. LEXIS 85.



---

such that the amount of actual damages resulting from delay was not easily and readily determinable and affirmed the summary judgment.

It is also relevant to refer to the old case of *Thermodyn Contractors Inc. vs. the General Services Administration*<sup>1</sup>. The contractor “Thermodyn” refused to make payment of the liquidated damages specified by the government at a sum of \$22,630 as a result of failure to complete the work in the Texas station on due time. The contractor affirmed substantial completion of works before 31 March 1993.

The Court of Appeal rejected the contractor's defense and held that the liquidated damages clause is valid and enforceable as the administration has not started utilizing the public utility.

In light of the previous judgments, the concept of substantial completion can be defined as the time at which the work (or a specified part thereof) has progressed to the point where, in the opinion of the Engineer and in accordance with the contract documents, it is sufficiently complete for utilization for the purposes it was intended.

This concept is a factor necessary for the maintenance of fairness in the contractual relationship as well as for avoiding any future unforeseen matters between the contracting parties.

### **(III)- Penalty Clauses or Liquidated Damages in Accordance with the Egyptian Legislation and Courts Decisions :**

Liquidated Damages at the Egyptian Legislation:

Liquidated damages pursuant to the Egyptian legislation are penalty clauses applicable for the delay of the execution of works. The penalty is dual in nature; it acts as a punitive clause and exercises pressure upon the contractor. Article (23) of the State Procurement Law promulgated by law No. 89 of 1998 stipulates that:

“If the contracting party delayed the work after the set completion date, the authority concerned, can, for public interest, grant the contractor an extension of time for total completion and it can impose a penalty (fine) pursuant to percentages and rules stipulated by executive regulations. The total (fine) shall not exceed (3%) of the total contract value in purchasing immovables, receiving services, consultation studies and technical works, and shall not exceed (10%) in public works and transportation”.

The administration (state) shall collect the penalty for delay (fine) “ipso

---

<sup>1</sup> Tylor, Op. cit., P. 383. See also Mohamed Abdel Mageed Ismail, *International Public Works Agreements Arbitration*, El Halabi Publishing, Beirut, 2003. P.220.



---

facto” without warning or any preliminary (or Judicial) procedures. The contracting party can be exempt from the penalty, after a legal opinion from the State Council, if the delay was out of the control thereof. The authority concerned accepts in this case, after consulting with the State Council, to exempt the contracting party from the fine, if the delay did not cause any damage.

The penalty imposed and collected from the contracting party will not violate the right of the authority concerned to reclaim compensation from the contractor for delay in executing works.

Article (83) of the executive regulations stipulates that:

“The contractor is obliged to complete works to be able to do preliminary completion at stipulated time.”

If the contractor delays the completion of the work, the contracting authority, can, for public interest, grant him an extension of time for total completion. The penalty (fine) shall be imposed, from the beginning of this extension of time until the preliminary completion at a rate of (1%) for every week or part of a week.

The total value of the penalty (fine) shall not exceed (10%) of the total value of the contract price.

The penalty (fine) shall be calculated and deducted from the value of total works (take over certificate shall be considered), if the authority concerned decided that the delayed part of works of the project will directly or indirectly prevent the state from the utilization thereof at the stipulated time. If the authority concerned decided that the delayed part of the works will not cause such prevention, the fine calculation will be pursuant to previous percentages and conditions from the value of the delayed part of works only.

“The fine shall be immediately imposed upon occurrence of the delay without taking any other procedures (i.e. notification, or any judicial procedures)”.

It is appropriate to refer to the previous State Procurement Law promulgated by law No. 9 of 1983 and the executive regulations thereof and abrogated by the current legislation (No. 89 of 1998). It was prohibited, until the new legislation was promulgated, to exempt the contractor from the penalty even if no damages occurred to the state.

The situation at the previous legislation was that the penalty was compulsory and obligatory even if there were no damages to the contracting public juristic entity.

The new trend with the 1998 legislation and the executive regulations thereof is that a contractor can be exempt from the penalty if the legal opinion

---

department at the State Council approved the exemption. Otherwise the contractor is obliged to pay the fine up to the cap (ceiling) stipulated under article (23) of the 1998 legislation, and article (83) of the executive regulations (10% of the total value of the contract price) even if there is no loss or damage to the state!. If there is a delay, the penalty should be paid “Ipso facto” regardless of the fact that no damage or loss was suffered by the state.

Despite the fact that there are some enhancements in the new trend adopted by the current legislation, the fine still has its punitive and exorbitant nature. The penalty is due, at any circumstances, when there is a delay even in light of the current legislation stipulations. The penalty is an extravagant and exorbitant clause in the agreement in light of the state procurement law.

Public juristic entities (i.e. ministries, governorates, the cabinet, etc ..... ) in Egypt still accept this nature and apply these stipulations by state procurement laws (No. 9 of 1983 and No. 89 of 1998) without considering the harmful effect on the contractor by calculating this punitive penalty (10% of the total value of the contract price) and setting off this amount from his payments, especially the final certificate. The contractor has to reclaim this amount through either State Council courts or arbitration. This paper will examine the decisions of the Supreme Administrative Court of the Egyptian State Council and the legal opinion department (fatwa) from a comparative perspective with the Egyptian civil law perspective and cassation court in Egypt (civil and commercial circuits).

### **A) The Penalty under the State Procurement Law of (1998) and the Pre-estimated Compensation under the Egyptian Civil Code [Legislation] :**

1- Article (224) of the Egyptian civil code stipulates that: “the agreed compensation is not due if the debtor proved that the creditor did not suffer any damages (loss).

2- A judge (or arbitrator) can reduce the amount of compensation if the debtor proved that there is an exaggeration in that amount to a great extent or that the original obligation was partially executed.

3- Any agreement contrary to the abovementioned provisions 224/1 and 224/2 is null and void”.

Pursuant to article 225, if “he damages exceeded the agreed compensation value, the creditor cannot claim more than the stipulated amount unless the debtor is accused of committing fraud or a fundamental mistake”.

The Egyptian doctrine<sup>1</sup> explains this agreed compensation as a pre-estimated compensation agreed upon and stipulated between the contracting

---

1 Dr PAbdel Wadood Yehia, *Obligation stipulations at Egyptian Civil Law*, Cairo(1987) pp 52-55 and Egyptian Cassation Court ,decision No 227, Civil circuit ,year 19,session 25/12/1968.

---

parties under the agreement or any of its appendices. This compensation is not due in the absence of loss or damages to the creditor. The court or arbitral tribunal can reduce the compensation if it is not adequate to the damages or “the contractor executed the contract partially, partial execution” to create a contractual balance between the due compensation amount and the damages. This dimension in the Egyptian civil code (which is based on Napoleonic codes) is to maintain fairness and balance of the contractual relationship.

These rules are mandatory pursuant to the Egyptian civil code.

The question is to compare the nature of the pre-estimated and agreed compensation, on one hand and penalties stipulated under the Egyptian State Procurement Law of (1998) on the other.

According to the nature of the penalties (fines) under article (23) of law No. 89 of 1998, these penalties resemble a fine on the contractor in public works agreements (domestic and international) up to (10%) of the total value of the contract price even if no damages occurred to the state contracting entity.<sup>1</sup>

This is a mandatory rule in the Egyptian legal system under an administrative contract. Consequently, the state must take this action of punitive nature pursuant to the law and exorbitant clauses in the administrative contract in light of this legislation without a need to any judicial action.

Conversely, the agreed compensation (Liquidated damages) in the Egyptian civil code applies to civil and commercial contracts which fall in the private law scope. First, the compensation aims to compensate the creditor in case of damages only. Second, this compensation should be fair and adequate to the actual loss. Third, the national court or arbitral tribunal can exercise its power to review the amount of compensation to assure that it is fair and adequate. These rules are mandatory in the domain of civil and commercial agreements.

International construction contracts fall under the scope of this article. Meanwhile, public works administrative contracts, whether domestic or international, fall under the scope of article (23) of the state procurement law and executive regulations thereof fall under article (83), unless there are different stipulations by faring contractor.

The Egyptian law recognizes rules the application of which can be avoided by the agreement of the contracting parties; they cannot avoid the application of any mandatory rules by their mutual consent as it is a matter of public policy. Thus, parties to any agreement cannot violate any valid mandatory rule under any circumstances at the Egyptian legal system.

---

1 It is worth mentioning that parties to the contract can stipulate different percentage or cap and this can supersede cap or percentages stipulated by law (This very rarely happens) an opinion from The General Assembly For Legal Opinion(fatwa) And Legislation, No. (800) dated 13/12/1999 session 20/ 10/ 1999 file No 54 /1/ 358.

---

## **B) Decisions of Egyptian Courts:**

### **(i) Egyptian State Council :**

#### **Courts' decisions:**

As the State Council has been codifying principles of administrative contracts since 1946, the Supreme Administrative Court distinguished between penalties in administrative contracts and liquidated damages which were pre-estimated and agreed upon in civil and commercial transactions (private law contracts).

The court confirmed that: "Penalties in administrative contracts differ in nature from pre-estimated compensation in civil and commercial contracts. The latter is a pre-estimated compensation agreed upon between the parties and payable upon breach of contract by any of the contracting parties. This compensation is conditioned to be paid in all stipulations of the Egyptian law for compensation in general, such as the necessity of damages to the other contractor, notification to the party who caused the breach and a court judgment which can reduce compensation if one of the parties proved that compensation exceeds damages or loss.

Meanwhile, the justification of penalties in administrative contracts is to guarantee the execution of these contracts at the stipulated time. The fundamental principle in administrative law of "running the public utilities in discipline and regularity" is the main justification and reason behind codifying these penalties in administrative contracts. These penalties (fines) are imposed by the administration (state) as an administrative procedure without court judgment or arbitral award, once a breach by the contractor occurs, the state can calculate the fine and settle the account of the contractor by setting-off the amount of fine from the payments made thereby pursuant to the contract without any necessity or need to prove damages.

It is not acceptable from the contractor to prove that no damages occurred, as the administration (state) has stipulated, under the contract, a certain time for completion of works, taking into consideration the essential need to public utility to execute works at the stipulated time without delay 1 . Damages are always presumed".

The Supreme Court elaborated in this leading case that "the penalty (fine) is applicable in case of delay without a need to notify the contractor or to prove that damages occurred. If the appeal administrative court stipulated that there must be damages to the state to apply the penalty, this judgment by the appeal

---

1 Supreme administrative court - Egyptian State Council, principles of Supreme Administrative Court and the General Assembly for Legal Opinion (fatwa) and Legislation in administrative contracts in forty years, decision 1772-29,5/2/1985 and decision 741-27,28/5/1985. In the same meaning, decision 612-2,21/9/1960.

---

court should be annulated”.

The court stated, in addition to the abovementioned principles, that the administration (state) can reconsider the surrounding circumstances of the contract and exempt the contractor from the penalty (fine) if it assumed that there is no harm to the public interest caused by the delay, or that the final completion of works at the stipulated time is not necessary in this particular case. This is an implied exemption to the contractor from the penalty (fine).<sup>1</sup>

The Supreme Administrative Court exempt the contractor in some occasions from the penalty (fine) despite the fact that it has confirmed the punitive nature of the penalty as a penalty clause in the public works agreement imposed by the state upon the contractors without a need to proof that damages occurred to the state. In this case, there is a presumption that damages exist promptly when there is a delay.

In the past, the administration could not exempt the contractor from the penalty as it needed a court decision or a legal opinion from the department concerned (fatwa department) at the State Council pursuant to the current legislation No. 89 of 1998. This is the only difference between the old and new legislation as the new legislation facilitated the process for the state to exempt the contractor from the penalty by only a legal opinion from the opinion department (fatwa) rather than a court judgment which may take many years. If the contractor failed to obtain a legal opinion in his favor, he has to start either arbitration or litigation for some years. During these years, the value of the currency may possibly depreciate causing the inflation rate to increase in third world countries, in particular, and the contractor can only reclaim the fine deducted from his payments plus an interest rate of 5% from the date of reclaiming the amount until the actual payment by the state through either an enforceable court judgment (appeal court Judgment at least) or an arbitral award pursuant to the Egyptian Arbitration Act No. 27 of 1994 and the amendments thereof (law No. 9 of 1997) confirming the application of this act to administrative contracts whether national or international.

Moreover, It is very difficult to deny the loss to a contractor and in addition the consequential loss that he could not recover even by a court judgment in most cases. At that stage, the significance of arbitration appears as it is in most cases prompt and adequate to the loss because of the vast authority entrusted to arbitrators and the flexibility to apply different rules of law in various cases. The parties can achieve a rapid resolution through a final and binding award.

The Supreme Administrative Court in recent decisions<sup>2</sup> confirmed an

---

1 Ibid.

2 Supreme Administrative Court decision in case 10834 year (47) 30/5/2006 Third circuit and case 11986 year (48) 16/1/2007 Third circuit.(unpublished decisions).

---

extravagant and exorbitant clause of the fines as a penalty for delay despite the fact that in certain cases the contractor may be exempt.

It is fundamental to refer, at this stage, that the supreme administrative court in one of the most recent decisions held that “at the scope of application of the previous law No 9 of 1983, the administration can impose a fine 1% of the contract value in the first week of delay or part of it , 1.5 % of the contract value in the second week of delay or part of it , 2 % of the contract value of the third week of delay or part of it, 2.5% of the contract value of the fourth week of delay or part of it and 4% of the contact value of every month of delay or part of it .The total amount shall not exceed 15% of the total contract price according to the final certificate.”

A new approach was adopted by the court confirming a new perspective in interpreting law No 9 of 1983.The court confirmed that the above mentioned rates shall not be calculated together which means that in the fourth week of delay the court shall apply a fine of only 2.5 % rather than the old practice by courts which used to add the fine of the four weeks together to be 7 % of the total value of the contract price:

$$1\%+1.5\%+2\%+2.5\% = 7\%.$$

The court confirmed that there is no addition to these percentages by calculating them together. Moreover, the court added another new approach that, in certain contracts, the administration can get benefit from part of the completed works by the contractor, the stipulated percentage 2.5 % at the fourth week, pursuant to the new interpretation, shall be calculated of the price of the other part of the contract that has not been completed.

The price of the delayed part =107355.5 Egyptian pounds X 2.5 % = 2684 Egyptian pounds.

This amount shall be deducted from the final certificate by set off. <sup>1</sup>

This new approach reflects to what extent how globalization affects the application and interpretation of the legislative clauses even if it is punitive and extravagant. It is clear to what extent judges are trying to achieve fairness at the contractual relationship between state and contractor. They are obliged to apply the legislation as stipulated by the legislator. It is clear how there is an essential need to adopt new concepts by the Egyptian legislator which are not

---

1 The Supreme Administrative Court ,case 11874,year 49, session, 10/3/2009(unpublished)

---

exist even in the new legislation No 89 of 1989.<sup>1</sup>

### **The General Assembly for Legal Opinion (Fatwa) and Legislation:**

In 1965 the General Assembly for Legal Opinion (Fatwa) and Legislation pointed out that “the nature of administrative contracts is different from the nature of civil contracts as administrative contracts are made by and between a public juristic entity and a private entity in order to achieve public interest. The contracting parties in administrative contracts, entered into by the state, are not in equal bargaining power. The target of these contracts is to value public interest over the interest of the contractor. This target must appear in the provisions of the contract, the contractual relationship and, in particular, the application and interpretation of the contract.

The administration (state) shall consider the punitive clauses stipulated under the contract and which are suitable to the nature, value and time considerations thereof in order to achieve final completion in a certain method so as to maintain regularity of public utilities..... In case of delay in execution by the contractor, there is a fundamental presumption that damages exist regardless of the practical reality. Any delay by the contractor is considered an act of violation and unorganization employed by the administration in managing the institutions thereof. There is no doubt that this delay interferes with public interest which is the main concern in administrative contracts”.<sup>2</sup>

In another decision, the General Assembly confirmed the views of the decisions of the Supreme Court that “the penalty for delay must be calculated and deducted from the payments made by the contractor by set-off. The contractor cannot be exempt from this penalty if the administration was ready to accept works upon final completion. The contractor can only be exempt if the state delayed accepting works past the stipulated time . The existing case was that the administration was ready for inspecting, commissioning and accepting works meanwhile the contractor delayed. The General Assembly applied the penalty for delay clauses”.<sup>3</sup>

A leading principle confirmed that a pre-exemption from the penalty for delay in a contract is illegal. The power to exempt a contractor shall be exercised

---

1 Dr Mohamed A M Ismail ,Globalization and Liquidated Damages in the International Public Works Agreements ,An Analytical Perspective for the Penalty of Delay Clause in Infrastructure Agreements ,The International Construction Law Review ,London , Informa , Vol. 26,Part 4,Oct.2009.

2 Legal Opinion No. 845 issued on 6/9/1965 session 4/8/1965 file No (78/1/37).

3 Legal opinion (116), issued on 25/1/1988, session 23/12/1987, file No. (32/2/1641) and in the same meaning see: Legal opinion No. (1196) dated 28/12/1991, session 1/12/1991 ,file (54/1/283).



---

only if it is necessary and in light of legislative and contractual stipulations (set out by the Egyptian legislator and Egyptian State Council)<sup>1</sup>

In one of the recent decisions, which fall in the scope of application of the State Procurement Law of (1998), the General Assembly decided that “penalty for delay in public works agreement is obligatory. There is an obligation upon the contractor to achieve final completion at stipulated time in the contract. If the contractor delayed in the execution of works as a result to default by the administration to execute its obligations, this obligation by the administration is fundamental to the contractor to carry out his obligations. The mutual consent of the contracting parties to modify the contract and add a clause for the extension of time, impliedly means an exemption from the penalty for delay at the stipulated extension of time period added to the contract by the parties”<sup>2</sup>

The General Assembly affirmed in many occasions that civil and administrative contracts must be executed according to the principle of good faith (*bona fide*). The penalty for delay is stipulated for the specific purpose of regularly maintaining the attainment of public utility at the stipulated time. Damages are presumed. The contractor cannot be exempt unless there is a force majeure or default by the administration<sup>3</sup>. The administration has to exercise its power in imposing a penalty on the contractor or exempting him therefrom. If the administration, *prima facie*, exempts the contractor for particular reasons, it is legal that the administration can re-impose a penalty for delay if there is a considerable consideration<sup>4</sup>

### **(ii) Decisions of the Egyptian Cassation Court (civil and commercial circuits) :**

The cassation court directly applied stipulations of article 224 of the civil law. The court held in some of the leading cases that “in the light of article (224) of the Egyptian civil law if there is penalty clause in the contract , damages are presumed unless the debtor proved the opposite or that stipulated compensation at the contract exceeded the actual loss”.<sup>5 6</sup>

The court held in recent cases that “the contracting parties can fix a pre-

---

1 Legal opinion (106), issued 22/1/1992, session 19/1/1992 file No. (54/1/291).

2 Legal opinion (364), issued 25/5/2003, session 16/4/2003 file No. (54/1/403).

3 Legal opinion No. (528) dated 3/6/1991, session 5/6/1991, file(37/2/419).

4 Legal opinion (668) issued 25/8/2004, Session 21/4/2004, file No. (47/2/449), In the same

meaning see: Dr Mohamed A M Ismail ,Supra, I.C.L.R ,Vol. 26,Part 4 ,Oct. 2009.

5 Egyptian Cassation Court, case 415, year 46, 13/2/1980

6 Egyptian Cassation Court, case 26, year 38, 18/12/1973.



---

estimated compensation for damages as a result for non performance of any of the stipulated obligations ..... If the debtor proved that the pre-estimated compensation exceeded the actual loss or that he performed some of his obligations court shall reduce compensation to be adequate to actual loss”.<sup>1</sup>

The same principles still adopted by the court until present.

## Conclusions:

The judicial review of the State Council courts and General Assembly for Legal Opinion (*Fatwa*) and Legislation, at its most optimistic scenario, can exempt the contractor in certain cases stipulated at the Egyptian State Council practices. The contractor can be exempted from the penalty for delay in case of *force majeure* or fundamental default, by the state, which exempts the contractor from his obligations and, consequently, from the penalty for delay. This is not contrary to the punitive nature of the penalty for delay clause as this clause is always a penalty clause. Egyptian administrative courts recognize penalty clauses in administrative contracts, whether national or international, and consider them legal.

If there are no damages, consequently, there is no loss to the state; the contractor can be exempt from the pre-estimated sum stipulated by the Procurement Law of (1998) or the contract, only in case of a legal opinion from the state council.

These current changes in the last decade are direct result of globalization.

Transfer of the legal culture From common law countries is of great importance as the administrative contract theory needs more modifications and enhancements.

Globalization plays a significant role in changing some of the main features of this theory to be adopted through drafting international public works agreements with Private foreign entities .It is a new trend in the civil law legal culture.

It is strongly recommended that there is an essential need for a legislative reform of article (23) of the State Procurement Law of (1998) to reduce the cap of the fine to be less than 10% of the total value of the contract price. It is fundamental to propose that the penalty shall be calculated according to the actual loss and no pre-estimated and fixed sum by legislations and regulations shall be applied as it exceeds the actual loss.

The penalty can even reflect the substantial loss to the state public utility

---

<sup>1</sup> Egyptian Cassation Court, cases 1859, 2444, 2447, year (70), 12/6/2001.

---

and be calculated pursuant to this loss which may be less than the actual loss in many cases. In Common law jurisdictions as stated above the Anglo- American case law considers liquidated damages genuine pre-estimated compensation that should be estimated according to the actual loss ( Damages). In some cases the contractor can be exempted from the penalty if the substantial completion was achieved in a reasonable time and the state can start utilization of the completed part on the stipulated purpose. Despite the fact that some recent cases applied liquidated damages clause and considered it valid, the latter view considered the stipulated sum adequate to the actual loss. The clause was not applied as a penalty clause at any circumstances.

Among other difficulties which need to be considered is that in accordance with the principles of the administrative courts of the State Council<sup>1</sup> a contractor, in certain cases, cannot suspend or terminate works if the administration terminates his payments. He cannot claim to stop execution until he gets his payments from the state. In that case, the administration applies article (23) on the penalty for delay if he does not achieve final completion at the stipulated date despite the fact that he is not paid his payments by the administration.

This critical situation needs a legislative reform of the state procurement law No. 89 of 1998 as termination of payments is an example of a fundamental default (breach of contract), by the state, pursuant to the Egyptian civil code . Few exceptions to this principal by Egyptian state council courts considered direct result of globalization.

Contrary to this concept, in civil and commercial transactions, pursuant to article (161) of the Egyptian civil legislation, if one party to a contract failed to fulfill his obligations, the other party can suspend or terminate performance.

Moreover, the proposed legislative reform must consider the dynamic relationship in the international public works agreements which differ from static relationships in other transactions. This dynamic relationship is related to many factors such as contract price, total sum stipulated as penalty, the extent to which it is adequate to the loss, currency depreciation, inflation rate, contractual relations with lending banks, insurance institutions and the change in raw material prices in developing countries, which may change contract price under different circumstances.

---

1 Contractor cannot stop or suspend performance of works at any circumstances even if the state fails to make payments, in that case the penalty for delay is applicable [Supreme Administrative Court- case 5959, year (44), 26/1/2001] .In very rare occasions the court allowed contractor to stop performance if the state delayed his payments [i.e case 4483, year (41), session 6/5/1997]. In some other (rare) cases the contractor stipulates at the contract that the period of late payments shall be added to the completion date. This clause is valid as it is not contrary to mandatory rules of the state procurement law. An old Legal opinion confirming that in some cases the contract provisions can supersede procurement law .Legal opinion for the General Assembly (fatwa)No (100),session 20/3/1985 ,file(47/2/350).

---

In conclusion, the penal nature of the penalty for delay clauses in the state procurement law under Egyptian law No. 89 of 1998 and the executive regulations thereof need a legislative reform of the fine stipulated by the state as well as a reconsideration of many other aspects.

Modifications and enhancements to the legal regime governing international public works agreements will increase foreign direct investments (FDI) in the construction sector and infrastructure projects. New types of infrastructure agreements began to appear such as (Public-Private Partnership agreements) PPPs in France since 2004 (by decree No 559 of 2004, in June the 17th, which was affirmed by the French Conseil d'Etat in 29/10/2004 famous decision)<sup>1</sup> and currently in Egypt since 2005 under the Egyptian Ministry of Finance supervision (PPP Central Unit). Both systems recognized the latter mechanism following the English legal system which started this legal concept in financing, building operating public utilities since 1989. Moreover, PPPs can assist in developed countries in climate change mitigation as legal systems in these countries stipulate that newly established projects must adopt certain technologies friendly to environment.<sup>2</sup> It is worth mentioning that the legislation of the PPP transactions in Egypt is not considering these transactions administrative contracts and consequently are not subject to the state procurement law, concessions law No 129 of 1947 or natural resources concessions law No 61 of 1958.

Civil law concepts and mechanisms in the administrative contract need complete revision and the judicial review by the State Council courts will advance as a result of the legislative reform.

Globalization is playing a significant role as a tool to implement the abovementioned legal views and facts to encourage private foreign entities entering into infrastructure agreements with states as well as financial institutions.

Finally, this legislative reform shall assist arbitral processes in international construction contracts arbitration between developing countries and foreign contractors. The arbitral tribunal in applying substantive law to facts has to determine first if the contract is an administrative contract and the fixed sum is

---

1 [WWW.consiel-etat-fr/jurispd/index-ac.10442.html](http://WWW.consiel-etat-fr/jurispd/index-ac.10442.html)

2 See: Dr Mohamed AM Ismail, Legal Globalization and PPPs in Egypt “an analytical and comparative perspective on the current legislative and judicial modifications to and enhancements of the administrative contractual regime on PPP transactions” European PPP Law Review, Germany, March 2010 (in English) and also by the same author: Public Economic Law and New International Administrative Contract, El Halabi Publishing Co., Beirut, 2010, PP 175-185. Geoffray Hamilton, FDI, the Global Crises and sustainable recovery, working paper for public private partnership and FDI as means of securing a sustainable recovery, paper submitted to the fourth Columbia International Investment Conference, Columbia University, Nov.5-6, 2009. Dr Ragab Mahmoud, PPP agreements, Dar ElNahda el Arabia, 2007.

---

a penalty and is applicable regardless to any existing loss or it is a commercial contract and consequently the pre-estimated compensation is subject to the arbitral tribunal review to be adequate to the actual loss. This is the current situation at the Egyptian Legal System where a legislative reform shall establish new concepts to be applied in both arbitration and litigation.







# بَحْثٌ بِاللُّغَةِ الْإِنْجِلِيزِيَّةِ

