



هيئة التشريع والإفتاء القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission

رئيس التحرير

المستشار نواف عبد الله حمزة
رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

هيئة التحرير

المستشار محمد أحمد مجبل
نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني
(مدير التحرير)

المستشارة الشيخة مريم بنت عبد الوهاب آل خليفة
مديرة إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد سلطان ناصر السويدي
القائم بأعمال مدير إدارة التشريع والجريدة الرسمية

مستشار هيئة التحرير

المستشار الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل
المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

معاونو مدير التحرير

المستشار المساعد مصعب عادل بوصيب
إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد سعود عبد العزيز المالكي
إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشارة المساعدة نورة عبد الرؤوف البوعيين
إدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد أحمد محمد المدوب
إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

الأستاذة منيرة محمد المنصور
أخصائي تطبيقات حاسب آلي



القانونية:

@qanoniaBH

هيئة التشريع والإفتاء القانوني:

@lloc_bahrain

الموقع الإلكتروني:

www.legalaffairs.gov.bh

القانونية

العدد السابع - ربيع الآخر ١٤٣٨هـ - يناير ٢٠١٧م

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

طباعة وتوزيع مطابع الايام التجارية

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



محتويات العدد

٦- الرقابة البرلمانية على الموازنة العامة في الإسلام (نموذج للإقتداء به في العصر الحديث) ، الدكتور / محمود صبري عبد العزيز ، أستاذ مساعد المالية العامة والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين.

٧- مبادئ وضمانات التقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الموريتاني ، الأستاذ الدكتور / محمد فال محمد محمود السالك ، أستاذ الفقه وأصوله بجامعة العيون للعلوم الإسلامية ، بلعيون ، موريتانيا .

٨- دور الحوكمة والحماية الجنائية في تعزيز الثقة والإلتزام المصرفي ، دراسة تطبيقية على جرائم الإمتناع أو الإعتداء على المنظومة المصرفية ، الدكتور / محمد نصر القطري ، جامعة طيبة ، المدينة المنورة.

٩- الموازنة بين حق المساهم على الأرباح السنوية وحق الشركة المساهمة بتكوين الإحتياطي ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والبحريني ، الدكتور / عماد رمضان ، أستاذ القانون التجاري والبحري والتحكيم المساعد ، جامعة المملكة ، مملكة البحرين.

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

البحوث بالعربية :

١- المحامد والمعائب في معالجة بعض أحكام عقد العمل الفردي في ظل قانوني العمل البحريني القديم والجديد ، الأستاذ الدكتور / خالد جمال أحمد حسن ، أستاذ القانون المدني ، ووكيل كلية الحقوق جامعة أسيوط بجمهورية مصر العربية سابقا .

٢- تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني ، الدكتور / يوسف عبد المحسن عبد الفتاح ، دكتوراة القانون العام ، جامعة القاهرة.

٣- النظام القانوني لتقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية ، الدكتورة / سلوى يوسف الإكيابي ، أستاذ القانون الدولي المساعد بجامعة البحرين.

٤- تفتيش الأشخاص في القانون البحريني ، الأستاذ محمد حسن إبراهيم ، الباحث القانوني بالمجلس الأعلى للقضاء ، مملكة البحرين.

٥- دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية ، الدكتور / رمزي هيلات ، أستاذ القانون الإداري المشارك ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين.

القانونية

تتشرف هيئة التشريع والإفتاء القانوني بإصدار مجلة القانونية وهي الدورية الأكاديمية العلمية المحكمة الصادرة عن الهيئة ، وتصدر نصف سنوية باللغتين العربية والإنجليزية ، متخصصة في المجال القانوني على المستويات المحلية والعربية والدولية ، ومسجلة لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر بهيئة شؤون الإعلام وذلك تحت رقم إيداع دولي للدوريات.

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

وتعمل القانونية كذلك على تحقيق الأهداف الآتية:

1. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي ، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية ، والمستحدث في مجال التشريع والإفتاء القانوني ، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. تهيئة المناخ الملائم للمفكرين والباحثين لنشر نتاج أفكارهم وأنشطتهم العلمية والبحثية في المجالات القانونية.
4. التعريف بالتطور القانوني والتشريعي الذي تشهده مملكة البحرين ، في عصر العولمة الثقافية القانونية.
5. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.
6. الإرتقاء بجودة الأبحاث المنشورة بالمجلة لتعكس رصانة البحث العلمي وخضوعه للتحكيم بمعايير علمية دقيقة ، وصولاً الى رقيه لمستويات النشر للأبحاث على الصعيد الدولي وهو الأمر المعمول به في الدوريات العلمية القانونية المحكمة ذات التصنيف العالمي.
7. نشر الوعي المعرفي بالمادة العلمية القانونية التي ترتقي الى مستويات النشر الدولية ، وذلك وصولاً بالدوريات العلمية في عالمنا العربي المعاصر الى التصنيف العالمي الذي يجعلها تواكب الدوريات العلمية القانونية المصنفة في المحافل الدولية.

المحتوى العلمي للمجلة:

يكون المضمون العلمي للمجلة محتوياً على ما يلي:

1. البحوث والمقالات.
2. التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.

٣. متابعات قانونية (أهم المعاهدات الدولية ، والتشريعات الحديثة من التشريع المحلي والعربي والدولي بمختلف الثقافات القانونية، الترجمات ، مراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

تعكس الأبحاث القانونية التي تتضمنها المجلة الثقافات القانونية في الوطن العربي، فضلاً عن الأبحاث بالإنجليزية التي تعتمد على السوابق القضائية في القانون والقضاء الأنجلوأمريكي- والتي جاءت لتعكس المزج الذي فرض نفسه بين الثقافتين القانونيتين السائدتين في العالم وهما الثقافة القانونية في دول النظام اللاتيني ، والثقافة القانونية في دول النظام الأنجلوأمريكي ، هذا المزج هو نتاج العولمة الثقافية القانونية ، التي باتت تفرض نفسها على معطيات الواقع القانوني في عالمنا العربي.

القواعد العلمية وشروط وإجراءات النشر:

تشر القانونية البحوث في المجال القانوني ، ويشترط في المادة العلمية المقدمة للنشر توافر الشروط الآتية:

١. الإلتزام بمنهجية البحث العلمي المحددة من الباحث على نحو سليم ومنضبط.
٢. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
٣. الإلتزام بعدم النشر السابق للمادة العلمية المقدمة في أية دورية أخرى، وأن لا تكون هذه المادة العلمية جزءاً من رسالة الماجستير أو الدكتوراة.
٤. أن يكون اختيار موضوع المادة العلمية المقدمة ذا طابع عملي ، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً يتسم بالجدة والإبتكار.
٥. أن تتضمن المادة العلمية المقدمة للنشر الإشارة إلى الأحكام القضائية في التخصص إن وجدت.
٦. أن تتضمن المادة العلمية المقدمة للنشر - أسفل كل صفحة - الهوامش التي تشير إلى المراجع والمصادر ، مع مراعاة أن يكون ترقيم الهوامش متسلسلاً مستقلاً لكل صفحة.
٧. يجب ألا يقل البحث المقدم للنشر عن حوالي عشرة آلاف كلمة على الكمبيوتر ، أما بالنسبة للمقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الكلمات عن حوالي ستة آلاف كلمة على الكمبيوتر. ويراعى الإلتزام بمنهجية البحث العلمي بالنسبة للأبحاث.
٨. يرسل كل باحث السيرة الذاتية الخاصة به رفق المادة العلمية المقدمة منه للنشر.
٩. تعبر الآراء التي يحتوى عليها المادة العلمية عن آراء الباحث ، وتتسبب إليه ، في إطار من حرية الرأي التي تكفلها المجلة.
١٠. لا تعتق المجلة أية أيديولوجيات سياسية أو دينية أو خلافة تعكسها المادة العلمية المنشورة بها ، ولهيئة التحرير الحق في رفض أية مادة علمية تتضمن الإشارة تصريحاً أو تلميحاً الى أي معتقد ديني أو أية أيديولوجية سياسية أو الترويج لأيهما، وكذلك لهيئة التحرير رفض أية مادة علمية تحض أو تحث على كراهية أو إزدراء أو معاداة أي فئة أو طائفة سياسية أو فكرية أو دينية أو غير ذلك مما يعتبر خروجاً عن الأعراف العلمية المستقرة ، وعن الأهداف الموضوعية المتوخاة للمجلة في نشر البحث العلمي القانوني والقضائي.

١١ . يتحمل مقدم المادة العلمية أية مسؤولية مدنية أو جنائية أو غيرها ، بموجب التشريعات السارية وتعديلاتها المستقبلية ، ناتجة عن تقديم مادة علمية للنشر بالمجلة ، سواء نشرت أم لم تنشر ، وذلك إذا ثبت أنها تمثل بأي طريق من الطرق سرقة علمية أو إعتداء بأي شكل من الأشكال على حق من حقوق الملكية الفكرية للغير. ويقصد بالغير في هذا السياق هو من ليس طرفاً في الرابطة القانونية وهو أي شخص أو كيان ممن هو غير الباحث مقدم المادة العلمية للنشر ، أو غير المجلة القانونية.

١٢ . تقدم البحوث وغيرها من أربع نسخ مطبوعة على الحاسب الآلي ومنسوخة على ورق مقاس (A4) على وجه واحد بمسافتين (Double Spacing) ، (بما في ذلك الحواشي، والمراجع والمقتطفات والملاحق) ومصحوبة بملخصين ، أحدهما باللغة العربية والآخر باللغة الإنجليزية بما لا يزيد على (١٥٠) كلمة لكل منهما، وكذا قرص مرن (ديسك) مسجل عليه البحث والملخصان والبيانات الخاصة بالباحث. ويجوز إرسال البحث بالبريد الإلكتروني الى المجلة على العنوان الإلكتروني الذي تخصصه لذلك ، على أن يتم الرد من جانب المجلة على الباحث مرسل المادة العلمية بتأكيد الإستلام.

١٣ . يقدم الباحث الموافقة على نشر المادة العلمية المقدمة للبحث ممهورةً بتوقيع الباحث.

١٤ . تنشر هيئة التحرير الأبحاث ، وذلك بعد اجتيازها التحكيم العلمي الدقيق ، وذلك وفقاً لأسبقيتها في تاريخ الورد الى المجلة.

١٥ . يتسلم كل باحث بعد طباعة كل عدد ٤ نسخ من البحث الفردي ، ونسختين من البحث المشترك إذا زاد عدد الباحثين عن باحث واحد.

١٦ . يستحق كل باحث مكافأة مالية تحدد بقرار من رئيس الهيئة.

١٧ . تؤول كافة حقوق الملكية الفكرية وحقوق الطبع والنشر للمجلة و يقصد بها الحقوق المتعلقة بالمادة العلمية المقدمة الى المجلة للنشر بها ، وذلك متى قامت المجلة بطباعتها ونشرها.

رسالة القانونية:

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

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

كلمة سعادة المستشار/ رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

القانون هو علم الحق، والعلم هو معرفة الحقيقة ومعرفة تصورها، وإدراكها جزء من هذا التصور، يقوم على إحاطة بالواقع ووضع الأصول مستخلصة من مبادئ عامة، ثم تطبيقها على هذا الواقع.

فحقيقة هذا العلم وفقه هو التكامل بين منهج إستقراء الواقع ومنهج إستنباط الأحكام، ويعمل كل من يناط به تطبيق نصوص القانون على إستقراء الواقع واستنباط الأحكام للوصول إلى الحكم القانوني السليم في المسألة محل البحث، هادفاً من ذلك ومبتغياً إنزال صحيح حكم القانون على المسألة المعروضة.

ولعل الدور المنوط بهيئة التشريع والإفتاء القانوني منذ عقود طويلة يملئنا أن نوجه التحية والشكر للكوادر المؤهلة تأهيلاً كبيراً من أبناء الهيئة التي بدأت مسيرة العمل بها منذ عقود طويلة تمارس التشريع والإفتاء ومراجعة العقود والمعاهدات الدولية، والتي ما إنفكت تشري الفكر القانوني بمملكة البحرين بعطائها المتنامي بحسبان أن الهيئة - وبهذه المثابة - هي مستشار الدولة وناصحها الأمين، تعين جهة الإدارة على التطبيق السليم لأحكام القانون، لتكون مبصرة للعللة التشريعية من وراء نصوص التشريع إبان صياغته وسن نصوصه، وعقب ذلك أثناء تطبيقه، لتتحص غايات المشرع، وتعمل على إستجلاء مراميه، واستبيان مقاصده، بغية التطبيق السليم لنصوص القانون في ظل دولة المشروعية وسيادة القانون وعهد الديمقراطية الزاهر الذي تعيشه مملكة البحرين في عهد القيادة الحكيمة لسيدي صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة ملك البلاد المفدى حفظه الله ورعاه.

ولعل مجلة القانونية الماثلة في عددها المائل وفي الأعداد السابقة- بل ومنذ بداية عهدها- تمثل أحد أهم ركائز وإنجازات بل وإبداعات أعضاء هيئة التشريع والإفتاء القانوني فهي دورية علمية نصف سنوية محكمة تصدر بالعربية والإنجليزية، احتلت مكان الصدارة في عالمنا العربي المعاصر في سنوات قليلة جداً بفضل سواعد أبنائها من مستشاري هيئة التشريع والإفتاء القانوني، فاضحت سفراً ينقش فيه من الأبحاث ما يشار إليه بالبنان في محافل الفكر القانوني العربي، وكانت القانونية على الدوام تتمتع بمزية علمية لا تتوافر للعديد من الدوريات العلمية القانونية بعالمنا العربي من أنها تجمع بين الشق الأكاديمي النظري الرصين بالعربية والانجليزية من جانب، وبين الواقع العملي التطبيقي من جانب آخر فجاء هذا المزج بين العمل والنظر من أهم سمات القانونية وظهر وتجلي في كافة أعدادها.

ولعله وفي بداية عملي كرئيساً لهيئة التشريع والإفتاء القانوني يسرني أن أقدم للقارئ الكريم العدد المائل من مجلة القانونية الذي يحتوي بين دفتيه على نخبة من الأبحاث المتميزة من حيث الطرح الفكري لجوانب علمية قانونية مختلفة تعكس التباين والتنوع في فروع القانون التي تعالجها هذه الأبحاث المتميزة فأقدم البحث الأول للأستاذ خالد جمال أحمد حسن أستاذ القانون المدني، ووكيل كلية الحقوق جامعة أسيوط بجمهورية مصر العربية سابقاً، بعنوان المحامد والمعائب في معالجة بعض أحكام عقد العمل الفردي في ظل قانوني العمل البحريني القديم والجديد، ويتسم البحث بالجدة والإبتكار في التخصيص بالإضافة إلى إثراء الفكري في المعالجة والمزج بين ذلك وبين منهج الإستقراء والتحليل معاً، كما أقدم بحثاً قيماً

ومتعمقاً بعنوان تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني ، للدكتور يوسف عبد المحسن عبد الفتاح ، دكتورة القانون العام ، جامعة القاهرة ، والبحث يعالج موضوعاً مهماً من موضوعات القانون الدستوري من منظور مقارنة يتسم بالعمق في المعالجة والرصانة . وأقدم بحثاً متميزاً للدكتورة سلوى يوسف الإكياي ، أستاذ القانون الدولي المساعد بجامعة البحرين ، بعنوان النظام القانوني لتقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية ، وبحثاً آخر قيماً في رحاب قانون الإجراءات الجنائية يحفل بالشرعية الإجرائية وضوابطها للباحث القانوني الأستاذ محمد حسن إبراهيم بالمجلس الأعلى للقضاء ، بمملكة البحرين ، بعنوان تفتيش الأشخاص في القانون البحريني . وأقدم بحثاً للدكتور رمزي هيلات ، أستاذ القانون الإداري المشارك ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين بعنوان دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية يتسم بالمنظور المقارن ، ثم اعقبه ببحث يتناول الرقابة البرلمانية على الموازنة العامة في الإسلام (نموذج للإقتداء به في العصر الحديث) ، للدكتور محمود صبري عبد العزيز ، أستاذ مساعد المالية العامة والإقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، بمملكة البحرين . وفي إطار حرص القانونية على المنظور الفقهي القانوني المقارن تعرض القانونية بحثاً بعنوان مبادئ وضمانات التقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الموريتاني ، للأستاذ الدكتور محمد فال محمد محمود السالك ، أستاذ الفقه وأصوله بجامعة العيون للعلوم الإسلامية ، بلعيون ، موريتانيا ، ثم تعرض بحثاً يتسم بالمزج بين أحكام القانون الجنائي والتشريعات المصرفية التي تحتل مكانة كبيرة في عالمنا القانوني المعاصر إزاء تطور حقبة التشريعات الإقتصادية والتشريعات الجاذبة للإستثمار ومن أهمها التشريعات المصرفية وما حاق بها من تطور ملموس في العالم كلة فضلاً عن تنامي وتنوع صور الحماية الجنائية التي يسبغها المشرع في كافة دول العالم على أعمال البنوك فتقدم القانونية وبهذه المثابة بحثاً بعنوان دور الحوكمة والحماية الجنائية في تعزيز الثقة والإئتمان المصرفي ، دراسة تطبيقية على جرائم الإمتناع أو الإعتداء على المنظومة المصرفية ، للدكتور محمد نصر محمد القطري ، جامعة طيبة ، المدينة المنورة. وتختتم القانونية هذا العدد ببحث تحليلي مقارنة من أبحاث القانون التجاري وبالأخص قوانين الشركات للدكتور عماد رمضان ، أستاذ القانون التجاري والبحري والتحكيم المساعد ، جامعة المملكة ، بمملكة البحرين بعنوان الموازنة بين حق المساهم على الأرباح السنوية وحق الشركة المساهمة في تكوين الإحتياطي ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والبحريني .

وفي ختام تقديم هذه الأبحاث التي تمثل إثراءً فكرياً في محافل البحث العلمي القانوني - وهو ليس بجديد على القانونية - أملاً من الله عز وجل أن ينزلها منزلة حسنة في نفس القارئ العربي والبحريني، متمنياً أن يعيننا على أن تظل القانونية في الحال وفي المآل نبراساً وضاءً للبحث العلمي القانوني في عالمنا العربي، وقبله لكل باحث متعطش إلى المعرفة القانونية الرصينة تحقق لكل المشتغلين بالقانون ما تصبو إليه أنفسهم من إثراء علمي يروي ظمأهم ونهمهم إلى المعرفة القانونية في شتى مناحي العلم القانوني.

والله ولي التوفيق والهادي الى سواء السبيل ،،،

المستشار نواف عبدالله حمزة

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

كلمة هيئة التحرير

تقدم هيئة التحرير في هذا العدد من القانونية تسعة أبحاث باللغة العربية تتمنى أن يلاقوا القبول والإستحسان من القارئ الكريم ، حيث تتباين أفرع العلم القانوني التي تعالجها هذه الأبحاث ، وإن كانت جميعها تتدرج في إطار منهجية علمية منضبطة ، تراعي ضوابط وأصول البحث العلمي القانوني ، وفقاً لمتطلبات النشر الدولي للأبحاث بالدوريات القانونية المصنفة عالمياً ، بحيث صار هدف القانونية ومرماها منذ بداية عهدها هو الإرتقاء بالبحث العلمي القانوني وشرائطه في عالمنا العربي ليرقى الى مصاف الأبحاث المقبولة على صعيد البحث العلمي بالعالم الخارجي وليس عالمنا العربي فحسب.

وهيئة التحرير إذ اضطلعت بمهامها بالقيام بتحكيم جميع الأبحاث وفقاً للأصول والضوابط العلمية المتعارف عليها ، فإنها تقدم الأبحاث المشار إليها سلفاً إلى القارئ العربي وتنوه إلى أن جميع الأبحاث على الرغم من التباين في الطرح الفكري الذي تتناوله ، والتباين في منهجية البحث العلمي إلا أنها تتسم جميعها بما يلي:

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

ثانياً: يعالج كل بحث فكرة Theme محورية ضابطة له تدور حولها مباحثة ومطالبه وهو مايقطع بتوافر السمات والمتطلبات الأصيلة والجوهرية للبحث العلمي.

ثالثاً: أتسمت الأبحاث جميعها بمراعاة المنهجية العلمية الدقيقة الضابطة والتي تتفق وأصول البحث العلمي و التي تتبع أحيانا منهج إستقراء الواقع ومنهج إستنباط الأحكام للوصول الى حكم كلي ينطبق على المسألة محل البحث و احيانا أخرى اتبعت بعض الأبحاث المنهج التحليلي التأصيلي المقارن الممتزج بالمنهج الوصفي ، وجاءت جميع الأبحاث متمسكة بالمنهجية الصحيحة الضابطة للأبحاث العلمية في محافل العمل القانوني.

رابعاً: جاءت المادة العلمية التي قدمها الباحثين بهذا العدد مستقاة من أصولها ومصادرها العلمية السليمة في الفقه والقضاء العربي والمقارن بحيث يمكن إرجاع كل مصادر المعلومة البحثية الواردة بالقانونية الى أصولها في المراجع العامة والخاصة وفي الأحكام القضائية التي تعرف في دول القانون الأنجلوأمريكي بال Case Law . ولا يخفى ما للسوابق القضائية من أهمية كبيرة في البحث العلمي القانوني وكذلك على الصعيد التطبيقي بحيث أن القاضي في دول النظام الأنجلو-أمريكي هو الذي يصنع القانون من خلال أحكامه إزاء عدم وجود تشريعات مكتوبة ومدونة في أحوال كثيرة - بل وعدم وجود دستور مكتوب حتى اليوم بالملكة المتحدة - ويضحي متحققاً ذات الدور لأعضاء هيئة التشريع والإفتاء القانوني إزاء عدم وجود قانون إداري مكتوب حتى اليوم بملكة البحرين وهو ما يرتقي بملكات عضو هيئة الإفتاء والتشريع من خلق ملكة الإبتكار لدية لإيجاد الحل القانوني السليم حال عدم وجود نص تشريعي مدون ، وهوذات الدور الذي يضطلع به أعضاء مجلس الدولة المصري.

خامساً: إتسمت جميع الأبحاث محل هذا العدد بجودة المعالجة والعمق في التناول للمادة

العلمية والمُعطيات البحثية محل العدالمائل ، وخلصت الى نتائج سليمة من مقدمات تؤدي إليها لزوماً ومنطقاً وقانوناً .

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

سابعاً: جمعت القانونية بين دفتيها بين الابحاث الأكاديمية النظرية ذات البعد العملي التطبيقي في الوقت ذاته ، فهي على الدوام تجمع بين العمل والنظر.

وهيئة التحرير اذ تضع بين يدي القارئ هذه النخبة المتميزة من الابحاث المختارة فإنها ترحو أن تحقق له النفع العلمي النظري والتطبيقي ، سائلة المولى- عز وجل - أن يقدرها دائماً على تقديم كل ما هو بناء لإثراء مسيرة البحث العلمي في عالمنا القانوني المعاصر.

والله ولي التوفيق،،،

هيئة التحرير

البحوث



المحامد والمعائب في معالجة بعض أحكام عقد العمل الفردي في ظل قانوني العمل البحريني القديم والجديد

أ.د / خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني

ووكيل كلية الحقوق جامعة أسيوط بجمهورية مصر العربية سابقاً

مقدمة:

لا جرم أن أي مسار تشريعي صوب الإلغاء الكلي أو الجزئي لقانون ما من القوانين تحدوه عادةً الرغبة الملحة في التطوير والتجويد للنصوص التشريعية لتتناغم وتتواكب مع مستجدات واقع الحياة وما تحفه من الظروف والملابسات الجديدة ، ولم تنزل مساعي واضعي القوانين حثيثة بين الحين والحين للتطوير والتغيير حتى لا تبقى القوانين حبرا على ورق فتعجز عن مسايرة متطلبات التطور الطبيعي المتلاحق في شتى مجالات الحياة .

وستبقى علاقات العمل بين العمال وأصحاب العمل مهما تتابعت عليها موجات التطور والتغير أرضاً خصبة لحركات التطوير والتجديد التشريعي ، لأن جهود واضعي القوانين مهما تكاملت فهي بحسب الطبيعة البشرية للقائمين بها عاجزة عن الوصول إلى حد الكمال الذي تتصف به التشريعات الإلهية ، ولذا نكتشف بين الحين والآخر آفات ومعائب تكتنف كثيراً من النصوص التشريعية على نحو يوجب تعديلها أو تغييرها ، إلى جانب ما ما قد تتسم به البعض الآخر من النصوص من مزايا ومحامد ، وهنا ينبغي التنوية إلى قيمة التأنى والدقة فيما يقترح سنه من حلول تشريعية لمعالجة بعض مشاكل العلاقات القانونية بين العمال وأصحاب الأعمال ، إلى جانب الكفاءة والخبرة فيمن يضطلع بهذه المهمة ، حتى نصل في نهاية المطاف - وهذا لا ولن يتحقق إلا مع مراعاة قدر معقول من التوازن بين مصلحة طرفي علاقات العمل بلا إفراط أو تفريط - إلى توفير قدر معقول من الثبات والاستقرار لما قد يسببها من تشريعات جديدة معالجة لهذه العلاقات ، لأنه وإن كان الصحيح الذي لا يمكن إنكاره أن عدداً غير قليل من نصوص هذه التشريعات يميل عادةً إلى تقديم مصلحة العامل على مصلحة صاحب العمل ، تأسيساً على أنها المصلحة الأولى بالرعاية والأجدر بالحماية ، ألا أنه ليس من المقبول أن تتماذى هذه النصوص بإفراط كبير في رعاية العمال على نحو مجحف بأصحاب العمل ، وذلك حتى لا تفقد موجات التطوير والتغيير صوابها فتتحرف صوب الإفراط تارة أو إلى التفريط تارة أخرى^(١) .

لهذا فقد عمدتُ إلى تسليط الضوء على المعالجات التشريعية لبعض جوانب العلاقة العقدية

١ . ومما يؤسف له أنه يغيب كثيراً عن أذهان واضعي القوانين مراعاة التوازن المعقول الذي يجنبهم مظاهر الشطط في رعاية مصالح أطراف من تتضمنهم بعض القواعد التشريعية ، فها قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م المصري لما ظهر لرعاية مصالح المستأجرين غالى في تلك الرعاية حتى ظلم فيها طائفة المؤجرين ظلماً كبيراً ، لدرجة أنه غير ببعض أحكامه الجائرة طبيعة عقد الإيجار من عقد مؤقت إلى عقد دائم .

بين العمل وأصحاب العمل في ظل كل من قانون العمل البحريني السابق رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦م ، وقانون العمل البحريني الحالي رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢م ، وذلك رغبة في الوقوف على جوانب الضعف والقوة فيهما ، وأمل أن يحالفني توفيق الله عز وجل فأبصر ما بهما من محامد ومعاييب لنصل في نهاية المطاف إلى المقترحات المأمولة للحلول التشريعية الأمثل لجوانب علاقات العمال بأصحاب العمل .

وسوف أقسم بحثي المائل الى ما يلي:

مقدمة :

- المبحث الأول : موقف القانونيين من التلميذ أو المتدرب
- المبحث الثاني : مدى توفير الرعاية اللازمة للعمال الوطنية في القانونيين
- المبحث الثالث : مظاهر الحماية القانونية للحدث
- المبحث الرابع : مظاهر الحماية القانونية للمرأة العاملة
- المبحث الخامس : قيود تشغيل العاجزين المؤهلين مهنيًا
- المبحث السادس : أشكال الحماية القانونية لأجر العامل
- المبحث السابع : بشأن التنظيم القانوني لوقت العمل اليومي والأسبوعي
- المبحث الثامن : التنظيم القانوني للإجازات في القانونيين بين الرفض والتأييد
- المبحث التاسع : الالتزام بتوفير الرعاية الصحية للعمال في قانوني العمل البحريني
- المبحث العاشر : التزامات قانونية عند وفاة العامل
- المبحث الحادي عشر : الالتزام بتوفير الخدمات الاجتماعية للعمال
- المبحث الثاني عشر : الالتزام ببرد أوراق العامل وإعطائه شهادة خبرة وشهادة الخدمة عند انتهاء العقد
- المبحث الثالث عشر : التزام العامل بعدم منافسة رب العمل
- المبحث الرابع عشر : مدى سلطة صاحب العمل في تغيير العمل المتفق عليه
- المبحث الخامس عشر : أنواع الجزاءات التأديبية
- المبحث السادس عشر : تحديد قدر التعويض المستحق للعامل عند إنهاء صاحب العمل العقد بصورة غير مشروعة
- المبحث السابع عشر : بلوغ العامل سن الستين سبب جديد يجيز لصاحب العامل إنهاء العقد
- المبحث الثامن عشر : زيادة المدة التي يبطل خلالها أي إبراء أو مصالحة من العامل من شهر إلى ثلاثة أشهر

المبحث الأول

موقف القانونيين من التلميذ أو المتدرب

لقد كانت المادة ٢٦ من قانون العمل البحريني السابق قبل التعديل تعرف التلميذ المهني بأنه "يعتبر تلميذا مهنيا كل شخص لم يتجاوز عمره ثمانية عشر عاما يتعاقد مع منشأة للعمل لديها بقصد تعلم مهنة أو صناعة خلال مدة محددة يلتزم التلميذ المهني بالعمل لديها تحت إشراف صاحب العمل في مقابل مكافأة أو أجر" ، ثم جرى تعديل هذه المادة بموجب المرسوم بقانون رقم ١٤ تاريخ ١٠/٤/١٩٩٣م فعرفته بأنه "كل شخص يتعاقد مع منشأة للعمل لديها بقصد تعلم مهنة أو صناعة خلال مدة محددة يلتزم أثناءها التلميذ المهني بالعمل تحت إشراف صاحب العمل مقابل أجرًا ومكافأة".

في حين عرفته المادة ١٥ من قانون العمل البحريني الحالي التلميذ المهني قائلةً "يعتبر تلميذا مهنيا كل من يتعاقد مع صاحب عمل بقصد تعلم حرفة أو مهنة أو صناعة خلال مدة محددة يلتزم خلالها بالعمل تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر أو مكافأة ، ويصدر الوزير، بعد أخذ رأي غرفة تجارة وصناعة البحرين والاتحاد العام لنقابات عمال البحرين، قرارا بتحديد الإجراءات والقواعد التي تنظم التلمذة المهنية".

ويبدو جليا وواضحاً أفضلية التعريف الذي أورده قانون العمل البحريني الحالي على ما كان واردا في القانون ، لأنه وسع من نطاق التلميذ المهني ليشمل كل من يتعاقد مع صاحب عمل ليتدرب عنده على مهنة أو حرفة أو صنعة معينة سواء كان صاحب العمل هذا لديه منشأة أو ليس لديه منشأة ، بعكس القانون السابق قبل التعديل أو بعده حيث يظهر من صريح عبارات نصيه أنه يقيد التلميذ المهني بأنه من يتعاقد مع منشأة ، هذا بالإضافة إلى أن قانون العمل البحريني الحالي يوسع نطاق التلميذ ليشمل كل راغب في تعلم حرفة أو مهنة لدى صاحب عمل أيا كان عمره في حين كان قانون العمل البحريني قبل التعديل يقصره فقط على من لم يتجاوز عمره وقت التدريب ثمانية عشرة عاما ، ثم عدل عن التقييد بعد أن جرى تعديله في عام ١٩٩٣م.

ولا جرم أن قيمة عقد التلمذة وأهميته تبرز بصورة واضحة في الدول النامية ، حيث تكثر فيها الأمية ولا يتمكن عدد كبير من مواطنيها من إتمام سنوات الدراسة الإلزامية في التعليم ، ولا يجد المرء منهم أمامه من سبيل للحصول على وسيلة كسب مشروعة سوى بعض أصحاب المهن أو الحرف، وذلك في غياب المراكز العامة المتخصصة في التدريب والتمرين على الحرف والمهن في الصناعات المختلفة ، فيلجأ إلى أصحاب هذه المهن أو تلك الحرف ليتدرب على أيديهم فيتشرب خلال مدة التمرين أو التدريب أصول تلك المهن أو الحرف ويتسنى له الوقوف على دقائقها وتفصيلها^(١).

وينبغي التنويه إلى تميز هذا العقد عن عقد العمل ، ومرد ذلك يرجع إلى أن العقدين يختلفان من حيث الغاية ، فعقد التلمذة المهنية غايته تدريب التلميذ وتمرينه على مهنة أو حرفة معينة ، في حين أن عقد العمل يباشر فيه العامل عملا معيناً لحساب رب العمل ، ولذا يخضع عقد التلمذة لأحكام خاصة مغايرة لأحكام عقد العمل ، حيث أفرد له واضح قانون العمل البحريني أحكاماً خاصة به في باب مستقل له هو الباب الثاني من قانون العمل البحريني الجديد ، وكان مخصصاً له الباب الخامس من هذا قانون العمل البحريني الملغى .

١. انظر في هذا المعنى : أ. د/ أحمد حسن البرعي ، الوسيط في القانون الإجتماعي ، ج ١ ، طبعة ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية ، ص ٤٥٨ .

ولقد حرص واضع قانون العمل البحريني على رعاية التلميذ المهني في هذا العقد فأوجب على وزير العمل أن يتدخل بعد موافقة المجلس الأعلى للتدريب المهني كما هو الحال في قانون العمل البحريني السابق^(١) وبعد أخذ موافقة كل من غرفة تجارة وصناعة البحرين والاتحاد العام لنقابات عمال البحرين^(٢)، باتخاذ قرارات معينة لتحديد المهن الخاضعة للتلمذة ومدتها ومراحلها في كل مهنة، ونسب الأجور المعطاة أو المكافآت في كل مرحلة من مراحل التدرج، والبرامج الدراسية النظرية والعملية ونظام التجربة والشهادات التي تعطى في هذا الشأن، وما يجب أن يدون فيها من بيانات، حتى لا يقع فريسة في أيدي أصحاب العمل، فيعمدون الى إخفاء الكثير من دقائق وأصول المهن أو الحرف عن المتدرب أو التلميذ المهني بهدف إطالة فترة التلمذة أو التدريب، وعدم الالتزام بالأحكام الخاصة بقواعد عقد العمل التي تفرض عليهم التزامات معينة هي أكثر وطأة عليهم من عقود التلمذة المهنية، ولاسيما في خصوص مقدار الأجر أو المكافأة التي يحصلها التلميذ المهني خلال فترة التمرين.

المبحث الثاني

مدى توفير الرعاية اللازمة للعمالة الوطنية في القانونين

كان من الطبيعي أن يعمد واضع قانون العمل البحريني السابق الى وضع القواعد القانونية التي تحقق قدراً معقولاً من الرعاية المأمولة للعمالة الوطنية في مواجهة العمالة الأجنبية، سواء أكان ذلك عند التعيين ابتداءً أو حتى عند الاستغناء عن العمالة الزائدة في العمل داخل المنشآت انتهاءً، وقد أخذت هذه الرعاية أشكالاً وصوراً مختلفة هي على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

تفضيل العامل الوطني على غيره عند التعيين

لقد كان قانون العمل البحريني القديم يفرض على رب العمل عند التعيين في الوظائف الشاغرة أو عند استحداث وظائف جديدة بالمنشأة جعل الأولوية في هذا التعيين للمواطن علي غيره من الأجانب متى كان هذا المواطن كفوفاً في ممارسة العمل المطلوب فيه التعيين مقارنةً بغيره من الأجانب، وذلك رعايةً للعمالة الوطنية وحمايةً لها من خطر المنافسة من العمالة الأجنبية، وهذا أمر منطقي فالمواطن أولى من غيره من الأجانب بالتعيين في الوظيفة الشاغرة متى تساوى مع الأجنبي في التخصص والكفاءة.

بل لم يكتف برعاية العمالة الوطنية وحدها بل راعى العمالة العربية في مواجهة العمالة غير العربية، فأوجب على رب العمل ابتداءً عند التعيين تقديم العامل العربي على العامل غير

١. إذ تنص المادة ٢٨ منه على أنه " يصدر بتحديد المهن الخاضعة للتلمذة والشروط الواجب توافرها في التلميذ وقواعد تعليمه وما يجب أن يراعى بالنسبة له ولنوع العمل وطريقة التعليم وتحديد مدة التلمذة ومراحلها في كل مهنة وتحديد المكافأة أو الأجر الذي يستحقه التلميذ في كل من هذه المراحل والبرامج الدراسية النظرية والعملية ونظام الاختبار والشهادات التي تعطى في هذا الشأن وما يجب أن يدون فيها من بيانات قرارات من وزير العمل والشئون الاجتماعية بعد موافقة المجلس الأعلى للتدريب المهني " .

٢. إذ تنص المادة ٢/١٥ منه على أنه " ويصدر الوزير، بعد أخذ رأي غرفة تجارة وصناعة البحرين والاتحاد العام لنقابات عمال البحرين، قراراً بتحديد الإجراءات والقواعد التي تنظم التلمذة المهنية " .

العربي متى تساويا في المؤهل والخبرة ، وذلك ما قرره المادة ١٣ عمل بحريني سابق في فقرتها الأولى بقولها ” على كل صاحب عمل أن يراعي عند استخدام أي عامل وجوب منح الأفضلية للوطني أولاً ثم لغيره من العرب ثانياً وذلك كلما وجد الوطني أو العربي وكان صالحاً لأداء العمل الخاص الذي يستخدم فيه ” .

وإذا كانت أولوية المواطن على الأجنبي (وكذلك وأولوية العربي على غير العربي) تثبت ابتداءً عند التعيين عند تساويهما في التخصص والكفاءة ، فإن ذلك يعني أن هذه الأولوية ينتهي مبررها إذا افتقر المواطن إلى الكفاءة الموجودة في غيره من العمال الأجانب أو كانت هذه الكفاءة منخفضة لديه إذا ما قورنت بالكفاءة العالية للأجنبي ، على نحو يبرر لرب العمل استخدام عمالة أجنبية ، وتفضيلها من ثم على العمالة الوطنية .

وقد جاء قانون العمل البحريني الجديد وألغى العمل بالقانون السابق عليه وخلت نصوصه من نص مماثل يقرر مثل هذا التفضيل ، ومن ثم بات لرب العمل عند التعيين أن يختار من يشاء من المتقدمين إليه بغض النظر عن جنسياتهم لتعيينهم لديه ، وهذا يدعونا إلى التساؤل عن المبرر الذي حدا بوضع قانون العمل البحريني الجديد إلى هذا المسلك ، وهل يستأهل هذا المبرر التخلي عن حماية العمالة الوطنية في مواجهة العمالة الأجنبية ؟

ولا ينبغي التذرع بالاتفاقات الدولية التي تدعو إلى عدم التمييز بين العمال ، لأن أحداً لا يقر التمييز بين العمال ، لكن هنا ينبغي الالتفات إلى أن وصف العامل لا يثبت للمرء إلا بعد الدخول في العقد ، وعندها يجب على صاحب العمل عدم التمييز العمال بسبب الجنسية أو غيرهما من صور التمييز ، ما داموا متساوين في المؤهلات والخبرات ..

المطلب الثاني

الإبقاء على العامل الوطني عند الاستغناء عن العمالة الزائدة

ولكي تكتمل صورة الحماية للعمالة الوطنية في مواجهة العمالة الأجنبية لم يكن يقنع واضع قانون العمل البحريني الملقى بمجرد إثبات الأولوية لها ابتداءً عند التعيين على العمالة الأجنبية ، وإنما أوجب انتهاءً عند الاستغناء عن العمالة الزائدة داخل المنشأة أن يبدأ في هذا الخصوص بالاستغناء عن الأجنبي غير العربي قبل الاستغناء عن العامل الأجنبي العربي ، ثم يجري من بعد الاستغناء عن أيهما قبل الاستغناء عن المواطن ، ما دام أن العربي أو المواطن صالحاً لأداء العمل بذات الكفاءة .

وهذا ما كانت تنص عليه صراحة المادة ١٣ عمل بحريني سابق في فقرتها الثانية بقولها ” وفي حالة زيادة عدد العمال عن حاجة العمل يجب الاستغناء عن غير العربي قبل العربي أو الوطني وعن العربي قبل الوطني وذلك كلما كان الوطني أو العربي صالحاً لأداء العمل ” .

وينبغي ألا يفهم من هذا الترتيب الواجب الاتباع قانوناً أنه عند استغناء المنشأة عن العمالة الزائدة أن يباح له فصل العامل الأجنبي رغبة في إحلال عامل مواطن جديد محله ، وإنما المقصود أن يراعى عند اضطرار المنشأة إلى تقليص عدد هذه العمالة من العاملين الفعليين لديها البدء أولاً بالأجنبي غير العربي ، ثم من بعد ذلك تنتقل إلى الأجنبي العربي قبل المواطن ، ثم أخيراً تنتقل من بعد إلى المواطن ، وذلك كله من باب الرعاية له وتوفير سبيل العيش الكريم له داخل وطنه ودرء مخاطر البطالة والتعطّل عن كاهله ، وكذلك عن كاهل الدولة التي تلتزم قانوناً برعاية المتعطّلين عن العمل وكفالة العيش الكريم ، بل وتلتزم بموجب الدستور بتوفير فرص عمل جديدة لهم .

وهذه الصورة من صور التفضيل بعد أن اكتسب المتعاقدون مع أصحاب العمل وصف العمال ، وجب على أصحاب العمل بعدها تحقيق المساواة بينهم دون أي تفضيل يرتكز على أساس الجنسية أو الجنس أو القومية أو العرق أو غيرها من صور التمييز ، ولذا لست مؤيداً لهذه الصورة من صور التفضيل ، لاسيما وأن القانون البحريني يفرض على الأجنبي -كما يفرض على المواطن - المشاركة في إعانة البطالة داخل المملكة ، حيث يخصم من أجره لهذا الغرض نسبة معينة بصفة شهرية .

ثم لما صدر قانون العمل البحريني الجديد وألغى العمل بالقانون السابق عليه لم يورد نصاً مماثلاً يقرر هذه الصورة من صور التفضيل رعاية للعمالة الوطنية ثم العمالة العربية ، فما هي الحكمة من هذا المسلك التشريعي ؟

يبدو أن واضع القانون قد أراد بهذا المسلك أن يستجيب لنصوص الاتفاقات الدولية التي تبذ أي شكل من أشكال التمييز بين العمال بسبب الجنسية أو غيرها من أشكال التمييز الأخرى .

المطلب الثالث

فرض نسبة معينة من العمالة الوطنية داخل المنشأة

لقد حرص واضع القانون على اشتراط نسبة معينة من العمالة الوطنية تمثل حداً أدنى لا يجوز أن تقل عنه داخل المنشأة درءاً لأي مظهر من مظاهر التحايل للإضرار بالعمالة الوطنية ، وذلك رغبة في توفير قدر لازم من فرص العمل للعمالة الوطنية داخل المنشآت ، ومن ثم لا يسمح لرب العمل باستقدام عمالة أجنبية ، إلا إذا أثبت التزامه الفعلي بتشغيل نسبة معينة من العمالة الوطنية المطلوبة قانوناً داخل منشأته .

المطلب الرابع

تقييد استقدام العمالة الأجنبية

من الطبيعي أن تعتمد الدول في سبيل رعاية عمالتها الوطنية إلى فرض العديد من القيود على استقدام العمالة الأجنبية ، للتخفيف من حدة البطالة داخل أراضيها ، هذا فضلاً عن رغبة هذه الدول من ناحية أخرى في إحكام سيطرتها على تشغيل العمالة الأجنبية داخل أراضيها .

من أجل ذلك حرص واضع قانون تنظيم سوق العمل البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م (ومن قبله واضع قانون العمل البحريني السابق^(١)) على وضع عدد من الضوابط اللازمة لعمل الأجانب في مملكة البحرين ، فاستلزم للاعتراف بحق العمل للعامل الأجنبي أن يتوافر فيه هذان الشرطان:

١- **الشرط الأول :** أن يتم استقدامه إلى المملكة عن طريق صاحب عمل مرخص له

١. وجدير بالذكر أن قانون العمل البحريني الجديد لم يورد أية نصوص تتعلق بتنظيم عمل الأجانب - بعكس موقف قانون العمل البحريني الملغى - وذلك مردّه إلى احتواء قانون تنظيم سوق العمل البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦ م على كافة الأحكام التفصيلية لعمل الأجانب .

قانوناً في استخدام عمالة أجنبية من قبل وزارة العمل^(١) .

٢- الشرط الثاني : أن يحصل العامل الأجنبي على شهادة صحية معتمدة من الجهات الطبية المختصة داخل المملكة تثبت سلامته الصحية وخلوه من الأمراض المعدية .

وقد فوض القانون وزير الصحة في اتخاذ القرارات اللازمة لتحديد الإجراءات الطبية المطلوبة للتأكد من السلامة الصحية للعامل الأجنبي وخلوه من الأمراض المعدية بالاتفاق مع وزير العمل ، وقد صدر فعلاً هذا القرار (رقم ١١ لسنة ١٩٧٦ م) مبيناً ضرورة قيام العامل بالمشور أمام اللجنة الطبية المختصة بوزارة الصحة خلال أسبوع من وصوله إلى المملكة لتوقيع الكشف الطبي عليه والتحقق من سلامته الصحية وخلوه من الأمراض المعدية ، حتى يتسنى له من بعد الحصول على الشهادة الطبية اللازمة لمباشرة العمل داخل المملكة .

المطلب الخامس

ضرورة الحصول على تصريح عمل لتشغيل العامل الأجنبي

لقد كان مفروضاً في بادئ الأمر على العامل الأجنبي أن يسعى بنفسه فور وصوله إلى مملكة البحرين إلى الحصول على تصريح العمل ، فضلاً عن استخراج بطاقة عمل حتى يتسنى له الالتحاق بالعمل (في ضوء قرار وزير العمل رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦ م) ، ثم تم العدول عن ذلك وأصبح صاحب العمل - وليس العامل - هو المكلف باستخراج تصاريح العمل للعمال الأجانب (وذلك بموجب قرار وزير العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ م).

ولكي يمكن لصاحب العمل استخدام عمال أجنبي ينبغي عليه أن يتقدم بطلب بهذا المعنى إلى إدارة العمل ، شريطة أن يكون لديه سجل تجاري ساري المفعول ، وأن يقدم المستندات المثبتة لحاجته الفعلية إلى العمالة الأجنبية ، وأن يسدد الرسوم المستحقة عن تلك العمالة .

بيد أنه يستثنى من شرط الحصول على تصريح العمل الفئات الآتية:

- ١- العمال غير البحرينيين الذين يعملون في الحكومة والمؤسسات العامة والهيئات العامة .
- ٢- العمال غير البحرينيين الذين يقدون إلى المملكة لتمثيل مصالحهم أو الإشراف على إدارة أعمالهم فيها ، شريطة تقديم المستندات والوسائل الدالة على ذلك .
- ٣- أعضاء البعثات الدبلوماسية والدولية والإداريون بها العاملون في المهام الرسمية لهذه البعثات لدى المملكة .
- ٤- المعفون من هذا التصريح بموجب اتفاقية دولية تكون مملكة البحرين طرفاً فيها ، وفي

١ . وكان قانون العمل البحريني الملغى قد فوض وزير العمل في إصدار القرارات التي تنظم شروط حصول أرباب العمل على تصاريح عمل الأجانب ومدة هذه التصاريح وإجراءاتها والرسوم المستحقة عنها ، وأسباب وقف تجديد الترخيص وسحبه وحالات الإعفاء منه ، حيث نصت المادة ٣ من قانون العمل البحريني الملغى (المعدلة بالمرسوم بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣) تنص على أن يحظر على صاحب العمل استخدام عمال غير بحرينيين ما لم يكن حاصلًا على تصريح عمل من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ولا يستثنى من أحكام هذه المادة العمال المذكورين في الفقرات ٢، ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ من المادة (٢) من هذا القانون ويصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية القرارات المنظمة لشروط الحصول على تصاريح العمل للأجانب ومدتها وإجراءات تجديدها والرسوم المستحقة عنها وكذلك حالات وقف تجديد التصريح أو سحبه قبل انتهاء مدته وحالات الإعفاء من شروط الحصول على التصريح ” .

حدود هذه الاتفاقية^(١).

المطلب السادس

ضوابط الترخيص لصاحب العمل باستقدام عمالة أجنبية

أولاً : عدم جواز تشغيل العامل الأجنبي إلا بعد استصدار تصريح له بالعمل:

من حق أي صاحب عمل يرغب في استخدام عامل أجنبي أن يتقدم بطلب إلى هيئة سوق العمل لاستصدار تصريح عمل له وفق الإجراءات التي يحددها رئيس الهيئة بقرار منه^(٢) ، ويُراعى أن أي تصريح يصدر لاستخدام أي عامل أجنبي هو تصريح ذو طابع شخصي ، فلا يجوز التنازل عنه للغير (م ٢٤ / أ من قانون تنظيم هيئة سوق العمل).

ولا يجوز لصاحب العمل تشغيل أي عامل أجنبي دون استصدار تصريح عمل له ، كما لا يجوز للعامل الأجنبي نفسه مزاوله أي عمل بالملكة أياً كانت طبيعته دون الحصول على تصريح بذلك من جهة الاختصاص ، ولا يجوز لأحد أن يتقاضى أي مقابل مادي أو معنوي نظير استخراج تصريح العمل للعامل أو نظير استخدامه في العمل ابتداءً أو إبقائه فيه انتهاءً^(٣).

ثانياً : شروط التصريح للعامل الأجنبي بالعمل ومدته:

يشترط للحصول على تصريح العمل للعامل الأجنبي أن تتوافر الشروط الآتية (م ٢٤ / ب من قانون تنظيم هيئة سوق العمل):

- ١- وفاء صاحب العمل بكافة رسوم ومستحقات الهيئة المتعلقة بتصاريح العمل.
- ٢- ألا يثبت تخلف صاحب العمل عن الوفاء بحقوق العمال.
- ٣- تقديم كافة المستندات والبيانات والمعلومات التي يصدر بتحديد قرار من مجلس

١ . مثال ذلك ما هو مقرر لمواطني دول مجلس التعاون الخليجي عند ممارستهم لنشاط اقتصادي داخل مملكة البحرين ، إذ يعامل هؤلاء معاملة مواطني المملكة وبإغفاءات معينة ، وذلك تنفيذاً للمرسوم الملكي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ م ، المعدل بالمرسوم الملكي رقم ٤ لسنة ١٩٨٤ م ، وتطبيقاً للاتفاقية الاقتصادية رقم ٢٩ لسنة ١٩٨١ م (مشار إلى ذلك لدى د/صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - هامش ٢٢٨ ص ١٠٠) .

٢ . إذ تنص المادة ٢٤ / أ من قانون تنظيم سوق العمل على ذلك بقولها " لصاحب العمل الذي يرغب في استخدام عامل أجنبي أن يتقدم بطلب إلى الهيئة لاستصدار تصريح عمل بشأنه طبقاً للإجراءات التي يصدر بتحديد قرار من الهيئة " .

٣ . وقد نصت المادة ٢٣ من قانون تنظيم هيئة سوق العمل على أنه : (أ) يحظر على العامل الأجنبي مزاوله أي عمل في المملكة دون صدور تصريح عمل بشأنه طبقاً لأحكام هذا القانون .

(ب) يحظر على صاحب العمل استخدام عامل أجنبي دون صدور تصريح عمل بشأنه طبقاً لأحكام هذا القانون ، كما يحظر عليه استخدام هذا العامل بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو شروط التصريح . ويجب على صاحب العمل التحقق من جنسية العامل قبل إلحاقه بالعمل .

(ج) يحظر على أي شخص تقاضي أية مبالغ أو الحصول على أية منفعة أو مزية من العامل مقابل استصدار تصريح عمل بشأنه أو مقابل استخدام هذا العامل أو استبقائه في عمله .

إدارة هيئة تنظيم سوق العمل.

٤- أن يكون العامل الأجنبي لائقاً من الناحية الصحية وخالياً من الأمراض المعدية ، ويصدر بتنظيم الاشتراطات الخاصة بلياقة العمال الأجانب صحياً وخلوهم من الأمراض المعدية قرار من وزير الصحة بالتنسيق مع مجلس إدارة هيئة تنظيم سوق العمل.

٥- توافر الشروط الأخرى التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس إدارة هيئة تنظيم سوق العمل.

يصدر تصريح العمل صالحاً لمدة سنتين من تاريخ إصداره ، ويكون قابلاً للتجديد لمدة أخرى على أن تراعى عند التجديد الشروط الآتية:

١- تقديم شهادة اللياقة الصحية للعامل الأجنبي.

٢- عدم مخالفة صاحب العمل أحكام تصاريح عمل الأجانب.

٣- سداد الرسوم المستحقة عن تصريح العمل .

ثالثاً : شروط استصدار تصاريح عمل مؤقتة:

يمكن لصاحب العمل استصدار تصاريح عمل مؤقتة لمدة لا تزيد على ستة أشهر شريطة مراعاة ما يأتي:

١- قيام صاحب العمل بالتأمين عليهم طبقاً لقانون التأمين الاجتماعي .

٢- دفع الرسم المقرر عن هذا التصريح .

٣- إيداع ما يوازي ثمن تذكرة عودة العامل الأجنبي إلى البلد الذي استقدم منها .

ويجوز لصاحب العمل إذا استدعت مصلحته الإبقاء على هذا العامل الأجنبي تجديد تصريحه المؤقت لمدة ستة أشهر أخرى بعد موافقة وزير العمل.

رابعاً : حق العامل الأجنبي في الإنتقال من صاحب عمل إلى آخر:

١- حق العامل الأجنبي في الإنتقال قبل صدور قانون تنظيم سوق العمل:

لم يكن من الجائز للعامل الأجنبي في البحرين قبل صدور القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦ م الانتقال من صاحب عمل يعمل لديه إلى صاحب عمل جديد إلا بعد موافقة صاحب العمل الذي استقدمه ، كما لم يكن من الجائز لصاحب العمل الذي استقدم العامل تحويله إلى صاحب عمل جديد إلا بموافقة العامل على هذا التحويل ، وفي كلتا الحالتين كان يجب مراعاة ما يلي:

١- إلغاء تسجيل هذا العامل الأجنبي من على صاحب العمل الأول.

٢- أن يتضمن تصريح العمل الجديد اسم العامل ومهنته السابقة ، واسم صاحب العمل الحالي واسم صاحب العمل الجديد .

٣- ألا يترتب على تحويل العامل الأجنبي إعفاء صاحب العمل الحالي أو صاحب العمل الجديد من أية التزامات يفرضها قانون العمل، وذلك درءاً لمحاولات التحايل على أحكام القانون من جانب أي من صاحبي هذين العمليين.

٤- ضرورة سداد رسم إصدار تصريح عمل عن هذا التحويل.

٢- حق العامل الأجنبي في الانتقال بعد صدور قانون تنظيم سوق العمل:

بصدور القانون سالف الذكر بات معترفاً للعامل الأجنبي - بصفة عامة - بحقه في الانتقال من صاحب عمل إلى آخر وذلك احتراماً للحرية الشخصية للعامل وتقديراً للاعتبار الشخصي الذي يغلب على طبيعة عقد العمل، دون حاجة إلى موافقة صاحب العمل على هذا الانتقال في أي من هاتين الحالتين^(١):

١- الحالة الأولى: إن من حق العامل أن ينتقل من صاحب عمل إلى آخر بعد مضي سنة من تاريخ عمله لدى رب العمل الأول دون حاجة إلى اشتراط رضائه على ذلك، شريطة أن يقوم بإخطاره بذلك بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أثناء المدة المحددة للإخطار بإنهاء العقد (وتتحدد هذه المدة في ضوء أحكام القانون أو نصوص العقد المبرم بين العامل ورب العمل)، وعندئذ يقوم رب العمل الجديد (أي المراد الانتقال إليه) بالتقدم إلى هيئة سوق العمل لاستصدار تصريح عمل لهذا العامل مرفقاً بهذا الطلب صورة من إخطار العامل لرب العمل برغبته في الانتقال من عنده وما يفيد إرساله له مصحوباً بعلم الوصول، وتتولى الهيئة فحص طلبه للتثبت من توافر ما يلزم له من بيانات أو شروط ثم تبت فيه سواء بالقبول (وعندئذ يسري التصريح من تاريخ سداد الرسوم اللازمة له^(٢)) أو بالرفض (وفي هذه الحالة عليها ذكر أسباب الرفض^(٣)).

٢- الحالة الثانية: يحق للعامل في حالة انتهاء عقد عمله أو إلغاء تصريح عمله فيه لأسباب راجعة إلى رب العمل أن ينتقل إلى رب عمل آخر، شريطة أن يخطر هيئة سوق العمل برغبته هذه خلال مدة لا تقل عن ٣٠ يوماً من تاريخ انتهاء العقد أو خمسة أيام عمل من تاريخ إخطاره بإلغاء التصريح، فإذا استوفى هذا الشرط منحت الهيئة مهلة قدرها ٣٠ يوماً حتى يتسنى له الانتقال إلى العمل الجديد وتمكين صاحب هذا العمل من استصدار تصريح عمل للعامل كي يعمل لديه.

١. إذ تنص المادة ٢٥ / أ من قانون تنظيم سوق العمل على أنه "مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة، يكون للعامل الأجنبي - دون موافقة صاحب العمل - حق الانتقال للعمل لدى صاحب عمل آخر وذلك دون الإخلال بالحقوق المقررة لصاحب العمل بموجب أحكام القانون أو نصوص عقد العمل المبرم بين الطرفين". وتمنح الهيئة العامل الأجنبي بعد انتهاء أو إلغاء التصريح الصادر بشأنه مهلة مناسبة لتمكينه من الانتقال، إن رغب، إلى صاحب عمل آخر واستصدار تصريح عمل بشأنه".

٢. راجع المادة رقم ٦ من قرار وزير العمل رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٩ م.

٣. راجع المادة رقم ٥ من قرار وزير العمل رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٩ م.

ولا يثبت للعامل أي حق سواء في الانتقال ذاته أو في مهلة الانتقال في أي من الحالات الآتية^(١):

- ١- إذا فقد شرطاً أو أكثر من شروط منح التصريح.
- ٢- إذا صدر ضده حكم جنائي نهائي بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.
- ٣- إذا خالف شروط تصريح العمل الصادر بشأنه.

خامساً : إنشاء سجل خاص تدون فيه أسماء العمال الأجانب

يقع على عاتق صاحب كل منشأة تستخدم عمالاً أجانب إنشاء سجل خاص تدون فيه البيانات الآتية:

- ١- اسم العامل الأجنبي ولقبه وجنسيته .
- ٢- تاريخ ميلاد العامل الأجنبي ومهنته وشهادته .
- ٣- عمله السابق - إن وجد - ورقم تصريح عمله ورقم تجديده.
- ٤- تاريخ تعيينه والأجر الذي يتقاضاه عن عمله .

المطلب السابع

انتهاء تصريح العمل أو إلغاؤه

من الطبيعي أن ينتهي تصريح العمل بانتهاء مدته ، وذلك ما لم يجر تجديده وفق أحكام قانون تنظيم سوق العمل.

ويتعين قانوناً على هيئة سوق العمل أن تلغي تصريح عمل أي عامل أجنبي قبل انتهاء مدته عند توافر حالة من الحالات الآتية^(٢):

- ١- الحصول على التصريح بناء على وثائق أو معلومات غير صحيحة.
- ٢- فقد العامل لشرط أو أكثر من شروط منح التصريح.
- ٣- صدور حكم جنائي نهائي ضد العامل بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.
- ٤- مخالفة العامل لشروط تصريح العمل الصادر بشأنه.
- ٥- تصفية نشاط صاحب العمل أو إشهار إفلاسه أو شطب قيده من السجل التجاري أو إلغاء ترخيص مزاولته النشاط.
- ٦- وفاة صاحب العمل ، الذي استصدر الترخيص ، إلا إذا تقدم أحد ورثته بطلب تجديده خلال (٦) أشهر.
- ٧- طلب صاحب العمل كتابة إلغاء التصريح.

١ . راجع نص المادة ٢٥ / ب من قانون تنظيم سوق العمل رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦ م .

٢ . راجع نص المادة ٢٦ من قانون تنظيم سوق العمل رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦ م .

- ٨- تخلف صاحب العمل عن سداد رسوم ومستحقات الهيئة المتعلقة بتصاريح العمل مدة تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ الاستحقاق دون عذر مقبول.
- ٩- إصابة العامل بأحد الأمراض المعدية التي تستوجب ترحيله والتي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الصحة.

المطلب الثامن

جزاء مخالفة قواعد تشغيل العمالة الأجنبية والقيود الواردة بشأنها

لقد حرص واضع القانون (قانون تنظيم هيئة سوق العمل) على فرض عقوبات جنائية وجزاءات إدارية عند مخالفة قواعد تشغيل عمل الأجانب داخل المملكة ، أو عند مخالفة القيود الواردة بشأن هذا التشغيل ، وذلك رغبة في توفير الحماية الفاعلة لتلك القواعد من قبل أصحاب الأعمال ، هذه الجزاءات تتمثل فيما يلي:

أولاً : عقوبة أصلية ذات طابع جنائي:

وهي تتمثل في عقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن سنة، وتشدد العقوبة في حالة العود فتصير الحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين (وهي عقوبة مقيدة للحرية) ، والغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن ألفي دينار (وهي عقوبة مالية) ، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط^(١).

ثانياً : جزاء تباعي ذو طابع إداري:

- ويتمثل في إلغاء السجل التجاري ووقف النشاط التجاري لصاحب العمل في أي منشأة صناعية تجارية أو صناعية مدة لا تزيد على ستة أشهر ، وذلك في حالتين:
- ١- إذا جرى استخدام عامل أجنبي دون الحصول على تصريح عمل له من جهة الاختصاص ، وهي هيئة سوق العمل.
- ٢- إذا ثبت استصدار المنشأة تصريح عمل من هيئة سوق العمل بشأن عامل أجنبي ثبت

١. إذ تنص المادة ٣٦/أ من قانون تنظيم هيئة سوق العمل رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦ م على ذلك بقولها " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة واحدة وبالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يخالف أياً من أحكام الفقرتين (ب) و(ج) من المادة (٢٣) والمادتين (٢٨) و (٣٠) من هذا القانون ، وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز أربعة آلاف دينار " .

مزاولته للعمل بموافقته بالمخالفة لشروط التصريح^(١).

ويصدر قرار مسبب بهذا الجزاء من الوزير المختص بالسجل التجاري وهو وزير التجارة والصناعة بناء على توصية من الرئيس التنفيذي لهيئة تنظيم سوق العمل بعد التنسيق مع الوزير المختص (وهو وزير العمل) ، ومتى ألغى السجل التجاري لصاحب العمل تم وقف نشاطه وإغلاق المنشأة الخاصة به ، ولا يسمح لصاحب العمل بالاستمرار بعد ذلك في ممارسة نشاطه.

ولصاحب العمل أن يتظلم من إلغاء السجل أو وقف نشاطه وعلق المحل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار أو تاريخ غلق المحل ، ويقدم طلب التظلم إلى الوزير المختص بالسجل التجاري وهو وزير التجارة والصناعة ، ويجب البت في هذا التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم التظلم ، فإن مضت هذه المدة على تقديم صاحب العمل للتظلم من غير أن يصدر عنه أي رد اعتبر ذلك رفضاً له ، وجاز لصاحب العمل الطعن على هذا القرار أمام المحكمة الكبرى المدنية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره برفض التظلم أو من تاريخ فوات مدة الثلاثين يوماً اللاحقة على تقديم التظلم دون أن يصدر بشأنه أي رد (م ٣٣ من قانون تنظيم هيئة سوق العمل).

وجدير بالذكر أنه تجري معاقبة العامل الأجنبي الذي يعمل دون استصدار تصريح عمل بشأنه أو يخالف شروط هذا التصريح بالغرامة التي لا يزيد قدرها عن مائة دينار ، وللمحكمة عند الحكم عليه بالإدانة أن تأمر بإبعاده عن المملكة وعدم السماح له بدخولها ثانية نهائياً أو لفترة مؤقتة لا تقل عن ثلاث سنوات .

المبحث الثالث

مظاهر الحماية القانونية للحدث

المطلب الأول

تعريف الحدث

لقد كان قانون العمل البحريني الملغى ينص على أن كل شخص بلغ الرابعة عشرة من عمره ذكراً كان أم أنثى ، ولم يبلغ سن السادسة عشرة من عمره يعد حدثاً (م ٤٩ قانون عمل بحريني سابق)، في حين يعد حدثاً في ظل قانون العمل البحريني الجديد كل من بلغ الخامسة عشرة

١. إذ تنص المادة ٣٨ من قانون تنظيم هيئة سوق العمل على أنه "يجوز بقرار مسبب من الوزير المختص بالسجل التجاري وقف نشاط أية منشأة تجارية أو صناعية أو غلق محلها إدارياً مدة لا تزيد على ستة أشهر بناءً على توصية من الرئيس التنفيذي في أي من الحالات الآتية:

١- استصدار المنشأة لتصريح عمل بشأن عامل أجنبي ثبت مزاولته للعمل بموافقته بالمخالفة لشروط التصريح.
٢- استخدام المنشأة لعامل أجنبي بالمخالفة لحكم الفقرة (ب) من المادة (٢٣) من هذا القانون.
ويصدر الوزير المختص بالسجل التجاري ، بعد التنسيق مع الوزير المختص ، قراراً بشأن ضوابط وإجراءات وقف النشاط وعلق المحل إدارياً.

من عمره ولم يبلغ سن الثامنة عشرة من عمره (م ٢٣ من هذا القانون^(١)). ولذا لم يكن من الجائز قانوناً في ظل القانون الملغى تشغيل كل من لم يبلغ سن الرابعة عشرة من عمره ، ولم يعد جائزاً في ظل قانون العمل البحريني الجديد تشغيل من لم يبلغ سن الخامسة عشرة من عمره^(٢) ، فإذا أبرم العقد بالمخالفة لهذا الحظر أو ذاك كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وتلك قاعدة متعلقة بالنظام لا يجوز مخالفتها حتى وإن أذن له الولي أو الوصي في هذه المخالفة ، وذلك لما في تشغيل الشخص قبل بلوغ هذه السن من إهدار واضح لطفولته وما يلزم لها من أسباب الراحة والبعد عن مضار التشغيل المبكر الذي قد يؤثر سلباً على نمو الشخص وسلامة جسمه وصحته .

أما إذا بلغ الشخص الخامسة عشرة من عمره في ظل قانون العمل البحريني الجديد (وكان يكفي بلوغه سن الرابعة عشرة في ظل قانون العمل البحريني القديم) جاز تشغيله بعد استئذان وليه أو وصيه وإلا كان العقد المبرم من خلال هذا الحدث باطلاً بطلاناً مطلقاً .

وإذا بلغ الشخص الثامنة عشرة من عمره في ظل قانون العمل البحريني الجديد (وكان يكفي بلوغه سن السادسة عشرة من عمره في ظل قانون العمل البحريني القديم) أمكن تشغيله بناءً على موافقته شخصياً على العقد الذي سيكون طرفاً فيه دون حاجة إلى إذن مسبق من وليه أو وصيه ، وإن كان من حق الولي أو الوصي أو غيرهما من ذوي الشأن التقدم بطلب إنهاء هذا العقد رعاية لمصلحة القاصر ، إذا كان في عمله هذا ما يهدد مصلحته أو مستقبله أو أي مصلحة أخرى ظاهرة له .

المطلب الثاني

شروط واجبة قبل تشغيل الحدث

إذا كان من الجائز تشغيل الحدث (وهو على نحو ما رأينا هو من بلغ الخامسة عشرة من عمره ولم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره) ، إلا أنه لا يمكن الاعتراف قانوناً بصحة هذا التشغيل إلا بعد مراعاة الشروط الآتية:

- ١- الحصول على تصريح عمل للحدث من وزارة العمل.
- ٢- توقيع الكشف الطبي على الحدث قبل تشغيله للتأكد من لياقته الصحية ، فضلاً عن ضرورة توقيع هذا الكشف عليه بصفة دورية.
- ٣- الحصول على إذن مسبق من الولي أو الوصي قبل تعاقد الحدث مع صاحب العمل وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .
- ٤- ألا يجري تشغيل الحدث في الصناعات والمهن الخطرة أو المضرة بالصحة والتي يجري تحديدها بموجب قرار وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العمل.

١ . إذ تنص هذه المادة على أنه " يقصد بالحدث، في تطبيق أحكام هذا القانون، كل من بلغ من العمر خمس عشرة سنة ولم يكمل ثماني عشرة سنة " .

٢ . إذ تنص المادة ٢٤ من قانون العمل البحريني الجديد على أنه " يحظر تشغيل كل من لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة " .

المطلب الثالث

ضوابط لازمة عند تشغيل الحدث

نظراً لأن الحدث لم يزل بعد في مستهل شبابه ومقتبل نموه ونضجه ، ولذا فهو لم يشهد بعد عودته ولم يكتمل بعد نمو عقله وجسمه ، لذا لم يكن بد من فرض عدد من الضوابط اللازم مراعاتها عند تشغيل الحدث بُغية رعايته والمحافظة عليه ، تتعلق بعضها بمواعيد تشغيله وما يتخللها من ساعات راحة يومية أو أجازات أسبوعية أو سنوية ، ويتعلق بعضها الآخر بأجره وطريقة تحديده ، وذلك كله على التفصيل الآتي^(١):

١- عدم جواز تشغيل العامل تشغيلاً فعلياً أكثر من ست ساعات يومياً ، شريطة أن يتخللها فترة أو فترات زمنية لا تقل في مجموعها عن ساعة للراحة أو لتناول الطعام ، وألا يمارس الحدث العمل لمدة تزيد على أربع ساعات متصلة (م ٥٣ عمل بحريني مُلغى ، م ٢٥ عمل بحريني جديد).

٢- عدم جواز بقاء الحدث في العمل أكثر من سبع ساعات متصلة يومياً (م ٥٣/٢ عمل بحريني مُلغى ، عمل بحريني جديد).

٣- عدم جواز تشغيل الحدث ليلاً في الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، حتى يتسنى له الخلود إلى الراحة لمدة لا تقل عن أحد عشرة ساعة (م ٥٢ عمل بحريني مُلغى^(٢) ، م ٢٦ قانون عمل بحريني جديد^(٣)).

٤- عدم جواز تكليف الحدث بالعمل ساعات إضافية مهما كانت الظروف والأحوال ، كما لا يجوز إبقاؤه في مكان العمل بعد انتهاء المواعيد المقررة لعمل الأحداث ، أو تشغيله في أيام الراحة الأسبوعية أو العطلات الرسمية (م ٥٤ عمل بحريني مُلغى^(٤) ، م ٢٦ من قانون العمل البحريني الجديد^(٥)).

٥- لا يجوز أن تقل أجازات الحدث السنوية عن شهر كامل ، وليس له أن يتنازل عنها أو

١. إذ تنص المادة ٢٥ من قانون العمل الجديد على أنه " يحظر تشغيل الأحداث تشغيلاً فعلياً مدة تزيد على ست ساعات في اليوم الواحد. ، ولا يجوز إبقاؤهم في أماكن العمل أكثر من سبع ساعات متصلة، ويجب أن تتخلل ساعات العمل فترة أو أكثر للراحة وتناول الطعام لا تقل في مجموعها عن ساعة، وتحدد هذه الفترة أو الفترات بحيث لا يعمل الحدث أكثر من أربع ساعات متصلة"، كما تنص المادة ٢٦ من ذات القانون على أنه " يحظر تشغيل الأحداث ليلاً، كما يحظر تشغيلهم في أيام الراحة الأسبوعية أو العطلات الرسمية " .

٢. إذ تنص هذه المادة على أنه " لا يجوز تشغيل الأحداث أثناء فترة الليل بين غروب الشمس وشروقها بحيث لا تقل عن إحدى عشرة ساعة " وجاء هذا المعنى في قانون العمل البحريني الجديد بصورة مختصرة في المادة ٢٦ من بقولها " يحظر تشغيل الأحداث ليلاً " .

٣. إذ تنص هذه المادة على أنه " يحظر تشغيل الأحداث ليلاً ، كما يحظر تشغيلهم في أيام الراحة الأسبوعية أو العطلات الرسمية " .

٤. إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " لا يجوز تكليف الأحداث بالعمل ساعات إضافية مهما كانت الأحوال أو إبقاؤهم في محل العمل بعد المواعيد المقررة لهم ولا تشغيلهم في أيام الراحة " .

٥. إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " يحظر تشغيل الأحداث ليلاً، كما يحظر تشغيلهم في أيام الراحة الأسبوعية أو العطلات الرسمية " .

يُوجَل القيام بها (م ٥٥ عمل بحريني مُلغى^(١)) .

٦- عدم جواز تحديد أجر الحدث على أساس القطعة أو الانتاج (م ٥٤ عمل بحريني مُلغى^(٢))، وذلك من باب الرعاية له ، نظراً لأن تحديد الأجر على هذا الأساس مع صغر سنه وقلة خبرته ومهارته سيجعل أجره قليلاً أو زهيداً .

المطلب الرابع

فرض التزامات لضمان تطبيق أحكام تشغيل الأحداث

لقد فرض واضح القانون على عاتق صاحب كل منشأة عدداً من الالتزامات لضمان التزام المنشأة بقواعد تشغيل الأحداث لديها ، تتمثل هذه الالتزامات فيما يلي^(٣):

- ١- إنشاء سجل دائم للأحداث المشتغلين داخل المنشأة ، يدون فيه اسم الحدث وسنه وتاريخ استخدامه والأعمال المسندة إليه .
- ٢- وضع نسخة من الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث وبيان معتمد من الوزارة بتحديد ساعات العمل وفترات الراحة ومواعيد الراحة الأسبوعية في مكان العمل بشكل ظاهر وواضح ، حتى يتسنى للحدث العلم بحقوقه والتزاماته .
- ٣- إبلاغ صاحب العمل وزارة العمل قبل العمل بـقانون تنظيم سوق العمل ، وهيئة تنظيم سوق العمل بعد العمل بـقانون تنظيم سوق العمل بأسماء الأحداث المشتغلين في منشأته ، حتى يتسنى للوزارة أو للهيئة من خلال أجهزتها المعنية التأكد من سلامة تطبيق أحكام القانون على هؤلاء الأحداث داخل المنشأة .
- ٤- إجراء فحص طبي دوري على الحدث للتحقق من استمرار لياقته الصحية وذلك في

١ . إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " لا يجوز أن تقل الإجازة السنوية للأحداث عن شهر كامل ولا يجوز للحدث أن يتنازل عن أي من إجازته أو تأجيل القيام بها " ، وقد جاء قانون العمل البحريني الجديد خالياً من نص مماثل لهذا النص .

٢ . إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " ولا يجوز بأي حال من الأحوال تحديد الأجر على أساس القطعة أو الانتاج "، وقد جاء قانون العمل البحريني الجديد خالياً من نص مماثل لهذا النص ، وهذا إغفال غير مبرر من هذا القانون .

٣ . فقد كانت المادة ٥٦ من قانون العمل البحريني القديم تنص على ذلك بقولها " يجب على المنشأة في حالة تشغيلها لحدث أو أكثر :-

- ١- أن تضع في محل العمل وبشكل ظاهر نسخة من الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث.
 - ٢- أن تحتفظ بسجل دائم للأحداث يبين فيه أسماءهم وسنهم وتاريخ استخدامهم والأعمال المسندة إليهم .
 - ٣- أن تضع في محل العمل وبشكل ظاهر كشفاً موضعاً به ساعات العمل وفترات الراحة.
 - ٤- أن تبلغ مقدماً وزارة العمل والشؤون الاجتماعية أسماء الأشخاص الذين تستخدمهم لمراقبة عملهم.
- في حين تنص المادة ٢٧/ب من قانون العمل البحريني الجديد على أنه " يجب على صاحب العمل، بعد تشغيل الحدث، مراعاة ما يلي:
- ١) أن يضع بشكل ظاهر في أماكن العمل نسخة تتضمن الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث المنصوص عليها في هذا الباب وبياناً معتمداً من الوزارة بتحديد ساعات العمل وفترات الراحة ومواعيد الراحة الأسبوعية.
 - ٢) أن يحرر كشفاً موضعاً به أسماء من يعمل لديه من الأحداث وأعمارهم والأعمال المسندة إليهم وتاريخ تشغيلهم.
 - ٣) إجراء فحص طبي دوري على الحدث للتحقق من استمرار لياقته الصحية وذلك في المواعيد التي يصدر بتحديدها قرار من الوزير بعد التشاور مع ممثلي أصحاب العمل والعمال.

المواعيد التي يصدر بتحديددها قرار من الوزير بعد التشاور مع ممثلي أصحاب العمل والعمّال.

المطلب الخامس

جزاء مخالفة الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث

لقد حرص واضع القانون على إتاحة الفرصة لملاحقة كل من يخالف الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث قضائياً وتوقيع عقوبة جنائية عليه ، سواء أكان هذا المخالف هو مدير المنشأة أو المشرف على مكان العمل داخل هذه المنشأة ، بل من الممكن أن يلاحق أيضاً قضائياً مع أيهما صاحب العمل إذا دلت الظروف والملابسات على عدم سعيه إلى إزالة المخالفة التي وقعت رغم علمه بوقوعها داخل المنشأة.

بل من المتصور أيضاً أن تتم ملاحقة الولي أو الوصي قضائياً إذا ترك الحدث يعمل بالمخالفة لأحكام تشغيل الأحداث ، ولم يتخذ من الإجراءات اللازمة لمنعه من العمل ابتداءً أو لطلب إنهاء هذا العقد الذي دخل فيه العامل مع رب العمل انتهاءً ، حتى وإن كان عمره قد جاوز السادسة عشرة من عمره في ظل قانون العمل الملغى أو جاوز الثامنة عشرة من عمره في ظل قانون العمل البحريني الجديد ، متى كان في ذلك العمل ضرراً بالعامل في صحته أو سلامة جسمه أو أي مصلحة أخرى ظاهرة له .

وقد رصد واضع القانون عقوبة جنائية لمن يخالف أحكام القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له بشأن تشغيل الأحداث ، هذه العقوبة الجنائية ممثلة في الغرامة ، وقد كان قدرها في ظل قانون العمل البحريني القديم لا تقل عن خمسين دينار ولا تزيد عن مائتي دينار ، لكنها ارتفعت في ظل قانون العمل البحريني الجديد وصار حده الأدنى مائتي دينار وصار حدها الأقصى بخمسمائة دينار ، وتتعدد هذه الغرامة بتعدد من وقعت بشأنهم المخالفة من الأحداث ، كما تتكرر هذه الغرامة بتكرار وقوع المخالفة ولو مع عامل واحد من هؤلاء الأحداث^(١) .

ولا شك أن هذا الجزاء ذو الطابع الجنائي يحقق للحدث ضماناً فاعلاً في حسن تطبيق الأحكام الخاصة بتشغيله ، على نحو يساهم بقدر كبير في رعايته وحمايته للمحافظة على سلامة جسمه وصحته وحقوقه في مواجهة أرباب الأعمال .

وجدير بالذكر أنه كان يستثنى من الخضوع للأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث أولئك الأحداث الذين يعملون في وسط عائلي ، لا يشاركونهم فيه أحد من خارج نطاق الأسرة ، فيخضعون للإشراف المباشر من الأب أو الأم أو الجد أو الزوج أو الأخ أو الأخت أو العم أو الخال (م

١ . إذ كانت تنص المادة ١٦٣ من قانون العمل البحريني القديم على أن " يعاقب كل من يخالف أحكام الباب الثامن في شأن تشغيل الأحداث والقرارات الصادرة تنفيذاً له بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار . ، وتتعدد الغرامات بقدر عدد الأحداث الجاري تشغيلهم أو قبولهم في محل العمل بحالة مخالفة لأحكام الباب المذكور والقرارات الصادرة تنفيذاً له . ، وتتعدد الغرامة أيضاً كلما تكررت المخالفة بالنسبة لنفس العامل . ، وتقام الدعوى على مدير المنشأة أو المشرف على المكان الذي يؤدي فيه العمل وكذا تقام الدعوى على صاحب العمل إذا كانت الظروف تحمل على الاعتقاد بأنه لم يكن يجهل الوقائع المكونة للمخالفة . ، وتقام الدعوى أيضاً على الأشخاص الذين لهم الولاية الشرعية أو الوصاية على الأحداث إذا تركوهم يشتغلون بحالة مخالفة لأحكام الباب سالف الذكر وكذا على الشخص الذي تسبب في استخدامهم بحالة مخالفة لهذه الأحكام أو الذي يخالفها بأي شكل كان .

- كما تنص المادة ١٨٦ من قانون العمل البحريني الجديد على أنه " يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار كل من خالف أيًا من أحكام الباب الرابع من هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له " .

٥٨ عمل بحريني قديم^(١) ، ويبدو أن واضع هذا القانون قد قدر أن ما بين هؤلاء الأحداث وأقاربهم من أرباب الأعمال من وشائج المحبة وروابط الود يعد كفيلاً بأن يوفر لهم كل مظاهر الحماية والرعاية المنشودة أكثر من تلك الحماية التي قد يوفرها لهم القانون أو ينشد لهم توفيرها .

وأعتقد من جانبي أن هذا الاستثناء الذي كان موجوداً في ظل قانون العمل البحريني القديم وإن بدا له ما يبرره من واقع الرحم والقربة بين هؤلاء العمال وأرباب العمل ، إلا أنه لا ينبغي أن يترك الأمر فيه كلية لأطراف هذه العقود على هذا النحو دون أدنى إشراف أو رقابة من وزارة العمل ، وذلك حتى لا تتحول روابط القربى بين العمال وأرباب العمال نقمة على العمال وليست نعمة لهم ، لا سيما وأن القربى من أرباب العمل قد يتجه أحيانا بدافع الحرص على العمل إلى تكليف العامل من العمل والجهد ما هو فوق طاقته بحيث يجاوز الحدود المقررة لباقى العمال عادةً ، وكذلك رغبة في تحقيق مصلحة العامل حتى يشب صبورا جلداً قويا ، ناهيك عن بعض أرباب العمال الذين يعمدون إلى ظلم أقاربهم من العمال ، مع عدالتهم بل وإحسانهم مع غيرهم من العمال من غير أولي القربى ، لذا ينبغي أن تكون هناك آليات للتواصل المشترك بين وزارة العمل وهؤلاء العمال الأقارب لأرباب العمل ، وذلك للتأكد من نيلهم لحقوقهم كاملة ، إذ لا يعد مقبولاً أن يحرّموا حقوقاً فعلية يتمتع بها قانوناً باقى العمال من غير أولي القربى لأرباب العمل لمجرد الظن في استحقاقهم إياه بحكم الرابطة والصلة التي تربطهم بأرباب العمال .

والملاحظ على قانون العمل البحريني الجديد أنه جاء خالياً من إيراد مثل هذا الاستثناء ، مما يفهم معه أن أحكام القانون الخاصة بتشغيل الأحداث والقرارات الصادرة تنفيذاً له تسري على جميع الأحداث دون أي استثناء يرد عليها بشأن الأحداث الذين تربطهم بأرباب العمل وشائج القربى ، لأن الاستثناء أمر لا يفترض ، بل يلزم النص عليه صراحة .

المبحث الرابع

مظاهر الحماية القانونية للمرأة العاملة

لا جرم أن أفراد النساء بأحكام خاصة عند تشغيلهم أمر تقتضيه الطبيعة الخاصة للتكوين الفسيولوجي للمرأة ، كما تمليه في نفس الوقت الطبيعة الاجتماعية لدورها الطبيعي في محيط الأسرة بوصفهن زوجات وأمّهات ، الأمر الذي يجعل من إخضاعهن لنفس قواعد تشغيل الرجال ضرباً من ضروب الظلم لهنّ وصوراً من صور التكرار للفروق الطبيعية والنفسية والاجتماعية بينهن وبين الرجال ، فالمساواة تكون بين المتماثلات وليس بين المتباينات ، بل حتى في المتماثلات لا تصح المساواة المطلقة حتى لا نصل إلى عدالة عمياء لا تبصر واقع ما بين هذه المتماثلات من فروق واختلافات ولو طفيفة مادامت جديرة بالاعتبار .

وإذا كانت المرأة في العصر الحديث قد ألجأتها ظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية إلى مزاحمة الرجال في كثير من ميادين العمل الأهلي ، مع تحملها في نفس الوقت للدور الاجتماعي داخل محيط أسرتها بوصفها زوجة وأماً ، فإن المنطق والعقل يفرضان إخضاعها

١ . إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها يستثنى من تطبيق أحكام هذا الباب، الأحداث الذين يشتغلون في وسط عائلي ولا يعمل فيه سوى أفراد الأسرة الواحدة، تحت إشراف الأب أو الأم أو الزوج أو الأخ أو الأخت أو العم أو الخال أو الجد ، وقد جاء قانون العمل البحريني الجديد خالياً من نص مماثل لهذا النص .

لقواعد خاصة في تشغيلها لتعنيها على تحقيق قدر معقول من التوازن المأمول بين دورها الأسري ودورها الوظيفي خارج نطاق الأسرة عند مباشرة العمل الأهلي ، ولذا فقد حرص واضع القانون على فرض عدد من القواعد القانونية التي تنظم عمل المرأة وتشغيلها في نطاق العمل الأهلي ، يمكن إبرازها فيما يلي:

المطلب الأول

عدم جواز تشغيل النساء ليلاً

لعل مما كان يحمد لوأضع قانون العمل البحريني المُلغى أنه جعل القاعدة العامة أو الأصل العام هو عدم جواز تشغيل المرأة ليلاً في الفترة ما بين الساعة الثامنة مساءً حتى الساعة السابعة صباحاً ، وجعل عملها ليلاً هو الاستثناء الذي يُنص عليه صراحةً في نفس القانون (مثلما جاء النص صراحة بشأن عمل المرأة في دور العلاج) أو في قرار وزاري يصدر تنفيذاً لهذا القانون (م ٥٩ عمل بحريني مُلغى^(١)) ، بخلاف واضع قانون العمل البحريني الجديد الذي جعل من تشغيل المرأة ليلاً أو نهاراً - مثلها في ذلك مثل الرجال - هو الأصل متكرراً لما بينهما من تباين في الطبيعة والتكوين والظروف والأحوال الخاصة بهما مجافياً بذلك موجبات فكرة العدالة ذاتها، وجعل من حظر تشغيلها ليلاً هو الاستثناء ، ويستفاد ذلك ضمناً بصورة واضحة من نص المادة ٢٩ من هذا القانون والتي تنص على أنه " مع مراعاة أحكام هذا الباب ، تسري على النساء العاملات كافة الأحكام التي تنظم تشغيل العمال دون تمييز بينهم متى تماثلت أوضاع عملهم " ، ثم نصت المادة ٣٠ من ذات القانون على تفويض وزير العمل في إصدار قرار بتحديد الأعمال التي يحظر تشغيل النساء فيها ليلاً بقولها " يصدر الوزير قراراً بتحديد الأحوال والأعمال والمناسبات التي لا يجوز فيها تشغيل النساء ليلاً " (٢) .

ومما لا شك فيه فإن العلة من حظر تشغيل النساء ليلاً تكمن في رغبة واضع القانون في تقدير ومراعاة دور المرأة الاجتماعي الرائد في محيط أسرتها بوصفها زوجةً أو أمّاً ، وإعانة لها في نفس الوقت على حسن الاضطلاع به والنهوض بموجباته ومتطلباته ، فضلاً عما في ذلك الحظر من حسن من رعاية لصحتها والعناية بأنوثتها من مشاق السهر ومتاعبه ، وأخيراً فإن هذا القيد يجنبها أيضاً مساوئ القيل والقال الشائعة في مجتمعاتنا العربية إذا ما رأوا المرأة كثيرة الخروج من بيتها ليلاً بصورة منتظمة ولفترات طويلة .

وعلى أية حال فإن تشغيل المرأة على نحو مخالف لحظر تشغيلها ليلاً (سواء كان هذا الحظر أصلاً أم استثناءً) يؤدي إلى بطلان عقد العمل المخالف ، بل إن المخالف لهذا الحظر يتعرض لجزاء جنائي يتمثل في الغرامة المالية ، وقد كان قدر هذه الغرامة في ظل قانون العمل البحريني المُلغى لا يقل عن خمسين دينار ولا يزيد عن مائتي دينار ، ثم ارتفع هذا القدر في ظل قانون العمل البحريني الجديد فلم يجز أن يقل قانوناً عن مائتي دينار ولا يزيد عن خمسمائة دينار ، وتتعدد هذه الغرامة في كلا القانونين بتعدد المعاملات اللواتي جرى تشغيلهن في غير المواعيد المحددة قانوناً ، كما تتكرر هذه الغرامة بتكرار هذه المخالفة حتى وإن وقعت مع عاملة واحدة

١ . إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " لا يجوز تشغيل النساء ليلاً فيما بين الساعة الثامنة مساءً والسابعة صباحاً ، ويستثنى من ذلك دور العلاج والمنشآت الأخرى التي يصدر بشأن العمل بها قرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية " .

٢ . ولم يصدر هذا القرار بعد من وزير العمل البحريني .

- (م ١٦٤ عمل بحريني مُلغى ، م ١٨٧ من قانون العمل البحريني الجديد).
- وقد كان يستثنى في ظل قانون العمل البحريني المُلغى من الأصل العام الذي كان يحظر تشغيل النساء لئلاً أن تعمل المرأة في أي من الأعمال أو الأحوال الآتية^(١):
- ١- العمل في مكاتب السياحة وشركات الطيران وفي المطارات والاتصالات السلكية واللاسلكية
 - ٢- العمل في الفنادق والمطاعم .
 - ٣- العمل في الوظائف الرئيسية والوظائف التي تتطلب الثقة^(٢) .
 - ٤- إذا كان العمل لمنع وقوع حادث أو إصلاح ما نشأ عنه أو لتلافي خسارة محققة للمواد اللازمة لإنهاء هذا العمل .
 - ٥- في الأعياد والمناسبات المشار إليها في القرار رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦ ، الصادر تنفيذاً للبند ٤ من المادة ٧٩ من قانون العمل .
 - ٦- النساء اللاتي يشتغلن بنظام المناوبتين يومياً مع عدم تشغيلهن في المناوبة الصباحية قبل الساعة الخامسة صباحاً ، وعدم تشغيلهن في المناوبة المسائية بعد الساعة العاشرة مساءً .
 ٧. العمل في المستشفيات والمصحات ودور العلاج الأخرى .

المطلب الثاني

عدم جواز تشغيل النساء في بعض الأعمال الخطرة أو المضرة بالصحة

من البدهي أن واضع القانون عند تنظيمه لأحكام تشغيل عمل النساء يراعي تكوينها الجسماني ووظيفتها الفسيولوجية فيحظر تكليفها بأي عمل من شأنه أن يمس بسلامة جسد المرأة العاملة أو صحتها أو قدرتها الإنجابية ، لذا لم يجز واضع القانون تشغيل النساء في الأعمال أو المهن الخطرة أو في الصناعات والمهن الضارة بصحتهن أو صحة ما بهن من أجنة ، وفوض وزير العمل بعد أخذ رأي الجهات المعنية تحديد كنه أو ماهية هذه الأعمال حفاظاً على صحة المرأة ورعاية لها ولجنينها من الآثار السيئة والعواقب الوخيمة التي قد تترتب على

١ . وقد جاء ذلك في القرار الوزاري رقم ١٨ لسنة ١٩٧٦ م في مادته الأولى ، وأعتقد أن كثرة ما أورده القرار من أعمال يسمح فيها للمرأة للعمل بها لئلاً فرغت الاستثناء من مضمونه وجعلته واسعاً بصورة تكاد تقره بها من الأصل ، لذا أمل الأيقع وزير العمل البحريني الآن عند إصدار قراره بتحديد ما يجوز للمرأة أن تعمل فيه لئلاً في نفس الخطأ فيوسع من الاستثناء بلا مبرر ملح ، لأن الاستثناء لا يصح التوسع فيه وإلا تحول أصلاً ، وهذا أمر غير جائز .

٢ . أعتقد أن واضع القانون قد توسع في نطاق الاستثناء كله بصفة عامة ، وفي هذا البند الذي يتناول الوظائف الرئيسية وتلك التي تحتاج إلى ثقة بصفة خاصة ، حتى بدا هذا البند وحده من سعة عباراته ومرونة ألفاظه وكأنه هو الأصل وليس الاستثناء ، وهذا يفتح الباب على مصرعيه لدخول ما لا حصر له من الوظائف التي يمكن أن تعمل فيها المرأة لئلاً ، الأمر الذي يؤدي إلى توسعة الاستثناء إلى الحد الذي يجعل منه أصلاً لا استثناء ، وكان من المفروض في عبارات الاستثناء أن تنسم بالدقة والوضوح في حصر الأعمال والوظائف التي تشذ عن الخضوع للقيد الزمني الوارد في تشغيل النساء على نحو جامع مانع .

ممارستها لمثل هذه الأعمال أو تلك المهن والصناعات^(١) .

وقد صدر فعلاً في ظل قانون العمل البحريني المُلغى إعمالاً للتفويض الوارد في المادة ٦٠ منه قراراً وزارياً رقم ٥ لسنة ١٩٧٧م حدّد فيه الصناعات والمهن الخطرة والمضرة بالصحة التي يحظر تشغيل النساء فيها في جميع الأحوال ، وتلك الأعمال التي يحظر فيها تشغيل النساء أثناء فترة الحمل فقط .

وإذا ثبتت مخالفة أحكام هذا القيد تعرّض المخالف لجزاء ذي طابع جنائي وهو الغرامة المالية والتي كان قدرها في ظل قانون العمل البحريني القديم لا يقل عن خمسين ديناراً ولا يزيد عن مائتي دينار ، ثم ارتفع قدرها في ظل قانون العمل البحريني الجديد فلا يجوز أن يقل عن مائتي دينار ولا يزيد عن خمسمائة دينار ، وتتعدد هذه الغرامة في كلا القانونين بتعدد المخالفة ، كما تتكرر بتكرار المخالفة حتى وإن وقعت مع عاملة واحدة^(٢) .

المطلب الثالث

قواعد تنظيم حق المرأة العاملة في الإجازات

لقد حرص واضع قانون العمل البحريني على رعاية المرأة العاملة ورعاية أطفالها فأثبت لها حقوقها في إجازات خاصة تثبت لها مراعاة لكونها عاملة أنثى ، هذا إلى جانب ما يثبت لها من حقوق بوصفها عاملة بغض النظر عن جنسها فتشترك فيها مع العامل الذكر ، نذكرها على التفصيل الآتي:

أولاً : إجازة الوضع أو الولادة لمدة ستين يوماً بأجر كامل:

لا شك أن رعاية صحة المرأة والعناية بحملها تقتضي منح المرأة أجازة للوضع أو الولادة ، إذ لا يتصور عقب ولادتها مباشرة تكليفها بالعمل وهي في أمس الحاجة إلى الراحة والاسترخاء بعد آلام الوضع ومتاعب الولادة ، لذلك كان من الطبيعي أن يتدخل واضع القانون ليجعل لها

١ . إذ تنص المادة ٦٠ من قانون العمل البحريني المُلغى على أنه " يحظر تشغيل النساء في الصناعات أو المهن الخطرة والمضرة بصحتهن وصحة الجنين التي يصدر بها قرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العمل والشؤون الاجتماعية " ، في حين تنص المادة ٣١ من قانون العمل البحريني الجديد على أنه " يصدر الوزير، بعد أخذ رأي الجهات المعنية، قراراً بتحديد الأعمال التي يحظر تشغيل النساء فيها " ، ولم يصدر قرار وزير العمل بعد في هذا الشأن .

٢ . إذ تنص المادة ١٦٤ من قانون العمل البحريني المُلغى على أن " يعاقب كل من يخالف أحكام الباب التاسع في شأن تشغيل النساء والقرارات الصادرة تنفيذاً له بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تجاوز مائتي دينار " . " وتتعدد الغرامات بقدر عدد العاملات الجاري تشغيلهن بحالة مخالفة لأحكام الباب المذكور " . " وتتعدد الغرامات أيضاً بعدد تكرار المخالفة بالنسبة لنفس العاملة " . وتنص المادة ١٨٨ من قانون العمل البحريني الجديد على أن " يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار كل صاحب عمل أو من يمثله يخالف أيّاً من أحكام الباب السادس والقرارات الصادرة تنفيذاً له " .

أيا كانت مدة شغلها بالعمل^(١) - الحق في الحصول على إجازة للوضع أو الولادة بأجر كامل مدتها ستون يوماً شاملة للمدة السابقة على الولادة واللاحقة عليها^(٢) ، وكانت هذه المدة في قانون العمل البحريني الملغى خمسة وأربعين يوماً فقط^(٣) .

ويراعى أنه لا يجوز لرب العمل أن يخصم مدة هذه الإجازة من الأجازة السنوية للمرأة العاملة ، كما أنه تثبت للمرأة العاملة هذه الأجازة عند كل ولادة دون قصرها على عدد معين من مرات الوضع والولادة بعكس الحال في قانون العمل المصري الذي قصر إجازة الوضع للمرأة العاملة على مرتين فقط رغبة منه في الحد من عدد السكان^(٤) ، وهذا وضع منتقد إذ لا يشفع له مبرره الذي انطلق واضع القانون منه ، وذلك لما فيه من ظلم بين الرضيع الثالث للمرأة العاملة على نحو يضربه ويخل بموجبات مبدأ المساواة ومبدأ العدالة بينه وبين أخويه السابقين عليه .

وكما أنه يجب على المرأة العاملة حتى تستفيد استفادةً فعليةً من هذه الأجازة أن تحصل عليها قبل الوضع بفترة قليلة ، وذلك حتى تستعين من خلالها على ظروف ولادتها ، فتتمكن على إثرها من استجماع قوتها واسترداد عافيتها وصحتها ، فينعكس ذلك بالإيجاب ابتداءً على صحتها ، ثم ينعكس من بعد على عملها بعد العودة من الأجازة ، بل ويحق لها رغبةً في تمام تلك الغاية الحصول على تلك الأجازة أيا كانت مدة خدمتها في العمل^(٥) ، شريطة أن تقدم لصاحب العمل شهادةً طبيةً معتمدةً من وزارة الصحة مبينا فيها التاريخ المرجح فيه حصول الولادة أو الوضع خلاله .

ولمزيد من العناية والرعاية بالمرأة العاملة بعد ولادتها لم يجز القانون مطلقاً لرب العمل تشغيل المرأة العاملة خلال الأربعين التالية لوضعها ، كما لم يسمح للمرأة العاملة بالعمل خلال تلك الفترة سواء عند نفس رب العمل أو لدى رب عمل آخر ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٢/ ب من قانون العمل البحريني الجديد على أنه " يحظر تشغيل العاملة خلال الأيام الأربعين

١ . إذ تنص المادة ٩١ من قانون العمل الموحد المصري على أن " للعاملة التي أمضت عشرة أشهر في خدمة صاحب العمل أو أكثر الحق في إجازة مدتها تسعون يوماً بتعويض مساو للأجر الشامل تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليه . بشرط أن تقدم شهادة طبية مبينا بها التاريخ الذي يرجع حصول الوضع فيه " . ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الخمسة والأربعين يوماً التالية للوضع " ، وهذا النص إذ يفيد حق المرأة في إجازة الوضع بضرورة سبق عملها مدة لا تقل عن عشرة أشهر فإنه يضغط على الفتاة على نحو قد يجعلها ترفض الزواج قبل العمل مخافة أن تحمل قبل أن تقضي المدة المطلوبة لاستحقاقها إجازة الوضع أو تضحى بالأجازة وتتزوج فتخسر إجازة وضع مأجورة إذا حملت قبل استيفاء المدة المطلوبة ، وهذا تعسف من واضع القانون لا وجهة له .

٢ . إذ تنص المادة ٣٢/ أ من قانون العمل البحريني الجديد على أن " تحصل العاملة على إجازة وضع مدفوعة الأجر مدتها ستون يوماً ، تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليه ، بشرط أن تقدم شهادة طبية معتمدة من أحد المراكز الصحية الحكومية أو إحدى العيادات المعتمدة من قبل صاحب العمل مبينا بها التاريخ الذي يرجح فيه حصول الوضع " .

٣ . إذ تنص المادة ٦١ في فقرتها الأولى على أنه " يجوز للعاملة أن تحصل على إجازة وضع بأجر كامل لا تخصص من إجازتها السنوية مدتها خمسة وأربعون يوماً تشمل المدة التي تسبق الوضع أو التي تليه بشرط أن تقدم شهادة طبية معتمدة من وزارة الصحة مبينا فيها التاريخ الذي يرجح حصول وضعها فيه " .

٤ . إذ تنص المادة ٩١ في فقرتها الثالثة من قانون العمل الموحد المصري على أنه " ولا تستحق إجازة الوضع لأكثر من مرتين طوال مدة خدمة العاملة " .

٥ . هذا بخلاف الحال في قانون العمل المصري الذي يشترط لحصول المرأة العاملة على هذه الأجازة أن تكون مدة خدمتها لدى صاحب العمل لا تقل عن عشرة أشهر ، وقد جعل مدة هذه الأجازة تسعين يوماً ، ولم يجز تشغيل المرأة خلال الخمسة وأربعين يوماً اللاحقة للولادة ، وقصر حقها في إجازة الوضع على مرتين فقط طوال مدة خدمتها (م ٩٠ ، ٩١ من قانون العمل المصري رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣) .

التالية للوضع، وتسري بشأن اشتغالها لدى صاحب عمل آخر خلال إجازة الوضع الأحكام المنصوص عليها في المادة (٦٢) من هذا القانون^(١).

ثانياً : إجازة وضع إضافية لمدة خمسة عشر يوماً غير مأجورة:

ولمزيد من الرعاية والعناية بالمرأة العاملة عند الولادة فقد جعل لها القانون في خصوص الوضع الحق في الحصول على إجازة بدون أجر لمدة خمسة عشرة يوماً إضافة إلى إجازتها المأجورة إعانة لها على التعايف واسترداد قواها بعد الوضع ، وعندئذ يتعين على رب العمل تلبية طلبها ، وليس من حقه حرمانها منها ولو بدافع حاجة العمل إلى عملها^(٢).

ثالثاً : فترتا إرضاع الطفل لمدة ساعة يومياً بأجر كامل :

ورغبة في العناية بالطفل الرضيع فقد جعل القانون للمرأة العاملة الحق في الحصول على فترة أو أكثر لإرضاع طفلها لا تقل في مجموعها عن ساعة يومياً بأجر كامل من تاريخ الانتهاء من إجازة الوضع وحتى بلوغ طفلها ستة أشهر من عمره وذلك في ظل قانون العمل البحريني الجديد^(٣) في حين كانتا فترتا الإرضاع في ظل قانون العمل البحريني الملغى مستمرتين حتى تمام السنتين التاليتين لتاريخ الوضع ، أي حتى يكمل الرضيع المدة اللازمة لتتمه رضاعته حسب العرف الجاري ، وهي ذات المدة التي ذكرها الله في قرآنه الخالد في قوله ” والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ”^(٤) ، ولهذا كانت مدة فترتي الإرضاع في قانون العمل البحريني القديم ، وفي قانون العمل الموحد المصري^(٥) ، أفضل من مدتها في قانون العمل البحريني الجديد^(٦).

وينبغي مراعاة أن حصول المرأة على فترتي الإرضاع لرضيعها لا يؤثر على حقها في فترات الراحة المقررة لجمعيع العاملات والعاملين داخل المنشأة ، وليس من حق صاحب العمل حرمانها

١ . إذ تنص المادة ٦٢ من قانون العمل البحريني الجديد على أن ” لصاحب العمل أن يحرم العامل من أجره عن مدة الإجازة أو يسترد ما أداه من أجر عنها إذا ثبت اشتغاله خلال مدة إجازته لدى صاحب عمل آخر ، وذلك دون إخلال بالمسئولية التأديبية. ”

٢ . إذ تنص المادة ٣٢/ أ في فقرتها الثانية من قانون العمل البحريني الحالي على ذلك بقولها ” ويجوز للعاملة أن تحصل على إجازة بدون أجر بمناسبة الوضع مدتها خمسة عشر يوماً علاوة على الإجازة السابقة ” ، وهذا هو عين ما كانت تنص عليه المادة ٦١ في فقرتها الثانية من قانون العمل البحريني الملغى .

٣ . إذ تنص المادة ٣٥ منه على أن ” يكون للمرأة العاملة بعد الانتهاء من إجازة الوضع وحتى يبلغ طفلها ستة أشهر من العمر فترتا رعاية لرضاعة طفلها على ألا تقل مدة كل منهما عن ساعة واحدة ” .

٤ . الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .

٥ . إذ تنص المادة ٩٣ من قانون العمل الموحد المصري على أنه ” يكون للعاملة التي ترضع طفلها في خلال الأربعة والعشرين شهراً التالية لتاريخ الوضع -فضلاً عن مدة الراحة المقررة- الحق في فترتين أخريين للرضاعة لا تقل كل منهما عن نصف ساعة ، وللعاملة الحق في ضم هاتين الفترتين ” . ” وتحسب هاتين الفترتين الإضافيتين من ساعات العمل ولا يترتب عليهما أي تخفيض في الأجر ” .

٦ . إذ تنص المادة ٦٢ من قانون العمل البحريني الملغى على أنه ” يحق للعاملة عندما تعود لمزاولة عملها بعد إجازة الوضع أن تأخذ بقصد إرضاع مولودها الجديد فترة للاستراحة أو فترات لا تزيد بمجموعها عن الساعة في اليوم الواحد وذلك علاوة على فترات الراحة الممنوحة لجميع العمال ” ، والملاحظ ههنا أن هذه المادة لم تحدد صراحة مدة الإرضاع التي تأخذ خلالها المرأة العاملة فترتي الإرضاع بستة أشهر أو سنة أو سنتين تاركة أمر تحديدها للعرف الذي يقدرها عادة بسنتين كاملتين لتحقيق تمام الإرضاع للرضيع .

من ساعة إرضاع طفلها ، كما لا يجوز له أن يطلب منها إرضاع طفلها خلال فترة الراحة المقررة لسائر العمال عادةً في داخل المنشأة .

غير أنه يلزم لحصول المرأة العاملة على ساعة إرضاع طفلها أن تتقدم لصاحب العمل بشهادة طبية معتمدة من المركز الصحي التابع له محل إقامتها يبين فيها استمرارها في إرضاع طفلها ، فإذا لم تتقدم بهذه الشهادة خلال شهرين من تاريخ طلبها ساعة الإرضاع ، سقط حقها في الحصول على هذه الفترة الزمنية للإرضاع (م ٦٤ عمل بحريني) .

ولم يجز واضح القانون لصاحب العمل فصل العاملة بسبب زواجها أو بسبب حصولها على أجازة ولادة ، بل أجاز لصاحب العمل ، تقديراً لظروف المرأة العاملة ، أن يغير مهنتها بسبب زواجها ليجعلها مواءمةً لظروفها الجديدة بوصفها زوجةً ، وذلك إذا كانت من المهن والأعمال التي يصدر بشأنها قرار من وزير العمل .

واعتقد من جانبي أن في هذا النص محمداً ومذمماً في نفس الوقت ، أما المحمداً التي فيه فحظيره على رب العمل فصل العاملة بسبب زواجها أو حصولها على أجازة ولادة ، فضلاً عن السماح له بتغيير مهنة المرأة لتتلاءم مع ظروفها الجديدة ، وأما المذمة فترجع أنه جعل تغيير مهنة المرأة العاملة بسبب زواجها أمراً جوازياً لرب العمل ، وكان من اللازم جعله أمراً وجوبياً تحقيقاً لكمال رعايته للمرأة العاملة بعد زواجها .

رابعاً : فترتا رعاية الطفل لمدة ساعة يومياً بأجر كامل:

تنص المادة ٢٥ من قانون العمل البحريني الجديد على أنه ” كما يحق لها فترتي رعاية مدة كل منهما نصف ساعة حتى يبلغ طفلها عامه الأول، وللعاملة الحق في ضم هاتين الفترتين وتحسب هاتان الفترتان الإضافيتان من ساعات العمل ولا يترتب عليهما أي تخفيض في الأجر، ويحدد صاحب العمل موعد فترة الرعاية المشار إليها في الفقرة السابقة وفقاً لظروف العاملة ومصصلحة العمل“ .

ويستفاد من هذا النص أن للمرأة العاملة حقاً في الحصول على فترتي رعاية لطفلها لمدة لا تقل عن ساعة يومياً حتى يبلغ طفلها هذا عامه الأول ، إلى جانب فترتي إرضاعه حتى يبلغ ستة أشهر من عمره ، ومن هنا نقول إن الأم إذا كانت مرضعة فعلاً لطفلها كان لها حق الحصول على فترتي الإرضاع (وهذا حق مستحدث لها لم يكن موجوداً في ظل قانون العمل البحريني الملقى) إلى جانب فترتي الرعاية ، بل ويكون بوسعها أن تجمع بين ساعتيهما بالتنسيق مع رب العمل في ضوء ظروفها وظروف مصصلحة العمل نفسه ، مع الأخذ بعين الاعتبار أنهما ساعتان مؤجرتان لها ومن ثم لا يجوز لرب العمل أن ينقص من أجر هذه العاملة بسببهما أو بسبب واحدة منهما ، أما إذا كانت غير مرضعة لطفلها فعندئذ لا تستحق المرأة العاملة سوى فترتي رعاية الطفل فقط لمدة ساعة حتى يبلغ عامه الأول دون فترتي الإرضاع ، ، ويجب على العاملة التي تدعي إرضاعها لطفلها أن تقدم شهادة طبية معتمدة تشهد لها بذلك ، ولا يجوز لها أن تأتي بشهادة مخالفة للحقيقة والواقع وإلا تعرضت للجزاء التأديبي من قبل رب العمل إذا ثبت له عدم صحة ذلك ، هذا إلى جانب أنها ستدخل بسلوكها غير المشروع في باب المخالفة الشرعية بارتدادها سبيل الكذب وإضافتها في نفس الوقت وصف الحرام على بعض راتبها فتهلك بذلك نفسها وأسرته ، لأن قليل الحرام ككثيره يهلك صاحبه وجميع من ينبت منه إذا

كان عالماً به ، وصدق الرسول الكريم إذ يقول ” كل لحم نبت من سحت فالنار أولى به ” (١) .

خامساً : إجازة غير مأجورة للمرأة العاملة لرعاية طفلها الذي لم يتجاوز ست سنوات :

تنص المادة ٣٤ من قانون العمل البحريني الحالي على أن ” تستحق المرأة العاملة الحصول على إجازة بدون أجر وذلك لرعاية طفلها الذي لم يتجاوز ست سنوات بحد أقصى ستة أشهر في المرة الواحدة وثلاث مرات طوال مدة خدمتها“ .

وبذلك يكون واضح قانون العمل البحريني الجديد قد استحدث حقاً جديداً لم يكن منصوصاً عليه من قبل في قانون العمل البحريني السابق ، رخص فيه للمرأة بالحق في طلب إجازة غير مأجورة لرعاية طفلها الذي لم يتجاوز عمره ست سنوات للمدة التي تختارها حسب تقديرها لحاجة الطفل لكن بما لا يزيد على ستة أشهر ، ويثبت لها هذا الحق ثلاث مرار فقط طوال مدة خدمتها ، وهذا نصٌ محمودٌ لما فيه من رعاية مأمولة وعناية مطلوبة بأطفال المرأة العاملة الذين يمثلون عدة الحاضر وعتاد المستقبل ، لكن يعاب عليه أنه قصر هذه الإجازة على مرات ثلاث فقط فكان ذلك سبباً في حرمان من سيولد للمرأة العاملة بعد المرة الثالثة من أولاد على نحو يجعله مختلفاً عن بقية إخوته في حقوق أمه التي تمسه بصورة غير مباشرة لا لشيء إلا لأنه جاء في الترتيب الرابع أو الخامس أو ما بعدهما من ترتيبات لاحقة ، وهذا أمر قدري بالنسبة لهذا الطفل فلماذا يحرم بسببه ، ثم إن مثل الحكم بالنسبة للطفل الرابع يمثل إخلالاً صارخاً بمبدأ العدالة والمساواة بين الأخوة ، وهذا في اعتقادي وضع غير مقبول وظلم غير مبرر ويتنافى مع مبدأ المساواة بين المتماثلين بوصفه مبدأً دستورياً لا يجوز لأي تشريع أن يخالفه أو يخرج عليه وإلا كان مشوباً بعدم الدستورية .

وجدير بالذكر أن قانون العمل الموحد المصري نظم هذه الإجازة في المادة ٩٤ منه ، حيث جاء فيها ” مع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة (٧٢) من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ م ، يكون للعاملة في المنشأة التي تستخدم خمسين عاملاً فأكثر الحق في الحصول على إجازة بدون أجر لمدة لا تتجاوز سنتين وذلك لرعاية طفلها ، ولا تستحق هذه الإجازة لأكثر من مرتين طوال مدة خدمتها . لكن يؤخذ على هذا النص أنه قيد حق المرأة العاملة في الحصول على هذه الأجازة بقيدتين منتقدين ، أولهما أنه لم يثبت لها هذا الحق إلا إذا كانت تعمل في منشأة تضم خمسين عاملاً فأكثر ، وهذا يعني أن المرأة العاملة ستحرم كثيراً بغير مبرر من هذا الحق لا لشيء إلا لعدم توافر هذا القدر من العمالة في المنشأة التي تعمل بها ، وثانيهما أنه لم يثبت لها هذا الحق إلا لمرتين فقط طوال مدة خدمتها ، وهو بذلك القيد يحرم الطفل أو الأطفال الذين يأتون بعد الطفل الثاني من حق ثابت لأمه أو لأمه بالنسبة لأخويه أو لأخويهما السابقين له و لهم ، وهذا يتنافى مع أبسط مبادئ العدالة والمساواة بين الأخوة .

وجدير بالذكر أن رب العمل الذي يخالف أيًا من أحكام هذه الأجازات المقررة للمرأة العاملة لإرضاع طفلها أو رعايته يتعرض لجزاء جنائي يتمثل في الغرامة المالية ، وقد كان قدرها في

١ . الحديث صحيح وقد رواه الإمام أحمد في مسنده .

قانون العمل البحريني القديم لا يقل عن خمسين دينار ولا يزيد عن مائتي دينار^(١)، ثم ارتفع هذا القدر في ظل قانون العمل البحريني الجديد فأصبح لا يقل عن مائتي دينار ولا يزيد عن خمسمائة دينار^(٢).

سادساً : إجازة خاصة إضافية بأجر كامل للمرأة الحامل إذا كانت معاقة:

إذ تنص المادة الخامسة من قانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٦ م بشأن رعاية وتأهيل وتشغيل المعاقين على أنه ” استثناء من أحكام قانون العمل في القطاع الأهلي وأنظمة الخدمة المدنية، تستحق الموظفة المعاقة إجازة خاصة بمرتب كامل لا تحسب من إجازاتها الأخرى إذا كانت حاملاً وأوصت اللجنة الطبية بأن حالتها تتطلب ذلك وفقاً للشروط والقواعد التي تحدد بقرار من الوزير ”.

المبحث الخامس

قيود تشغيل العاجزين المؤهلين مهنياً

المطلب الأول

دلالة العاجز والتأهيل المهني اللازم له

لقد حرص القانون على توفير الرعاية اللازمة للمعاقين والعاجزين فهياً لهم طرق التأهيل المهني لاستعادة قدراتهم على العمل، كما هيأ لهم بعض فرص العمل التي تتناسب مع ظروف عجزهم، الأمر الذي سيساهم في تخفيف معاناتهم النفسية والاقتصادية والاجتماعية.

وقد كان واضح قانون في سبيل بلوغه تلك الغاية يفرّد باباً مستقلاً به لهذا الغرض هو الباب الرابع من قانون العمل البحريني القديم، وقد كانت المادة ١٧ منه تعرف العاجز بأنه ” كل شخص نقصت قدرته فعلاً عن أداء عمل مناسب والاستقرار فيه نتيجة لعاهة بدنية أو عقلية ”، كما بيّنت المادة ١٨ من نفس القانون أن التأهيل المهني للعاجز يقصد به ” الخدمات التي تقدم للعاجز لتمكينه من استعادة قدرته على مباشرة عمله الأصلي أو أي عمل آخر مناسب لحالته“.

ثم صدر قانون خاص في البحرين يُعنى فقط بهذه الفئة من العمال والتي كانت تسمى في ظل قانون العمل البحريني القديم بفئة العاجزين (ولا شك أنها كانت تسمية معيبة لما تحمله من إساءة للمعاق لوصفه بالعجز وهو قد يكون أكثر نشاطاً وحركة من كثير من المعاقين والأصحاء) وبيّنت تسمى بفئة المعاقين، وهي تسمية أكثر تهديباً ورفقاً بهؤلاء الأشخاص إلا وهو القانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٦ م الخاص برعاية وتأهيل وتشغيل المعاقين، وقد عرفت المادة ١ / د من هذا القانون المعاق قائلة إن ” المعاق: هو الشخص الذي يعاني من نقص في بعض

١. إذ تنص المادة ١٦٤ من قانون العمل البحريني القديم على أن ” يعاقب كل من يخالف أحكام الباب التاسع في شأن تشغيل النساء والقرارات الصادرة تنفيذاً له بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تجاوز مائتي دينار ” . وتتعدد الغرامات بقدر عدد العاملات الجاري تشغيلهن بحالة مخالفة لأحكام الباب المذكور ” . وتتعدد الغرامات أيضاً بعدد تكرار المخالفة بالنسبة لنفس العاملة ”.

٢. إذ تنص المادة ١٨٧ من قانون العمل البحريني الجديد على أن ” يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار كل من يخالف أيّاً من أحكام الباب الخامس والقرارات الصادرة تنفيذاً له ”.

قدراته الجسدية أو الحسية أو الذهنية نتيجة مرض أو حادث أو سبب خلقي أو عامل وراثي أدى لعجزه كلياً أو جزئياً عن العمل، أو الإستمرار به أو الترقى فيه، وأضعف قدرته على القيام بإحدى الوظائف الأساسية الأخرى في الحياة، ويحتاج إلى الرعاية والتأهيل من أجل دمج أو إعادة دمج في المجتمع .

كما عرفت المادة ١ / هـ من ذات القانون التأهيل الشامل قائلة ” التأهيل الشامل: هو عملية منظمة ومستمرة مبنية على أسس علمية، تهدف إلى الإستفادة من القدرات المتاحة لدى المعاق، وتوجيهها وتميئتها عبر برامج تأهيلية شاملة، تكفل تحقيق أعلى مستوى لقدراته الأدائية، بما يساعده على الاندماج في المجتمع ” .

وكان من أجل أن ييسر على العاجزين عن العمل سبيل نظام التأهيل المهني ، كانت المادة ١٩ من قانون العمل البحريني القديم تنص على أن ” يصدر وزير العمل والشؤون الإجتماعية بالاتفاق مع الوزارات المختصة والمجلس الأعلى للتدريب المهني القرارات اللازمة لتوفير خدمات التأهيل المهني للعاجزين ، وتمنح هذه المعاهد للعاجز الذي تم تأهيله مهنياً شهادة تثبت ذلك تحدد بياناتها بقرار من وزير العمل والشؤون الإجتماعية ” .

ثم لما صدر قانون رعاية وتأهيل وتشغيل المعاقين رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٦ فرض عدة واجبات لرعاية المعاقين وتأهيلهم للعمل فنصت المادة الرابعة منه على أن ” تعمل الوزارة على إنشاء مراكز ومعاهد تأهيل، ودور رعاية وورش للمعاقين، ودور إيواء للحالات الضرورية من ذوي الإعاقة الشديدة ” . ” ولا يجوز إنشاء مراكز أو معاهد للتأهيل أو دور للرعاية أو الإيواء أو ورش للمعاقين إلا بترخيص من الوزارة، وفقاً للشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من الوزير بعد الإتفاق مع الوزارات المعنية وموافقة اللجنة العليا . وعلى الجهات القائمة في تاريخ العمل بهذا القانون توفيق أوضاعها والحصول على الترخيص المشار إليه في الفقرة السابقة خلال ستة شهور من تاريخ صدور قرار الوزير “ .

كما تنص المادة ٣ من هذا القانون أيضاً على أن ” تقدم الوزارات والجهات الأخرى المعنية بالتنسيق مع الوزارة الخدمات المنظمة والمتكاملة والمستمرة للمعاقين وعلى وجه الخصوص في المجالات الطبية والإجتماعية والتربوية والتعليمية والثقافية والرياضية والتأهيلية والتشغيل والمواصلات والإسكان والمجالات الأخرى ” .

وكان من أجل إعانة العاجز المؤهل مهنياً على إيجاد فرص العمل المناسبة لظروف عجزه ، تنص المادة ٢٠ من قانون العمل البحريني القديم على أن ” لكل عاجز تم تأهيله مهنياً أن يطلب بناء على شهادة تأهيله قيد اسمه في وزارة العمل والشؤون الإجتماعية ، وعلى هذه الوزارة قيد اسمه في سجل خاص وإعطائه دون مقابل شهادة دالة على تسجيله موضحاً بها المهنة أو الأعمال التي تم تأهيله لها وتلك التي يمكنه مزاولتها ” ، وتنص المادة ١٠ من قانون المعاقين على أن ” تمنح مراكز ومعاهد التأهيل شهادة لكل معاق تم تأهيله بها، ويجب أن يبين بالشهادة المهنة أو الأعمال التي يستطيع أداءها بالإضافة إلى البيانات الأخرى التي يصدر بتحديدتها قرار من الوزير ” . ” وتسلم هذه الشهادة للمعاق الذي تثبت صلاحيته للقيام بعمل مناسب دون تأهيل بناء على طلبه ” . ” ولكل معاق تم تأهيله أن يطلب بناءً على شهادة تأهيله قيد اسمه في الوزارة، وتقيد الوزارة هذه الأسماء في سجل خاص ينشأ لذلك، وتسلم الطالب دون مقابل شهادة دالة على تسجيله موضحاً بها المهنة أو الأعمال التي تم تأهيله لها وتلك التي يمكنه مزاولتها بالتنسيق مع وزارة العمل ” .

وتنص المادة ٧ من قانون المعاقين على توفير مخصص شهري إلى أن يجري تشغيله بقولها ”

يمنح المعاق مخصص إعاقة شهرياً طبقاً للشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من الوزير بعد موافقة اللجنة العليا .

كما يعفى المعاق من أية رسوم أو ضرائب بكل أنواعها على ما يستعمله من أجهزة وأدوات تأهيلية أو طبية أو تعويضية لازمة لحالته ، ولذا تنص المادة ٨ من قانون المعاقين ” تعفى من الرسوم والضرائب بأنواعها الأدوات والأجهزة التأهيلية والطبية والتعليمية والتقنية والتعويضية اللازمة للمعاقين وتعمل الوزارة على تيسير حصولهم عليها .

المطلب الثاني

إلزام بعض أصحاب العمل بتشغيل نسبة معينة من العاجزين المؤهلين مهنياً

وإن كان لرب العمل في ضوء مبدأ الحرية التعاقدية أن يرفض التعاقد مع العامل العاجز حتى وإن كان مؤهلاً مهنياً ، إلا أنه قد يتدخل واضع القانون على سبيل الاستثناء فيلزم بعض أصحاب الأعمال قانوناً على التعاقد مع نسبة معينة من العاجزين المؤهلين مهنياً .

أولاً : الوضع في ظل قانون العمل البحريني السابق :

وتطبيقاً لذلك كانت تنص المادة ٢١ من قانون العمل البحريني المُلغى على أنه ” على أصحاب الأعمال الذين يستخدمون مائة عامل وأكثر سواء كانوا يشتغلون في مكان واحد أو في أماكن متفرقة استخدام من ترشحهم وزارة في مكان واحد أو في أماكن متفرقة استخدام من ترشحهم وزارة العمل والشؤون الاجتماعية من واقع سجل قيد الذين تم تأهيلهم ، وذلك في حدود ٤٪ من مجموع عدد عمالهم ” .

ويتم تعيين هؤلاء العاجزين في المهن التي جرى تأهيلهم لها أو في الأعمال التي يمكن للعاجز مباشرتها رغم عجزه .

من ناحية أخرى إذا حدث أن أصيب عامل أثناء عمله بعجز ولم يمنعه ذلك العجز من مباشرة عمل آخر لدى صاحب العمل ، وجب على الأخير توظيفه فيه بالأجر المحدد لهذا العمل ، و ذلك في حدود ٥٪ من نسبة عمالة (م ٢٥ عمل بحريني مُلغى) .

وقد نص القانون صراحةً على تمتع هؤلاء العاجزين بساقي الذكر بجميع الحقوق المقدره لعمال المنشأة التي يعملون فيها (م ٢٢ عمل بحريني مُلغى) .

ولتحقيق قدر كبير من الضمان اللازم لاحترام أصحاب الأعمال الأحكام الخاصة بتشغيل العاجزين المؤهلين مهنياً ، فقد أوجب القانون على المنشآت التي تنطبق عليها هذه الأحكام إعداد سجل خاص لقيد هؤلاء العاجزين المشتغلين لديها يتضمن كافة البيانات الواردة في شهادة التأهيل ، هذا فضلاً عن إلزامها بإخطار وزارة العمل في شهر يناير من كل عام ببيان مفصل عن عدد الوظائف والأعمال التي يشغلها العاجزون والأجر الذي يتقاضاه كل واحد منهم .

ويتعرض كل من يخالف أحكام تشغيل العاجزين المؤهلين مهنياً لغرامة مالية لا تقل عن خمسين دينار ولا تزيد عن مائتي دينار ، وتتعدد العقوبة بتعدد من وقعت بشأنهم المخالفة ، كما تتكرر بتكرار وقوع المخالفة ولو مع عاجز واحد (م ١٦٠ عمل بحريني مُلغى) .

ويجوز إلزام المنشأة التي امتنعت عن استخدام العاجز (فخالف ذلك النصوص القانونية الخاصة بوجوب تشغيله لديها في حدود النسبة المقررة قانوناً) بدفع مبلغ يساوي الأجر المقرر للوظيفة التي كان هذا العاجز مرشحاً لها أو مهيباً أو صالحاً لأدائها ، وذلك من تاريخ وقوع هذا الامتناع ، على أن يراعى عدم جواز مطالبة المنشأة بهذا المبلغ لمدة تزيد عن سنة ، ويزول هذا الجزاء إذا قامت المنشأة بتعيين العاجز لديها أو ثبت اشتغاله الفعلي في عمل آخر ، ويمكن للعامل إذا امتنعت المنشأة عن دفع هذا الأجر أن يتولى تحصيله جبراً عن رب العمل وفقاً للقواعد العامة في التنفيذ العيني الجبري .

ثانياً : الوضع في ظل قانون رعاية وتأهيل وتشغيل المعاقين رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٦م:

تنص المادة ١١ من هذا القانون على أن ” على أصحاب العمل الذين يستخدمون خمسين عاملاً فأكثر سواء كانوا يشتغلون في مكان واحد أو في أماكن متفرقة استخدام من ترشحهم وزارة العمل من واقع سجل قيد الذين تم تأهيلهم، وذلك في حدود النسبة التي تحددها اللجنة العليا بما لا يقل عن اثنين في المائة من مجموع عدد العمال.

ومع ذلك يجوز لأصحاب العمل المشار إليهم شغل هذه النسبة باستخدام المعاقين عن غير طريق الترشيح من وزارة العمل، بشرط حصول القيد المنصوص عليه في المادة (١٠) من هذا القانون ” . ” ويكون تعيين المعاقين في المهن التي تم تأهيلهم لها والأعمال الأخرى التي يستطيع المعاق أن يؤديها والمبينة في شهادة القيد ” . ” وبعضى الحاصلون على شهادة التأهيل من شروط اللياقة الصحية - إن وجدت - وذلك بالنسبة لحالة العجز المبينة في تلك الشهادة وكذلك من شرط اجتياز الإمتحان المقرر لشغل الوظيفة، ويجب في جميع الأحوال على كل من يستخدم معاقاً إخطار وزارة العمل بذلك بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال عشرة أيام من تاريخ إستلام المعاق للعمل ” .

كما تنص المادة ١٢ من هذا القانون على أنه ” بعد موافقة مجلس الوزراء يجوز لوزير العمل بالتنسيق مع الوزير ورئيس ديوان الخدمة المدنية إصدار قرار يحدد فيه الوظائف والأعمال الحكومية التي يكون للمعاقين المؤهلين أولوية التعيين فيها ” . ” ويسري هذا الحكم على أجهزة الحكومة والمؤسسات والهيئات العامة ” . ” ويكون للمعاقين المؤهلين الأولوية في الإشتغال في الوظائف والأعمال الشاغرة في حدود النسبة المبينة بالمادة (١١) من هذا القانون ” .

كما تنص المادة ١٣ من هذا القانون على أن ” يتمتع المعاقون الذين يتم تشغيلهم طبقاً لأحكام هذا القانون بجميع الحقوق المقررة لعمال المنشأة التي يعملون فيها ” .

المبحث السادس

أشكال الحماية القانونية لأجر العامل

المطلب الأول

الحد الأدنى للأجور بين الوجود والعدم

أولاً : حرية تحديد الأجر بين الإطلاق والتقييد :

لقد كان تحديد قدر أجر العامل في ظلالات الفكر الفردي بتطرفه المقيت من الصلاحيات المطلقة للإرادة المشتركة لطريف في عقد العمل ، دون أدنى تقييد لها في وضعه ابتداء أو تعقيب عليها في تقديره انتهاء ، وذلك احتراماً لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يجعل من العقد شريعة للمتعاقدين من دون أن يسمح لأحد بتعديله أو إلغائه إلا بموافقة الطرفين ، والذي يمثل ثمرة من ثمار مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعامل^(١) .

ومن البدهي في ظل غلبة تيار الفكر الفردي أن يكون أجر العامل زهيداً لا يتناسب البتة مع حجم العمل الذي يبذله مقابل له ، لأن رب العمل بوصفه صاحب المركز الاقتصادي القوي في العلاقة العقدية مع العامل سيملي عليه الأجر الذي يروق له ، ولا يسمح للعامل بمناقشته في تقديره له أو إبداء رأى بشأنه ، فيذعن له العامل في القدر الذي يفرضه عليه تحت تأثير الحاجة والعوز ، وبذلك يفتقر الأجر إلى التناسب مع العمل بوصفه أداء مقابل له في العقد ، الأمر الذي يضعف من الدور الاقتصادي للأجر في مواجهة العمل .

ناهيك عن ضعف هذا الأجر إذا ما قورن بمتطلبات الحياة الضرورية للعامل ، وبمستوى أفراد المجتمع الذي يعيش فيه هذا العامل ، الأمر الذي يؤدي إلى فشل هذا الأجر فشلاً ذريعاً في أن يساعد العامل على التوافق مع حاجاته الأساسية في ضوء الأجر الذي يتحصل عليه من وراء العمل ، فضلاً عن فشله في إعانة العامل على الإنسجام مع الوضع الاقتصادي والاجتماعي لبقية أفراد مجتمعه على نحو قد يؤدي به إلى الانعزال عن أفراد مجتمعه ، هذا إن لم يذهب به إلى ما هو أبعد من ذلك فيدفعه دفعا إلى حمل مشاعر الحقد والسخط على مجتمعه ككيان سياسي وعلى أفراد الذين يعيشون معه داخل هذا المجتمع .

وبناء على ما سبق فقد الأجر دوره الاقتصادي والاجتماعي ، الأمر الذي أملى على الدول المعاصرة سرعة التدخل التشريعي لإنقاذ طبقة العمال - لاسيما بعد أن باتوا يمثلون السواد الأعظم من أفراد المجتمع على إثر قيام الثورة الصناعية - الذين أصبحوا لقمة سائغة في أيدي أرباب العمل ، بفرض قيد تشريعي ابتداءً يملي على أرباب العمل عند تحديد قدر الأجر بالاتفاق مع العمال ، ألا يقل القدر المتفق عليه عن الحد الأدنى للأجور ، بل وجعلت من حق العامل أن يلجأ إلى القضاء لتعديل الأجر المتفق عليه إذا كان أقل من الحد الأدنى المقرر للأجر ، بل تعتمد بعض القوانين إلى تشكيل لجان معينة متخصصة لدراسة الحد الأدنى المقرر للأجر واتخاذ ما يلزم لتعديله خلال فترات متعاقبة في ضوء متغيرات الحياة الاقتصادية والاجتماعية

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / توفيق حسن فرج " قانون العمل الجديد " دراسة في أحكام عقد العمل الفردي ف القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م والقرارات المنفذة له في ضوء أحدث آراء الفقه وقضاء النقض " ، ص ٣١١ ، تنقيح وإثبات أنور بندق ، ط ٣ عام ٢٠٠٧ م ، مؤسسة إبراهيم الناحل .

داخل المجتمع .

ولا شك أن مثل هذا التدخل التشريعي الذي حرصت الدول عليه يحقق مصلحة العمال برعايتهم في أهم وأبرز وسائل عيشهم ، بل ربما يكون في الأعم الأغلب هو المصدر الوحيد لتلبية متطلبات حياتهم ، وفي نفس الوقت يحقق نوعاً من الهدوء السياسي داخل المجتمع تجنباً لموجات التذمر والغضب اللامسئولة التي قد تقع من العمال حينما يشعرون بالعجز عن مواجهة متطلباتهم الضرورية من خلال الأجور المفروضة عليهم من قبل أرباب الأعمال ، والتي تخلو من معاني العدالة مع الأعمال المبذولة ، وتفتقر في نفس الوقت إلى التوازن المعقول مع سير حركة الأسعار في محيط الحياة الاقتصادية .

وهنا سنطرح عدة تساؤلات حول الحد الأدنى للأجر ، منها ما هو المقصود بالحد الأدنى للأجر ؟ وعلى أي أساس يجري تحديده ؟ وما هي الاعتبارات التي تدفع بعض الدول إلى إقراره من حيث المبدأ ، ثم ما تلبث أن تتركه دون تحديد ، أو تضمنه نصوصها القانونية وتحدد من يتولى أمر تقديره ، دون أن تتخذ أي خطوات عملية لتفعيل تلك النصوص على أرض الواقع ؟ ومن هي الجهة التي يناط بها مهمة تقدير الحد الأدنى لأجر العامل ، وهل يتمتع به كل العمال أم أن نطاقه مقصور على بعضهم فقط ؟

بادئ ذي بدء ينبغي التنويه إلى أن فكرة المناداة بوضع حد أدنى للأجور لم تعد مجرد مسعى وطني يحلم به العمال وتطالب به نقاباتهم ، ويدعو إليه المصلحون والمعنيون بشؤون العمال وأحوالهم ، وإنما بات مطلباً دولياً تسعى إليه سعياً حثيثاً منظمة العمل الدولية منذ إنشائها وحتى الآن ، من خلال ما خلصت إليه من المعايير الدولية للأجور في كثير من الاتفاقيات والمؤتمرات التي عنيت بالحدود الدنيا للأجور بدءاً من الاتفاقية رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٨ م الخاصة بطرق تحديد الحد الأدنى للأجور ، وانتهاء بالاتفاقية رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٠ م بشأن تحديد الحد الأدنى للأجور^(١) .

وقد خلصت هذه الاتفاقيات الدولية المتعاقبة إلى وضع معايير دولية للحدود الدنيا للأجور مع ترك تقدير هذه الحدود الدنيا للأجور لكل دولة على حده تحديدها في ضوء ظروفها الاقتصادية والاجتماعية ، ذلك أن أية محاولة لفرض حدود دنيا للأجور في كل دول العالم دون مراعاة لظروفها الخاصة بكل أشكالها وصورها (اقتصادياً واجتماعياً مثلاً) ستبوء بالفشل والبعد الصارخ عن الحقيقة الواقعية نظراً للتفاوت الرهيب بين الدول في مستويات حياتها الاقتصادية واجتماعياً ، هذا مع التنبه على ضرورة سعي كل دولة إلى أن تصير أجور عمالها فيها كفيلاً بضمان قدر لائق من مستوى المعيشة الإنسانية بوصفه يمثل معياراً دولياً عاماً ، هذا إلى جانب مراعاة الدول لمعايير أخرى فرعية تتمثل في احتياجات العمال وعائلاتهم والمستوى العام للأجور في البلد وتكاليف المعيشة وتغيراتها وإعانات الضمان الاجتماعي ومستوى المعيشة النسبي للمجموعات الاجتماعية والعوامل الاقتصادية ومنها متطلبات التنمية الاقتصادية ومستويات الانتاجية والرغبة في بلوغ مستوى مرتفع من العمالة والحفاظ عليه^(٢) وقد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام ١٩٤٨ م على كل عامل في أجر عادل يكفل له حياة كريمة ، ونصت المادة ٢٢ منه على أن " لكل فرد يقوم بعمل الحق في أجر عادل يكفل له ولأسرته عيشة لائقة بكرامته الإنسانية ، وعند اللزوم تضاف وسائل أخرى للحماية

١ . انظر في ذلك المعنى : د / محمود سلامة جبر " الأجور ونظامها القانوني في قانون العمل البحريني في القطاع الأهلي وقوانين الدول العربية الخليجية " دراسة نظرية تطبيقية للأحكام القضائية في البحرين والقضاء المقارن " ، ص ١٠ ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٧ م ، مطبعة أبناء وهبه حسان بالقاهرة .

٢ . انظر في ذلك المعنى : د / محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٢ .

الاجتماعية” .

كما دعا الميثاق العربي للعمل جميع الدول العربية في مادته الأولى بضرورة التزامها بتحقيق العدالة الاجتماعية ورفع مستوى القوى العاملة فيها ، كما أوجبت المادة الثامنة منه ضرورة وضع حد أدنى لمستويات الأجور في الدول العربية ، كما أوجبت الاتفاقية العربية رقم (١) لسنة ١٩٦٦ م ، والاتفاقية رقم (٦) لسنة ١٩٧٦م على الدول العربية الالتزام بتحديد حدود دنيا للأجور تضمن للعمال سد احتياجاتهم الضرورية ، وتراعي الفروق والاختلافات الموجودة بين مختلف الصناعات والمناطق^(١) .

ثانياً : ماهية الحد الأدنى لأجر العامل:

ويمكننا تعريف الحد الأدنى للأجر بأنه القدر اللازم من الأجر لتوفير أشكال العيش المتوسط لعامل معتاد .

وحتى يمكن الوصول إلى الأجر الذي يمثل حداً أدنى لأجر العامل بصورة صحيحة وصادقة دون إفراط أو تفريط ، لا بد أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تحديده الاعتبارات الآتية^(٢):

١- الاعتبار الأول : المتطلبات الضرورية للعامل من ملابس ومأكل ومسكن على أن يراعى جانب الاعتدال في تقدير مواصفات كل واحد من هذه المتطلبات دون إفراط أو تفريط درءاً لمظان المحاباة لطرف على حساب الطرف الآخر .

٢- الاعتبار الثاني : المستوى العام للأسعار في المجتمع الذي يعيش فيه العامل ، إذ يتعين أن يكون هناك توازن معقول بين المستوى العام للأسعار في المجتمع الذي يعيش فيه العامل وبين القوة الشرائية لأجر هذا العامل ، وذلك لتفادي الآثار الوخيمة التي يمكن أن تترتب على إثر ارتفاع أسعار السلع وضعف القوة الشرائية أو القيمة الاقتصادية للأجور ، وهذا يقتضي من المعنيين بأجور العمال داخل الدول ، عدم الاكتفاء بوضع الحد الأدنى للأجر ، والتأكد من صلاحيته لتلبية حاجات العامل الضرورية ، إنما يجب تمهده بين الحين والحين بالتغيير اللازم لمواجهة تقلبات الأسعار وميلها الدائم إلى الارتفاع والزيادة ، وليس إلى الانخفاض أو حتى إلى الاستقرار والثبات ، وإلا ظهرت الفجوة الكبيرة بين أجور العمال ومستوى أسعار السلع الضرورية ، على نحو يضر بهم ويحرمهم من متطلبات حياتهم الضرورية لما أصاب أسعار السلع من زيادة مفرطة غير متوازنة مع مقادير أجور العمال .

٣- الاعتبار الثالث : مراعاة المستوى العام للدخول لكل أفراد المجتمع . وذلك تضادياً لوجود

١ . ولمزيد من الحماية للأجور فقد أقر مؤتمر العمل العربي في دورته الحادية عشرة في مارس ١٩٨٣م الاتفاقية العربية رقم ١٥ لسنة ١٩٨٣م بشأن تحديد الأجور ، التي وإن لم تقدر حداً أدنى للأجور تاركة تحديد ذلك للدول ، إلا أنها وضعت ضابطاً له يعتمد على كفايته في إشباع الحاجات الضرورية للعامل وأسرته (الملابس والغذاء والسكن) للعيش في مستوى إنساني لائق . وجدير بالذكر أن مملكة البحرين قد صدقت على هذه الاتفاقية (انظر في ذلك المعنى : د / محمود سلامة - المرجع السابق - ص ١٣ ، ١٤ ، د / يوسف إلياس ” محاضرات في قوانين العمل العربية ” ص ٢٧ ، طبعة عام ١٩٩٦م ، عمان) .

٢ . انظر في نفس المعنى : أ.د / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٤٤١ ، هامش ١ ، إذ يقول سيادته ” لا شك أن الحد الأدنى للأجر في صورته المثالية هو ذلك الذي يرتبط تحديده من ناحية بمستوى ارتفاع الأسعار بما يحافظ للعمال على القوة الشرائية لأجرهم ، ومن ناحية أخرى بالمستوى العام للنمو الاقتصادي بما يضمن للعمال مواكبة قوتهم الشرائية للمستوى العام للدخول .

فجوة كبيرة بين طبقة العمال وغيرهم من الطبقات الأخرى داخل المجتمع ، على نحو مؤجج لنوازع الشر فيهم من حقد وحسد وعداوة.

ولا شك أنه كلما حرص المجتمع على توفير الحد الأدنى اللازم لمعيشة العامل عند اضطلاع به مهمة تقدير الحد الأدنى لأجره ، كلما أفلح في رضاء طبقة العمال ، وساعدهم على التصالح مع أنفسهم ومع بقية الطبقات الأخرى داخل هذا المجتمع ، وعندئذ تتناقص معدلات ذبوع بعض الأمراض الاجتماعية في نفوس العمال من حقد وحسد تجاه باقي طبقات المجتمع لاسيما الأغنياء منهم.

٤- الاعتبار الرابع : مراعاة شمولية تطبيقه على جميع العاملين في المجتمع . أي أن يجري تعميم الحد الأدنى للأجور على جميع العمال سواء كانوا خاضعين لأحكام قانون العمل أم خاضعين للأحكام الواردة في القانون المدني بشأن عقد العمل ، وبغض النظر عن مستوى درجاتهم ، وذلك نظرا لأن هذا الأجر يمثل القدر الأدنى للعيش الكريم لأي إنسان بغض النظر عن نوعه أو جنسه أو عمره أو جنسيته أو درجته الوظيفية أو مؤهلاته العلمية أو الفنية أو طريقة تحديد أجره ، وسواء كان عقد عمل محدد المدة أم غير محدد المدة ، وسواء كان باتا أم تحت الاختبار .

ومن ثم لا ينبغي عدالة حرمان أحد من الحد الأدنى للأجر لأي سبب من الأسباب ، وإلا كان العامل عرضة للأسر تحت نير مشاعر الذل والهوان اللذين لا يليقا بكرامته الإنسانية التي أثبتها الله عز وجل لكل بني آدم بارهم وفاجرهم ، مؤمنهم وكافرهم إذ يقول سبحانه وتعالى ” وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ” .

وينبغي مراعاة أن الحد الأدنى للأجور متى تم تحديده يجب ربطه بالنظام العام ، ولم يجز - من ثم - الاتفاق على أجر يقل عنه ، وإلا كان هذا الاتفاق باطلا ، واستحق العامل هذا الحد الأدنى المقرر قانونا للأجور ، ولا يعتد في هذا المقام بقبول العامل لأي أجر يقل عن هذا الحد ^(١) .

وإذا أراد رب العمل وضع لائحة لنظام الأجور الخاصة بعماله داخل المنشأة ، فلا مانع قانوني من ذلك ، شريطة أن يراعي حقوق العامل المكتسبة ومنها حقه في ألا يقل أجره عن الحد الأدنى للأجور ، وأن يحتوى هذا النظام الوارد باللائحة على ما هو أصلح للعامل ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه ” لصاحب العمل بما له من حق في تنظيم أعمال مؤسسته أن يضع بإرادته المنفردة نظاما للأجور طبقا لجداول تحدد درجة مالية لكل وظيفة بحديها الأدنى والأقصى ، وأن يضع ما يراه من ضوابط وأسس لتطبيقه ، طالما كان هذا النظام أصلح للعامل ، ولا يخل بحق اكتسبه بموجب عقد العمل ” ^(٢) .

١. نقض مدني مصري ١٩٧٥/٥/٣١ م ، س ٢٦ ، ص ١١٣٢ ، مشار إليه لدى : أ.د. / محمد حسين منصور ” قانون العمل ” ، ص ١٢١ ، طبعة ٢٠٠٧ م ، دار الجامعة الجديدة الأسكندرية .

٢. تمييز بحريني طعن رقم ٤١ لسنة ١٩٩٣ م ، جلسة ٤ يوليو ١٩٩٣ م ، السنة الرابعة ، ق ٥٨ ، ص ٢٥٧ .

ثالثاً : موقف الدول من تقدير الحد الأدنى للأجر:

إذا أخذنا على سبيل المثال مصر والبحرين نموذجين واقعيين لمعرفة موقفهما من تقدير الحد الأدنى للأجر ، لوجدنا أن البحرين وإن كانت قد أوردت في قانونها ما يفيد تخويل مجلس الوزراء فى إصدار قرار يحدد الحد الأدنى للأجور بناء على عرض من وزير العمل (م ٧٧ عمل بحريني ملغى^(١)) ، إلا أنه حتى الآن لم يصدر بعد هذا القرار ، وقد صدر قانون العمل البحريني الجديد ولم يتضمن أي نص يتناول الحد الأدنى أو يدعو إلى تحديده ، وهذا إغفال غير مبرر .

وقد نصت المادة ٣٤ من قانون العمل الموحد المصري على تكليف مجلس قومي للأجور بمهمة تحديد الحد الأدنى لأجر العامل بقولها ” ينشأ مجلس قومي للأجور برئاسة وزير التخطيط يختص بوضع الحد الأدنى للأجور على المستوى القومي بمراعاة نفقات المعيشة وإيجاد الوسائل و التدابير التى تكفل تحقيق التوازن بين الأجور والأسعار . كما يختص المجلس بوضع الحد الأدنى للعلاوة السنوية الدورية بما لا يقل عن ٧% من الأجر الأساسي الذي تحسب على أساسه اشتراكات التأمينات الاجتماعية، وفى حالة تعرض المنشأة لظروف اقتصادية يتعذر معها صرف العلاوة الدورية المشار إليها، يعرض الأمر على المجلس القومي للأجور لتقرير ما يراه ملائماً مع ظروفها في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عرض الأمر عليه . ويصدر رئيس مجلس الوزراء خلال ستين يوماً من تاريخ العمل بهذا القانون قراراً بتشكيل هذا المجلس ويضم في عضويته الفئات الآتية: أعضاء بحكم وظائفهم أو خبراتهم . أعضاء يمثلون منظمات أصحاب الأعمال يختارهم هذه المنظمات . أعضاء يمثلون الاتحاد العام لنقابات عمال مصر يختارهم الاتحاد . ويراعى أن يكون عدد أعضاء الفئة الأولى مساوياً لعدد أعضاء الفئتين الثانية والثالثة معا وأن يتساوى عدد أعضاء كل من الفئتين الثانية والثالثة . ويحدد في قرار تشكيل المجلس اختصاصاته الأخرى و نظام العمل به ” .

واعتقد أن مسألة تحديد الحد الأدنى للأجر ليست بالأمر الهين والسهل وإنما هي مسألة شاقة ومعقدة ، وذلك يترتب عليها من آثار وتبعات في منتهى الخطورة اقتصادياً واجتماعياً ، فهي محكومة بعدد من الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، لكن ينبغي على الدولة أن تسمو فوق أية اعتبارات معوقة لتقدير الحد الأدنى للأجور انتصافاً للطبقة العاملة التى تتعب وتكد في أداء عملها وقد لا تجد أجراً موازياً لقدر تعبها فتشعر بالظلم والحبوب ، وما أقسى وقع هذا الظلم على المظلوم والظالم فى نفس الوقت ، لاسيما وقد وصانا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمسارعة إلى إعطاء الأجير أجره قبل جفاف عرقه ، وهذا له دلالاته العظيمة لمن يتدبر فى مقصوده صلى الله عليه وسلم من قوله الكريم ” اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ”^(٢) ، فهو يحمل معنى الترغيب فى المسارعة وعدم التأخير فى إعطائه الأجر دون أى تأخير أو إبطاء ، حتى من قبل جفاف عرقه الذى نضح من جبينه أثناء العمل ، فكيف بمن يبخس العامل أجره ، ويعطيه أجراً زهيداً لا يسمن ولا يغنى من جوع ، فلا شك أن هذا ظلم كبير غير مبرر ، وصدق الله الجليل إذ يقل ” وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ ”^(٣) ، ويقول عز وجل في الحديث القدسي ” يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسى وجعلته بينكم

١ . إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها ” يكون تحديد الحد الأدنى للأجور بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض وزير العمل والشؤون الاجتماعية ” . هذه المادة ليس لها ما يقابلها في قانون العمل البحريني الجديد .

٢ . انظر ابن ماجة في سننه عن ابن عمر رضي الله عنهما .

٣ . الآية ٥ من سورة الأعراف .

محرمًا فلا تظالموا^(١) ، ” ويقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه عنه سيدنا أبو هريرة رضي الله تعالى عنه ، يقول الله عز وجل ” ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره ”^(٢) .

أما في مصر فقد صدرت تشريعات متعاقبة بقصد تحديد الحدود الدنيا للأجور بدءاً من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٤ م ، والقانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨٠ م ، وانتهاءً بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨١ م ، والقانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٤ م ، وبموجب هذا الأخير صار الحد الأدنى للأجر خمسة وأربعين جنيهاً شهرياً ، ثم صدر منشور عام برقم ٢ لسنة ٢٠٠١ م إعمالاً للقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ م بخصوص قواعد تحديد أجر الاشتراكات في التأمينات الاجتماعية ، وأوجب ألا يقل الحد الأدنى للأجور عن أربع وثمانين جنيهاً شهرياً وهو نفس الحد الأدنى الوارد بجدول التوظيف للعاملين بالجهاز الإداري للدولة ، الذي تعاقب عليه الزيادة بعد ذلك إلى أن وصل مائة وواحد ونصف جنيه شهرياً في ٢٠٠٦/٧/١ م^(٣) وإذا اتفق رب العمل مع العامل على أجر يقل عن الحد الأدنى للأجر كان الاتفاق باطلاً ، ولم يعمل به ويستحق العامل أجره في حدود أجر المثل أو أجر العامل في نفس مهنته وفق عرف هذه المهنة والجهة التي يعمل بها أو يقدره القاضى وفق اعتبارات العدالة ، ويتعرض صاحب العمل لعقوبة جنائية ممثلة في عقوبة الغرامة بما لا يقل عن عشرة جنيهات ولا يزيد عن خمسين جنيهاً إذا خالف الحد الأدنى للأجر العامل ، وتتعدد هذه العقوبة بتعدد من وقعت بشأنهم هذه المخالفة .

وقد أنشأ قانون العمل الموحد المصري - على نحو ما رأينا سلفاً - مجلساً قومياً للأجور تكون مهمته مدارس الظروف التي تلعب دوراً بارزاً في ضمان حسن تقدير أعضائه للحد الأدنى للأجور على مستوى جميع العاملين داخل الدولة ، ثم يتولى المجلس بعد ذلك وضع الحدود الدنيا لهذه الأجور في ضوء ما تسفر عنه نتائج هذه المدارس ، وفي ذلك تقول الفقرة الأولى من المادة ٣٤ من هذا القانون ” ينشأ مجلس قومي للأجور على المستوى القومي بمراعاة نفقات المعيشة وبإيجاد الوسائل والتدابير التي تكفل تحقيق التوازن بين الأجور والأسعار ” .

كما يتولى أعضاء المجلس مهمة تحديد الحد الأدنى للعلاوات السنوية والدورية بما لا يقل عن ٧% من الأجر الأساسي الذي تحسب على هديه اشتراكات التأمينات الاجتماعية (م ٢/٢٤ عمل موحد مصري) وللمجلس في حالة تعرض المنشأة لظروف اقتصادية تحول دونها وصرف العلاوات الدورية أن يتخذ ، عند عرض الأمر عليه من ذي المصلحة ، ما يراه ملائماً في ظل هذه الظروف خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ العرض (م ٣/٢٤ عمل موحد موحد) .

ويصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء بتشكيل أعضاء هذا المجلس القومي للأجور ، على أن يراعى احتواؤه على الفئات الآتية (م ٤/٣٤ عمل موحد :

- ١- أعضاء من العمال بحكم وظائفهم أو خبراتهم .
- ٢- أعضاء يمثلون منظمات أصحاب الأعمال تختارهم هذه المنظمات .
- ٣- أعضاء يمثلون الاتحاد العام لنقابات عمال مصر يختارهم الاتحاد .

١ . الحديث رواه الإمام مسلم في صحيحه .

٢ . الحديث رواه الإمام البخارى ومسلم وابن ماجه ، واللفظ للبخارى .

٣ . انظر في ذلك إلى : د / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٤٤١ ، ٤٤٢ .

هذا ويراعى ضرورة أن يكون عدد أعضاء الفئة الأولى مساويا لعدد أعضاء الفئتين الثانية والثالثة معا ، وأن يتساوى عدد أعضاء كل من الفئتين الثانية والثالثة (م ٥/٣٤ عمل موحد) .
ويحظر أي تمييز في الأجر أو في الحد الأدنى لهذا الأجر بسبب اختلاف الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة (م ٣٥ عمل موحد) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المجلس القومي للأجور في مصر في اجتماع له عقد في يوم الاثنين الموافق ٢٠٠٩/٨/٣ م أوصى برفع الحد الأدنى للأجور إلى ٣٠٠ جنيها ، بل إن أعضاء اللجنة الاقتصادية بمجلس الشورى طالبوا برفع الحد الأدنى للأجور إلى ٦٠٠ جنيها على الأقل^(١) .

المطلب الثاني

طريقة أو وسيلة الوفاء بالأجر

لقد أوجب قانون العمل البحريني السابق ضرورة الوفاء بأجر العامل نقداً بالعملة الوطنية^(٢) أي بالدينار البحريني ، وليس بعملة أجنبية أخرى ، وذلك تقديراً لاحتمال الفروق الموجودة في التغيير بين العملة الوطنية وأي عملة أجنبية أخرى ، فضلاً عن الرغبة في سيادة العملة الوطنية في مجال التعامل على غيرها من العملات الأخرى الأجنبية ، وتلك مصلحة عامة تتصل بالاقتصاد القومي ، ومن ثم فهي ترتبط بفكرة النظام العام في جانبها الاقتصادي .

ثم لما صدر قانون العمل البحريني الحالي بعد أن جعل الأصل العام أن يكون وفاء الأجر بالعملة البحرينية ، أي بالدينار البحريني ، تيسيراً للعامل ودفع مشقة تغيير العملة عنه إذا جرى الوفاء له بعملة أجنبية ، وحفاظاً على سيادة العملة الوطنية داخل المملكة ، عاد فرخص في الاتفاق بين طرفي العقد على حصول الوفاء بأي عملة أجنبية متداولة في البحرين ، مثل الدولار أو الريال حسب اختيارهما ليمنحهما الحرية في اختيار وسيلة الوفاء بالأجر بين العملة الوطنية وأي عملة أجنبية متداولة بالبحرين ، وفي ذلك تنص المادة ٤٠/أ منه على أن ” تؤدي الأجور وغيرها من المبالغ المستحقة للعامل بالعملة البحرينية، ويجوز الاتفاق على أدائها بعملة أجنبية متداولة قانوناً ” .

المطلب الثالث

مدى استحقاق العامل للأجر عند توافر السبب الأجنبي

إذا كانت فكرة التقابل أو فكرة السببية المادية للالتزام تقتضي ربط الأجر بالأداء الفعلي للعمل من قبل العامل ، فإن فكرة العدالة تستوجب دفع الأجر للعامل إذا كان محتسباً للعمل وتعذر عليه أدائه لسبب يرجع إلى رب العمل ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٧١ عمل بحريني ملغى بقولها ” إذا حضر العامل لمزاولة عمله في الفترة اليومية التي يلزمه بها عقد العمل أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله في هذه الفترة ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلى صاحب العمل ، كان له الحق في أجر ذلك اليوم ” ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٣ من قانون العمل البحريني الجديد بقولها ” إذا حضر العامل إلى مقر عمله في الوقت المحدد لأداء العمل وكان

١ . جريدة ” مصراوي ” العدد الصادر في يوم السبت الموافق ٢٠٠٩/٨/٨ م .

٢ . إذ تنص المادة ٢/٦٨ عمل بحريني سابق على ذلك بقولها ” وتؤدي الأجور في أحد أيام العمل وفي مكانه بالعملة القانونية المتداولة ” .

مستعداً لمزاولة عمله في هذه الفترة وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل، اعتبر كأنه أدى عمله فعلاً واستحق أجره كاملاً” (١) .

فهذا النص أو ذلك يعالج الفرضية التي يتصور فيها عدم أداء العامل لعمله لأسباب راجعة إلى صاحب العمل، إذ يستحق فيها العامل أجره كاملاً غير منقوص عن ذلك اليوم .

وتبرير ذلك يرجع إلى أن التزام رب العمل بتمكين العامل من أداء العمل المكلف به هو التزام بنتيجة، ومن ثم يكفي العامل لإثبات إخلال رب العمل بهذا الالتزام أن يقيم الدليل على حضوره إلى مكان العمل واستعداده لمباشرته إياه، لكن حالت دونه أسباب خارجة عن إرادته ترجع إلى رب العمل، سواء كان رجوعها إلى هذا الأخير بصورة مباشرة، كما لو منع صاحب العمل العامل من العمل بسلوك إرادي منه سواء تحقق في هذا السلوك معنى الخطأ، كما لو أن صاحب العمل منع العامل من العمل عننتاً منه وظلماً، أو كان سلوكاً خالياً من معنى الخطأ كما لو أراد رب العمل تقليل الإنتاج لقلّة الطلب على منتجاته أو رغبة في رفع أسعار هذه المنتجات أو لقلّة وجود المواد الخام اللازمة للإنتاج، أم كانت عدم قدرة العامل على مباشرة العمل راجعة إلى رب العمل بصورة غير مباشرة، كما لو أغلقت جهة الإدارة المنشأة بسبب إخلال رب العمل بالالتزامات القانونية التي يفرضها عليه قانون العمل .

ففي مثل هذه الحالات ونظائرها يكون عدم أداء العامل راجعاً إلى رب العمل، وعندئذ يستحق العامل أجره كاملاً عن جميع الأيام التي يتعطل فيها عن عمله بسبب رب العمل، هذا مع مراعاة أنه إذا كان أجر العامل بالإنتاج وليس بالزمن، أن يتم احتساب أجره عن الأيام التي تعطل فيها عن العمل بسبب رب العمل في ضوء متوسط أجره خلال أيام عمله السابقة على حصول هذا التعطل (٢) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه ”.... وطالما أن سبب التزام صاحب العمل بأداء الأجر هو التزام العامل بأداء العمل محل العقد، فإنه إذا قام العامل بالعمل المتفق عليه أو حضر لمزاولة عمله في الفترة اليومية التي يلزمه بها عقد العمل أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله في هذه الفترة ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلى صاحب العمل فإنه يستحق أجره، فإذا لم يقيم العامل بالعامل أو لم يحضر لمباشرته على نحو ما تقدم فإنه لا يستحق الأجر” (٣) .

وعندئذ يتعين على العامل المحتبس للعمل ألا يعمل لدى رب عمل آخر، لأنه بذلك يكون مخالفاً بالتزامه العقدي مع رب العمل الأول، الذي يفرض عليه العمل له وحده، ومن ثم قصر نشاطه وجهده على عمله فعلاً أو على الأقل على الاحتباس لهذا العمل، حتى إذا زال سبب تعطله عن العمل، وكان بوسعه معاودة ممارسته وجب عليه أداءه دون إبطاء أو تأخير، وإلا كان من حق رب العمل الأول استرداد ما حصله منه عن فترة تعطله، فضلاً عن حقه في التعويض عن الضرر الذي أحدثه به من جراء إنهائه للعقد إنهاءً غير مشروع .

ويثار التساؤل حول الفرض الذي يتعذر فيه على العامل أداء عمله لسبب أجنبي عن رب العمل، هل يستحق العامل شيئاً من أجره أم لا ؟

١. هذه المادة تقابل المادة ١/٤١ عمل موحد مصري، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٦٣٤ مدني بحريني، والمادة ٦٩٢ مدني مصري .

٢. أ.د. / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٣٨٥ .

٣. تمييز بحريني، جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٩٩م، طبعة رقم ٥٨ لسنة ١٩٩٩م، - المرجع السابق - س ١٠، ق ١٨٦، ص ٦٤١ .

تساؤل مبدئي جوهري بشأن هذه الفرضية لماذا لا يصرف للعامل فيها بعض أو كل أجره ؟

قد يقول قائل لماذا لا يعطى العامل نصف أجره أو ثلثه أو حتى الأجر كاملاً ، إعمالاً لمبدأ الغرم بالغنم ، على أساس أنه كما يغنم رب العمل كثيراً من وراء عمل العامل ، فلا غرو أن يغرم قليلاً في مثل هذه الفرضية فيدفع للعامل بعض أو كل أجره رغم عدم قيامه بالعمل لسبب أجنبي عنهما ، فهذا القول مع وجاهته ونبيل قصده محل نظر ، لأن اعتماد مثل هذا الحل على إطلاقه لا يخلو من مظاهر الغلو والتطرف ، لما قد يترتب عليه من مشقة قد تزيد عن قدرات رب العمل فتكلفه فوق طاقته ، لاسيما إذا كثر عدد عماله الذين تعذر عليهم أداء هذا العمل أو طالت هذه المدة العارضة حتى وإن قل عدد العمال .

وربما يكون مثل هذا الحل مقبولاً إذا كان عدد العمال قليلاً أو كانت استحالة العمل لمدة مؤقتة جداً كما لو تعذر أداء العمل ليوم أو يومين فقط ، لكنه سيكون مجحفاً برب العمل حينما يكثُر عدد العمال أو يتعطل العمل لفترة طويلة وإن قل عددهم .

ولذا ينبغي أن يكون حل هذه المشكلة متمسكاً بالبعد عن ظاهرة الغلو والجنوح إلى الإجحاف على طرف لصالح طرف آخر ، فيقال مثلاً يتحمل رب العمل الأجر الكامل لعماله إذا لم يزد عددهم عن قدر معين ، واستمرت الاستحالة العارضة عن أداء العمل لمدة معقولة لا تزيد عن حد معين ، فإن زاد عدد العمال عن هذا الحد أو زادت مدة التوقف عن العمل عن قدر معين تحملت هيئة التأمين الاجتماعي أجور العمال كاملة لحين زوال السبب الأجنبي ، وهذا حل يحقق العدالة لطرف في عقد العمل دون أن يحمل في طياته معنى الغلو في مواجهة طرف لصالح طرف آخر .

أولاً : حل هذه الفرضية في إطار علاقات العمل الخاضعة للقانون المدني :

لا جرم أنه في ظللال القواعد العامة في القانون المدني سواء في مصر أو البحرين أو غيرهما لا يستحق العامل من أجره شيئاً في هذه الفرضية ، ويكون لرب العمل أن يدفع عن نفسه رجوع العامل عليه والذي يطالبه فيه بأجره عن أيام التعطل ، بمجرد أن يثبت للقاضي أن تعطل هذا العامل لا يرجع إليه ، إنما يرجع إلى سبب أجنبي عنه ، سواء كان هذا السبب راجعاً إلى القوة القاهرة (أو الحادث الفجائي) أم خطأ الغير أم خطأ المضرور نفسه .

وبناءً عليه إذا أثبت رب العمل أن تعطل العامل عن العمل يرجع إلى خطأ الغير ، كما لو أن غيراً أحرق المصنع أو منع العامل من الخروج من البيت أو كان هذا التعطل يرجع إلى خطأ المضرور نفسه ، كما لو أثبت أن العامل هو الذي أتلّف أدوات الانتاج متعمداً ففعل سبب العمل أو دمر الآلة التي يعمل عليها ، أو يرجع إلى القوة القاهرة مثل الزلازل أو الفيضانات أو الحرب الأهلية التي حالت دون العامل ومباشرة للعمل ، فلا يكون للعامل حق الرجوع على رب العمل بشئ .

ولا شك أن السبب الأجنبي إذا توافرت صورة من صورته كانت سبباً في إعفاء المتعاقد من المسؤولية في مواجهة المتعاقد الآخر ، ومن ثم لا يلتزم وفقاً للقواعد العامة في استحالة التنفيذ رب العمل بدفع أجر للعامل إذا لم يباشر العامل العمل المكلف به لسبب أجنبي عن رب العمل ، وفي ذلك تنص المادة ١٤٥/أ مدني بحرينى على أنه ” في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلًا بسبب أجنبي لا يد له فيه ، انقضت هذا الالتزام

وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر ، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه (١) .

ثانياً : حل هذه الفرضية في ظل قانون العمل البحريني:

في ظل قانون العمل البحريني الملغي يجري سريان حكم القواعد العامة سائلة الذكر على هذه الفرضية على علاقات العمل جميعها ، أي سواء تلك الخاضعة للقواعد الواردة بشأن عقد العمل في القانون المدني أم تلك الخاضعة لقواعد قانون العمل البحريني الملغي ، نظراً لعدم احتواء قانون العمل البحريني الملغي على حكم خاص يعالج هذه المشكلة ، هذا ما لم يكن ثمة اتفاق بين طرفي العقد يقضي بغير ذلك ، إذ يجوز قانوناً الاتفاق على أن يدفع رب العمل الأجر حتى وإن استحال على العامل العمل بسبب القوة القاهرة أو خطأ الغير ، إذ تنص المادة ٢١٨ مدني بحريني على أن ” يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ” (٢).

أما بعد صدور قانون العمل البحريني الجديد فقد صار الحكم الجاري تطبيقه في علاقات العمل الخاضعة لقانون العمل هو استحقاق العامل نصف الأجر بعد أن أورد هذا القانون هذا الحكم في المادة ٤٣ / ٢ منه ، إذ تقول في ذلك ” أما إذا حضر العامل وحالت بينه وبين أداء العامل أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق نصف أجره ” ، في حين تبقى علاقات العمل الخاضعة لقواعد العمل الواردة في القانون المدني خاضعة لحكم القواعد العامة في استحالة التنفيذ .

ويراعى أن الوضع في مصر فني ظلالات قانون العمل الموحد المصري بمائل الحكم الخاص الذي أورده قانون العمل البحريني الجديد ، ومن ثم فإنه إذا تعذر مباشرة العامل للعمل رغم حضوره إليه واستعداده للقيام به لكن تعذر عليه أدائه لأسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل ، يتعين على صاحب العمل دفع نصف الأجر للعامل في هذا الفرض ، وفي ذلك تقول المادة ٤١ عمل موحد مصري في فقرتها الثانية ” أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق نصف أجره ” ، وعندئذ يطبق هذا الحكم الخاص على علاقات العمل الخاضعة لأحكام قانون العمل ، أما غيرها من علاقات العمل الأخرى الخاضعة لأحكام القانون المدني المصري فلا أجر العامل عند تعذر مباشرته للعمل لأسباب قهرية عن رب العمل ، ما لم يرد اتفاق بينهما على أن يتحمل رب العمل تبعه القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير الذي يحول دون العامل وأدائه للعمل المكلف به ، فعندئذ يعمل بهذا الاتفاق ويلزم رب العمل بدفع الأجر في هذا الفرض تنفيذاً لهذا الاتفاق الذي سمح القانون بمشروعيته وجواز التراضي على مضمونه ، إذ تنص المادة ٢١٧ / ١ مدني مصري على أنه ” يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة ” .

١ . هذه المادة تقابل المادة ١٥٩ مدني مصري . وقد ورد نفس المعنى في المادة ٣٦٤ مدني بحريني بقولها ” ينقض الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ” هذه المادة تقابل المادة ٣٧٣ مدني مصري .

٢ . هذه المادة تعادل المادة ٢١٧ / ١ مدني مصري التي تنص على أنه ” . ” يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ” .

ثالثاً : موقف الفقه والقضاء في مصر من استحقاق العامل نصف الأجر عند تعذر العمل لسبب أجنبي عنه وعن رب العمل:

لقد قابلت غالبية الفقه بؤازرها القضاء في مصر المضمون الذي أورده المادة ٤١ عمل موحد مصري في فترتها الثانية بالتأييد والاستحسان ، على أساس أن قواعد العدالة تقتضي أن يتقاسم العامل ورب العمل الخسارة الناجمة عن السبب الأجنبي عنهما والمؤدي إلى عدم قدرة العامل على مباشرة العمل رغم استعداده الكامل له وحضوره من أجل القيام به ، فيتحمل العامل نصف هذه الخسارة التي حرمته من أجره كاملاً ، ويحصل على النصف الآخر الذي يتحملة رب العمل فيؤديه إليه ، مشاركة منه في تبعه هذه الخسارة^(١) .

بل إن من الفقه من دعا إلى استحقاق العامل أجره كاملاً ، مستندا في دعوته إلى أن العدل يقتضي استحقاق العامل أجره كاملاً لمجرد احتباسه للعمل المكلف به ، وعارض في أن يشارك العامل رب العمل في تحمل تبعه الخسارة التي وقعت فحزمت العامل من أجره ، على أساس أن العامل أجير وليس شريكا ، وأن تحمل رب العمل كامل أجر العامل الذي حضر إلى مكان العمل وتعذر عليه مباشرته لسبب خارج عن إرادته وإرادة رب العمل ، لهُ من خسائر المنشأة التي ينبغي أن يتحملها رب العمل وحده دون مشاركة من العامل^(٢) .

ومنهم من دعا إلى إنشاء صندوق خاص لتحقيق هذا الغرض المتمثل في تكملة نصف أجر العمل حتى تنفادى المساس بأجر العامل ، مؤاخذاً على واضع قانون العمل الموحد المصري اكتفاءً بتأكيد ذات الحل الذي كان موجوداً في قانون العمل المصري الملغى (وهو قانون العمل المصري الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ م) والذي كان يحمل صاحب العمل نصف أجر العامل ، ولم يعمد إلى تحميل المؤسسات العمالية للنصف الثاني ، لاسيما وأن العامل يعاني من عدم قدرة أجره ولو كان كاملاً - عن الوفاء بمتطلبات حياته ، فكيف تكون معاناته وقد حرم نصف أجره^(٣) .

وهذا المقترح سالف الذكر يجد تبريره - في اعتقادي - في المبدأ القائل ” الغرم بالغنم ” أي أنه كما أن رب العمل يغنم من وراء عمل العمال وحده دون أن يشاركه في ذلك أحد منهم فينفرد وحده بأرباح المنشأة ، فينبغي أن يغرم من جراء الأسباب القهرية الحائلة دون العامل ومباشرة العمل المكلف به .

ولقد بينت المذكرة الايضاحية لقانون العمل المصري الملغى أن ما ورد بالمادة ٣٦ كان ترجمة لما استقر عليه قضاء التحكيم ، وفي ذلك تمشياً مع مبادئ العدالة من جهة ، واستقراراً لعلاقات العمل من جهة أخرى ، وإقامة لضمانة جديدة من ضمانات الأجر من جهة ثالثة^(٤) .

ومما تجدر ملاحظته أن محكمة النقض المصرية قد عمدت في حكم لها إلى تأييد استحقاق العامل لكامل أجره عندما استحال عليه مؤقتاً أدائه عمله بسبب اعتقاله ، إذ قالت ” أن المبدأ السائد في نطاق السياسة التشريعية لقوانين العمل هو مبدأ استقرار روابط العمل

١. انظر في ذلك إلى : أ.د / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، أ.د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٣٦٥ وما بعدها ، أ.د / حسام الدين الأهواني - المرجع السابق ص ٢٥٢ .

٢. أ.د / عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٦٥ وما بعدها .

٣. د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ” الأحكام العامة لعقد العمل الفردي ” ، ص ١٢١ ، طبعة عام ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ م ، مطابع الولاء الحديثة ، توزيع دار الفكر والقانون بالمنصورة .

٤. د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - المرجع السابق - ، ص ١٢١ .

حماية للعامل أساسا وضمانا لمعاشه ، فإن مقتضى وقف عقد العمل بسبب اعتقال العامل لا يرتب كل آثار الوقف ، إنما يبقى أحد الالتزامات الرئيسية الناشئة عنه وهو التزام صاحب العمل بأداء أجر العامل إليه عن مدة الاعتقال ، طالما أن الأجر هو عماده الأساسي في معاشه ، مما ينبغي معه الاعتداد بصفته الحيوية بالنسبة له وعدم حرمانه بسبب اعتقاله الذي أوقف عقده ويعد أمراً خارجاً عن إرادته لا يد له فيه »^(١) .

وقد اختلفت تعليقات الفقه المصري على هذا الحكم ، فرأى فيه البعض ما يعكس رغبة القضاء في حماية العامل ومراعاة الجوانب الإنسانية^(٢) ، ورأى البعض الآخر وبحق أنه قد صدر عن المحكمة في ظلال قانون العمل الملغى رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ م ، الذي لم يكن متضمناً ما يفيد استحقاق العامل أى شئ من أجره عند حدوث الاستحالة المؤقتة المانعة له من أداء العمل ، والذي جاء من بعد في مضمون المادة ٣٦ من قانون العمل رقم ١٢٧ لعام ١٩٨١ م ، والمادة ٤١ من قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م ، هذا فضلاً عن تعلق هذا الحكم بأحد العمال العاملين في مجال القطاع العام ، ومن ثم لا مجال للأخذ بالمبدأ الذي أقره في مجال قانون العمل^(٣) .

فمناطق استحقاق العامل أجره هو أحد أمرين:

١- الأمر الأول : هو أداءه الفعلي للعمل المتفق عليه وهذا هو الأعم الأغلب ، على أساس أن هذا هو ما تقتضيه فكرة التقابل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين .

٢- الأمر الثاني : احتباس العامل من أجل العمل المكلف به ، سواء بحضوره إلى مكان العمل واستعداده لمباشرته أم وجوده محتبساً لأجل هذا العمل ولو ظل في بيته ، مادام أنه على أهبة الاستعداد لتلبية دعوته إلى مباشرة عمله إذا ما دعى إليه من جانب صاحب العمل ، وأن عدم مباشرته الفعلية للعمل لا ترجع إليه ، وإنما ترجع إلى رب العمل الذي عمد إلى غلق المنشأة لوجود عيب في الآلات أو لعدم وجود المواد الخام اللازمة لأداء العمل أو حتى بسبب رغبة رب العمل في الضغط على عماله في خلاف معين^(٤) .

وبناء على ما سبق لا يستحق العامل أجره إذا امتنع عن أداء العمل إخلالاً منه بالتزامه العقدي ، كما لو غاب عن العمل بغير عذر أو إتلافه للآلة التي يعمل بها أو مشاركته في الإضراب أياً كان الدافع من ورائه ، أي حتى ولو كان بقصد حمل رب العمل على الاستجابة لمطالبهم بزيادة مستحقاتهم المقدرة لهم اتفاقاً أو قانوناً^(٥) .

١ . نقض مدنى مصرى رقم ٣٣٩ لسنة ٤١ ق ، جلسة ١٩٧٧/٣/٦ م - مجموعة صلاح محمد أحمد ، رقم ٢ ، ص ١٦٩ .

٢ . أ. د / حسام الدين كامل الأهوانى " شرح قانون العمل " ص ٢٥٤ ، طبعة عام ١٩٩١ م .

٣ . أ. د / محمد لبيب شنب " شرح قانون العمل " ص ٥٦٤ ، طبعة عام ١٩٨٣ م .

٤ . انظر في هذا المعنى : أ. د / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٣٨٤ ، د / صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - ص ١٤٧ ، ١٤٨ .

٥ . وتطبيقاً لذلك قضت هيئة تحكيم القاهرة فى ١٤/١/١٩٥٥ برفض طلب العمال صرف أجورهم عن يوم الإضراب سواء كان ذلك بهدف حمل رب العمل على صرف مالهم من مستحقات مقرره بموجب العقد أو بنص القانون - راجع فى ذلك هيئة تحكيم القاهرة ١٤/١/١٩٥٥ م ، مدونة الفكهانى الدورية ١٩٦٠ م ، رقم ٥٨ ، ص ٩٩ .

المطلب الرابع

اشتراط الموافقة الكتابية لنقل العامل من فئة الأجر الشهري إلى الأجر الأسبوعي والأجر بالقطعة

وينبغي التنويه بأن الأجر إذا ما تم تحديده اتفاقاً وفق معيار معين من هذه المعايير المعتمدة في تحديد الأجر ، لم يجوز تعديله بالإرادة المنفردة لأي منها ، إنما لابد من اتفاق الطرفين على هذا التعديل ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٦٨ / ٣ عمل بحريني مُلغى بقولها ” لا يجوز لصاحب العمل أن ينقل عاملاً بالأجر الشهري إلى فئة المياومة أو الأجر الأسبوعي أو القطعة أو الانتاج بغير موافقته على ذلك ومع عدم الإخلال بحقوقه السابقة على النقل ” .

ويلزم في الموافقة أن تكون كتابية (رغم عدم اشتراط النص البحريني المُلغى) وهذا ما نص عليه قانون العمل البحريني الجديد في المادة ٢٨ عمل بحريني لا يجوز لصاحب العمل أن ينقل عاملاً بالأجر الشهري إلى فئة العمال المعيّنين بأجر يومي أو أسبوعي أو بالقطعة أو بالساعة إلا بموافقة العامل على ذلك كتابة، ويكون للعامل في هذه الحالة جميع الحقوق التي اكتسبها في المدة التي قضاها بالأجر الشهري طبقاً لأحكام هذا القانون ، وذلك من باب الرعاية والمحافظة على حقوق العامل ، كما أن القانون المصري اشترط أيضاً في هذه الموافقة أن تكون مكتوبة^(١).

المطلب الخامس

حماية أجر العامل في مواجهة دائنيه

من المسلم به قانوناً أن للدائن أن يحجز على مال مدينه تحت يد هذا المدين ، كما أن له أن يحجز على مال مدينه لدى الغير (أي مدين المدين)، لكن رعاية لأجر العامل لدى صاحب العمل لم يجز القانون لدائنه أو لدائنيه إن تعددوا أن يحجزوا على أجر العامل المستحق لدى صاحب العمل إلا في حدود معينة تختلف في ظل قانون العمل البحريني السابق عنها في ظل قانون العمل البحريني الحالي وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: في ظل قانون العمل البحريني السابق :

لا يرخص لدائني العامل أن يحجزوا على أجر العامل تحت يد صاحب العمل أو البنك ، إلا في حدود الربع فقط ، وذلك أياً كانت طبيعة ديونهم وأياً كان حجم هذه الديون أو قدرها ، كما لم يجز للعامل نفسه أن يتنازل عن أكثر من ربع أجره لأي شخص أياً كان قصده من هذا التنازل ، أي سواء كان على سبيل المعاوضة أم على سبيل التبرع ، وذلك حتى يضمن للعامل بقاء ما زاد عن ربع راتبه ليستعين به في تيسير حياته اليومية له وحده أو له ولأسرته إن كان له أسرة فيدفع به عن نفسه أو عنهم ذل الحاجة والعوز .

ويراعى عن تزامم مجموعة من الديون على هذا القدر الجائز الحجز عليه من

١ . راجع نص المادة ٤٠ من قانون العمل الموحد المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م ، إذ تنص على ذلك بقولها ” يحظر على صاحب العمل أن ينقل عاملاً بالأجر الشهري إلى فئة عمال المياومة أو العمال المعيّنين بالأجر الأسبوعي أو بالساعة أو بالانتاج إلا بموافقة العامل عند نقله كتابة ، ويكون للعامل في هذه الحالة جميع الحقوق التي اكتسبها في المدة التي قضاها بالأجر الشهري ” .

أجر العامل وهو الربع، أن تكون الأفضلية لدين النفقة ودين المأكل والملبس ، وذلك نظراً للطابع الخاص لدين النفقة الذي يعتمد عليه صاحبه في حياته اليومية ، هذا إلى جانب دين مآكل العامل وملبسه الذي يتعلق بعيشه اليومي الضروري الذي لا غناء عنه .

كما يراعى أنه إذا كانت قيمة هذه الديون تزيد عن ربع أجر العامل أن يخصص الثمن الأول من هذا الأجر لدين النفقة ، ثم يخصص الثمن الثاني من هذا الأجر لدين المأكل والملبس والديون الأخرى .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٧٥ من قانون العمل البحريني السابق بقولها ” لا يجوز الحجز على الأجر المستحق للعامل أو النزول عن أي جزء منه إلا في حدود ٢٥% وذلك لدين نفقة أو دين المأكل والملبس والديون الأخرى وعند التزام يبدأ بخضم دين النفقة في حدود الثمن والباقي للديون الأخرى، وتسري أحكام هذه المادة والمادة (٧٤) على جميع المبالغ المستحقة للعامل طبقاً للمادتين (٦٦)، (١١١) من هذا القانون ” .

ثانياً: في ظل قانون العمل البحريني الحالي:

لم يخصص قانون العمل البحريني بصفة لدائني العامل أن يحجزوا على الأجر المستحق للعامل إلا في حدود الربع ، كما لم يحجز للعامل نفسه أن يتنازل عن أجره إلا في حدود الربع ، كما لم يحجز الاستقطاع من الأجر وفاء لأي دين إلا في حدود الربع ، ثم عاد ورخص أن يرتفع بقدر الحجز أو النزول أو الاستقطاع ليصل إلى قدر نصف الأجر ، هذا إذا جرى ذلك وفاءً لدين النفقة .

وينبغي أن يراعى عند التزام بين الديون تقديم دين النفقة في الوفاء فيسدد أولاً ، ثم يوفى بعد ذلك ما يثبت اتفاقاً أو قضاءً من تعويض لصاحب العمل بسبب ما ألتفه العامل من أدوات أو مهمات ، أو ما صرفه له صاحب العمل من مال بغير حق أو ما وقع على العامل من جزاءات مالية لصاحب العمل .

وهذا ما نصت عليه المادة ٤٥ من قانون العمل البحريني الحالي بقولها ” لا يجوز الحجز على الأجر المستحق للعامل أو النزول عن أي جزء منه أو أن يستقطع منه وفاءً لدين إلا في حدود ٢٥% من هذا الأجر، ويجوز رفع هذه النسبة إلى ٥٠% في حالة دين النفقة ” . وعند التزام الديون يقدم دين النفقة، ثم ما يكون مطلوباً لصاحب العمل بسبب ما ألتفه العامل من أدوات أو مهمات أو ما صرف إليه بغير وجه حق أو ما وقع عليه من جزاءات مالية ” . ويشترط لصحة النزول عن أي جزء من الأجر، في حدود النسبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، أن يكون بموجب موافقة كتابية من العامل ” .

ويراعى في تحديد دلالة أجر العامل أن المقصود به هو صافى أجره أي القدر المستحق صرفه لهذا العامل من رب العمل بعد خصم الضرائب والتأمينات والاقتطاع وفاءً للغرامات أو التعويضات المحكوم بها عليه أو نتيجة لوقفه عن العمل ، كما يراعى في نفس الوقت سريان قيود الحجز على أجر العامل على جميع ما يستحقه للعامل من مبالغ في ذمة صاحب العمل مثل ملحقات الأجر ومكافأة نهاية الخدمة ، وأخيراً ينبغي مراعاة أن هذه القيود متعلقة بالنظام العام ومن ثم يبطل كل اتفاق على ما يخالفها .

المطلب السادس

حماية العامل في مواجهة صاحب العمل

لا شك في أن رعاية العامل في أجره المستحق له لدى صاحب العمل لا تكتمل إلا بإيجاد الضمانات التي تكفل للعامل ديمومة تحصيله أجره كلما كان مباشراً عمله أو محتسباً لأجل أدائه، هذا بالإضافة إلى فرض القيود على رب العمل في اقتطاعه من هذا الأجر ولو لتحصيل قرض له عنده أو استيفاء تعويض منه عن تلفٍ أو خسارةٍ أحدثها به العامل، وذلك كله على التفصيل الآتي:

أولاً: ضمانات استيفاء العامل لأجره من رب العمل :

لقد حرص واضع القانون على أن يضمن للعامل حقه في استيفاء أجر عمله عند انتقال ملكية المنشأة من صاحب عمل قديم إلى صاحب عمل جديد، فجعلهما مسئولين على سبيل التضامن عن أدائه للعامل لتعزيز حصوله عليه هو وباقي مستحقاته من أيهما شاء أو منهما معاً متضامنين، وذلك أياً كان سبب انتقال هذه الملكية سواء انتقلت بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو التنازل أو غير ذلك من التصرفات الأخرى، ويبقى للعامل حقه في استيفاء أجره وباقي مستحقاته الأخرى دون أن يتأثر بحل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها^(١).

كما صرح القانون للمقاول من الباطن ولعمال المقاول الأصلي برفع دعوى مباشرة على صاحب العمل لمطالبته بما هو مستحق لهم في مواجهة المقاول الأصلي في حدود ما يكون للمقاول الأصلي من مال في ذمة صاحب العمل (م ٦٠٥ / أ مدني بحريني^(٢))، وهذا يمثل خروجاً على القواعد العامة في مطالبة الدائن بحق مدينة لدى الغير، إذ ليس للدائن إلا رفع دعوى غير مباشرة لمطالبة الغير بحقوق مدينة، لأنه ليس ثمة علاقة مباشرة تربطه بمدین مدينه، فعلاقته به علاقة غير مباشرة جاءت عن طريق مدينة، ومن ثم ترفع الدعوى من قبل هذا الدائن باسم لحساب مدينة وليس باسم لحساب الدائن، كما الحق الذي يطالب به يدخل في ذمة مدينة وليس في ذمته هو بوصفه رافعاً لهذه الدعوى.

كما أن لعمال المقاول من الباطن حق الرجوع مباشرة على كل من صاحب العمل والمقاول الأصلي بما هو مستحق لهم في ذمة المقاول من الباطن في حدود ما لهذا الأخير من حق في

١. إذ تنص المادة ٧ من قانون العمل البحريني الحالي على أنه " لا يحول دون الوفاء بكافة الالتزامات التي يقرها القانون، حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها، كلياً أو جزئياً، أو تقليص حجم نشاطها أو إفلاسها ". " ولا يترتب على إدماج المنشأة في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع - ولو كان بالمزاد العلني - أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات، إنهاء عقود العمل بالمنشأة. ويكون الخلف مسؤولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن هذه العقود ". كما تنص المادة ١١٧ عمل البحريني السابق على ذلك بقولها " لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها أو إدماجها في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو التنازل أو غير ذلك من التصرفات. وفيما عدا حالات التصفية والإفلاس والإغلاق النهائي المرخص به، تبقى عقود استخدام عمال المنشأة قائمة. ويكون الخلف مسؤولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات المذكورة.

٢. إذ تنص المادة ٦٠٥/أ مدني بحريني على أنه " للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي في تنفيذ العمل، أن يطالبوا صاحب العمل مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على صاحب العمل وقت رفع الدعوى. "

ذمة كل من صاحب العمل والمقاول الأصلي (م ٦٠٥/ب مدني بحريني^(١)).

ويراعى أن واضح القانون لم يكتف بتقرير حق هؤلاء في الرجوع المباشر على من لا تربطهم بهم علاقة مباشرة على نحو ما رأيناه سلفاً، بل جعل للمقاول من الباطن ولعمال المقاول الأصلي حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي لدى صاحب العمل، وكذلك الحال فقد جعل لعمال المقاول من الباطن حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول من الباطن في ذمة المقاول الأصلي أو صاحب العمل، وعند تراحم هؤلاء أو أولئك على التنفيذ على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن لدى صاحب العمل أن يقتسموا هذه المبالغ فيما بينهم قسمة غرماء أي بحسب نسبة كل دين من هذه الديون مقارنة ببعضها البعض (م ٦٠٦ مدني بحريني^(٢)).

ثانياً : حماية أجر العامل من الاقتطاع من صاحب العمل:

من المتصور أثناء تنفيذ عقد العمل أن يصير العامل مديناً لصاحب العمل سواء أكان ذلك راجعاً إلى اقتراض العامل قرضاً منه أو كان العامل قد تسبب بخطئه في إتلاف أدوات أو آلات أو مهمات داخل المنشأة، فصار مسؤولاً عن تعويض رب العمل عن الأضرار التي لحقت من جراء سلوكه الضاربه .

وإذا كان لرب العمل حق في أن يججز تحت يد نفسه على أجر العامل ليقطع منه حقه في استرداد قيمة القرض أو تحصيل قيمة التعويض، إلا أن واضح قانون العمل قد قيد سلطته في الاقتطاع من أجر العمل بألا تتجاوز حدوداً معينة، حتى يضمن للعامل جزءاً كبيراً من أجره ليستعين به على متطلبات حياته اليومية، وذلك كله على التفصيل الآتي:

١- حدود الاقتطاع من أجر العامل لسداد قرضه:

تنص المادة ٧٤ من قانون العمل البحريني السابق (وقد عدلت بالمرسوم بقانون رقم ١٤ تاريخ ١٠/٤/١٩٩٣م) على أنه " لا يجوز لصاحب العمل ان يقتطع من اجر العامل اكثر من ١٠٪ وفاء لما يكون قد اقرضه من مال اثناء سريان العقد، ولا ان يتقاضى عن هذه القروض اية فائدة. ويسري هذا الحكم على الأجر المدفوعة مقدماً. ويجوز بالنسبة لقروض بناء المساكن زيادة نسبة الاقتطاع بما لا يزيد على ٢٥٪ من الأجر على ان يسبق تقديم القرض اقرار العامل كتابة بموافقتة على اجراء الاقتطاع من اجره في حدود هذه النسبة. ولصاحب العمل اضافة مبلغ اجمالي الى قيمة القرض الممنوح للعامل وذلك لتغطية المصاريف الادارية. واذا ترك العامل عمله قبل سداد القرض المستحق عليه كان لصاحب العمل اتخاذ كافة الاجراءات القانونية اللازمة بما فيها اجراء المقاصة بين ما اقترضه العامل وبين ما هو مستحق له من مبالغ لدى

١. إذ تنص المادة ٦٠٥/ب مدني بحريني على أنه " ولعمال المقاول من الباطن أيضا دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلي وصاحب العمل في حدود المستحق عليه " .

٢. إذ تنص هذه المادة على أنه " للمقاول من الباطن والعمال المذكورين في المادة السابقة أن يستوفوا حقوقهم بالامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن، ويستوفون حقوقهم عند تراحمهم بنسبة دين كل منهم " .

صاحب العمل”^(١).

وتنص المادة ٤٤ من قانون العمل البحريني الحالي على أنه ”أ- لا يجوز لصاحب العمل أن يقتطع من أجر العامل أكثر من ١٠% وفاءً لما يكون قد أقرضه من مال أثناء سريان العقد أو أن يتقاضى أية فائدة عن هذه القروض، ويسري هذا الحكم على الأجور المدفوعة مقدماً”. ومع ذلك يجوز بالنسبة لقروض بناء المساكن زيادة نسبة الاقتطاع من أجر العامل بما لا يتجاوز ٢٥% من الأجر، بشرط موافقة العامل على ذلك كتابة”.
”ب- لصاحب العمل أن يُحمّل العامل المصاريف الإدارية الفعلية المترتبة على القرض، وتسري في شأن سدادها القواعد المتعلقة بسداد القرض”.

يفهم من أي من هذين النصين (القديم أو الجديد) أن رب العمل إذا أقرض العامل قرضاً، فإن له أن يقتطع من أجره ما يلزم لسداد قيمة هذا القرض، غير أن سلطته في الاقتطاع ليست مطلقة، وإنما تتقيد بمجموعة من القيود التي تحقق للعامل الرعاية المنشودة له للإبقاء على قدر كبير من أجره ليتمكن من خلاله من مواجهة أعبائه المعيشية، هذه القيود تتمثل فيما يلي :

١- القيد الأول: أن يكون الاقتطاع بسبب القرض:

يلزم لتنفيذ سلطة رب العمل في الاقتطاع من أجر العامل، أن يكون هذا الاقتطاع ناتجاً عن عقد القرض بمعناه الفني الدقيق، وليس بسبب ديون أخرى، لأن الديون الأخرى غير القرض تخضع للقواعد العامة في تحصيلها واستيفائها، ولا يسرى عليها هذا التقييد عند الاقتطاع لأجلها.

فتقييد سلطة رب العمل في الاقتطاع من أجر العامل بسبب القرض يمثل استثناءً لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

ويراعي أن ما يدفع للعامل عند استلامه للعمل من أجر شهر معجل يصدق عليه وصف القرض وتسرى عليه أحكامه عند الاقتطاع من أجل استيفائه.

٢- القيد الثاني: أن يعطى القرض للعامل مراعاة لعلاقة التبعية الناتجة عن عقد العمل:

ولهذا لا يسرى هذا التقييد في الاقتطاع من أجر العامل إذا كان القرض قد منحه رب العمل للعامل بعيداً عن نطاق عقد العمل الذي يربطه بالعامل، كما لو كان قد منحه إياه بوصفه قريباً أو جاراً له.

وعلى أية حال فإن ظروف القرض وملابساته تكشف لنا بجلاء عما إذا كانت عملية الإقراض قد جرت تحت مظلة علاقة التبعية التي تربط العامل برب العمل أو أنها تمت من رب العمل للعامل بعيداً عن نطاق عقد العمل.

١. وكانت هذه المادة قبل التعديل تنص على أنه ” لا يجوز لصاحب العمل أن يقتطع من أجر العامل أكثر من ١٠% وفاءً لما يكون قد أقرضه من مال أثناء سريان العقد، ولا أن يتقاضى عن هذه القروض أية فائدة، ويسري هذا الحكم على الأجور المدفوعة مقدماً”.

٣- القيد الثالث : أن يكون الاقتطاع جزئياً وبما لا يزيد عن ١٠%:

فلا يجوز لصاحب العمل أن يقتطع قيمة القرض دفعةً واحدةً ، حتى وإن قبل العامل ذلك ، إذ يعد قبوله بهذا الاقتطاع الكلي باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لمخالفته لقاعدة أمرّة متعلقة بالنظام العام ، كما لا يجوز أن تزيد نسبة الاقتطاع عن ١٠% من أجر العامل بصفة عامة ، حتى وإن وافق العامل على هذه الزيادة فتكون الموافقة باطلةً بطلاناً مطلقاً في خصوص ما زاد عن هذه النسبة .

ويقصد بالأجر ههنا الأجر الفعلي المستحق للعامل بحسب الوحدة الزمنية المعتمدة في حساب الأجر (سواء بالمشاهرة أو اليومية أو بالأسبوع) وليس الأجر المنفق عليه في العقد ، لأن الأخير عادةً ما يرد عليه التغيير بعد فترة من العقد سواء بالزيادة فيه (وهذا هو المعتاد) ، أو حتى بالإنقاص منه بسبب غياب العامل مثلاً .

بيد أن القانون أجاز أن ترتفع نسبة الاقتطاع إلى ٢٥% في قروض الإسكان ، بشرط موافقة العامل كتابياً على هذه النسبة .

٤- القيد الرابع : أن يخلو القرض من مظاهر الربا:

لم يجز واضع القانون أن يكون إقراض رب العمل للعامل بفائدة ربوية ، تقديراً للعلاقة الخاصة التي تربطهما ببعض في إطار علاقة العمل القائمة بينهما ، ورعايةً للعامل بوصفه الطرف الضعيف في تلك العلاقة ، وذلك أياً كان غرض العامل من هذا القرض سواء للسكن أو لشراء مستلزمات الطعام والشراب أو الملابس أو غيرها من الأغراض الأخرى .

ولا تجوز الفائدة في القرض الممنوح للعامل سواء كانت فائدةً تعويضيةً ، أي تعطي مقابل انتفاع العامل بمبلغ القرض طوال مدته أو بمعنى آخر مقابل تعويض رب العمل عن حرمانه من مبلغ القرض طوال مدة القرض ، أو كانت فائدةً تأخيريةً ، أي مقابل تأخير المقترض في سداد القرض بعد حلول أجل استحقاقه .

غير أنه أجاز القانون لرب العمل إضافة مبلغ إجمالي إلى قيمة القرض بوصفه مصاريف إدارية ، دون أن يضع حدوداً لهذه الإضافة ، ولم يكن موفقاً في ذلك ، لأن عدم وضع حد أقصى لمبلغ المصاريف الإدارية تساعد صاحب العمل على إساءة استعمال هذه السلطة التقديرية ، فيغالي في تقدير قيمة هذه المصاريف الإدارية لستر الربا الذي أراد القانون ابتداءً خلو القرض الذي يقدمه رب العمل للعامل من شراكه ، لذلك ينبغي أن يتدخل واضع القانون سريعاً ليضع حداً أقصى لقيمة المصاريف الإدارية ، كأن يقول مثلاً يجب ألا تزيد قيمة هذه المصاريف عن ٢% من قيمة القرض .

كما أجاز القانون لرب العمل تحصيل فوائد ربوية على ما يتبقى من أقساط القرض بعد انتهاء عقد العمل بسبب ترك العامل عمله (٧٤م / ٢ عمل بحريني) ، ولا جرم أن هذا النص يتنافى مع نص المادة ٢٢٨ مدني بحريني التي لا تجيز الربا في إطار المعاملات بين الأفراد خارج نطاق المعاملات التجارية ، بل إن الربا كله باطل قانوناً في كل المعاملات حتى ولو كانت تجارية بناءً على نص المادة الثانية من الدستور البحريني التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع ، الأمر الذي يستوجب عدم جواز مخالفة أي تشريع في البحرين لأحد أصوله ومصادره ألا وهو مبادئ الشريعة الإسلامية ، فهي تحرم الربا تحريماً قطعياً وتؤثم كل من يشارك في تعاطيه إثمًا عظيمًا ، بل وتعلن عليه من الله المنتقم الجبار حرباً لا شكل محدد لها نظراً لمجيئ لفظ الحرب بصيغة النكرة فتفيد لذلك عموم الحرب ، إذ يقول الله تعالى : (

يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحربٍ من الله ورسوله) .

ويثار التساؤل حول ما إذا كان نشاط صاحب العمل يقوم على عملية الاقتراض برّيا، كما لو كان مصرفاً يقدم قروضاً لعماله أو لغيره هل يكون من حق المصرف إذا أقرض العاملين لديه بصفتهم عمالاً قروضاً هل له تحصيل فوائد عنها أم لا ؟

يفرق البعض في هذا الخصوص بين قروض الاستهلاك ، أي القروض التي يطلبها العامل لأغراض استهلاكية (كأن يستعملها في متطلبات حياته اليومية من مسكن أو ملبس أو مطعم أو مشرب) ، وقروض الانتاج وهي القروض التي يطلبها العامل بقصد الاستثمار في أي مشروع من المشروعات الانتاجية ، فلا يجيزون للمصرف تحصيل فوائد ربوية من العامل في القروض الاستهلاكية ، على أساس أن هذه القروض يطلبها العاملون من مصارفهم بوصفهم عمالاً بقصد الاستهلاك والإنفاق على متطلبات حياتهم اليومية ، كأن يقترض العامل للسكن أو للزواج أو لغيرهما من احتياجات العامل المعيشية ، فمثل هذه القروض لا تدر دخلاً للعامل بل ينفقها مع أجره في مظاهر الإنفاق على حياته ، ولذا ينبغي أن تخضع للقيود الذي لا يجيز لرب العمل اقتطاع فائدة عن القرض الذي يمنحه للعامل لديه .

في حين يجيزون للمصرف تحصيل فائدة من عماله عن قروض الانتاج ، وذلك على أساس أن هذه القروض يأخذها العامل من مصرفه بصفته عميلاً وليس بصفته عاملاً ، وإنه كان سيطلبها من أي بنك آخر وسيدفع له فوائد عنها إن لم يأخذها من مصرفه ، هذا فضلاً عن أن هذه القروض تدر للعامل دخلاً فيستفيد من ورائها .

ومما يحمد لمحكمة التمييز البحرينية أنها لم تجز لصاحب العمل أن يتقاضى فوائد عن قروضه الممنوحة لعماله ولو كان مصرفاً مهمته الإقراض برّيا ، وفي ذلك تقول المحكمة (إن المشرع إذ نص في المادة ٢٣ من قانون العمل على عدم جواز تقاضي فوائد على القروض التي يعطيها صاحب العمل للعامل وأن يجري استقطاعها من الأجر بنسبة معينة يكون قد استهدف من هذه القاعدة الأمرة المتعلقة بالنظام العام أن تكون أعباء هذه القروض في أضيق الحدود بحيث يكون ما يقتطع مقابلها غير مرهق للعامل ، ويتبقى له منه قدر معقول للوفاء بمتطلباته المعيشية والأسرية ، وفي هذا المجال يكون المشرع قد رأى أن مصلحة العامل هي الأولى بالرعاية فيخضع لحكمها أصحاب الأعمال بصرف النظر عن طبيعة أعمالهم ، ومن ثم فإن ما يدعيه الطاعن من أن طبيعة عمله هي احتراف الإقراض بفائدة لا تجيز له مخالفة القاعدة سالف الذكر ، كما أن ما يدعيه البنك الطاعن من أنه أقرض المطعون ضدهما بصفتهم عمالاً عاديين لديه فيه تجاهل لواقع الحال - المسلم به من جانبه - أنهما من عماله الذين يتمتعون بالحماية المشار إليها وليسوا مجرد عمال عاديين يفرض عليهم ما يشاء من شروط هذا إلى جانب أن ما يذهب إليه البنك الطاعن من أن الفقرة الثانية من المادة ٢٣ أنفة البيان الخاصة بقروض الإسكان لم تمنع تقاضي فوائد عن هذا النوع من القروض مردود بأن تلك الفقرة أوردت استثناءً من القاعدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من هذه المادة تتمثل في زيادة نسبة الخصم من الأجر بالنسبة لهذه القروض ويبقى خطر تقاضي صاحب العمل فوائد عن القروض على حاله بالنسبة لقرض الإسكان مادام لم يشأ المشرع استثناءه كما فعل بالنسبة لنسبة الاستقطاع من الأجر) .

وينبغي مراعاة أنه إذا انتهت علاقة العمل لأي سبب من الأسباب وكان القرض لم يزل قائماً ، كان لرب العمل أن يتخذ كافة الإجراءات القانونية لاسترداده كاملاً ولو عن طريق الاقتطاع مما للعامل من متأخرات الأجر أو غيرها من المبالغ المستحقة للعامل مثل مكافأة نهاية الخدمة

(م ٧٤ عمل بحريني)، نظراً لأن قيود الاقترع من الأجر تسري مادام عقد العمل سارياً.

٢- حدود الاقترع من أجر العامل لتعويض رب العمل عن خطأ العامل:

تنص المادة ٧٦ من قانون العمل البحريني السابق على أنه ” إذا تسبب عامل في فقد أو تلف أو تدمير مهمات أو آلات أو منتجات تملكها المنشأة أو كانت في عهدها وكان ذلك ناشئاً عن خطأ من العامل وجب أن يتحمل المبلغ اللازم نظير ذلك ” .

” وللمنشأة أن تبدأ باقترع المبلغ المذكور من أجر العامل على ألا يزيد ما يقتطع لهذا الغرض عن أجر خمسة أيام من كل شهر ، ويجوز للعامل أن يتظلم من تقدير المنشأة أمام المحكمة الكبرى المدنية خلال شهر واحد من تاريخ علم العامل بالتقدير ، فإذا لم يقض للمنشأة بالمبلغ الذي قدرته أو قضى لها بأقل منه وجب عليها رد ما اقتطع بدون وجه حق خلال سبعة أيام من تاريخ صدور الحكم نهائياً“ .

” ولا يجوز للمنشأة أن تستوفي حقها وفقاً لحكم هذه المادة بطريق الاقترع إذا تجاوزت قيمة ما تسبب العامل في إتلافه قيمة أجر شهرين ” .

وتنص المادة ٨٢ من قانون العمل البحريني الحالي على أنه ” إذا تسبب العامل بمناسبة عمله في فقد أو إتلاف أدوات أو آلات أو منتجات يملكها صاحب العمل أو كانت في عهده وكان ذلك ناشئاً عن عمد أو إهمال جسيم، التزم بأداء قيمة ما فقد أو أُلّف ” . ” ولصاحب العمل، بعد إجراء التحقيق وإخطار العامل، أن يبدأ باقترع المبلغ المذكور من أجر العامل على ألا يزيد ما يقتطع منه لهذا الغرض على أجر خمسة أيام في الشهر الواحد ” . ” ويجوز للعامل التظلم من تقدير صاحب العمل أمام المحكمة المختصة خلال شهر من تاريخ علمه بهذا التقدير، فإذا لم يحكم لصاحب العمل بالمبلغ الذي قدره أو حكم له بأقل منه وجب عليه رد ما اقتطع بدون وجه حق خلال سبعة أيام من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً ” . ” ولا يجوز لصاحب العمل أن يستوفي قيمة ما تم فقده أو إتلافه بطريق الاقترع من أجر العامل إذا تجاوزت هذه القيمة أجر شهرين ” .

يستفاد من هذين النصين (القديم أو الجديد) أن رب العمل يملك سلطة الاقترع من أجر العامل إذا تسبب العامل بخطئه في إلحاق خسائر به ، شريطة أن يراعي عند ممارسته هذه السلطة الشروط الآتية:

١- الشرط الأول: وقوع خطأ عمدي أو جسيم من العامل أضر بصاحب العمل:

كان يكفي لمساءلة العامل في ظل قانون العمل البحريني السابق مجرد ثبوت الخطأ في جانبه سواء أكان خطأ عمدياً أو خطأ غير عمدي وسواء أكان الخطأ غير العمدي جسيماً أو يسيراً ، لكن في ظل قانون العمل البحريني الحالي قيد ههنا وصف الخطأ بضرورة أن يكون خطأ عمدياً أو خطأ جسيماً ، وهذا يعني التجاوز عن مساءلته في حالة الخطأ اليسير ، والمتأمل في هذين النصين يجد أفضلية النص القديم لأنه سيجعل العامل حريصاً على أدوات العمل مخافة المساءلة والملاحقة ، كما يحمي رب العمل من مغبة خطأ العامل ولو كان يسيراً ، بعكس الحال في القانون الحالي الذي من شأنه أن يشجع العامل على عدم الاحتراز من الأخطاء اليسيرة ما دام أنه في مأمن من المساءلة عنها ، وهذا من شأنه أن يعرض مصلحة رب العمل

للخطر.

ويثبت الخطأ أياً كان وصفه عادةً بعد إجراء تحقيق مع العامل يظهر في نهايته نسبة الخطأ إلى العامل ووصفه وتولد الضرر الحاصل عن هذا الخطأ وليس عن سبب أجنبي عنه (والسبب الأجنبي يعبر عن كل سبب منبت الصلة عن العامل مثل القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه) ، وبطبيعة الحال لا يسأل العامل في أي من القانونين إذا كان هلاك الأدوات أو الآلات ناتجا عن كثرة استعمالها أو طول مدة هذا الاستعمال لانقضاء وصف الخطأ أصلا في جانب العامل في مثل هذه الفروض.

٢- الشرط الثاني : أن يؤدي خطأ العامل إلى فقد أو تلف أو تدمير آلات أو مهمات أو أدوات في حيازة رب العمل:

ينبغي أن يؤدي خطأ العامل إلى تلف أو تدمير أو فقد وسائل الانتاج التي يحوزها رب العمل ، سواء كانت مملوكة له أو كانت مملوكة لغيره ولكن كان رب العمل يحوزها حيازة عرضية بوصفه مستعيرا لها أو مستأجرا إياها من شخص آخر ، كآلة تصوير يستأجرها صاحب المحل من آخر ليصور الأوراق والمستندات بها لعملائه بأجر معين عن طريق عامل من عماله .

٣- الشرط الثالث: ألا تزيد نسبة الاقتطاع من أجر العامل عن أجر خمسة أيام في الشهر:

وذلك رغبة في الحفاظ على الجزء المتبقي للعامل بعد أجر الخمسة الأيام ليستعين به في حياته اليومية . وهذا القيد يتعين الالتزام به سواء جرى تقدير التعويض المستحق لرب العمل بطريق الاتفاق (أي عن طريق تقدير صاحب العمل فيقبله العامل صراحة أو ضمنا بسكوته عن الاعتراض عليه) أو عن طريق القضاء ، وقد رخص القانون للعامل أن يتظلم من تقدير صاحب العمل .

٤- الشرط الرابع : ألا يستوفي صاحب العمل حقه في التعويض بطريق الاقتطاع إذا زادت قيمته عن أجر شهرين:

وقد قصد من هذا الشرط رعاية العامل في أجره حتى لا يبقى ملاحقا بالاقتطاع منه لفترات طويلة ، فيظل مضيقا عليه في أجره الذي هو مورد رزقه وسبيل إنفاقه اليومي على متطلبات حياته اليومية له وحده أو له ولأسرته .

غير أنه ينبغي ألا يفهم من ذلك أن رب العمل يفقد بذلك حقه في التعويض بالرجوع على العامل في أمواله الأخرى غير أجره ، فكل ما هنالك أنه يقيد فقط سلطة الاقتطاع من أجر العامل سدادا لحقه في التعويض إذا تجاوزت قيمة هذا التعويض المستحق له قيمة أجر الشهرين من أجر العامل ، لكن يبقى له تحصيله بطرق أخرى معتادة غير طريق الاقتطاع ، والقول بغير ذلك يجعل من أدوات الانتاج داخل المنشأة مالا مستباحا للعامل له أن يدمرها أو يهلكها دون جزاء أو مؤاخذة ، مادامت قيمتها تتجاوز قدر شهرين من أجره ، وهذا ما لا يتصور قبوله عقلا ومنطقا .

المطلب السابع

إثبات الوفاء بالأجر في ظل قانون العمل القديم قبل وبعد تعديله وفي ظل القانون الجديد

بادئ ذي بدء تتبغى التفرقة بين من يطالب بإثبات الأجر في عقد العمل بوصفه عنصراً جوهرياً من عناصره، وبين من يطالب بإثبات الوفاء به، ففي خصوص إثبات الأجر بوصفه عنصراً من عناصر عقد العمل، فيقع على عاتق العامل، لأنه الدائن بالأجر وعليه يقع عبء إثبات مديونية رب العمل به، عملاً بالقواعد العامة في الإثبات والتي تقضى بأن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، فإذا ثبت الأجر في عقد العمل وقع على عاتق رب العمل عبء إثبات حصول الوفاء به للعامل، حتى تبرأ ذمته من الالتزام بهذا الأجر. أما في خصوص وسائل إثبات حصول الوفاء بالأجر، فتجب التفرقة بين وسائل أو طرق إثبات الوفاء بالأجر في عقود العمل الخاضعة لأحكام القانون المدني، ففي فرض الأول الخاص بطرق إثبات الوفاء بالأجر في عقود العمل الخاضعة لقانون العمل البحريني، فلم يكن مرخصاً في ظل قانون العمل السابق لرب العمل قبل تعديله الحاصل في عام ١٩٩٣ في إثبات الوفاء بأجر العامل والبراءة من مديونيته له إلا من خلال وسائل إثبات معينة بالكتابة، حيث كانت تنص المادة ٦٩ من هذا القانون قبل التعديل على أنه " لا تبرأ ذمة صاحب العمل من أجر العامل إلا إذا وقع العامل بما يفيد استلام أجره في السجل المعد لقيود الأجر أو في كشوف الأجور أو على الإيصال المعد لذلك في المنشآت التي تستعمل النظام الآلي لاستلام الأجور أو خلال سبعة أيام من تبليغ العامل بتحويل أجره إلى الجهة التي اختارها ". أما بعد تعديل هذه المادة في عام ١٩٩٣م، فقد أطلقت إثبات وفاء صاحب العمل بأجر العامل عن القيد مجيزاً له إثباته بكافة طرق الإثبات، بغض النظر عن قيمة هذا الأجر أو طبيعته، وذلك عملاً بنص المادة ٦٩ من هذا القانون المعدلة بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣م، والتي تنص على أن (يكون إثبات الوفاء للعمال بالأجر المستحق لهم أياً كانت قيمته أو طبيعته بكافة طرق الإثبات القانونية، وعلى صاحب العمل تمكين العامل من التعرف على تفاصيل حساب أجره والتأكد من دقة هذا الحساب كلما اقتضى الأمر ذلك)، ويمثل هذا خروجاً على مقتضى القواعد العامة في الإثبات التي لا تجيز إثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على خمسمائة دينار بغير الكتابة بصفة عامة (م ٦١ من قانون الإثبات البحريني^(١))، وكان يجري العمل عادة على توقيع العامل على كشف الأجور بما يفيد حصوله عليه أو توقيع عليه إيصال باستلامه أجره من رب العمل، الأمر الذي يوفر عادة لرب العمل دليلاً كتابياً لإثبات الوفاء بالأجر.

ثم لما صدر قانون العمل البحريني الجديد لم يجز لصاحب العمل إثبات براءة ذمته من أجر العامل إلا من خلال أدلة كتابية محددة، حيث تنص المادة ٤٦ من هذا القانون على أنه " لا تبرأ ذمة صاحب العمل من الأجر إلا إذا وقع العامل على ما يفيد تسلمه الأجر في السجل المعد لذلك أو في كشوف الأجور، أو على إيصال خاص يعد لهذا الغرض، أو بإتمام تحويل أجره

١. وهو القانون الصادر بالمرسوم رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م.

إلى حساب بأحد البنوك بناءً على طلب العامل” (١).

أما في خصوص عقود العمل الخاضعة لأحكام القانون المدني فيتقيد رب العمل في إثبات حصول الوفاء بالأجر فيها بالقواعد العامة في الإثبات ، فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين في إثبات الوفاء بالأجر إذا زادت قيمته عن خمسمائة دينار بحريني، هذا ما لم يكن ثمة مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة ، فعندئذ يجوز الإثبات بكافة الطرق بما فيها البيينة والقرائن .

المطلب الثامن

رفع قدر الغرامة على مخالفة أحكام الأجر في القانون الحالي

وإذا أخل رب العمل بالتزامه بدفع الأجر لقي جزاءً جنائياً كان في ظل قانون العمل البحريني السابق متمثلاً في الغرامة التي لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد عن ثلاثمائة دينار ثم جرى رفعه في ظل قانون العمل البحريني الحالي فيعاقب رب العمل المخالف لأحكام أجر العامل بالغرامة التي لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار مع مراعاة تعدد العقوبة بتعدد من وقعت بشأنهم المخالفة في القانونين (م ١٦٥ عمل بحريني السابق ، م ١٨٨ عمل بحريني حالي)، كما أن للعامل أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بالعمل إذا تأخر رب العمل في سداد أجره المستحق عن مدة سابقة على إثارة الدفع بعدم التنفيذ ، فمثلاً إن كان الأجر بالساعة فله أن يمتنع عن العمل في الساعة الثانية حتى يدفع له أجر الساعة الأولى ، وإن كان الأجر باليوم فله أن يمتنع عن العمل في اليوم الثاني حتى يدفع له أجر اليوم الأول ، وإن كان الأجر بالأسبوع أو الشهر فله أن يمتنع عن العمل في الأسبوع الثاني أو الشهر الثاني حتى يدفع له أجر الأسبوع الأول أو الشهر الأول ... إلخ .

المبحث السابع

بشأن التنظيم القانوني لوقت العمل اليومي والأسبوعي

المطلب الأول

بشأن فترتي الراحة اليومية

إذ تنص المادة ٧٨ من قانون العمل البحريني السابق على أنه ” ولا يجوز تشغيل العامل أكثر من ست ساعات متتالية دون أن يعقبها فترة راحة أو تناول للطعام لا تقل عن نصف ساعة ، ولا تحسب فترة الراحة ضمن ساعات العمل ” .

كما تنص المادة ٥٢/أ من قانون العمل البحريني الحالي على أنه ” مع مراعاة حكم الفقرة (ب) من هذه المادة، يجب أن تتخلل ساعات العمل فترة أو أكثر للصلاة ولتناول الطعام والراحة

١ . وهذا عين ما كانت تنص عليه المادة ٦٩ عمل بحريني قديم ثم جرى تعديلها بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣ الصادر بتاريخ ١٠/٤/١٩٩٣م لتجيز إثبات الوفاء بالأجر بكافة طرق الإثبات ، وفي ذلك تقول ” يكون اثبات الوفاء للعامل بالأجر المستحق لهم ايا كانت قيمته او طبيعته بكافة طرق الاثبات القانونية. وعلى صاحب العمل تمكين العامل من التعرف على تفاصيل حساب اجره، والتأكد من دقة هذا الحساب كلما اقتضى الأمر ذلك ” .

لا تقل في مجموعها عن نصف ساعة يراعى في تحديدها عدم تشغيل العامل أكثر من ست ساعات متصلة، ولا تحتسب فترات الراحة ضمن ساعات العمل الفعلية.

يفهم من هذا النص وجوب التزام صاحب العمل بتقرير راحة للعامل من أداء العمل اليومي لمدة من الزمن لا تقل عن نصف ساعة، يلتقطون خلالها أنفاسهم من عناء العمل ومشاقه أو يتناولون فيه شراباً أو طعاماً .

ولا أرى مدعاة لتجزئة هذه الوحدة الزمنية إلى أكثر من فترة، لأن مدتها ثلاثون دقيقة وهي بحسب قدرها القليل في نظري لا تتسع للتجزئة، وإلا فقدت الغاية المنشودة من وراء تقريرها فلا تسعف العامل عند تجزئتها في أن ينال قسطاً وافياً من الاسترخاء والراحة بعد العمل الدؤوب والمتواصل لساعات طوال قد تصل إلى حد ست ساعات متصلة .

ولا يجوز حساب فترة الراحة ضمن ساعات العمل، إنما الذي يحسب من ساعات العمل هي ساعات الفراغ الذي قد يحدث للعامل في بعض الحالات عندما يفرغ من عمله المكلف به من قبل رب العمل ويظل رغم ذلك محتبساً في انتظار أن يكلف بأعمال أخرى من ذات نوع عمله السابق أو من نوع آخر من الأعمال، لكن يبقى بعض الوقت دون تكليف بأي عمل جديد، فهذا الوقت بالنسبة للعامل يدخل ضمن ساعات العمل اليومي بالنسبة له، وإن لم يعمل فيه حقيقةً وفعلاً .

وأرى ضرورة تعديل الوحدة الزمنية لفترة الراحة لتصير ساعة بدلاً من نصف ساعة، حتى تتحقق الغاية من تقريرها بصورة معقولة، بلا إفراط ولا تضييق، فيتمكن العامل فعلاً من التقاط أنفاسه واستجماع قواه واستعادة نشاطه، وتناول ما قد يحتاج إليه من طعام وشراب بعد ساعات عمل طوال، وأداء ما يجب عليه من بعض الصلوات التي حل وقت أدائها قبيل هذه الراحة أو أثنائها، لا سيما وأن بعض الدول الخليجية غير البحرين قد جعلت فترة الراحة للعامل مدة ساعة (مثل قانون العمل الكويتي في المادة ٣٣ منه)، بل زادت بعض الدول الخليجية الأخرى فجعلتها ساعة ونصف (مثل السعودية في قانون العمل السعودي في المادة ١٤٧ منه) .

ومما يجدر التنويه إليه أن واضح قانون العمل البحريني قد جعل للحدث فترة راحة لمدة لا تقل عن ساعة رغم أن أقصى مدة عمل يومي للحدث هي ست ساعات فقط مع عدم جواز عمله خلالها أكثر من أربع ساعات متصلة (م ٥٣ عمل بحريني سابق، م ٢٥ عمل بحريني حالي^(١))، فليس العامل أقل احتياجاً من الحدث إلى الراحة، بل ربما يكون أكثر حاجة إلى الراحة من الحدث، خاصة بالنسبة للعمال كبار السن الذين يكثُر فيهم بعض الأمراض والأوجاع مثل السكر والضغط وغيرها من أمراض الشيخوخة التي عادةً ما يسلم منها والحمد لله كثير من الأحداث، كما أن الحدث محظور على رب العمل قانونياً تشغيله في كثير من الأعمال لاسيما الشاقة منها والخطرة، بخلاف العامل الذي يعمل عادةً في جميع الأعمال بلا استثناء .

وينبغي على رب العمل أن يحسن اختيار وقت هذه الراحة لعماله لتكون فاعلةً في تحقيق الغاية

١. إذ كانت تنص المادة ٥٣ من قانون العمل البحريني السابق على أنه " لا يجوز تشغيل الأحداث تشغيلاً فعلياً مدة تزيد على ست ساعات في اليوم الواحد. لا يجوز إبقاؤهم في مكان العمل أكثر من سبع ساعات متصلة ويجب ان تتخلل ساعات العمل فترة او أكثر للراحة وتناول الطعام لا تقل في مجموعتها عن ساعة، وتحدد هذه الفترة او الفترات بحيث لا يشتغلون أكثر من اربع ساعات متوالية. " . تنص المادة ٢٥ من قانون العمل البحريني الحالي على أنه " يحظر تشغيل الأحداث تشغيلاً فعلياً مدة تزيد على ست ساعات في اليوم الواحد " . ولا يجوز إبقاؤهم في أماكن العمل أكثر من سبع ساعات متصلة، ويجب أن تتخلل ساعات العمل فترة أو أكثر للراحة وتناول الطعام لا تقل في مجموعها عن ساعة، وتحدد هذه الفترة أو الفترات بحيث لا يعمل الحدث أكثر من أربع ساعات متصلة " .

منها فتعينهم على تجديد نشاطهم واستعادة ما أفقده إياهم جهد العمل من مظاهر القوة ، فينعكس ذلك إيجاباً على أداء هؤلاء العمال لأعمالهم ، لاسيما وأنه يفرض عليه قانوناً ألا يشغل عماله أكثر من ست ساعات متصلةً، وذلك حفاظاً على صحة العمال وسلامة أبدانهم من مظاهر الإنهاك والإجهاد الشديدين .

بيد أنه أجاز القانون لوزير العمل أن يحدد بقرار منه الحالات أو الأعمال التي تحتم لأسباب فنية أو لظروف التشغيل استمرار العمل فيها دون توقف أبداً ولو لفترة راحة ، شريطة التزام رب العمل بالتصريح للعمال بتناول المشروبات أو الأطعمة الخفيفة أو بالراحة بالطريقة التي تراها إدارة المنشأة أثناء العمل بما لا يضر بسير هذا العمل ، كأن يتم تنظيم حصولهم على فترة الراحة بطريق المناوبة .

وتنفيذاً لهذا التفويض التشريعي أصدر وزير العمل البحريني قراره رقم ١٩ لسنة ١٩٧٦م ، أجاز فيه استمرار العمل دون فترة راحة في الأعمال الآتية :

- ١- الأعمال التي يستمر فيها التشغيل دون توقف مع تناوب العمل في نظام المناوبات .
- ٢- العمل في وحدات المرافق العامة والاتصالات السلكية واللاسلكية .
- ٣- العمل في إدارة الآلات المولدة للقوى المحركة .
- ٤- الأعمال الإدارية والمكتبية والأعمال المشابهة .
- ٥- العمل في مكاتب شركات الطيران وفي المطارات وفي الموانئ .
- ٦- العمل في المستشفيات والمصحات ودور العلاج الأخرى .
- ٧- صناعة البلاستيك .
- ٨- دور السينما والمسرح .
- ٩- العمل في المخابز .
- ١٠- العمل في الصيدليات .
- ١١- المندوبين الجوابين والممثلين التجاريين أثناء قيامهم بأعمالهم خارج منشآتهم التي يعملون بها .

المطلب الثاني

أفضلية التنظيم الوارد في القانون الجديد عن القديم بشأن عمل العامل أكثر من مرتين في يوم راحته الأسبوعية

لم يكن قانون العمل البحريني السابق قبل تعديله (الذي جرى له عام ١٩٩٣م) يجيز عمل العامل يوم راحته الأسبوعية أكثر من مرتين متتاليتين ، ولم يكن يستثني بشأن هذه القاعدة ، ومن ثم فلم يكن من الجائز الاتفاق بين العامل وصاحب العمل على مخالفة هذه القاعدة ، إلا كان الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً ، إذ كانت الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠ قبل تعديلها تنص على أنه ” ولا يجوز تشغيل العامل يوم الراحة الأسبوعية أكثر من مرتين متتاليتين ” ، وظل الوضع على هذا الحال حتى جرى تعديل هذا النص بتاريخ ٤/١٠/١٩٩٣م ، واستثنت من هذه القاعدة سالفه الذكر حصول موافقة من العامل على العمل أكثر من مرتين متتاليتين في يوم

راحتة الأسبوعية ، فنصت الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠ من قانون العمل البحريني السابق بعد التعديل (والمعدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣م) على ذلك بقولها ” ولا يجوز تشغيل العامل يوم الراحة الاسبوعية أكثر من مرتين متتاليتين الا بموافقته على ذلك ” .

وهذا يعني أن رب العمل يستطيع أن يشغل العامل لمرتين متتاليتين في يوم راحته الأسبوعية بغير موافقته بأجر كامل ، لكن إذا أراد تشغيله للمرة الثالثة لم يجز له ذلك إلا بعد موافقة العامل على ذلك ، فإن رفض فلا حيلة معه لجبره على العمل رغماً عنه ، ومن ثم يتعين عليه تمكينه من الحصول على راحته الأسبوعية ، ولم يكن قانون العمل البحريني السابق بعد التعديل يقيد هذه الموافقة بصدورها في شكل معين ، فيجوز من ثم أن تكون موافقة العامل على العمل في يوم راحته الأسبوعية للمرة الثالثة وما بعدها من مرات بصورة صريحة أو بصورة ضمنية ، بعكس الحال في القانون الحالي الذي اشترط أن تكون موافقة العامل صريحة بل وكتابية ، ومن ثم لا تجزئ الموافقة الصريحة غير الكتابية ، كالتي تقع بطريق القول أو الإشارة ، ولا تجزئ الموافقة الضمنية ، وفي ذلك تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٥٧ من قانون العمل البحريني الحالي على أنه ” ولا يجوز تشغيل العامل يوم الراحة الأسبوعية أكثر من مرتين متتاليتين إلا بموافقته الكتابية .

المبحث الثامن

التنظيم القانوني للإجازات في القانونين بين الرفض والتأييد

المطلب الأول

الإجازة المرضية

لا جرم أنه إذا أصيب العامل بمرض من الأمراض العادية (أي مرض لا علاقة له بأمراض المهنة أو حوادثها فهذه أو تلك لها أحكامها الخاصة) يكون له الحق في الحصول على إجازة مرضية ليتداوى خلالها ويستريح فيها من آلام المرض حتى يتعافى ويعود إلى صحته بعد هذا المرض الذي جعله الله سنة ماضية في خلقه ليطهرهم به من الذنوب والآثام أو يرفعهم بالصبر عليه والاحتساب فيه إلى مراقى الأصفياء والأتقياء في جنانه^(١) .

١ . وقد صدق الرسول الكريم إذ يقول في حديثه الشريف صلوات الله و سلامه عليه ” إن العبد ليبتلى لإحدى خصلتين : إما أن الله أراد أن يغفر له ذنبا ما كان ليغفر له إلا بمثل هذا البلاء ، و إما أن الله أراد أن يصل به إلى كرامة ما كان ليصل إليها إلا بمثل هذا البلاء) ويقول في حديث آخر (لا يزال العبد يبتلى حتى تتحات ذنوبه كما تتحات الأوراق من الشجر) .

أولاً : شروط حصول العامل على إجازته المرضية:

يلزم لحصول العامل على إجازته المرضية أن تتوافر الشروط الآتية:

١- الشرط الأول : ثبوت مرض العامل بشهادة طبية معتمدة:

لقد أوجب القانون لحصول العامل على أجازة مرضية أن يثبت العامل مرضه عن طريق شهادة طبية صادرة من طبيب مختص ، سواء أكان هذا الطبيب تابعاً لرب العمل أم كان طبيباً في إحدى المؤسسات الصحية العامة في الدولة ، وعند التعارض بين شهادة هذين الطبيين تعتمد شهادة الطبيب الذي يعمل في إحدى المؤسسات الصحية العامة .

٢- الشرط الثاني : أن يكون مرض العامل مرضاً حقيقياً:

أي لا يكفي العامل إحضار شهادة طبية معتمدة بمرضه إذا لم يكن مريضاً فعلاً ، ومن ثم يعد العامل الذي يدعى كذباً بمرضه على خلاف الحقيقة مرتكباً لسلوك معطل للعمل دون مبرر على نحو يضر برب العمل ، الأمر الذي يسمح لرب العمل بتوقيع جزاء تأديبي عليه ، حتى وإن كان معه شهادة طبية معتمدة مثبتة لمرضه على خلاف الحقيقة ، كما لو حصل عليها بطريق غير مشروع .

٣- الشرط الثالث : ألا يكون العامل تحت التجربة أو الاختبار:

يتعين لحصول العامل على أجازة مرضية أن يكون قد أمضى فترة الاختبار أو التجربة بنجاح ، على أساس أن مدة التجربة عادة ما تكون قصيرة لا تحتمل أن يعطى خلالها العامل أجازة مرضية بأجر ، هذا فضلاً عن أن مرضه خلال هذه الفترة قد يكون سبباً وجيهاً لدى رب العمل يبرر عدم رضائه عن تجربته ، ومن ثم استبعاد التعاقد معه بعد التجربة^(١) .

وأعتقد عدم وجود مبرر لهذا الشرط أصلاً ، ولذا يكفي ثبوت مرض العامل بشهادة طبية معتمدة وأن يكون مرضه حقيقياً ، ويستوى بعد ذلك لحصوله على أجازة مرضية أن يكون عاملاً في عقد بات أو عاملاً في عقد تحت التجربة (أي معلق على شرط فاسخ هو عدم نجاح التجربة) ، لأن مرض العامل إلى جانب كونه عرضاً غير إرادي للعامل ، فهو بلاء من الله للثنين وفيه أجر كبير لهما من الله سبحانه وتعالى فألم المرض بلاء للعامل ، وحيلولة مرض العامل عن أدائه لعمله بلاء لصاحب العمل ، وليس هناك ما يمنع من أن يكون تحمل رب العمل لأجر العامل ولو في فترة التجربة عند مرضه هو جزء من بلائه من الله سبحانه وتعالى يؤجر عليه في صحته وصحة أهله وعمله وباقي عماله .

ثانياً : مدة الإجازة المرضية وأجر العامل فيها:

لقد بيّنت المادة ٨٢ من قانون العمل البحريني السابق أن الحد الأقصى لأيام الأجازة المرضية للعامل خلال السنة الواحدة هو خمسة وأربعون يوماً ، يستحق العامل فيها عن الخمسة عشر يوماً الأولى أجراً كاملاً ، وعن الخمسة عشر يوماً الثانية نصف أجره ، أما عن الخمسة عشر

١ . د / صلاح محمد أحمد . المرجع السابق . ص ١٨٤ ، هامش ٥١٠ .

يوماً الثالثة فتكون بغير أجر للعامل^(١) ، في حين نصت المادة ٦٥ من قانون العمل البحريني الحالي على أن الحد الأقصى لهذه الأجازة هو خمسة وخمسون يوماً يستحق العامل عن الخمسة عشر يوماً أجره كاملاً ، ثم يستحق بعدها عشرين يوماً بنصف أجر ، ثم يستحق عشرين يوماً أخرى بدون أجر^(٢) .

واعتقد أن هذا النص محل نظر لأنه كان من المفروض أن يعطى العامل أجره كاملاً طوال أيام أجازته المرضية إلى حدها الأقصى ، وفقاً لمبدأ الغرم بالغنم ، فكما يغنم رب العمل كثيراً من وراء عمل عماله ، فليس أقل من أن يدفع لهم أجرهم كاملاً في أيام أجازتهم المرضية ، لاسيما وأن العامل غالباً ما لا يكون له دخل آخر إلى جانب أجره فحرمانه من الأجر رغم مرضه يزيد من هذا المرض ويضاعف آلامه عليه .

كما أنني لست مع وضع حد أقصى لمدة الأجازة المرضية للعامل ، ولا ينبغي أن يفهم من ذلك أنه يمثل دعوة لفتح باب التحايل أمام العامل ليقضي السنة في أغلبها في أجازات مرضية ، لأننا لا نعتد بحق العامل في هذه الأجازة المرضية إلا بعد إثباته شروط استحقاقه لها ، على نحو يضمن لنا صدق العامل في إدعائه المرض وعدم لجوئه إلى الحيلة في إثباته ، هذا بالإضافة إلى أنه يجب أن يربى العامل على الصدق فلا يكذب ، وعلى الأمانة في أداء العمل فلا يخون رب العمل بحرمانه من جهده وعمله بحجة المرض الكاذب أو الصوري دون أن يكون مريضاً فعلاً ، وإلا كان غاشياً له وظالماً له (بحرمانه من جهده لسبب مكذوب دون وجه حق وظالماً لنفسه) بإيقاعها في براثن الكذب ، وأخذ أجر من رب العمل عن بعض أيام أجازته دون وجه حق فيأكل من ثم من ماله بالباطل) ، وصدق الله العظيم إذ يقول (يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله ورسوله وتخونوا أمانتكم وأنتم تعلمون)^(٣) ، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم ” من غشنا فليس منا ”^(٤) .

وليس ثمة مانع للتحرز من كذب العامل أو لتوفير الطمأنينة لدى رب العمل أن يشترط رب العمل على هذا العامل أن يجري الكشف عليه عن طريق طبيب متخصص تابع لرب العمل ليتأكد من صدق إدعائه بالمرض أو عدم صدقه .

ومن ناحية أخرى فإن العامل المريض عضو في فريق العمال المشاركين في العمل داخل المشروع ، ولذا ينبغي أن يتحمل صاحب هذا المشروع تبعات مرض أحد العمال كلما اعتل جسمه بهذا المرض ، دون أن يجعل لهذه الأجازة حداً أقصى لمدتها ، لاسيما وأن المرض لا دخل للإنسان في حدوثه له سواء كان عاملاً أو غير عامل ، ومن ثم لا ينبغي حرمان العامل من حقه في الحصول على الأجازة المرضية كلما ابتلي بمرض يحتاج إلى الراحة والمداواة ، حتى وإن زاد عدد أيام الأجازة المرضية عن خمسة وأربعين يوماً كما في ظل قانون العمل البحريني السابق أو زادت

١ . وفي ذلك تنص هذه المادة على أنه ” للعامل الذي أمضى فترة التجربة بنجاح ويثبت مرضه بموجب شهادة الطبيب الذي يعينه صاحب العمل أو الطبيب المسؤول بأحدى المؤسسات الصحية الحكومية الحق في الإجازات المرضية التالية خلال السنة الواحدة: خمسة عشر يوماً باجر كامل ، خمسة عشر يوماً بنصف اجر ، خمسة عشر يوماً بدون أجر..... ” .

٢ . إذ تنص هذه المادة على أن ” يكون للعامل الذي أمضى في خدمة صاحب العمل ثلاثة أشهر متصلة وثبت مرضه واستحقاقه لإجازة مرضية بموجب شهادة من أحد المراكز الصحية الحكومية أو إحدى العيادات المعتمدة من قبل صاحب العمل ، الحق في الإجازات المرضية التالية خلال السنة الواحدة: ١- خمسة عشر يوماً مدفوعة الأجر ٢- عشرين يوماً بنصف أجر ٣- عشرين يوماً بدون أجر .

٣ . الآية رقم ٢٧ من سورة الأنفال .

٤ . رواه الإمام مسلم في صحيحه .

عن خمس وخمسين يوماً في ظل قانون العمل البحريني الحالي، بل ولا بد أن تكون جميع مدة الأجازة المرضية بأجر كامل وليس بنصف أجر أو بدون أجر، وإذا حدث أن زادت مدة مرض العامل عن قدر معين مرهق لصاحب العمل أو زاد عدد العمال المرضى عن قدر معين يرهق صاحب العمل، فعندئذ يجب تدخل الدولة من خلال وزارة التأمينات الاجتماعية فتتحمل أجر هذا العامل المريض أو هؤلاء العمال المرضى.

وقد أعطى القانون للعامل الذي لم تكفه مدة الأجازة المرضية لطلب العلاج للشفاء من مرضه، أن يحصل على مدة أخرى يجري خصمها من أجازته السنوية (م ٨٣ عمل بحريني سابق^(١))، م ٦٦ عمل بحريني حالي^(٢))، وهذا النص أو ذلك في اعتقادي محل نقد لأن حق العامل في الأجازة السنوية يتغيا راحة العامل بعد عام طويل من العمل ليهنأ خلالها مع أسرته وذويه ولا شك أن السماح بالخصم منها لصالح مداواة العامل من مرضه، يضيع الغاية من هذه الأجازة، فضلاً عن أن فيه معنى المؤاخذة للعامل على شئ لا دخل له فيه ألا وهو المرض.

كما أعطى القانون للعامل الذي لم يستفد من كل أو بعض مدة الأجازة المرضية في سنة من السنوات أن يضمها أو يضم المتبقي له منها ليحصل عليه في إحدى السنوات اللاحقة، شريطة ألا يزيد حاصل مجموع الأجازات المرضية المضمومة إلى بعضها سواء ما كان منها بأجر كامل أو بنصف أجر عن قدر معين (هو مائة واثنين وثمانين يوماً في هذه السنة في ظل قانون العمل البحريني السابق^(٣))، وهو مائتان وأربعين يوماً في ظل قانون العمل البحريني الحالي^(٤).

وهذا النص أو ذلك في اعتقادي محل نقد، لأن الأجازة المرضية للعامل لا تستحق له إلا بسبب المرض، فإذا لم يمرض العامل خلال هذه السنة فلا شيء له عن هذه السنة، ولا غرابة في ذلك، بل وعليه أن يحمد الله عز وجل لأن حق العامل في الحصول على هذه الأجازة المرضية مشروط بمرضه، فإن انتفى المرض انتفى الحق في هذه الأجازة، بل إن العكس هو الذي يمثل غرابة في الفكر، لأنني أعتقد أن حق العامل في هذه الأجازة حق معلق على شرط واقف وهو المرض، فإن لم يتحقق الشرط (المرض) لم يثبت الحق في هذه الأجازة، ومن ثم تتعذر إضافته إلى سنة أخرى، إذ لا ينبغي أن يضاف إلا الموجود، وهذا الحق مع انعدام تحقق الشرط المعلق عليه لا يكون موجوداً، وليحمد الله هذا العامل أنه لم يبطل هذا العام بالمرض حتى يثبت له حق في أجازة مرضية خلالها، بل إن الله عفاه من المرض وابتلى غيره من العمال، وهذا يعطي فرصة لغيره ممن ابتلوا من العمال بالمرض أن يأخذوا الوقت الكافي لعلاجهم دون أن يخضم أصحاب الأعمال من أجورهم شيئاً مهما طال مدة مرضهم، وهذا مما لا شك فيه يجعل عمال أي مشروع في تعاونهم وتلاحمهم مثل الجسد الواحد الذي إذا اشتكى منه عضوٌ واحدٌ تداعت له سائر الأعضاء بالسهر والحمى، كما يجعل صاحب العمل لا يتضرر من حصول

١. إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا تجاوزت مدة غياب العامل بسبب المرض الأجازة المرضية المستحقة له جاز خصم مدة الزيادة من أجازته السنوية المستحقة " .

٢. إذ تنص هذه المادة على أنه " للعامل المريض أن يستفيد من رصيد إجازته السنوية إلى جانب ما يستحقه من إجازة مرضية. " ويعاب على هذه الصياغة عدم دقتها لأنها بحسب عباراتها لا تفيد أكثر من استفادة العامل من رصيد أجازته السنوية ورصيد أجازته المرضية، لكن كان من المفروض أن يكون التعبير بحق العامل المريض في أن يستفيد من رصيد أجازته السنوية فيخصم منها ما يحتاج إليه في مرضه من قدر زائد عن مدة أجازته المرضية. .

٣. إذ تنص المادة ٨٢ من قانون العمل البحريني السابق على أنه " ويجوز تجميع الأجازات المرضية المستحقة للعامل بأجر كامل أو جزئي لمدة لا تزيد على (١٨٢) يوماً " .

٤. إذ تنص المادة ٦٥ من قانون العمل البحريني الحالي على أنه " ويجوز تجميع رصيد الإجازات المرضية المستحقة للعامل بأجر أو بنصف أجر لمدة لا تزيد على مائتين وأربعين يوماً " .

العامل المريض مرضاً فعلياً أعلى أجازة مرضية قد تزيد في مدتها عن حد معين من الأيام حتى يتماثل العامل للشفاء ، حامداً ربه أن جعل بفضلها باقي عماله في عافية أصحاء لم تصبهم أمراض أو حتى وإن أصيب البعض منهم فقد بقي الكثير منهم أيضاً في صحة وعافية فيستفيد من عملهم لديه دون أن يحق لواحد منهم أن يطالبه بأيام الأجازة المرضية عن سنة ما لم يمرض فيها من أجل سنة أخرى لاحقاً عليها .

ثم كيف يعقل أن يكون العامل لم يمرض أصلاً في عام ثم يطالب بحقة في أجازة المرض بعد ذلك ، فحقه في الأجازة مشروط بالمرض ، ومن ثم لا يتصور أن يثبت له حق أصلاً حتى يطالب بتجميعه أو ضمه إلى سنة لاحقاً ، ثم هو لن يحتاج إلى ذلك ما دام أن حقه في العلاج من مرضه غير مقيد بأمدة معين، ومأ دام أن ظروف مرضه تقتضي ذلك دون غش أو خداع ، ولا شك أن هذا يجعل العامل مطمئناً في مرضه فيكون له مردوده الإيجابي على نفسيته مما يجعل بشافته ، فضلاً عن أنه يجنبه الاتجاه إلى الحيلة في سبيل ممارسة حقه في الأجازة المرضية لحين تمام شفائه .

ويعتبر حق العامل في الأجازة المرضية متعلقاً بالنظام العام ، فلا يجوز . من ثم . حرمان العامل من هذا الحق ولا يجوز حرمانه من الأجر المستحق له خلالها حسب الحدود المقررة قانوناً لذلك ، ولا يجوز إنقاص مدة هذه الأجازة ، وحرمان العامل من حقه في تجميع إجازته المرضية عن سنوات سابقة ليأخذها عند الحاجة إليها في سنة ما من السنوات اللاحقة .

وليس من حق العامل أن يستغل إجازته السنوية لغير مقصودها الذي فرضت من أجله والمتمثل في الراحة والاسترخاء من عناء عمل دؤوب طوال السنة لاستعادة نشاطه وقواه ، ولذا ليس من حقه أن يعمل خلال إجازته السنوية لدى صاحب عمل آخر ، وإلا كان من حق صاحب العمل أن يحرمه من أجره خلالها أو يسترده منه إذا كان قد عجله له ، مع كمال حقه في مجازاته تأديبياً على هذه المخالفة ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٦٢ من قانون العمل البحريني الحالي على أن " لصاحب العمل أن يحرم العامل من أجره عن مدة الإجازة أو يسترد ما أداه من أجر عنها إذا ثبت اشتغاله خلال مدة إجازته لدى صاحب عمل آخر، وذلك دون إخلال بالمسؤولية التأديبية. (١) "

المطلب الثاني

إجازة الحج

نظراً لأن المسلم يجب عليه الحج دون تباطؤ أو تراخ متي كان بالغاً عاقلاً وكان قادراً على تكاليف الحج وتكاليف من يعوله أو يعولهم ، تنفيذاً لأمر الله تعالى إذ يقول (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ومن كفر فإن الله غني عن العالمين) (٢) ، لذا فقد اعترف واضع القانون للعامل المسلم بالحق في الحصول على أجازة للحج مرة واحدة خلال مدة عمله (٨٨م) عمل بحريني سابق ، م ٦٧ عمل بحريني حالي) ، وذلك إعانة له على أداء واجبه

١ . وجدد بالذکر أن قانون العمل السابق لم يورد نصاً خاصاً مماثلاً بين النصوص المنظمة للإجازة السنوية ، لكن أورد نصاً عاماً بشأن جميع الإجازات الخاصة بالعمل يمنع العامل من العمل خلالها لحساب صاحب عمل آخر وإلا كان من حق صاحب العمل حرمانه من الأجر خلالها ، إذ نصت المادة ٨٩ منه على أنه " لا يجوز للعامل أثناء تمتعه بإجازته المنصوص عليها في هذا الباب أن يعمل لدى صاحب عمل آخر . فإذا أثبت صاحب العمل أن العامل قد خالف ذلك فله أن يحرمه من أجره عن مدة الإجازة .

٢ . الآية رقم ٩٧ من سورة آل عمران .

وإسقاطه لهذا التكليف عن كاهله ، وجعل مدة هذه الإجازة أسبوعين^(١)، خلافاً عن المدة السابقة المقررة في قانون العمل البحريني السابق قبل التعديل ، والتي كانت عبارة عن أربعة أسابيع^(٢) وقد جعلها قانون العمل البحريني الحالي مدة أربعة عشر يوماً بأجر كامل مادام هذا العامل قد أمضى خمس سنوات متصلة في خدمة صاحب العمل ، هذا مع استحقاق العامل فيها أجره كاملاً^(٣)، خلافاً للوضع قبل التعديل ، إذ كانت مدة إجازة الحج بلا أجر للعامل ، وأرى أفضلية اتخاذ موقف وسط بين هذين المسلكين لتحقيق التوازن المعقول بين مصلحة العامل ومصلحة رب العمل ، فيتحمل رب العمل نصف أجر العامل خلال تلك الإجازة ويتحمل العامل النصف الباقي فيدخله في مؤنة الحج التي إن لم يقدر على تحملها فلا يكلف شرعاً بأداء فريضة الحج ، لأن الأصل ألا يتكلف رب العمل شيئاً عن إجازة العامل في الحج ، فإذا تدخل القانون وكلفه بشيء في خصوص إجازة العامل للحج فالأفضل الرفق في هذا التكليف في مواجهة رب العمل وتجنب طابع التطرف والإفراط في إلقاء العبء عليه من قبل واضع القانون ، والذي عادة ما لا يسلم من الانزواء إليه بقصد أو بغير قصد عند تدخله لحماية أي طرف ضعيف ، تحت تأثير رغبته الملحة والجامحة في رعاية هذا الطرف الضعيف ، وذلك شريطة أن يكون هذا العامل قد أمضى في خدمة صاحب العمل داخل المنشأة أو المصنع أو الشركة مدة لا تقل عن خمس سنوات متصلة ، وذلك خلافاً للوضع قبل التعديل ، فقد كان يرخص للعامل بالحصول على هذه الإجازة أياً كانت مدة عمله لدى صاحب العمل ، وقد كان من الأوفق ألا يشترط مدة معينة من الخدمة لمنح العامل إجازة الحج ، لأنها ليست إجازة ترفيهية ، وإنما هي إجازة لازمة للعامل لأداء نسك واجب ديني مفروض عليه أدائه على التراخي لكن دون إبطاء أو تأخير ليبراً بعدها من دين الله الذي يفضل التعجيل بأدائه كلما أمكن إلى ذلك سبيلاً دون إبطاء أو تأخير ، ولذا يقول النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك (حجوا قبل ألا تحجوا^(٤)) ، فقد يمنع الإنسان من الحج في مستقبله المرض أو الشيخوخة أو حتى الموت ، فلا ينتظر حتى يأتيه واحد من هذه الموانع ، بل يبادر إلى أداء هذا الواجب ، وهذا يقتضي إعانة العامل على طلبه لهذه الإجازة دون تأقيتها بمدة خدمة معينة ، أو على الأكثر إن لزم اشتراط مدة معينة فيكفي أن تشترط مدة سنة واحدة من الخدمة يكون العامل قد قضاها قبل طلب هذه الإجازة.

ولكن يراعى أن يترك أمر تنظيم حصول العامل على حقه في هذه الإجازة في يد رب العمل في ضوء ظروف العمل ومتطلبات سيره وبين ظروف العامل طالب هذه الإجازة ، وذلك مراعاة لتحقيق التوازن المعقول بين مصلحة العامل في هذه الإجازة حتى لا يحرم كلية منها ومصلحة رب العمل حتى لا يضار عمله ، أو يتعطل سيره أو انتظامه من جراء حصول العامل على تلك

١. إذ تنص المادة ٨٨ عمل بحريني سابق بعد التعديل الذي جرى في ٢٠٠٥/٨/١٥م بموجب القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥م " للعامل المسلم أن يحصل على إجازة لمدة أسبوعين بأجر كامل لأداء فريضة الحج مرة واحدة طوال مدة الخدمة ، بشرط ألا تقل مدة خدمته لدى صاحب العمل عن خمس سنوات متصلة " .

٢. إذ تنص المادة ٨٨ عمل بحريني سابق قبل التعديل على أن " للعامل المسلم أن يحصل على إجازة بدون أجر لا تتجاوز أربعة أسابيع لأداء فريضة الحج مرة واحدة طوال مدة خدمته " . ويراعى أن مدة إجازة الحج الآن كافية في ظل وسائل المواصلات الحديثة المتطورة والسريعة ، ولم يعد الناس بحاجة إلى المدة القديمة المتمثلة في أربعة أسابيع ، لأن السفر قديماً كان شاقاً ويستغرق وقتاً طويلاً ويحتاج إلى راحة من بعده حتى يستجمع الحاج قواه من مشاقه ومتاعبه ، بل إن مناسك الحج ذاتها صار أدائها ميسراً وسهلاً إذا ما قورنت بالسنوات الماضية خلال العقود الثلاثة من القرن الماضي ، ولم يعد الحاج يعاني كثيراً في أدائها .

٣. إذ تنص المادة ٦٦ عمل بحريني حالي على أنه " للعامل المسلم الذي أمضى في خدمة صاحب العمل مدة خمس سنوات متصلة الحق في إجازة مدة أربعة عشر يوم عمل مدفوعة الأجر لأداء فريضة الحج " .

٤. (رواه البيهقي والدارقطني من حديث أبي هريرة مرفوعاً ، وحكم عليه الألباني بالوضع في الجامع الصغير .

الإجازة، ولذا يرخّص لرب العمل أن يرفض حصول العامل على هذه الأجازة في عام معين ، ما دام أن ذلك الرفض تقتضيه مصلحة العمل ، وخلا في نفس الوقت من مظاهر التّعسف في استعمال الحق ، لاسيما وأنه رفض مؤقت وليس رفضاً تاماً ، لأن رب العمل سيوافق على تلك الإجازة في عام لاحق على ذلك العام الذي رفض فيه منح العامل هذه الإجازة بعد أن تنتهي ظروف العمل بصورة تسمح له بإعطائه تلك الإجازة بلا عنت أو تعسف . وإذا تعدد العمال الراغبون في الحصول على هذه الإجازة في نفس العام أجرى رب العمل مفاضلة بينهم على أساس الأقدم خدمة منهم ، فإن تساوت مدة خدمتهم كانت الأولوية للأكبر منهم سناً .

وليس للعامل حق طلب هذه الإجازة أكثر من مرة واحدة طوال مدة خدمته لدى أي صاحب عمل ، ولذا يرخّص لأي صاحب عمل أن يرفض منح العامل إجازة حج للمرة الثانية ، حتى وإن كان قد حصل على إجازة الحج لدى صاحب عمل سابق ، وإذا وافق رب العمل على منح أحد العمال إجازة حج مرة ثانية جديدة فله ذلك ، لكن ليس معنى هذا أنه يمكن لأي عامل أن يلزمه بقبول منح أي عامل آخر غيره إجازة حج للمرة الثانية .

وينبغي مراعاة أن هذه الإجازة ترتبط بديانة العامل ، ومن ثم فهي لا تمنح إلا للعامل المسلم فقط مساعدة له على أداء هذه الشعيرة الواجبة من شعائر دينه الحنيف ، فلا يحق للعامل غير المسلم أن يطلبها ، إلا إذا دخل في الإسلام وأصبح فرداً من أفرادهِ .

المطلب الثالث

الإجازات الرسمية

لم يشأ واضع القانون أن يتجاهل حق العامل بوصفه عضواً من أعضاء المجتمع في مشاركة أفراد هذا المجتمع الذي يعيش فيه أفراحهم خلال مناسباتهم الاجتماعية والدينية والقومية ، فاعترف للعامل بالحق في الحصول على إجازات رسمية بصفة دورية كل عام عند حلول مناسبة من هذه المناسبات الرسمية يتيح للعامل التفاعل والتعاظم مع هذه المناسبة على الوجه الذي ينشده ويتمناه بوصفه عضواً فاعلاً في هذا المجتمع لا يحق له أن ينسلخ عن بقية أفرادهِ بل يجب عليه أن يشاطرهم في الاحتفاء بمناسباتهم الرسمية .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٨١ من قانون العمل البحريني السابق على أن يمنح العامل بأجر كامل أجازة رسمية في المناسبات الآتية : يوم واحد في أول رأس السنة الهجرية (أول محرم)، وأول رأس السنة الميلادية ، وذكرى مولد النبي محمد صلى الله عليه وسلم (الثاني عشر من ربيع الأول ، ويوم العمال العالمي (أول مايو) ، يومان في ذكرى عاشوراء التاسع والعاشر من محرم ، وذكرى العيد الوطني في السادس عشر والسابع عشر من ديسمبر ، ثلاثة أيام في العيدين ، عيد الفطر المبارك في الأيام الثلاثة الأوائل من شهر شوال ، وعيد الأضحى المبارك في أيام العاشر والحادي عشر والثاني عشر من شهر ذي الحجة .

ولما صدر قانون العمل البحريني الحالي أثبت حق العامل في الحصول على إجازة في المناسبات الرسمية بأجر كامل دون تحديد لهذه المناسبات ولا عدد أيامها تاركاً هذه المهمة برمتها لمجلس الوزراء الذي يصدر فيها قراره بناء عرض يقدمه إليه وزير العمل ، وهذا مسلك محمود لواضع القانون الحالي بفضل فيه واضع القانون السابق ، نظراً لما تقتضيه مصلحة الدولة أحياناً من إنقاص أو زيادة قدر عدد أيام إجازة بعض المناسبات الرسمية أو حتى تغيير مواعدها أو حتى إلغائها بما لا يتعارض مع النظام العام في المجتمع ، ولذلك نصت المادة ٦٤

منه على أن " للعامل الحق في إجازة بأجر كامل في الأعياد، والمناسبات الرسمية التي يصدر بتحديدها قرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير."

ويراعى أن هذه الإجازات الرسمية يتعطل فيها العمل سواء على مستوى القطاع الأهلي أو قطاع الحكومة، ويثبت الحق فيها لكل عامل أيا كانت طبيعة عمله أو حجمه، وأيا كان عدد العمال، وأيا كانت مدة خدمته لدى رب العمل، وبغض النظر عن ديانتهم، حتى وإن غلب على إحدى هذه الإجازات أو بعضها طابع ديني خاص بإحدى الديانات السماوية، بل وبغض النظر عن جنسية العامل أو قوميته، أي حتى وإن كان للإجازة طابع خاص بالانتماء لدولة معينة دون غيرها من الدول.

ويراعى أنه إذا صادف أن وقع يوم الراحة الأسبوعية مع أحد أيام الأجازات الرسمية، أن يعطي العامل يوماً بديلاً عنه بأجر كامل، فيعامل هذا اليوم معاملة يوم الإجازة الرسمية ويسري عليه حكم تلك الإجازة (م ٨١ عمل بحريني سابق^(١))، م ٦٤ عمل بحريني حالي^(٢).

وينطبق نفس الحكم إذا تداخل يوم إحدى الأجازات الرسمية مع يوم إجازة رسمية أخرى، كأن يأتي يوم مولد النبي الكريم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم مع أحد يومي العيد الوطني، فعندئذ يعطي العامل يوماً بديلاً عنه بأجر كامل، فيعامل هذا اليوم معاملة يوم الإجازة الرسمية ويسري عليه حكم تلك الأجازات (م ٣/٨١ عمل بحريني سابق، م ٣/٦٤ عمل بحريني حالي).

ولا يجوز للعامل العمل لدى رب عمل آخر في أي يوم من أيام هذه الأجازات الرسمية، على أساس أنه خلال تلك الأجازات يكون محتسباً على العمل لدى رب العمل الذي يربطه معه عقد العمل، وإلا كان لرب العمل حق حرمانه من أجر هذه الأجازات أو استرداده منه إذا كان قد صرفه له.

بيد أنه يرخص لرب العمل تشغيل العامل في أي من هذه الإجازات الرسمية خروجاً على القاعدة العامة عند توافر هذين الشرطين:

١- الشرط الأول: أن تستلزم ظروف العمل تشغيل العامل في هذه الإجازة الرسمية، عندئذ يمكن لرب العمل تكليف العامل بالعمل دون حاجة إلى رضاه، بل وله إن رفض الإنصياع لأمره له بالعمل في أي يوم من أيام إجازته الرسمية رغم أن ظروف العمل تحتم ذلك أن يوقع عليه جزاءً تأديبياً.

وينبغي مراعاة أنه لا يجوز لرب العمل أن يتعسف في استعمال حقه في تشغيل العامل في أي يوم من هذه الإجازات الرسمية، فيكلفه بالعمل في ذلك اليوم دون أن تقتضي ظروف العمل أداءه العمل في هذا اليوم، وإلا كان من حق العامل الرجوع عليه بالتعويض عن هذا التعسف في استعمال الحق.

٢- الشرط الثاني: تعويض العامل مالياً عن هذا اليوم بنسبة لا تقل عن مائة وخمسين في المائة من أجره المستحق عن هذا اليوم، مضافاً إلى أجره المعتاد عن ذلك اليوم.

وقد جعل القانون لرب العمل خياراً آخر لهذا التعويض المالي عن يوم تشغيله العامل في

١. إذ تنص الفقرة الثالثة من هذه المادة على أنه " وإذا وقع يوم الجمعة، أو يوم عطلة رسمية، في أي يوم من أيام العطل المذكورة في هذه المادة، يعرض عنه بيوم آخر".

٢. إذ تنص الفقرة الثالثة من هذه المادة على أنه " وإذا صادف أي من هذه الأيام يوم الجمعة أو يوم عطلة رسمية عوض العامل عنه بيوم آخر".

أجازته الرسمية، مفاده أن يمنح العامل يوماً بديلاً عن هذا اليوم، وهذا اتجاه منتقد لأن العامل الذي يفوته يوم من أيام الإجازات الرسمية لا يعوضه أي يوم بديلاً عنه لأنه بفوات ذلك اليوم بالذات فقد فاتته فرحة المناسبة التي من أجلها تقررت الإجازة أصلاً في ذلك اليوم، فلا ينبغي أن يفوت عليه أيضاً التعويض المالي عن ذلك اليوم بحرمانه منه وإعطاء رب العمل خيار تقرير يوم آخر بديلاً عن يوم تلك الإجازة، ولذا أعتقد أن العامل وقد فاتته أجواء يوم المناسبة الدينية أو القومية أو الاجتماعية يكون من الأفضل منحه التعويض المالي فهو البديل المناسب للتخفيف من وطأة حرمانه من مشاركة الناس فرحة ذلك اليوم أو يجعل الخيار بين اليوم البديل أو أجر يوم الإجازة ، وقد أخذ قانون العمل البحريني الحالي بهذا الخيار .

وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢/٨١ من قانون العمل البحريني السابق على أنه ” وإذا استدعت ظروف العمل تشغيل العامل في أحد أيام الإجازات الرسمية يقرر له أجر إضافي يعادل ١٥٠% من أجره العادي أو يمنح أياماً أخرى عوضاً عنها حسب اختياره.

وتنص المادة ٢/٦٤ عمل بحريني حالي على أنه ” ويجوز لصاحب العمل تشغيل العامل في أي من هذه الأيام إذا اقتضت ظروف العمل ذلك، ويستحق العامل في هذه الحالة أجره عن هذا اليوم وأجراً إضافياً يعادل ١٥٠% من هذا الأجر، أو يمنح يوماً آخر عوضاً عنه حسب اختيار العامل للأجر الإضافي أو الإجازة.“

المبحث التاسع

الإلتزام بتوفير الرعاية الصحية للعمال في قانوني العمل البحريني

لقد أوجب القانون على رب العمل التزاماً بتوفير وسائل الإسعافات الطبية الأساسية لعماله أياً كان عدد هؤلاء العمال ، إضافة إلى إلزامه في حالة زيادة عدد عماله عن خمسين عاملاً بتقديم الرعاية الصحية الأساسية لهؤلاء العمال ، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

الإلتزام بتوفير وسائل الإسعاف الأولية في كافة المنشآت

من البدهي أن يكلف القانون صاحب العمل الذي يستعمل عمالاً في عمل معين أياً كان عددهم بتوفير وسائل الإسعافات الأولية الطبية ، حتى يتسنى له إسعاف العامل على وجه السرعة عند إصابته أثناء العمل لحين نقله إلى أقرب مستشفى أو مركز صحي لاتخاذ ما يلزم من عمل طبي لحالته.

وتطبيقاً لذلك أوجب قانون العمل البحريني على رب العمل توفير صندوق أو أكثر للإسعافات الأولية الطبية مزوداً بالأدوية وغيرها من المواد اللازمة لإسعاف العمال عند حدوث أية إصابات أو أمراض أثناء أدائهم العمل ، ولضمان توفير القدر اللازم والضروري لإسعاف العمال فقد أوجب القانون على وزير الصحة التنسيق مع وزير العمل من أجل إصدار القرار الذي يحدد على وجه الدقة حجم ومحتوى الأدوية والإسعافات الأولية الطبية التي يجب أن يتضمنها هذه الصندوق أو تلك الصناديق، وما يلزم لها من وسائل لحفظها، وشروط من يتولى

القيام بتقديم هذه الإسعافات الأولية الطبية للعمال^(١).

وتنفيذاً لهذا التفويض التشريعي فقد أصدر وزير الصحة البحريني قراراً رقم ٧ لسنة ١٩٧٦م^(٢)، متضمناً على وجه دقيق ومفصل كل ما يجب أن يحتوي عليه صندوق الإسعافات الطبية الأولية وحجم هذه الأدوية مفرقاً في هذا الشأن بين المنشآت التي تستخدم عشرة عمال فأقل، وتلك المنشآت التي تستخدم عشرة عمال فأكثر، وزاد من نطاق تلك الحماية إذا زاد عدد عمال المنشأة عن خمسين عاملاً، وأوجب القرار أن تتعدد هذه الصناديق بتعدد مراكز العمل التابعة لرب العمل الواحد (المادة الأولى من القرار الوزاري) .

وفي خصوص ما يلزم من وسائل لحفظ الإسعافات الأولية الطبية، فقد أوجب القرار الوزاري سالف الذكر وضع صندوق هذه الإسعافات في مكان قريب يسهل الوصول إليه بعيداً عن أخطار العمل، وأن يجري حفظ وترتيب هذه الأدوية داخل تلك الصناديق في درجات حرارة مناسبة لها حتى لا تفسد أو تتفاعل مع درجات الحرارة مما يؤثر في فاعليتها في تحقيق الفرص المقصودة منها ، كما يفضل أن يكون هذه الصندوق على مقربة من مصدر فيه ماء داخل المنشأة (م ٣ من القرار الوزاري سالف الذكر) .

كما أوجب القرار ذاته فيمن يتولى تقديم الإسعافات الطبية الأولية أن يكون على دراية وعلم بالأدوية والأدوات الطبية الموجودة داخل الصندوق، وأن يكون قد اجتاز دورة تدريبية في الإسعافات الطبية الأولية معترفاً بها من وزارة الصحة (المادة الخامسة من القرار الوزاري سالف الذكر)، وذلك حرصاً على صحة العمال من مخاطر جهل من يقدم لهم هذه الإسعافات الأولية أو عدم كفاءته في تقديمها .

المطلب الثاني

الإلتزام بتوفير الرعاية الصحية الأساسية في المنشآت الكبرى

لقد حرص واضع قانون العمل البحريني على توسيع نطاق الرعاية الصحية المفروضة على أرباب الأعمال لصالح العمال ، فلم يكتف بمجرد إلزام صاحب العمل أياً كان عدد عماله بتوفير الإسعافات الطبية الأولية ، بل فرض إلى جانب ذلك على صاحب العمل أياً كان عدد عماله أيضاً إلتزاماً بتوفير الرعاية الصحية لجميع عماله ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ١٧٢ من قانون العمل البحريني الحالي بقولها ” يلتزم صاحب العمل بتوفير الرعاية الصحية الأساسية لعماله، أياً كان عددهم، طبقاً للنظام الذي يصدر بتحديد قرار من وزير الصحة بالاتفاق مع الوزير“ . وهذا بخلاف ما كان عليه الحال في ظل قانون العمل البحريني السابق الذي كان يقصر الإلتزام بتوفير الرعاية الصحية الأساسية للعمال على المنشآت الكبرى التي تستوعب عدداً معيناً من العمال قدره بأكثر من خمسين عاملاً ، وتطبيقاً لذلك كانت تنص المادة ٩٥ من قانون العمل البحريني السابق على أن ” تلتزم المنشأة بتوفير الرعاية الصحية الأساسية

١ . وهذا عين ما كانت تنص عليه المادة ٩٩ من قانون العمل البحريني السابق ” على صاحب العمل أن يعد صندوقاً أو أكثر للإسعافات الطبية مزوداً بالأدوية وغيرها مما يلزم للإسعافات الأولية الطبية. ويصدر وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراراً بما يجب أن يحتويه صندوق الإسعافات الأولية وكمياتها وكذلك تنظيم وسائل حفظها وشروط من يقوم بالإسعافات الطبية اللازمة لهذا الشأن“ . وما نصت عليه المادة ٣/١٧١ من قانون العمل البحريني الحالي ” أن يوفر لعماله وسائل الإسعافات الطبية وعلاج الحالات الطارئة طبقاً للنظام الذي يصدر بتحديد قرار من وزير الصحة بالاتفاق مع الوزير ” .

٢ . انظر هذا القرار بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٦/٨/١٩م، العدد ١١٨٩ .

لعمالها إذا تجاوز عددهم خمسين عاملاً، وذلك طبقاً لما يصدره وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العمل والشؤون الاجتماعية من قرارات في هذا الشأن ” .

المطلب الثالث

ماهية الرعاية الصحية الأساسية وأشكالها

وقد جاء القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٧م ليبين لنا في مادته الثالثة ماهية الرعاية الصحية الأساسية التي يجب على المنشآت الكبرى (أي التي تضم أكثر من خمسين عاملاً) توفيرها لعمالها ، لتشمل المظاهر الآتية :

- ١- توقيع الكشف الطبي على العمال بمعرفة الأطباء .
- ٢- إجراء التحاليل المخبرية وصور الأشعة .
- ٣- تقديم الأدوية اللازمة للعلاج خارج المستشفى .
- ٤- رعاية الأمومة للعاملات أثناء فترة الحمل .
- ٥- تحصين عمال المنشأة ضد الأمراض السارية طبقاً للتعليمات التي تصدرها وزارة الصحة في هذا الشأن .
- ٦- إعداد البرامج الخاصة لوقاية عمال المنشأة من أخطار الأمراض المهنية رغبة في اكتشافها مبكراً و متابعة تطورها وعلاجها .

شروط أو مواصفات الرعاية الصحية الأساسية:

لقد اشترط القرار الوزاري على المنشآت الكبرى عند تقديمها لصور وأشكال الرعاية الصحية الأساسية لعمالها مراعاة المواصفات والمبادئ الأساسية الآتية :

- ١- توفير هذه الرعاية الصحية للعمال طوال اليوم (ليلاً ونهاراً) ، وأثناء أيام العطل .
- ٢- توفير المنشأة كافة الوسائل المادية (من أبنية وأدوات ومعدات طبية) والبشرية (من أطباء ومساعدين فنيين) القادرة على تقديم صور الرعاية الصحية الأساسية وفق التعليمات التي تصدرها وزارة الصحة في هذا الشأن .
- ٣- مراعاة أن يكون مركز خدمات الرعاية الصحية الأساسية للعمال قريباً من سكن العاملين بالمنشأة قدر الإمكان ، ولاسيما في أثناء النهار .
- ٤- يجب تقديم صور الرعاية الصحية الأساسية لجميع العمال داخل المنشأة دون أي تمييز بينهم في هذا الخصوص بسبب الجنس أو الجنسية أو الوظيفة .

ونظراً لأن هذه الرعاية الصحية الأساسية بأشكالها وصورها سالف الذكر ، فضلاً عن شروط ومواصفات تقديمها للعمال تتطلب ميزانيات مالية ضخمة لا تقوى على تحمل عبء القيام بها سوى المنشآت الكبرى ، لذا لم يفرضها واضع قانون العمل البحريني إلا على المنشآت التي تستخدم أكثر من خمسين عاملاً، بل هو قد افترض احتمالية عجز مثل هذه المنشآت الكبرى في الاضطلاع بمتطلبات هذه الرعاية الصحية الأساسية على الوجه المطلوب ، فأوجد

لها الحل البديل الذي يعينها على تنفيذ التزامها بصورة مبررة لذمتها أمام عمالها ومحققة في نفس الوقت لمصلحة العمال في الحصول على الرعاية الصحية الأساسية المنشودة ، عن طريق الاستعانة بوزارة الصحة لتتوب عنها في أداء متطلبات تلك الرعاية مقابل مبلغ من المال تدفعه المنشأة للوزارة سنوياً عن كل عام مقداره ثلاثون ديناراً عن العامل غير البحريني ، وثمانية عشر ديناراً عن العامل البحريني (المادة الخامسة من القرار الوزاري سالف الذكر) .

واعتقد من جانبي أن هذا الحل البديل ينبغي أن يكون هو الأصل الذي لا بديل له ، حتى يمكن تعيل هذا الالتزام عن عاتق أرباب الاعمال في مواجهة عمال ، لأن متطلبات تنفيذ هذا الالتزام تفوق في اعتقادي طاقات أية منشأة خاصة إذا ما أريد منها الوفاء بهذا الالتزام بصورة مرضية وبشكل لائق بصحة العامل وكرامته ، ولا عجب في ذلك فإن الدولة في كثير من الحالات بوزارتها المختصة (ممثلة في وزارات الصحة بكل هيئاتها وفروعها المنتشرة داخل الدولة) وإمكاناتها الضخمة تعجز في كثير من الأحيان عن حسن الاضطلاع بدورها المرسوم لها في توفير الرعاية الصحية اللازمة لرعاية تلك الدول ، وتحاول حثيثاً أن تحقق القدر الضروري بشق الأنفس لتلك الرعاية .

ولمزيد من الحماية والرعاية للعامل قرر القانون جزاء جنائياً لمن يخالف أحكام القانون الخاصة بتوفير الإسعافات الأولية للعمال وتوفير الرعاية الصحية الأساسية لهم ، فجعله في ظل قانون العمل البحريني السابق مقصوراً على الغرامة التي لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار (م ١٦٥ منه) ، وشدد جزاء الغرامة في ظل قانون العمل البحريني الحالي فرفعهما إلى ما لا يقل عن خمسمائة دينار ولا يزيد على ألف دينار ، بل وأضاف لها جزاءً بدنياً قاسياً يتمثل في جزاء الحبس الذي لا يزيد على ثلاثة أشهر ، أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ١٧٢ عمل بحريني حالي^(١)) ويتعدد الجزاء الجنائي المذكور في كل منهما بتعدد المخالفات التي وقعت من صاحب العمل ، كما يتضاعف عليه الجزاء في كليهما في حالة العود .

المبحث العاشر

إلتزامات قانونية عند وفاة العامل

المطلب الأول

صرف أجر الشهرين لأسرة العامل المتوفى مشروط بقضاء العامل مدة ثلاث سنوات في القانون القديم وتكفي سنة واحدة في القانون الجديد

ويراعى أنه عند انتهاء عقد العمل بوفاة العامل يلتزم رب العمل في ظل قانون العمل البحريني السابق بصرف ما يعادل أجر شهرين كاملين لأسرة العامل المتوفى هذان الشهران هما الشهر الذي توفي فيه أياً ما كان عدد الأيام التي قضاها العامل من الشهر الذي توفي فيه ، ثم مضافاً إليه أجر الشهر الذي يليه ، في حين يظهر واضحاً من صريح النص القانوني المنظم لهذا الحق في قانون العمل البحريني الحالي التزام صاحب العمل بصرف أجر العامل عن

١. وهذا عين ما نصت عليه المادة ١٩٢ من قانون العمل البحريني الحالي " يعاقب كل من يخالف أيأ من أحكام الباب الخامس عشر والقرارات الصادرة تنفيذاً له بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، وبالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار ، أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

الشهر الذي مات فيه بقدر عدد أيام العمل التي باشرها فعلياً خلال أيام هذا الشهر قبل الموت ، فهذا حق العامل قبل موته ثم ينتقل بوفاته إلى أسرته ، ثم يقرر حقا جديداً لأسرة العامل بمناسبة وفاته ، وبموجب هذا النص يلتزم صاحب العمل في مواجهة أسرة العامل المتوفى بصرف ما يعادل أجر شهرين ، لكن مع مراعاة أن القانونين قيّداً استحقاق أسرة العامل هذا الحق بقاء جوهري مؤداه أن يكون هذا العامل قد أمضى في خدمة صاحب مدة معينة سابقة على موته ، هذه المدة مختلفة في قدرها لدى القانونين ، فهي العمل مدة لا تقل عن ثلاث سنوات في ظل قانون العمل البحريني السابق، ولهذا كانت تنص المادة ١١٨ منه على ذلك بقولها ” إذا توفى العامل وهو في الخدمة يصرف صاحب العمل لأسرة العامل أجره كاملاً عن الشهر الذي توفي فيه والشهر التالي وذلك بشرط أن يكون العامل قد أمضى في خدمة صاحب العمل المذكور مدة ثلاث سنوات على الأقل ” ، لكن اكتفى قانون العمل البحريني الحالي بمضي سنة واحدة على خدمة العامل على الأقل لكي يصرف لأسرته ما يعادل شهرين من أجره ، وهذا ما نصت عليه المادة ١١٣/أ في فقرتها الثانية بقولها ” وإذا توفى العامل أثناء سريان العقد يصرف صاحب العمل لأسرة العامل ما يعادل أجر شهرين كاملين، بشرط أن يكون العامل قد أمضى في خدمة صاحب العمل مدة سنة على الأقل ” .

المطلب الثاني

الإلتزام بمصروفات إعادة العامل الأجنبي إلى المكان المتفق عليه أو مكان إبرام العقد أو الجهة التي جاء منها أو دولته

يلتزم رب العمل الذي استقدم عاملاً أجنبياً بتحمل مصروفات إعادته إلى المكان الذي جرى تحديده بينهما في العقد ، فإن لم يتم تحديد مكان معين في هذا العقد تعيّن عليه تحمل مصروفات إعادة هذا العامل إلى مكان إبرام العقد ، وإلا فإلى الجهة التي جاء منها العامل أو إلى الدولة التي يحمل العامل جنسيته إذا تعذرت عودته إلى أي من الجهات سالفة الذكر (م ٧ عمل بحريني سابق^(١) ، م ٢٧/أ من قانون تنظيم هيئة سوق العمل رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م^(٢)) .

ويلتزم رب العمل بتحمل هذه المصروفات أياً كان سبب انتهاء عقد العمل بانتهاء مدته أو بإنجاز العمل المتفق عليه أو عدم قيام السلطات المختصة بوقف تجديد تصريح العمل للعامل عند انتهاء مدته أو بسبب الترخيص من العامل بعد انتهاء مدته أو لأي سبب آخر حتى ولو كان ذلك سبب ثبوت عدم لياقته الصحية أو بسبب فصله تأديبياً بسبب ارتكابه خطأ جسيماً أو بسبب وفاته أثناء سريان العقد .

١ . حيث تنص هذه المادة بعد التعديل الحاصل بموجب المرسوم بقانون رقم ١٤ لعام ١٩٩٣م ” يلزم صاحب العمل الذي استقدم العامل الأجنبي بمصاريف إعادة هذا العامل الأجنبي إلى الجهة التي يحددها عقد العمل أو الجهة التي أبرم فيها عقد العمل، أو الجهة التي قدم منها العامل، أو إلى بلده الذي ينتمي إليه بجنسيته إذا تعذرت عودته إلى إحدى الجهات السابقة، وذلك بعد انتهاء العمل أو انتهاء العقد أو وقف تجديد تصريح عمل العامل الأجنبي أو سحبه قبل انتهاء مدته طبقاً للمادة ٣ من هذا القانون والقرارات الوزارية الصادرة تنفيذاً لها. وإذا التحق العامل الأجنبي بخدمة صاحب عمل آخر كان هذا الأخير ملزماً بمصاريف إعادة العامل في الحالات المشار إليها في الفقرة السابقة. وتسري أحكام هذه المادة على العمال المنصوص عليهم في الفقرات ٢، ٣، ٤، ٥، ٦ من المادة (٢) من هذا القانون ” .

٢ . إذ تنص هذه المادة على أنه ” يلتزم صاحب العمل - الأخير - المصرح له باستخدام العامل الأجنبي بتحمل نفقات إعادته إلى الجهة التي يحددها عقد العمل، وإذا لم يحدد العقد جهة معينة تحمل صاحب العمل نفقات إعادة العامل الأجنبي إلى الجهة التي ينتمي إليها بجنسيته، وذلك بعد انتهاء علاقة العمل أو انتهاء أو إلغاء تصريح العمل. ” .

ويلتزم رب العمل فقط بمصروفات إعادة العامل وحده دون أحد من أفراد أسرته ، هذا ما لم يتفق على غير ذلك في عقد العمل الفردي أو المشترك أو تنص لائحة النظام الأساسي أو يقضي العرف في المنشأة بخلاف ذلك .

ويتعين أن تكون هذه المصروفات التي يتحملها رب العمل في سبيل إعادة العامل إلى من الجهات السابقة مناسبة لمركز العامل الأدبي والوظيفي في ضوء المتفق عليه في العقد أو في لائحة النظام الأساسي أو في عرف المنشأة ، بل ويسري هذا الإلتزام على رب العمل حتى في مواجهة العمال غير الخاضعين لأحكام قانون العمل مثل خدم المنازل ومن في حكمه وعمال الأعمال العرضية ، وعمال البحر وعمال الزراعة وأفراد أسرة صاحب العمل .

ويعفى صاحب العمل من هذه المصروفات إذا انتقل العامل الأجنبي إلى العمل لدى صاحب عمل آخر ، لأنه سوف تنتقل هذه المصاريف إلى آخر رب عمل يعمل لديه العامل.

وتنص المادة ٢٧/أ على أنه ” كما يتحمل صاحب العمل المشار إليه نفقات تجهيز ونقل جثمان العامل الأجنبي المتوفى إلى موطنه الأصلي أو محل إقامته إذا طلب ذووه ذلك ”.

وتنص المادة ٢٧/ب على أنه ” كما إذا استخدم صاحب عمل عاملاً أجنبياً دون صدور تصريح له بذلك انتقل إليه الإلتزام بتحمل النفقات المشار إليها في الفقرة السابقة .

وتنص المادة ٢٧/ج على أنه ” في الحالات التي تستوجب ترحيل العامل الأجنبي وفي حالة وفاته أن تتولى الجهة المختصة بوزارة الداخلية ترحيله أو نقل جثمانه بحسب الأحوال إلى محل إقامته على نفقة الهيئة وفقا للضوابط والإجراءات التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الداخلية بالتنسيق مع الهيئة ، ويكون للهيئة حق الرجوع إلى صاحب العمل الأخير بالنفقات المترتبة على ذلك ”.

المبحث الحادي عشر

الإلتزام بتوفير الخدمات الإجتماعية للعمال

أولاً : الوضع في ظل قانون العمل البحريني السابق :

فرض قانون العمل البحريني السابق عكس قانون العمل البحريني الحالي - هذا الإلتزام على عاتق صاحب العمال لصالح العمال أيا كان عددهم ، أي حتى ولو كانوا خمسين عاملاً فأقل ، وفي سبيل الحرص على تفعيل هذا الإلتزام وتحديد نطاقه وضوابط استفادة العمال من وراء فرضه على أصحاب الأعمال فقد تم إنشاء مجلس أعلى للخدمات العمالية يتولى مهمة تحديد الخدمات الاجتماعية المختلفة ثقافياً ورياضياً وفتياً التي يلتزم أرباب الأعمال بتوفيرها للعمال ، في ضوء طبيعة مناطق العمل وظروفها وعدد العمال في كل منشأة ، على ألا تزيد نسبة التكاليف التي يتكبدها أرباب الأعمال في سبيل توفير هذه الخدمات عن اثنين في المائة من مجموع أجور عماله (م ٩٨م عمل بحريني سابق^(١)).

ويراعي اختصاص المجلس أيضاً بدراسة واقترح وتطوير مشروعات الخدمات الاجتماعية العمالية على مستوى المنشأة وعلى مستوى فروع النشاط الإقتصادي ، وإنشاء المراكز الثقافية

١ . إذ تنص هذه المادة على أنه ” للمجلس الأعلى للخدمات العمالية ان يقرر قيام اصحاب الاعمال بتوفير الخدمات الاجتماعية المختلفة لعمالهم وذلك بمراعاة طبيعة مناطق العمل وظروفها وعدد العمال في كل منشأة على ان يتحمل تكلفتها اصحاب الاعمال بنسبة لا تتجاوز ٢٪ من مجموع اجور عمالهم ” .

وتخطيط ومتابعة برامجها .

ولقد أنشئ المجلس الأعلى للخدمات العمالية في عام ١٩٧٦ م (بموجب المرسوم الأميري رقم ١١ لسنة ١٩٧٦ م ، ثم عدل بالمرسوم الأميري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٤ م ، ويتشكل من كل من:

وزير الصحة التتمية الصناعية ، ووزير التجارة ، ووزير التربية والتعليم ، ومن خمسة من ممثلي أصحاب الأعمال يمثلون قطاع الصناعة وقطاع التجارة وقطاع الخدمات ، ومن خمسة عمال يمثلون القطاعات سائلة الذكر ، ويراعى أن تعيين ممثلي أصحاب الأعمال وممثلي العمال يتم بموجب قرار من رئيس مجلس الوزراء لمدة سنتين قابلتين للتجديد .

ثانياً : الوضع في ظل قانون العمل البحريني الحالي :

لم يفرض قانون العمل البحريني الحالي - عكس قانون العمل البحريني السابق - هذا الالتزام على عاتق صاحب العمال لصالح العمال أيا كان عددهم ولو كانوا خمسين عاملاً فأقل ، وإنما قصره على صاحب العمل الذي يعمل لديه في منشأته أكثر من خمسين عاملاً ، وأعتقد من جانبي إن إلزام أرباب الأعمال بتوفير هذه الخدمات الاجتماعية للعمال مع كونه أمراً محموداً من حيث المبدأ ، إلا أنه فيه إرهاب كبير لأرباب الأعماب ، لاسيما وأن هذه الخدمات يقدمونها للعمال مجاناً دون أن يتحمل العمال شيئاً ، ولذا أقترح أن يجري تنظيم أداء أرباب العمال للخدمات الاجتماعية لعمالهم على نحو غير مرهق لأرباب الأعمال ، هذا إذا ما أريد تحقيق فاعلية حقيقية لتكليفهم بمثل هذه الخدمات في مواجهة العمال ، وذلك من خلال مساهمة الدولة ممثلة في وزارة العمل ، فضلاً عن العمال أنفسهم مع أرباب الأعمال في توفير هذه الخدمات الاجتماعية للعمال، على أن يكون إسهام العمال في هذه الخدمات متمثلاً في شكل اشتراكات سنوية أو نصف سنوية يسدها العامل خلال السنة ، على أن يجري تحديد قيمة هذا الاشتراك عن طريق المجلس الأعلى للخدمات العمالية تجنباً لمظاهر الإفراط أو التفریط في تحديد قيمته .

نظراً لأن إلقاء العبء الكامل على رب العمل في الاضطلاع بهذا الالتزام بغض النظر عن عدد عماله وسعة وحجم منشأته، وحدود طاقته وقدراته المالية، ودون إعانته من قبل الدولة ممثلة في وزارة العمل، قد يبدو أمراً سهلاً وميسوراً من الناحية النظرية، لكنه في الحقيقة والواقع صعبٌ وبعيد المنال إن لم يكن مستحيلاً من الناحية الواقعة ، ولاسيما إذا ما أريد قدراً معقولاً من الجودة في تقديم الخدمات الاجتماعية للعمال ، ولاعجب في ذلك فالوزارات والمصالح الحكومية قلما تقدر على توفير الخدمات الاجتماعية لموظفيها بصورة حسنة وعلى نحو مرض ، فكيف يراد من أرباب الأعمال مع قصور إمكاناتهم وقدراتهم تحقيق آمالٍ يعجز القطاع العامة أو الحكومي عن بلوغها .

ويراعى أن إسهامات الدولة في توفير هذه الخدمات الاجتماعية مع أرباب الأعمال لصالح العمال ينبغي أن يكون لها نصيب الأسد، لأن هؤلاء العمال هم في نهاية الأمر مواطنوها أو مقيمون على أرضها يخدمونها بوجه أو بآخر في سبيل دفع عجلات التنمية الاقتصادية إلى الإمام داخل الدولة، وذلك من خلال توفير مساحات الأراضي اللازمة لإنشاء النوادي الاجتماعية للعمال على مستوى الدولة أو الاشتراك في بناء هذه النوادي بنسب معينة تحدد بقانون يصدر في هذا الشأن يتولى بيان ملكية هذه النوادي وحدود إسهامات الدولة وأرباب الأعمال في توفير الخدمات الاجتماعية التي تقدم داخلها .

وهذا الفكر يقتضي التحرر من النظرة الذاتية التي تنظر إلى العمال على أنهم يفيدون أرباب الأعمال بصورة مباشرة من خلال ما يبذلونه لهم في أداء أعمالهم ، وأن الدولة لا تستفيد منهم إلا بصورة غير مباشرة ، وأنه يكفي الدولة أن تعنى فقط بموظفيها وعمالهم في القطاع العام أو الحكومي ، ومن ثم يجب قصر تكاليف أداء هذه الخدمات الاجتماعية للعمال على أرباب العمل وحدهم ، و إلا لم ولن تلقى دعوتي هذه قبولا أو تأييدا من جانب الجهات الحكومية داخل الدولة .

ويوجد لدي مقترح بديل إذا تصورنا أن إسهام الدولة مع أرباب الأعمال حلم بعيد المنال (وإن كان هذا الإسهام يمثل في اعتقادي واجبا على الدولة من باب رعاية العمال بصفة عامة ، ومن باب إعانة أرباب الأعمال على حسن أداء ما تكلفهم به الدولة من واجبات في مواجهة العمال بصفة خاصة) أرى فيه ضرورة أن تضطلع الدولة بإنشاء نوادي اجتماعية على مستوى أقاليمها أو محافظاتها ، مع السماح للعمال في القطاع الأهلي بالاستفادة من خدمات هذه النوادي نظير اشتراك سنوي يتحملة كل من العامل ورب العمل ووزارة العمل على النحو الآتي :- يتحمل العامل ١٠% ، رب العمل ٦٠% ، ووزارة العمل ٣٠% ، ويتم تحديد قيمة هذا الاشتراك عن طريق المجلس الأعلى للخدمات العمالية .

وأرى أن يتم تشكيل المجلس الأعلى للخدمات العمالية على النحو الآتي: ممثل عن كل وزارة صحة ، ووزارة التربية والتعليم ووزارة التجارة ، ووزارة التنمية الصناعية ، ووزارة العمل ، ووزارة العدل ، ووزارة الداخلية، مع مراعاة ألا يكون التمثيل من قبل الوزير نفسه داخل أي من هذه الوزارات ، لأن الوزير مهامه الجسام داخل الوزارة لا تسفعه في أن يحضر اجتماعات هذا المجلس ، الأمر الذي سيجعل من تمثيله فيه حبرا على ورق ، فيمكن أن يفوض الوزير المختص في اختيار ممثل وزارته داخل المجلس .

هذا فضلا عن ضرورة أن يضم المجلس سبعة أشخاص من ممثلي العمال يجرى اختيارهم بطريق الانتخاب من قبل العمال ، شريطة أن يكون من سيتقدم للترشيح في هذا التمثيل لديه كفاءة علمية لا تقل عن مؤهل علمي معين (كما لو اشترط أن يكون على الأقل لديه شهادة الثانوية العامة) حتى يتمكن من حسن تمثيل العمال داخل المجلس ثم سبعة من ممثلي أرباب الأعمال داخل قطاع الصناعة والتجارة والخدمات يتم اختيارهم بطريق الاقتراع داخل هذه القطاعات المختلفة .

المبحث الثاني عشر

الإلتزام برد أوراق العامل وإعطائه

شهادة خبرة وشهادة الخدمة عند انتهاء العقد

يلتزم رب العمل بعد أداء العامل العمل لديه لمدة معينة أو غير معينة عند انتهاء العقد أيا كان سببه أن يرد إلى هذا العامل ما سبق أن أودعه عنده من شهادات أو أوراق أو أدوات ، كما يلتزم بإعطاء هذا العامل شهادة عن خدمته في منشآته يدون فيها بيانات جوهرية تهم هذا العامل مثل تاريخ دخوله إلى العمل وتاريخ خروجه منه ، وطبيعة أو نوع العمل الذي كان يباشره العامل ، وآخر ما كان يتقاضاه العامل من أجر ، فضلا عما يمكن أن يضاف إليه من ملحقاته التي تعد جزءا لا يتجزأ من أجره ، دون الإشارة إلى تحديد كفاءته أو بيان مدى خبرته ، وهذا ما كانت تنص عليه المادة ١١٩ من قانون العمل البحريني السابق بقولها ” يمنح العامل شهادة

خدمة تتضمن بياناً لمهنته ومدة خدمته وآخر أجر تقاضاه ويرد إليه ما يكون قد أودعه لدى صاحب العمل من أوراق أو شهادات أو أدوات ” ، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ١٢ من قانون العمل البحريني الحالي بقولها ” يجب على صاحب العمل أن يسلم العامل إيصالاً بما يودعه لدى صاحب العمل من أوراق أو شهادات أو أدوات ” (صحيح أن هذه المادة لم تذكر صراحة التزام صاحب العمل برد ما أودعه لديه العامل من أوراق أو شهادات أو أدوات ، إلا أن أشارت إليه ضمناً بجديتها عن التزامه بإعطائه إيصالاً للعامل مثبتاً فيه ما للعامل من أشياء مودعة ، وبموجب هذا الإيصال لا تبرأ ذمته إلا بإثباته رد هذه الأشياء إلى العامل) ، والمادة ١٣ منه بقولها ” يجب على صاحب العمل إعطاء العامل أثناء سريان عقد العمل أو عند انتهائه ودون مقابل شهادة بما يطلبه من بيانات بشأن تاريخ التحاقه بالعمل ونوع العمل الذي قام به والأجر والمزايا الأخرى التي حصل عليها وخبرته وكفاءته المهنية وتاريخ وسبب انتهاء عقد العمل . ” و جدير بالذكر أنه لم يكن مرخصاً للعامل طلب هذه الشهادة المثبتة لخبرته في ظل قانون العمل البحريني السابق إلا لحظة انتهاء عقد العمل أياً كان سبب هذا الانتهاء ، أي حتى لو كان سبب الانتهاء راجعاً إلى خطأ العامل (صحيح أن هذه المادة لم تذكر صراحة ، قصر هذا الطلب على لحظة انتهاء العقد لكن هذا يستفاد ضمناً من ذكرها لهذه المادة في باب انقضاء العقد) ، بل وقيل أنه ليس مرخصاً قانوناً لرب العمل أن يسجل في هذه الشهادة سبب فصل العامل أو يكتب فيها تعليقا له عن كفاءة العامل أو عدم كفاءته ، حتى لا يضر العامل فيضيق عليه أو يحرمه من فرص العثور على فرصة عمل جديدة بعد انتهاء عقده لدى صاحب العمل ^(١) ، هذا بعكس الحال في قانون العمل البحريني الحالي الذي نص صراحة على حق العامل في طلب شهادة الخبرة ليس فقط عند انتهاء العقد بل وأثناء سريانه ، وهذا وأمر محمود وذلك إغاثة للعامل في بحثه عن عقد عمل آخر أفضل له أثناء سريان عقد عمله الأول بحثاً عن وضع قانوني أحسن مما هو عليه مع استعانتة بشهادة الخبرة التي تكشف لأصحاب عن قدرات ومؤهلات العامل وخبرات وتجاربه الفنية ، كما نص صراحة على التزام صاحب العمل بذكر تاريخ سبب انتهاء عقد العمل مع العامل ، وهذا أمر محمود لصاحب العمل الجديد الذي ستيح لهذه الشهادة الوقوف على حقيقة المركز القانوني لهذا العامل وما ارتكبه من مخالفات وسلوكيات غير قانونية أدت إلى فصله وإنهاء عقده ، لكنه سيضر بالعامل إلى الحد الذي يدفع العامل عادة إلى إخفاء هذه الشهادة وعدم إظهارها عند البحث عن عمل جديد حتى لا يحرم من العثور على فرصة عمل جديدة .

ويجب على رب العمل رد كافة الأوراق الخاصة بالعامل التي سبق أن تلقاها منه في بداية طلبه التعيين لديه بوصفها مسوغات تعيينه داخل المنشأة ، إذ تبقى لدى رب العمل طوال مدة العقد بوصفها وديعة أو أمانة ، ثم يلتزم بردها في نهاية العقد مثل شهادة الميلاد ، وشهادة المؤهل العلمي أو الفني ، وشهادة عقد الزواج ، وشهادة ميلاد أولاده ، وشهادة الخبرة السابقة على أدائه للعمل . إلخ .

ولا يجوز لرب العمل حرمان العامل من حقه في الحصول على تلك الشهادة حتى لا يحرمه من البحث عن عمل أفضل في ضوء خبرته ومؤهلاته وقدراته أو التأخير في تسليمه إياها وإلا كان مسئولاً عن تعويض العامل مدنياً عن الضرر الذي يصيبه من جراء حرمانه من هذه

١ . انظر في ذلك المعنى : أ.د. / أحمد حسن البرعي - المرجع السابق ص ٥٣٩ . لكنني أرى التزام رب العمل خلال مدة العقد أو بعد انتهاء مدته أن يلبي طلب العامل بإعطائه شهادة خبرة عن مدة عمله لديه لبيان مدة خبرة هذا العامل ومستوى كفاءته في أداء عمله خلال تلك المدة ، حتى يتسنى له البحث عن فرصة عمل أفضل أثناء وبعد انتهاء العقد ، أو البحث عن عمل جديد قبل انتهاء عقد العمل ليباشره بعد انتهاء هذا العقد .

الشهادة أو التأخير في إصدارها ، على أساس أن هذا السلوك يمثل تعسفاً منه في استعمال الحق فيوجب مساءلته وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، هذا فضلاً عن مسؤوليته الجنائية التي توجب توقيع عقوبة الغرامة عليه التي لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على ثلاثمائة دينار ، مع مراعاة تعدد هذه الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت بشأنهم هذه المخالفة .

ولا يجوز لرب العمل تعليق منح العامل هذه الشهادة على قيام العامل بتسليم رب العمل ما في عهده من أشياء مرتبطة بعمله داخل المنشأة ، وذلك على أساس انتفاء الارتباط المادي أو القانوني بين هذين الالتزامين ، أي بين التزام رب العمل بمنح العامل هذه الشهادة والتزام العامل بتسليم هذه الأشياء التي في عهده وغيره من التزامات العامل الأخرى^(١)، لكن يمكن أن يجسب رب العمل ما أودعه العامل لديه من أوراق أو شهادات مقابل أن يرد العامل لديه ما في عهده من أشياء تتصل لدى رب العمل^(٢). ويراعى أن حق العامل في الحصول على هذه الشهادة أو ما له من أوراق أو شهادات أو أدوات مودعة لدى رب العمل كان يسقط في ظل قانون العمل البحريني السابق بمضي سنة من تاريخ انتهاء العقد مثله في ذلك مثل سائر الدعاوي الناشئة للعامل عن عقد العمل ، وبمضي سنتين من تاريخ انتهاء هذا العقد في ظل قانون العمل البحريني الحالي .

المبحث الثالث عشر

التزام العامل بعدم منافسة رب العمل

ينبغي التفرقة بين التزام العامل بعدم منافسة رب العمل أثناء سريان عقد العمل ، والتزامه بعدم المنافسة بعد انتهاء عقد العمل ، ففي خلال سريان عقد العمل يمتنع على العامل مباشرة أي عمل أو نشاط منافس لنشاط صاحب العمل، سواء ورد بند أو شرط يحمل هذا المعنى صراحة في العقد أم لا ، على أساس أن هذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، ذلك المبدأ الذي يحظر على العامل وقد أطلع على أسرار العمل كاملة أن يباشر نشاطاً منافساً لرب العمل سواء أكان ذلك لحسابه أو لحساب رب عمل آخر، فيضرب بذلك العمل ضرراً جواً في موجبات حسن النية في تنفيذ العقد مع رب العمل الأول .

أما في خصوص التزام العامل بعدم منافسة رب العمل بعد انتهاء عقد العمل، فهذا الالتزام يحتاج إلى اتفاق يرتضيه العامل مع رب العمل ابتداءً عند إبرام عقد العمل، يشترط عليه رب العمل بموجبه ألا ينافس في نشاطه بعد انتهاء عقد العمل سواء كانت هذه المنافسة لحسابه أو لحساب غيره ، على أساس أنه يمثل قيوداً على حرية أو حرية ممارسة النشاط التجاري بوصفها مظهراً من مظاهر الحرية الفردية، فلا يجوز مثل هذا الشرط إلا برضاه .

فالعامل له بعد انتهاء عقد العمل معه أن يباشر أي نشاط من الأنشطة التجارية أو الزراعية أو الصناعية أو غيرهم من الأنشطة الأخرى، حتى ولو كان هذا النشاط نفس النشاط الذي كان يباشره لدى رب العمل الذي انتهت معه علاقة العمل ، وسواء أكان يباشره لدى رب العمل الذي انتهت معه علاقة العمل، وسواء أكان ذلك لحساب هذا العامل أو لحساب رب عمل آخر، فحرية المنافسة مكفولة قانوناً لأي شخص ، ولا يجوز حرمان أحد منها، حتى ولو أضرت بغيره، ما دام أن استعمال الشخص لحقه في هذه المنافسة كان استعمالاً مشروعاً ، أي خالياً

١ . انظر في ذلك المعنى: أ.د./أحمد حسن البرعي -المرجع السابق ص- ٥٣٩ .

٢ . أ.د./فتحي عبد الصبور -المرجع السابق ص- ٥٦٧ .

من أي مظهر من مظاهر التعسف في استعمال الحق^(١).

بيد أنه نظراً لأن العامل أثناء عمله يطلع عادة على كوامن أسرار رب العمل المرتبطة بعمله، ويخشى على رب العمل من إساءة استغلال العامل لها حتى بعد انتهاء العقد إذا ما باشر نشاطاً منافساً لرب العمل سواء جرى ذلك لحسابه أو لحساب رب عمل آخر لذلك فقد أجاز القانون لرب العمل أن يتفق مع العامل سواء لحظة إبرام عقد العمل معه أو بعد انتهاء هذا العقد على ألا ينافس في نشاطه أو يشارك غيره في منافسته توفيقاً لما قد يترتب على هذه المنافسة من أضرار جسيمة محتملة يمكن أن تصيب رب العمل بعد أن عرف العامل دقائق أسرار رب العمل خلال فترة التعاقد معه.

وقد نظمت المادة ٧٣ عمل بحريني حالي هذا الالتزام بقولها ” إذا كان العمل الذي يقوم به العامل يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل أو بالإطلاع على أسرار العمل، كان للطرفين الاتفاق على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس صاحب العمل، ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته. غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق ما يلي:

- ١- أن يكون العامل قد أتم الثامنة عشرة من عمره وقت إبرام العقد.
 - ٢- أن يكون القيد مقصوداً من حيث الزمان على مدة لا تتجاوز سنة لاحقة على انتهاء عقد العمل، ومقصوداً من حيث المكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة.
- ” ولا يجوز لصاحب العمل أن يتمسك بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك، كما لا يجوز له التمسك بهذا الاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد ” .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٦٢٩ مدني بحريني بقولها ” إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل أو بالإطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس صاحب العمل ، ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته ” .

غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتي:

- أ - أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد أو على الأقل يكون قد بلغ الثمانية عشرة من عمره .
- ب - أن يكون القيد مقصوداً من حيث الزمن والمكان ونوع العمل على القدر الضروري اللازم لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة.

ولا يجوز أن يتمسك صاحب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك ، كما لا يجوز له التمسك بهذا الاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد ” .

يستفاد من هذا النص أنه يلزم لصحة الاتفاق على عدم المنافسة من العامل لرب العمل بعد انتهاء عقد العمل بينهما توافر الشروط الآتية :

١ . وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٧ مدني بحريني على أن (استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا يترتب عليه مسؤولية و لو نشأ عن هذا الاستعمال ضرر للغير) .

١- **الشرط الأول:** أن يكون مركز العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو يطلع على أسرار العمل ، وهذا شرط بديهي لأن رب العمل لا تكون له مصلحة في تقييد حرية العامل في المنافسة إذا كان عمله بعيداً عن دائرة الاحتكاك بعملاء رب العمل ، ولا يسمح له بالإطلاع على سر من أسرار العمل ، كما لو كان مجرد عامل بسيط يباشر أعمال التنظيف أو تقديم الشاي والقهوة وغيرهما من المشروبات داخل المنشأة.

بعكس الحال إذا كان العامل في مركز فني يسمح له بالإطلاع على أسرار العمل ، كما لو كان مديراً أو رئيساً لقسم من الأقسام الفنية التي على صلة بأسرار المنشأة ، فهنا تكون لرب العمل مصلحة جديدة مشروعة في تقييد حريته في المنافسة تحسباً لاحتمالات إساءة استغلالها إذا ما نافس العامل رب العمل في ذات نشاط المنشأة أو عملها .

٢- **الشرط الثاني:** بلوغ العامل سن الرشد أو على الأقل بلوغه سن الرشد وقت الاتفاق على عدم المنافسة:

ينبغي لصحة الاتفاق على عدم المنافسة سواء ورد في عقد العمل ذاته أو في اتفاق مستقل عنه ، وسواء تم الاتفاق عليه أثناء سريان عقد العمل (لحظة إبرامه أو بعد إبرامه خلال مدة عقد العمل في اتفاق منفصل) أن يكون العامل بالغاً سن الرشد وقت الاتفاق ، أي أن يبلغ سن الواحد وعشرين عاماً أو يكون على الأقل قد بلغ سن الثامنة عشرة من عمره لحظة هذا الاتفاق ، حتى تتوافر له الأهلية اللازمة لتقدير خطورة الأثر المترتب على هذا الاتفاق ، وما يمثله من تقييد لحريته في المنافسة التي يكفلها له الدستور والقانون .

وبناء على ذلك إذا ما ورد شرط عدم المنافسة في عقد العمل ، فلا يكفي أن تتوافر لدى العامل أهلية إبرام عقد العمل ، بأن يكون بالغاً سن الرابعة عشرة من عمره ، وإنما يجب أن يكون بالغاً سن الرشد لحظة إبرام هذا العقد وإلا كان شرط عدم المنافسة قابلاً للإبطال لمصلحته رغم صحة إبرام عقد العمل دون أن يكون مهدداً بالقابلية للإبطال .

ويكون من حق العامل بعد بلوغه سن الرشد إجازة هذا الشرط فيستقر صحيحاً من تاريخ الاتفاق عليه وليس من تاريخ الإجازة ، لأن للإجازة أثراً رجعيًا .

٣- **الشرط الثالث:** نسبية المنع في المنافسة:

وهذا الشرط منطقي وإلا كان هذا الشرط وسيلة لإهدار حرية المنافسة على نحو مطلق ، وهذا يخالف النظام العام ، فالمنع المطلق من المنافسة غير جائز لما فيه من حرمان كامل لإحدى الحريات العامة ألا وهي حرية المنافسة في مباشرة الأعمال أو الأنشطة المشروعة أياً كانت طبيعتها .

ولذا اشترط القانون صراحةً نسبية شرط المنع من المنافسة سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان أو من حيث نوع العمل بالقدر اللازم أو الضروري لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة دون إفراط أو مغالاة .

وبناء على ذلك يتعين ألا يكون المنع من المنافسة مؤبداً أو يستغرق طيلة حياة العامل ، وإنما يكون مقدرًا لمدة معقولة أي فترة زمنية كافية لرعاية المصلحة المشروعة لرب العمل ، كأن يشترط لمدة سنة أو سنتين حتى ينسى العامل عملاء رب العمل القدامى أو يتجدد عملاء رب العمل خلال تلك الفترة فلا يخشى على رب العمل من معلوماته القديمة مثلاً التي تتصل بالعملاء أو تكون هذه المدة كافية لتغيير وسائل الإنتاج أو مواد التقليدية القديمة التي كان يعرفها العامل ، بعد حصول ذلك التطور المتلاحق في وسائل الإنتاج ومواده ، وعلى أية

حال تخضع معقولية مدة المنع أو عدم معقوليتها للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، تقدرها بحسب ظروف وملابسات كل حالة على حده .

كما يلزم أن يكون المنع نسبياً من حيث المكان فيشترط عدم منافسة العامل لرب العمل في نطاق المكان الذي يوجد فيه عمل المنشأة أو في أماكن فروعها ، فهذا كاف لرعاية مصالح رب العمل المشروعة ، لكن لا ينبغي أن يكون المنع مطلقاً فيشمل جميع الأماكن ، فيحرم بذلك العامل من منافسة رب العمل في أي مكان آخر ، فهذا ضرب من ضروب الغلو غير الجائز قانوناً ، لأنه يحرم العامل من أحد مظاهر حرته الفردية .

وأخيراً يلزم أن يكون المنع نسبياً من حيث نوع العمل ، فيتفقاً مثلاً على عدم منافسة العامل رب العمل ذات النشاط الذي يمارسه هذا الأخير ، على نحو يسمح له بمباشرة ما سواه من الأنشطة الأخرى ، لاسيما وأن هذا الشرط قيد واستثناء على حق العامل في المنافسة وحرته في مباشرة أي نشاط من الأنشطة الاقتصادية أياً كانت طبيعته ، والاستثناء لا ينبغي أن يقاس عليه ، كما لا يجوز أيضاً أن يتوسع في تفسيره .

٤- الشرط الرابع: ألا يتضمن اتفاق عدم المنافسة شرطاً جزائياً مبالغاً فيه :

ينبغي لصحة الاتفاق على عدم المنافسة ألا يتفق على شرط جزائي مغالي في تقدير قيمته في حالة إخلال العامل بالتزامه بعدم المنافسة ، وإلا كان الشرط باطلاً وبطل معه الاتفاق على عدم المنافسة ، وذلك مخافة أن يستعمل رب العمل الشرط الجزائي المغالي فيه وسيلة لجبر العامل على البقاء في العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها ، على غير رغبة منه في البقاء مع رب العمل في العلاقة العقدية رغم انتهاء مدتها ، وهذا ما نصت عليه صراحةً المادة ٦٣٠ مدني بحريني بقولها ” إذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته ” .

ولا شك أن هذا النص يمثل خروجاً على مقتضى القواعد العامة في تقدير قيمته الشرط الجزائي ، على أساس أن هذه المبالغة في تقدير قيمة هذا الشرط تمثل تشديداً في أحكام المسؤولية العقدية ، وهذا جائز قانوناً ، وقد أجاز القانون للمدين أن يتضرر من مغالاة الشرط الجزائي فيطلب من القاضي تخفيض قدر التعويض المستحق بموجب هذا الشرط ليدفع عنه طابع الغلو أو المبالغة التي يتسم بها ، لكن لا يسمح للقاضي بصفة عامة بإبطال هذا الشرط^(١) .

وإذا توافرت الشروط سالفة الذكر كان الاتفاق على عدم المنافسة صحيحاً ، وتعين على العامل الالتزام به ، ولا يرخص له في مباشرة أي نشاط منافس لمضمون التزامه سواء لحسابه أو لحساب رب عمل آخر ، وإلا كان لرب العمل حق الرجوع عليه بالتعويض وفق لأحكام المسؤولية العقدية ، كما يمكن لرب العمل أن يطلب من القاضي غلق المحل أو المنشأة المملوكة للعامل والتي نافس بها رب العمل .

بيد أنه لا يجوز لصاحب العمل التمسك بشرط عدم المنافسة رغم توافر شروطه في حالتين هما :

١- الحالة الأولى :

إذا فسخ رب العمل عقد العمل أو رفض تجديده بعد انتهاء مدته رغم عدم وقوع أي خطأ

١ . إذ تنص المادة ٢/٢٦٦ مدني بحريني على أنه ” ويجوز للمحكمة أن تخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ” .

من قبل العامل يبرر له ذلك . ويستوي بعد ذلك أن يتوافر لدى رب العمل المبرر لهذا الفسخ أو عدم التجديد أو لم يتوافر ، كما لو تعثرت أحوال المنشأة المالية، فعمد رب العمل إلى إنهاء العقد مع العامل دون تقصير أو إهمال من جانب العامل.

٢- الحالة الثانية:

إذا حدث من رب العمل ما يبرر للعامل فسخ عقد العمل، كما لو أن رب العمل لم يدفع للعامل أجره أو حدث من رب العمل أو ممن ينوب عنه اعتداء غير مشروع على العامل مما حمل العامل على ترك العمل وإنهائه للعقد بإرادته المنفردة.

المبحث الرابع عشر

مدى سلطة صاحب العمل في تغيير العمل المتفق عليه

بادئ ذي بدء يجدر بنا أن نعرض النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة في ظل قانون العمل البحريني السابق قبل تعديله وبعد تعديله ، ثم موقف قانون العمل البحريني الحالي ، لنصل إلى الحكم الأفضل لها من بين الأحكام الواردة في هذا الشأن ، وذلك كله على التفصيل الآتي:

أولاً : سلطة صاحب العمل في تغيير عمل العامل المتفق عليه في ضوء قانون العمل البحريني السابق قبل التعديل:

إذ تنص المادة ٤٥ من قانون العمل البحريني السابق قبل التعديل الحاصل في ٤/١٠/١٩٩٣م على أنه ” لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة في العقد أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعا لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة . وله أن يكلف العامل بعمل غير المتعاقد عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافا جوهريا ولم يكن الغرض منه إساءة العامل ” .

وينبغي مراعاة أن العمل الذي يلتزم العامل بأدائه هو العمل المتفق عليه في العقد صراحةً أو يستفاد ضمناً من ظروف وملابسات العقد ، ولا يجبر العامل على أداء عمل غير العمل المعين له في العقد ، فإذا اكتفى الطرفان ببيان جنس العمل أو نوعه دون تحديد دقيق لشكله أو صورته ومداه ، فعندئذ يتم تحديد شكل العمل أو صورته ومداه وفق ما يقوم به نظراًؤه من العمال لدي نفس رب العمل ، وإلا تعين الرجوع في ذلك إلى العرف السائد في المهنة والمنطقة التي سيباشر فيها العامل عمله ، فإن لم يوجد عرف تولى القاضي تحديد ذلك وفقاً لمقتضيات

العدالة (م ٧٠ عمل بحريني سابق^(١) ، م ٣٧ عمل بحريني حالي^(٢) ، م ٦٢٧ مدني بحريني^(٣)). والأصل العام أنه متى تم تحديد العمل المتعين على العامل أداؤه اتفاقاً أو قانوناً (عن طريق الاستعانة بما ورد من طرق لتعيين عمل العامل في المادة ٧٠ عمل بحريني أو المادة ٧٢٦ مدني بحريني) وجب على العامل تنفيذها ، وتعين على رب العمل تهيئة الظروف اللازمة لتمكين العامل من حسن أدائه لهذا العمل ، ولم يجز لرب العمل تغييره بإرادته المنفردة ، وإنما يلزم لإجراء هذا التغيير الحصول على موافقة العامل ، فإن رضي جاز تغيير عمل العامل وإلزام العامل على أدائه ولم يجز له الاعتراض على مباشرته إياه ، هذا ما لم يثبت وقوعه في غلط أو تدليس بشأن هذا العمل الجديد الذي رضي به وتوافرت شروط أحد هذين العيبين ، فعندئذ يكون له طلب إبطال الاتفاق الذي جرى بموجبه تغيير عمل العامل عن طريق القضاء في ضوء القواعد العامة لعيب الغلط أو عيب التدليس.

بيد أنه يجوز قانوناً لرب العمل على سبيل الاستثناء تغيير عمل العامل بإرادته المنفردة ، ودون حاجة إلى رضاه العامل ، إذا توافر هذان الشرطان:

١- الشرط الأول : أن تكون ثمة قوة قاهرة أو ضرورة تقتضي ذلك منعاً لوقوع حادث أو إصلاح ما نجم عنه:

لا شك أن هذا الشرط فيه ضمانَةٌ قويةٌ للعامل ، ذلك أنه عند غياب حالة الضرورة أو القوة القاهرة يحرمُ ربُّ العمل من ممارسة حقه في تغيير العمل المتفق عليه مع العامل لمجرد المشيئة أو الرغبة في التغيير .

ويخضع تقدير توافر أو عدم توافر القوة القاهرة أو حالة الضرورة للسلطة التقديرية لرب العمل ، على أن يكون للعامل في ضوء القواعد العامة التضمر من تعسف رب العمل في هذا الشأن أمام القضاء الذي يراقب صحة أو فساد هذا التغيير الذي أجراه رب العمل بالنسبة لعمل العامل .

٢- الشرط الثاني : أن يكون تكليف العامل بغير المتفق عليه بصفة مؤقتة:

وهذا الشرط يمثل ضمانَةً أساسيةً للعامل حتى لا يكلفه صاحب العمل بمثل العمل الجديد

١ . إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا لم تنص عقود العمل أو لوائح النظام الأساسي على الأجر الذي يلتزم به صاحب العمل أخذ بالأجر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولى القاضي تقدير الأجر وفقاً لمقتضيات العدالة. ويتبع ذلك أيضاً في تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها.

٢ . إذ تنص هذه المادة على أنه " يحدد أجر العامل وفقاً لعقد العمل الفردي أو عقد العمل الجماعي أو أنظمة العمل بالمنشأة، فإذا لم يحدد الأجر بأي من هذه الطرق استحق العامل أجر المثل إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة في الجهة التي يؤدي فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولت المحكمة المختصة تقدير الأجر المستحق للعامل وفقاً لمقتضيات العدالة. ويتبع ذلك أيضاً في تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها.

٣ . إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا لم ينص العقد على أجر ، قدر الأجر أخذاً بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد ، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل ، فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقدير الأجر وفقاً لمقتضيات العدالة . ويتبع ذلك أيضاً في تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها وفي تحديد مداها .

الذي اقتضه حالة الضرورة أو القوة القاهرة على الدوام ، وأن قيامه بتلبية رغبة صاحب العمل في مباشرة العمل الجديد إنما كان تقديراً منه لحالة الضرورة أو القوة القاهرة وأنه أمر عارض سرعان ما يزول بزوال سببه .

ثم إن هذه المادة عادت في عجزها ورخصت لصاحب العمل في الظروف العادية تكليف العامل بعمل غير العمل المتفق عليه في العقد عند توافر هذين الشرطين :

١- الشرط الأول : ألا يكون العمل الجديد مختلفاً عن العمل المتفق عليه اختلافاً جوهرياً:

ولا شك أن وجود أو عدم وجود اختلاف الجوهرى بين العملين أمرٌ يخضع لتقدير صاحب العمل ، لكن للعامل أن يتضرر أمام القضاء من سوء تقدير صاحب العمل ، وتلك مسألة تخضع لمجموعة من الاعتبارات ، مثل مؤهلات العامل وخبراته ومركزه الأدبي ومركزه المالي داخل العمل ، فتكليف عامل يباشر عملاً مادياً أصلاً مثل عامل نظافة بمباشرة عمل ذهني مثل إدارة آلة فنية تحتاج إلى متخصص أو متدرب فنياً على إدارتها يجعل العملين مختلفين اختلافاً جوهرياً .

٢- الشرط الثاني : ألا يكون الغرض من هذا التكليف بالعمل الجديد الإساءة للعامل:

وهذا يعني أنه لا يكفي مجرد انتفاء التفاوت الجوهرى بين العملين ، بل يلزم في نفس الوقت ألا يكون القصد من وراء تكليف العامل بالعمل الجديد مجرد الإساءة إلى العامل ، وتلك مسألة نفسية داخلية في جانب صاحب العمل ليس من الميسور إثباتها ، لكن يمكن أن تستفاد من الظروف والملابسات المصاحبة لهذا التكليف ، كما لو قام رب العمل في الظروف العادية بنقل رئيس أحد الأقسام في منشأته ليصير مجرد عامل بسيط داخل هذا القسم ، إذ يظهر من ذلك التصرف قصد الإساءة إلى مركز العامل الأدبي حتى وإن لم يمسه في مركزه المادي ، كما لو ظل محتفظاً بكامل حقوقه المالية التي كان يتحصل عليها قبل هذا التكليف .

ثانياً : سلطة صاحب العمل في تغيير عمل العامل المتفق عليه في ضوء قانون العمل البحريني السابق بعد التعديل:

إذ تنص المادة ٤٥ من قانون العمل البحريني السابق بعد التعديل الحاصل في ١٠/٤/١٩٩٣م بموجب المرسوم بقانون رقم ١٤ على أنه ” لصاحب العمل تكليف العامل بعمل غير متفق عليه إذا اقتضت مصلحة العمل ذلك وبشرط ألا يكون الغرض من التكليف الإساءة للعامل ” .

ويظهر من هذا النص بعد التعديل أنه ألغى القاعدة العامة التي كانت تحظر ابتداءً على صاحب العمل تكليف العامل بعمل جديد غير العمل المتفق عليه في الظروف العادية ، والتي كانت تمثل ضماناً قوية لحماية العامل من عسف وجور صاحب العمل ، إذا ما فكر في تغيير مسار عمل العامل إلى عمل جديد ، مخولاً لصاحب العمل بصفة عامة في الظروف العادية سلطة تكليف بعمل غير العمل المتفق عليه شريطة توافر أمرين ميسورين على صاحب العمل إثباتهما .

ومن ثم يجوز قانوناً لرب العمل تغيير عمل العامل بإرادته المنفردة ، ودون حاجة إلى رضا العامل ، على سبيل الاستثناء ، فيكلفه عندئذ بعمل جديد غير العمل المتفق عليه ، شريطة أن يتوافر هذان الشرطان:

١- الشرط الأول : أن تقتضي مصلحة العمل هذا التغيير:

لا شك أن هذا الشرط فيه ضمانات قوية للعامل ، فيجوزده يحرم رب العمل من ممارسة حقه في تغيير العمل لمجرد المشيئة أو الرغبة في التغيير دون أن تكون ثمة مصلحة أو حاجة جديرة بالاعتبار تقتضيه ، وبناء عليه إذا كانت ثمة مصلحة أو حاجة إلى تغيير عمل العامل جاز لرب العمل نقله إلى ذلك العمل الجديد وإلا امتنع عليه هذا الإجراء .

ويخضع تقدير توافر أو انعدام توافر تلك المصلحة للسلطة التقديرية لرب العمل ، ويكون للعامل في ضوء القواعد العامة التضمر من تعسف رب العمل في هذا الشأن أمام القضاء الذي يراقب صحة أو فساد هذا التغيير الذي أجراه رب العمل بالنسبة لعمل العامل .

٢- الشرط الثاني : ألا يكون الغرض من التغيير الإساءة للعامل:

وهذا يعني أنه لا يكفي أن تقتضي مصلحة العمل تغيير عمل العامل ، بل يلزم في نفس الوقت ألا يكون القصد من إجرائه الإساءة للعامل ، وتلك مسألة نفسية داخلية يصعب إثباتها ، لكن يمكن أن تستفاد من الظروف والملابسات المصاحبة لهذا التغيير ، كما لو قام رب العمل دون أن تكون ثمة مصلحة لذلك بنقل رئيس أحد الأقسام في منشأته ليصير مجرد عامل بسيط داخل هذا القسم ، إذ يظهر من ذلك التصرف قصد الإساءة إلى مركز العامل الأدبي حتى وإن لم يمسه في مركزه المادي ، كما لو ظل محتفظاً بكامل حقوقه المالية التي كان يتحصل عليها قبل هذا التغيير .

ثالثاً : سلطة صاحب العمل في تغيير عمل العامل المتفق عليه في ضوء قانون العمل البحريني الحالي:

إذ تنص المادة ٢٢ من قانون العمل البحريني الجديد على أنه ” يحظر على صاحب العمل أن يخرج على الشروط المتفق عليها في عقد العمل الفردي أو عقد العمل الجماعي ، أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث ، أو إصلاح ما نشأ عنه ، أو في حالة القوة القاهرة ، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة . وله أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه ، إذا كان لا يختلف اختلافاً جوهرياً عن عمله الأصلي ويشترط عدم المساس بحقوق العامل ” .

” ويجوز لصاحب العمل تدريب العامل وتأهيله للقيام بعمل مختلف عن العمل المتفق عليه تمشياً مع التطور التكنولوجي في المنشأة بشرط إخطار الوزارة المختصة والتنظيم النقابي المعني ” .

يظهر لي من هذا النص بقراته المختلفة أنه يتناول أربعة فروض ، على التفصيل الآتي :

١- الفرض الأول : الأصل العام : حظر تكليف العامل بعمل غير المتفق عليه في الظروف العادية:

لقد عاد واضع قانون العمل البحريني الحالي إلى ذات المسلك الذي كان منصوصاً عليه في قانون العمل البحريني السابق قبل التعديل ، فوضع قاعدة عامة حظر بموجبها على صاحب العمل تكليف العامل بأداء عمل غير المتفق عليه ، وإلا كان من حق العامل الامتناع عن مباشرته واللجوء إلى قاضيه الطبيعي للتضرر من مثل هذا التكليف .

٢- الفرض الثاني : جواز تكليف العمل بعمل غير المتفق عليه في حالة الضرورة لمنع وقوع حادث أو إصلاح ما نجم عنه أو في حالة القوة القاهرة ، شريطة أن يكون ذلك بصورة عارضة لحين زوال سببه .

٣- الفرض الثالث : منح صاحب العمل سلطة تكليف العامل بعمل جديد غير المتفق عليه في الظروف العادية ، مادام أن العاملين لا يختلفان بينهما اختلافًا جوهرياً ، ولم يؤد ذلك إلى المساس بحقوق العامل الأدبية والمالية .

وهذا يمثل من وجهة نظري خرقاً للأصل العام الذي اختطه واضع القانون في صدر النص المعالج لتلك المسألة ، لأن القيدتين اللذين وضعهما على سلطة صاحب العمل يسهل على صاحب العمل إثباتهما ، بل والالتزام بهما في سبيل حمل العامل على العمل الجديد الذي اختاره وفق مشيئته وإرادته دون حاجة إلى الحصول على قبول العمل بشأنه ، ولذا كان عليه أن يكون واضحاً منذ البداية في اتحاهه العام هل هو الحظر أم الإباحة في هذا الشأن .

٤- الفرض الرابع : لصاحب العمل تدريب العامل وتأهيله لمباشرة عمل مختلف عن عمله الأصلي المتفق عليه ، مادام أن هذا العمل الجديد يمثل استجابة للتطور التكنولوجي في العمل ، مع إخطار صاحب العمل الوزارة المختصة وهي وزارة العمل ، والتنظيم النقابي المعني ، ألا وهو الاتحاد النقابي العام لعمال البحرين .

واعتقد أن واضع القانون لم يكن موفقاً في هذا الفرض ، ليس لأنه أعطى صاحب العمل سلطة تدريب العامل على عمل جديد تمشياً مع التطور التكنولوجي ، فهذا أمر محمود لتطوير أداء العمال واستجابة لمقتضيات التطور التكنولوجي ، إنما خالفه التوفيق حينما لم يضع من الضمانات التي تحمي العامل عند ممارسة صاحب العمل لهذه الصلاحية ، حيث كان من اللازم أن يكون العمل الجديد المراد تدريب العامل عليه أو تأهيله له غير مختلف عن العمل الأصلي للعامل اختلافًا جوهرياً ، حتى لا يستعمل صاحب العمل هذه الصلاحية وسيلة أو سلاحاً في مواجهة العامل الذي يريد التخلص منه بدفعه إلى التدريب أو التأهيل بشأن عمل جديد لا يرغبه العامل ومنبت الصلة عن عمله الأصلي ، ثم كان من المفروض أن يجعل لإلزامه صاحب العمل بإخطار وزارة العمل والاتحاد العام لنقابات عمال البحرين قيمة قانونية ، بحيث تجعل موافقتها على ذلك العمل الجديد شرطاً واقفاً لمباشرة صاحب العمل هذه السلطة ، بحيث لا يمضي فيها إلا بعد الحصول على تلك الموافقة ، أو يجعل رفضهما شرطاً فاسخاً ، بحيث يتمتع المضي قدماً في عملية التدريب أو التأهيل إذا اعتراضاً على ذلك . لكن اشتراط مجرد الإخطار دون أن يجعل له أثر ، هذا أمر غير مقبول .

ولعل مما يعاب على هذا النص أنه لما رخص في ممارسة صاحب العمل هذه الصلاحية في التدريب والتأهيل لعماله ، برر ذلك بتمشيها مع التطور التكنولوجي للمنشأة ، مما قد يفهم

منه بحسب ظاهره قصره ممارستها على صاحب العمل الذي لديه منشأة ، وكأن التطور التكنولوجي في الأجهزة والآلات والأدوات مقصوراً على من لديهم منشآت من أصحاب الأعمال ، وعلى أية حال فإنه سواء قصد واضع القانون هذا المعنى الظاهر الذي يتبادر إلى الذهن لأول بمجرد مطالعة ألفاظ النص أو لم يقصده ، فهو لم يكن موفقاً في ذلك ، لأن إعمال الكلام خير من إهماله ، ومن ثم فإنه مادام قد استعمل كلمة منشأة في هذا المقام فهو يقصدها فعلاً ، وهذا قيد لا محل ولا مبرر له .

ويراعى أنه إذا جرى تغيير عمل العامل وفق الضوابط القانونية سألقة الذكر وجب على العامل أداء عمله الجديد بمجرد إخطاره به من رب العمل ولم يجز له الاعتراض عليه ، فإن رفض العامل أداء العمل الجديد أو رفض تنفيذ قرار النقل اللازم لمباشرة هذا العمل ، جاز لرب العمل إنهاء عقده مع إخطاره بذلك قبل الإنهاء ، أما إذا تبين انعدام المبرر القانوني لمباشرة صاحب العمل في التغيير ، كما لو توافر لديه مثلاً قصد الإساءة إلى العامل في مركزه الأدبي مما جعله متعسفاً في استعمال حقه في تغيير العمل ، كان من حق العامل الاستمرار في أداءه العمل المتفق عليه ابتداءً عند التعاقد ، دون الالتفات إلى قرار التغيير .

المبحث الخامس عشر

أنواع الجزاءات التأديبية

لقد تخلى واضع قانون العمل البحريني السابق عن مهمة تحديد الجزاءات التأديبية التي يمكن توقيعها على العامل مخولاً في ذلك وزير العمل ، فجاء في المادة ١٠٢ / ٨ عمل بحريني ” يصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراراً ببيان العقوبات التأديبية وقواعد وإجراءات التأديب ” .

وإعمالاً لهذا التحويل التشريعي نصت المادة الأولى من القرار الوزاري (قرار رقم ثلاثة وعشرين لسنة ١٩٧٦ م) على أن ” العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على العامل هي:

١- الإنذار .

٢- الغرامة .

٣- الوقف عن العمل .

٤- الفصل عن الخدمة مع الحق في المكافأة .

٥- الفصل عن الخدمة مع الحرمان من المكافأة ” .

وهذا بعكس واضع قانون العمل البحريني الحالي الذي تولى بنفسه تحديد هذه الجزاءات ، فنصت المادة ٧٥ منه على أن ” الجزاءات التأديبية التي يجوز توقيعها على العامل وفقاً لأنظمة العمل ولوائح الجزاءات بالمنشأة هي:

١- التوبيخ الشفوي .

٢- الإنذار الكتابي .

٣- تأجيل موعد استحقاق العلاوة السنوية مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر .

٤- الوقف عن العمل مع الخصم من الراتب لمدة لا تتجاوز شهراً في السنة، ولا تزيد على خمسة أيام في المرة الواحدة .

- ٥- تأجيل الترقية عند استحقاقها لمدة لا تزيد على سنة .
٦- الفصل من الخدمة وفقاً لأحكام هذا القانون .
ويوقع الجزاء المنصوص عليه في البند (٣) في المنشآت التي يوجد بها نظام للعلاوات .

المطلب الأول

التنبيه الشفوي جزاء جديد في ظل قانون العمل الحالي

يقصد بالتنبيه الشفوي أن يقوم صاحب العمل بلفت انتباه العامل إلى المخالفة التي وقعت منه وإعلامه بعدم رضائه عنه بشأنها وتحذيره من مغبة الوقوع فيها مرة أخرى في المستقبل ، وهو على هذا النحو يمثل جزاء معنوباً لا تأثير له على أجر العامل ، غاية ما هنالك أن إيقاعه على العامل وإدراجه في ملفه الخاص يكون مبرراً لتشديد الجزاء عليه إذا عاود ارتكاب نفس المخالفة^(١) .

ويمثل التأخير عن مواعيد الحضور للمرة الأولى حتى خمسة عشر دقيقة بغير إذن أو عذر مقبول نموذجاً للمخالفة التي تبرر توقيع جزاء التنبيه الشفوي على العامل ، شريطة ألا يكون من شأن هذا التأخير تعطيل أي من العمال الآخرين^(٢) .

المطلب الثاني

الإنبذ الكتابي جزاء منصوص عليه في قانون العمل السابق والحالي

يقصد بالإنبذ الكتابي من رب العمل أو مدير المشروع على العامل بالمخالفة التي صدرت منه وتحذيره من مغبة الوقوع فيها مرة أخرى حتى لا يعرض نفسه لجزاء أشد .
والغالب في هذا الإنذار أن يكون جزاءً مستقلاً يجري توقيعه على العامل دون أن يكون مرتبطاً بجزاء آخر ، وعندئذ لا يلزم أن يكون مكتوباً ، فيجوز أن يتم شفاهةً ، ويجوز أن يتم كتابةً ، المهم أن يتأكد وصوله إلى علم العامل الصادر في شأنه هذا الإنذار ، ويستحسن لرب العمل أن يوقعه كتابةً حتى يسهل عليه إثباته ، لاسيما وأنه هو المكلف بإثبات علم العامل به على إثر توقيعه عليه .

بيد أنه من المتصور أن يكون هذا الإنذار إجراءً أولياً يجب مباشرته قبل توقيع جزاء آخر أشد ، فيكون مقدمة لازمة على إنزال هذا الجزاء الأشد ، مثال ذلك إنذار العامل قبل توقيع جزاء فصله من الخدمة والذي يوقع على العامل نتيجة مخالفته التعليمات المقررة لسلامة العمال والمنشأة أو نتيجة تغييبه عن العمل بدون عذر مشروع يبرر ذلك مدة تزيد عن عشرين يوماً وعندئذ يلزم أن يكون مكتوباً .

١ . انظر في ذلك المعنى : د/صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - ص ٢٨٣ .
٢ . انظر في ذلك المعنى : د/صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - ص ٢٨٣ .

المطلب الثالث

الغرامة جزاء تأديبي في ظل قانون العمل البحريني السابق فقط

الغرامة هي مبلغ نقدي يحدده رب العمل بقدر معين أو بنسبة معينة من أجر العامل ، مقتطعا إياه من هذا الأجر في حدودٍ معينةٍ على إثر ارتكاب العامل مخالفةً وارداً في لائحة الجزاءات التأديبية .

وقد رخص القرار الوزاري لرب العمل في أن يحدد قدر هذه الغرامة في حدود مبلغ نقدي معين أو في حدود مبلغ يساوي الأجر عن مدة معينة من العمل كأجر يوم أو أجر ساعة ، وفي ذلك تقول المادة الثانية من القرار الوزاري (رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ م) “يجوز أن تكون الغرامة مبلغاً مساوياً للأجر عن مدة معينة” .

ولقد حرص واضع القانون على رعاية العامل من جزاء الغرامة الذي يمس أجر العامل فيؤثر بذلك في مورد رزقه وسبيل عيشه ، فقرر قيوداً تحد من مقدار هذه الغرامة في المخالفة الواحدة، فنص صراحة على حظر زيادة مقدار الغرامة في المخالفة الواحدة عن أجر خمسة أيام ، كما منع في نفس الوقت عند تعدد المخالفات الواقعة من العامل أن يقتطع من أجره أزيد من أجر خمسة أيام في الشهر الواحد ، ومن ثم إذا تجاوزت هذه الغرامات قيمة أجر خمسة أيام تم الاقتطاع على أكثر من شهر بحيث توزع على هذه الأشهر بطريقة تمنع من زيادة عملية الاقتطاع للغرامة في الشهر الواحد على أجر خمسة أيام ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ١٠٢ /٥ عمل بحريني سابق بقولها ” يراعى في إعداد لوائح الجزاءات وتطبيقها القواعد التالية : ألا تزيد الغرامة بشأن المخالفة الواحدة على أجر خمسة أيام ، ولا يزيد ما يقتطع من أجر العامل وفاءً للغرامات على أجر خمسة أيام في الشهر الواحد ” .

وعلى الرغم من هذه القيود فلا يخفى عن ذي الفطنة تأثير هذه الغرامة سلبياً على حياة العامل وقد حرم بسببها من سدس أجره ، وهو قدر غير هين من أجره ينال بصورة فاعلة من عيشه خلال هذا الشهر ، لذا لم يجد واضع القانون الفرنسي بداً من إلغاء هذه الغرامة بقانون صدر في ١٧ يوليو عام ١٩٧٨ م .

وينبغي مراعاة التزام رب العمل قانوناً بإنشاء سجل خاص لهذه الغرامات يقيّد فيه اسم العامل الموقع عليه الغرامة وسبب توقيعها عليه ومقدار أجره ، مع فتح حساب مصر في خاص لهذه الغرامات ، ولا تؤوّل حصيلة الغرامات المفروضة على العمال إلى رب العمل ، حتى لا يسرف أرباب العمل في توقيعها على عمالهم بحق أو بغير حق ، نظراً لأنها ليست تعويضات مقررة لأرباب العمل عن أضرار أحدثها بهم العمال حتى يقومون بتحصيلها ، ولذا فإنه يجري التصرف فيها وفق قرار وزاري يصدره وزير العمل .

وتنفيذاً لذلك صدر من وزير العمل قرار (وهو القرار ٢٤ لسنة ١٩٧٦م) بتشكيل لجنة في كل منشأة تضم عشرة عمال فأكثر تتكون هذه اللجنة من مندوب عن رب العمل وعاملين من عمال المنشأة ، تختص باتخاذ القرارات التي تراها في تحديد أوجه التصرف في أموال هذه الغرامات ، شريطة اعتمادها من وزير العمل بعد العرض على المجلس الأعلى للخدمات العمالية ، هذا مع مراعاة أن القرار الصادر من اللجنة إذا عرض على الوزير المختص ولم يعترض عليه خلال شهرين من تاريخ تقديمه عدّ نافذاً بطريقة ضمنية (م ٢ من القرار الوزاري رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٦ م) .

ويراعى أنه كان إذا قلّ عدد عمال المنشأة عن عشرة عمال كان يجري التصرف في أموال

الغرامات بمعرفة رب العمل بعد الحصول على موافقة إدارة العمل بوزارة العمل .

المطلب الرابع

تأجيل موعد استحقاق العلاوة السنوية مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر جزاء تأديبي في قانون العمل الحالي

لقد رخص قانون العمل البحريني الحالي لصاحب العمل الذي لديه منشأة تعمل بنظام العلاوة السنوية أن يوقع على العامل جزاءً تأديبياً ممتثلاً في تأجيل موعد استحقاقه تلك العلاوة لمدة شهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر بوصفه الحد الأقصى لمدة التأجيل المتاحة له تجاه هذا العامل عند ارتكابه مخالفة من المخالفات التأديبية ، علماً بأن هذه العلاوة عبارة عن مبلغ من المال يحدد بنسبة معينة من أجر العامل مثل خمسة أو عشرة ليضاف إلى أجره سنوياً فيصير بعد هذه الإضافة جزءاً لا يتجزأ من الأجر فيصرف له دورياً كل شهر مع أجره⁽¹⁾ .

المطلب الخامس

الوقف عن العمل في ظل قانون العمل البحريني السابق والحالي

الوقف عن العمل هو إجراء يقصد به منع العامل من العمل مدة معينة مع حرمانه من أجره طوال مدة هذا الوقف ، وهذا الجزاء قد يكون جزاءً تأديبياً مستقلاً ، وقد يكون إجراءً احتياطياً أو وقائياً ، وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول

الوقف التأديبي

هو جزاء تأديبي يوقعه رب العمل على العامل عند ارتكابه مخالفةً تأديبيةً تستوجب ذلك ، فيوقف العامل على إثرها عن العمل مدة معينة مع حرمانه من أجره خلالها . و جدير بالذكر أنه لم يصرح واضع القانون بحرمان العامل من أجره خلال فترة هذا الوقف ، إلا أن ذلك أمر منطقي حتى يتجرع العامل جريرة مخالفته ، وإلا صار الوقف عن العمل مكافأةً للعامل على إخلاله وتقصيره ، إذا ما تم وقفه عن العمل مع استحقاقه للأجر عن مدة هذا الوقف ، وهذا وضع غير مقبول عقلاً ومنطقاً .

وقد قيّد واضع القانون هذا الجزاء بقيدتين رعايةً للعامل ، أولهما أنه لا يجوز وقف العمل عن المخالفة الواحدة مدة تزيد على خمسة أيام ، وثانيهما إنه إذا تعدد المخالفات الموجبة للوقف فلا يجوز أن تزيد مدة الوقف عن خمسة أيام في الشهر الواحد ، وبناء عليه يمكن لرب العمل إذا زاد مجموع مدد الوقف الواجبة على العامل بسبب تعدد مخالفته عن أكثر من خمسة أيام ، أن يقوم بتوزيع هذه الجزاءات على أكثر من شهر حتى لا يزيد الوقف عن أكثر من خمسة أيام في الشهر الواحد .

كما لا يجوز الجمع بين جزاء الغرامة وجزاء الوقف في شهر واحد عند تعدد المخالفة ، بل ينبغي إيقاع أحد الجزاءين في شهر ثم يجري إيقاع الجزاء الآخر في الشهر الذي يليه ، نظراً

١ . انظر في ذلك : د/ صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - ص ٢٨٤ .

لعدم جواز الاقتران من أجر العامل أكثر من خمسة أيام في الشهر الواحد سواء عن جزاء واحد أو عن جزاءين مختلفين .

ومن الملاحظ أن جزاء الوقف رغم تشابهه مع جزاء الغرامة من حيث النتيجة المترتبة عليهما وهي حرمان العامل من أجره بما لا يزيد عن أجر خمسة أيام، إلا أن وقعه النفسي على العامل يكون أشد من جزاء الغرامة، لأن جزاء الغرامة يوقع على العامل مع استمراره في مباشرة عمله على نحو قد لا يسمح لأحد من زملائه العاملين معه بملاحظة توقيع هذا الجزاء عليه، بخلاف الوقف الذي يجبر فيه العامل على التوقف عن أداء عمله فيستشعر كل زملائه بمنعه من العمل فينعكس ذلك سلباً على نفسيته ومشاعره في مواجهتهم .

الفرع الثاني الوقف الاحتياطي

هو إجراء وقائي يوقف فيه رب العمل العامل المنسوب إليه ارتكاب أية جنحة داخل نطاق العمل أو ارتكابه جنابة لحين الفصل قضائياً في الاتهام المنسوب إليه .

فرب العامل يعمد إلى هذا الوقف بوصفه إجراءً وقائياً رعايةً لمصالحه وحفاظاً على سمعة منشأته عند ارتكاب العامل جنابة وهي أشد أنواع الجرائم خطورةً، سواء كانت داخل العمل أو خارجه، أو ارتكابه أية جنحة داخل نطاق العمل سواء كانت ماسة بالشرف والأمانة أم لا .

ويتعين على رب العمل إبلاغ السلطات العامة المختصة بمجرد علمه بارتكاب هذه الجريمة قبل وقفه للعامل، إذ المنطق العادي للأمر يقتضي أنه بعد القبض على العامل في أي من هذين النوعين من الجرائم، يصدر رب العمل قراره بوقف العامل عن العمل لحين البت في قرار الاتهام المنسوب إليه ابتداءً من النيابة العامة التي قد ترى ألا وجه لإقامة الدعوى في حقه، أو انتهاءً عند الفصل في أمره بحكم قضائي من المحكمة المختصة بعد إحالته إلى المحاكمة ببراءته أو بإدانته .

وجدير بالذكر أن وقف العامل احتياطياً يعد أمراً جوازيماً لرب العمل فله اتخاذ ابتداءً أو عدم اتخاذه، كما له أن يعدل عنه بعد تقريره له في أي وقت، فيسمح بذلك للعامل في الاستمرار بعمله رغم الاتهام المنسوب إليه في جنابة أو في أية جنحة داخل دائرة العمل .

ويبقى العامل موقوفاً احتياطياً عن عمله من بداية إبلاغ السلطات العامة المختصة بالجريمة التي وقعت منه، متى قرّر رب العمل وقفه عن العمل فور ارتكابه الجريمة أو من التاريخ الذي يراه رب العمل مناسباً لوقفه في ضوء مصلحة العمل، إلى حين الفصل في أمره بصورة نهائية سواء بحفظ التحقيق معه من النيابة العامة أو ببراءته من قبل المحكمة .

ولا يستحق العامل أجراً طوال مدة وقفه احتياطياً، هذا ما لم يتبين أن هذا الاتهام كان وليد تدبير أو كيد من جانب صاحب العمل أو مدير المشروع، فعندئذ يلتزم رب العمل بدفع أجر العامل طوال مدة الوقف .

ويتعين على رب العمل رد العامل إلى عمله متى ثبتت براءته من الاتهام الذي كان منسوباً إليه، وإلا عد امتناعه عن اعادته إلى العمل من قبيل الفصل التعسفي الموجب للتعويض على عاتق رب العمل لصالح العامل .

وإذا صدر حكم قضائي نهائي بإدانة العامل وحبسه لم يستحق أجراً طوال مدة الحبس، بل

وكان في مقدور صاحب العمل التمسك في مواجهته بفسخ العقد متى توافرت لديه شروط طلب هذا الفسخ .

المطلب السادس

تأجيل الترقية عند استحقاقها لمدة لا تزيد على عام جزاء مستحدث في قانون العمل البحريني الحالي

لقد استحدث واضع قانون العمل البحريني الحالي جزاء تأديباً جديداً لم يكن موجوداً في ظل قانون العمل السابق ، يرخص لصاحب العمل فيه أن يؤجل فيه ترقية العامل عند استحقاقه لها لمدة لا تزيد على سنة ، وهذا لا يتصور إلا في المنشآت التي بها نظام للترقية استناداً إلى الأقدمية بناء على اتفاق جماعي أو لائحة العمل ، وعندئذ لا يجوز تأجيل هذه الترقية لمدة تزيد على سنة ، أما في المنشآت التي لا تخضع لنظام الترقية على النحو سالف الذكر ، فستتضاءل أهمية هذا الجزاء ، نظراً لأنه ستضحى الترقية خاضعة لمطلق مشيئة صاحب العمل إن شاء منحها وإن شاء منعها (1) .

المطلب السابع

الفصل من الخدمة

لا جرم أن فصل العامل من الخدمة يمثل دون أدنى شك أشد أنواع الجزاءات التأديبية قوة وإيلاماً للعامل على الإطلاق ، لما له من آثار مادية وأدبية سيئة عليه ، فمن الناحية المادية يفقد العامل مصدر رزقه فيحرم من أجره على إثر هذا الفصل الذي تنتهي به علاقة العامل برب العمل ، فضلاً عن المشاق والمتاعب المادية التي التي يتعرض لها العامل بحثاً عن عمل جديد مناسب بديلاً عن عمله الأول ، وقد يجده وقد لا يجده بعد كل هذه المتاعب ، ناهيك عن الآثار السيئة من الناحية النفسية ، فالأضرار الأدبية مركبة لأن العامل سيحرم من عمله وأجره على إثر فصله من العمل ، وهذا كله له وقع السيئ على النفس ، وبصماته القاسية على القلب ، خاصة وقد شاع بين زملائه - إن لم يكن خارج نطاق العمل أيضاً - أن العامل قد فصل من عمله بعد ارتكابه خطأ فادحاً يستوجب هذا الفصل فتسوء على إثر ذلك سمعته ، وقد يتعذر عليه - إن لم يستحل - أن يجد عملاً بديلاً بعد هذا الفصل المسيئ لسمعته داخل نطاق مهنته أو حرفته .

ونظراً لخطورة سلطة رب العمل التأديبية في إيقاع هذا الجزاء التأديبي الشديد المتمثل في الفصل من الخدمة ، تسعى سائر قوانين العمل حثيثاً إلى إيجاد الضمانات اللازمة للحد من ممارسة رب العمل لهذا الجزاء لتفادي مظاهر التعسف في ممارستها ، نعل من أبرز مظاهر هذه الضمانات التي وفرتها تشريعات العمل حرصها على تحديد الحالات التي يرخص فيها لرب العمل توقيع هذا الجزاء التأديبي تلافياً لتوسع رب العمل في توقيعه على عماله في غير تلك الحالات المحددة له قانوناً .

هذا بالإضافة إلى اتجاه واضع قانون العمل البحريني السابق إلى التفرقة بين درجتين من درجات الفصل من الخدمة ، هما الفصل من الخدمة مع الاحتفاظ بحق العامل في مكافأة

١ . انظر في ذلك : د/ صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - ص ٢٨٧ .

نهاية الخدمة ، والفصل من الخدمة مع حرمانه من تلك المكافأة ، في حين جعل قانون العمل البحريني جزاءً تأديبياً منبث الصلة عن مكافأة الخدمة أسوةً بقانون العمل الموحد المصري ، وكان هذا موقفاً محموداً له بعدوله عن مسلك القانون السابق عليه ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

الفرع الأول

الفصل من الخدمة دون الحرمان من مكافأة نهاية الخدمة في ظل قانون العمل البحريني السابق

لقد أُجيز قانوناً لرب العمل فصل العامل من الخدمة مع احتفاظه بحقه في المكافأة عند توافر حالة أو أكثر من الحالات المذكورة في اللائحة النموذجية الصادرة عن وزير العمل البحريني بموجب القرار الوزاري رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٦م ، والتي تتمثل في الحالات الآتية :-

- ١- التحريض على مخالفة أوامر صاحب العمل أو مخالفة التعليمات الخطية الخاصة بالعمل .
- ٢- الإهمال أو التهاون في العمل الذي قد ينشأ عنه ضرر بصحة العمال أو سلامتهم أو بالمواد والأدوات .
- ٣- التدخين في الأماكن المحظورة للمحافظة على سلامة العمال والمحل أو تناول المشروبات الروحية أو المخدرة في أماكن العمل.
- ٤- عدم توريد النقود المحصلة لحساب المنشأة في المواعيد المحددة بدون تبرير مقبول.

وسنعرض كل حالة من هذه الحالات في مطلب مستقل بها ، وذلك لتحليلها وعرض وجهة نظرنا بشأنها ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : التحريض على مخالفة أوامر رب العمل أو التعليمات المكتوبة الخاصة بالعمل :

لا جرم أن لجوء العامل إلى فعل التحريض لحمل عمال المنشأة على مخالفة أوامر رب العمل أو الخروج على التعليمات المكتوبة^(١) الخاصة بالعمل ، يمثل مخالفة تأديبية تستأهل الجزاء والمؤاخذة ، لكنه ينبغي ألا يكون هذا الجزاء متمثلاً في جزاء الفصل من الخدمة ، ولو مع احتفاظ العامل بحقه في مكافأة نهاية الخدمة ، فهو لم يزل رغم ذلك مع هذه المخالفة يحمل في توقيعه على العامل معنى المغالاة والتطرف ، لإسيما وأن فلسفة الجزاء أياً كان نوعه (سواء أكان جزاءً تأديبياً أم مدنياً أم جنائياً) ليس غاية في حد ذاته ، وإنما هو وسيلة لتحقيق الردع الخاص لدى مرتكب المخالفة أياً كان نوعها (أي سواء كانت مخالفة تأديبية أم جنائية أم مدنية) والردع العام لدى غيره .

ولذلك أرى أنه كان يكفي أن يوقع صاحب العمل على العامل في هذه الفرضية جزاء آخر أقل وطأة على العامل وأنسب لمخالفته ، مثل جزاء الغرامة أو الوقف عن العمل أو على الأقل

١ . وقد استعمل القرار مصطلح التعليمات الخطية ، على أساس أن الشكل المعتاد للتعليمات آنذاك أن تصدر هذه التعليمات في أوراق مكتوبة بخط صاحب العمل أو من يمثله ، وكانت وسائل الكتابة الحديثة المعروفة الآن نادرة وقليلة .

يجعل جزاء الفصل من الخدمة في حالة حصول ضرر جسيم من جراء التحريض، بحيث يسبق توقيع هذا الجزاء القاسي جزاء آخر أخف ألا وهو جزاء الإنذار الكتابي الذي ينبه فيه العامل إلى خطورة سلوكه ويحذره من مغبة التعرض لجزاء الفصل إذا ما عاود إلى سلوك التحريض مرة أخرى واستجاب له العمال في تأليبه لهم على المنشأة للإضرار بالعمل وبصاحب العمل.

ثانياً: الإهمال أو التهاون في العمل بما يضر بالعمال في صحتهم أو سلامتهم أو يمس سلامة مواد العمل أو أدواته:

ويلاحظ على هذا النص أنه ذو مضمون فضفاض، إذ يسمح لرب العمل بفصل العامل لمجرد الإهمال أو التهاون وإن صغر حجمه ودق خطره، مادام أنه يضر بصحة العمال أو سلامتهم أو يمس سلامة مواد العمل وأدواته.

صحيح أن أي إهمال أو تهاون يصدر عن العامل بقصد أو دون قصد متى كان ضاراً بأي من الأشياء التي حرص القانون على المحافظة عليها وعلى سلامتها (سواء كانت صحة العمال أم سلامتهم أم سلامة أدوات العمل ومواده) يمثل مخالفة تأديبية تستحق الجزاء، لكن يجب أن يتناسب الجزاء في نوعه ودرجته مع نوع وحجم المخالفة، وإلا كان الجزاء متسماً بالتطرف والغلو.

فعلى سبيل المثال لا ينكر أحد خطورة التدخين وضرره في المكاتب الإدارية وغيرها من مواطن العمل الأخرى، حتى وإن كان ذلك بعيداً عن المواطن الأخرى المحظور فيها التدخين أصلاً، فهل يكون مقبولاً أن يجري فصل العامل لمجرد تدخينه سيجارة داخل هذه المكاتب حتى وإن تكرر منه حصول هذا السلوك، أم أنه من الأفضل مؤاخذته على هذا السلوك بجزاء أخف من الفصل يتناسب مع نوع ودرجة المخالفة مثل جزاء الغرامة أو الوقف عن العمل.

واعتقد أنه كان بوسع وزير العمل أن يكتفي بذكر هذه الحالة وحدها حتى ننتقد مسلكه بتوسيع دائرة ونطاق حالات الفصل من الخدمة عند وقوع أي إهمال أو خطأ من جانب العامل مهما كانت درجة تفاهته أو بساطته، مادام أنه يضر من قريب أو بعيد بصحة العمال أو سلامتهم أو سلامة مواد العمل أو أدواته.

وقد رخص القانون لرب العمل إذا نجم عن الإهمال أو التهاون من العامل ضرر جسيم وتوافر لديه قصد الإضرار بأن كان السلوك متعمداً، أن يفصله من الخدمة مع حرمانه من المكافأة، واعتقد أنه لم يكن الأمر بحاجة إلى الزيادة على الفصل من الخدمة، فليس بعد الفصل من جزاء، فهو أقسى وأشد أنواع الجزاءات التأديبية على الإطلاق، ثم إن مكافأة نهاية الخدمة لها سببها وهو مدة الخدمة التي قضاها العامل في العمل قبل ارتكابه المخالفة، ومن ثم لا ينبغي ربطها بالمخالفة أو عدم المخالفة، وإذا لحق رب العمل ضرر جسيم فسبيله إلى جبره ليس من خلال حجب المكافأة عنه، وإنما عن طريق رفع دعوى التعويض عليه فيقدر له القاضي ما يجبر له ضرره من تعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية، سواء كانت عقدية أم تقصيرية.

ثالثاً : التدخين في أماكن محظورة بالعمل أو تناول مشروبات روحية أو مخدرة في أماكن العمل:

لقد أجاز القانون لرب العمل فصل العامل من الخدمة دون حرمانه من حقه في مكافأة نهاية الخدمة إذا دخن العامل أي نوع من أنواع التدخين (سواء كان من السجائر أم أنواع أخرى من التبغ) في الأماكن المحظور فيها ذلك ، كما لو كانت عرضة للاشتعال على نحو يضر بصحة العمال أو سلامتهم أو سلامة المنشأة و ما بها من مواد و أدوات ، أو تناول العامل في مكان العمل أياً من المشروبات الروحية أو المخدرة ، نظراً لما تؤدي إليه هذه المشروبات من تغيير للعقل وإغلاقه ، على نحو قد يؤدي إلى فقدان العامل لوعيه وإدراكه ، فيحتمل معه أن يأتي أياً من التصرفات الضارة سواء بباقي العمال العاملين معه أم بأدوات العمل ومواده أم حتى بالعامل نفسه .

بل وسمح القانون لرب العمل أيضاً أن يقرن هذا الفصل بالحرمان من مكافأة نهاية الخدمة إذا ترتب على هذه المخالفة ضرر جسيم بصحة العمال أو سلامتهم أو سلامة مواد العمل أو أدواته ، و كان خطأ العامل عمدياً ، أي توافر لديه قصد الإضرار أو الإيذاء .

واعتقد من جانبي أن توقيع جزاء الفصل من الخدمة لمجرد التدخين و لو في الأماكن المحظور فيها التدخين لا يخلو من معاني الإفراط و المغالاة ، إذ كان يكفي معه توقيع جزاء أخف من الفصل مثل الغرامة أو الوقف عن العمل ، بل إذا لزم الفصل فينبغي أن يكون عند حصول ضرر جسيم من جراء هذا التدخين .

ولعل هذا الذي أقرته هنا هو ما نص عليه القرار الوزاري سالف الذكر فعلاً لكنه قيد توقيعه بحصول ضرر جسيم ، فضلاً عن اشتراط توافر العمد لديه في مباشرة هذا السلوك ، وأقرن به جزاء آخر لا داعي له و لا مبرر لفرضه ، ألا وهو حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة ، و الذي لا ينبغي حرمان العامل منها أياً كان سبب الفصل ، لأن استحقاق العامل لها سببه عمله لدى رب العمل طوال مدة خدمته السابقة على ارتكابه المخالفة .

وأرى انتقاد النص الوارد في هذه المخالفة لاستعماله اصطلاح " المشروبات الروحية " للتعبير عن المشروبات المسكرة " ، أخذاً بالاستعمال الشائع عنها في لغة الشارع ، ظناً من البعض لاسيما بين من يتعاطون مثل هذه المشروبات المسكرة أن هذه المشروبات تمتع أرواحهم وذواتهم منتشين بتناولها رغم خبثها و سوء مذاقها و شدة خطورة آثارها و تبعاتها علي الجسم كله ، وكيف لا تمتلئ خطورة وهي أم الخبائث ، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " الخمر أم الخبائث ، فمن شربها لم تقبل منه صلاة أربعين يوماً ، فإن مات وهي في بطنه مات ميتة جاهلية"^(١) و لذا ينبغي التنزه عن هذا الاستعمال في لغة الفقه و القانون .

ثم إنني أتساءل لو أن عاملاً تناول سيجارة بها نبات الحشيش أو البانجو (ومما يؤسف له أنه قد كثر استعماله بين عدد غير قليل من المدخنين) ، هل يستأهل توقيع جزاء الفصل من الخدمة على سلوكه هذا ، حتى و لو كان لأول مرة ، أم أنه من الأفضل أن نتدرج معه في الجزاء فنوقفه مثلاً عن العمل أو نوقع عليه الغرامة ، ثم إذا تكرر منه هذا السلوك و نجم عنه ضرر بالعمال أو برب العمل و لو كان ضرراً يسيراً ، جرى فصله من العمل دون حرمانه

١ . بل إن النبي صلى الله عليه وسلم لعن كل من يتعامل على الخمر فقال " لعن الله الخمر وشاربه وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وأكل ثمنها " . الحديث رواه أبو داود في سننه ، رقم الحديث ٣١٨٩ ، كما أخرجه الحاكم في المستدرک علي الصحيحين ، وقال الحاكم هذا حديث صحيح الإسناد ، كما صححه أيضاً ابن حبان .

من المكافأة .

وإذا كان النص القانوني قد أجاز لرب العمل فصل العامل من الخدمة إذا ترتب على مخالفة العامل في هذه الفرضية ضرر جسيم و كان خطأ العامل عمديا ، فهذا إتجاه محمود جدير بالاعتبار بصفة عامة في كل حالات الفصل من الخدمة الواردة في اللائحة النموذجية الصادرة عن وزير العمل ، و ليس فقط في هذه الفرضية أو الفرضية السابقة عليها كما جاء بهذه اللائحة .

بيد أنه ينتقد حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة بصورة مطلقة ، أي سواء كانت المخالفة الواقعة من العامل جسيمة أم كانت بسيطة و أيا كان نوع الضرر (أي سواء كان جسيماً أم يسيراً) ، أو حجمه (أي سواء كان صغيراً أم كبيراً) ، وذلك نظراً لأن سبب هذه المكافأة هو فترة العمل التي أمضاها العامل في خدمة صاحب العمل داخل المنشأة ، و هي منبته الصلة عن المخالفة الواقعة من العامل ، و لذا ينبغي حرمان العامل منها لمجرد وقوع مخالفة حتى و لو كانت جسيمة أو تولد عنها ضرر جسيم ، لاسيما وأن الفصل من الخدمة يعد جزءاً كافياً و مناسباً في شدته لأي مخالفة مهما عظم شأنها وكانت جسيمة ، ثم إن الأضرار المتولدة عن خطأ العامل يمكن التعويض عنها بعيداً عن هذه المكافأة ، في ضوء القواعد العامة للمسئولية المدنية أيا كان نوعها ، أي سواء كانت عقدية إذا تولدت هذه الأضرار عن إخلال العامل بأحد التزاماته العقدية أم كانت تقصيرية إذا تولدت هذه الأضرار عن أخطاء غير عقدية .

رابعاً : عدم توريد النقود المحصلة لحساب المنشأة في مواعيدها دون مبرر مقبول :

لا شك أن عدم توريد العامل للنقود المحصلة لحساب المنشأة ، سواء جرى تحصيلها من خلاله مباشرة أم بواسطة جهاز معد لهذا الغرض ، في المواعيد المحدد للتوريد ، دون وجود مبرر مقبول لذلك ، يمثل خطأ أو مخالفة تأديبية تستحق الجزاء التأديبي ، لكن لا ينبغي أن يصل هذا الجزاء إلى حد الفصل من الخدمة ، إذ ليس من المقبول إذا تكاسل العامل أو انشغل عن توريد هذه النقود لحساب المنشأة لسبب لا يشفع له في ذلك ، أن يجري فصله من الخدمة .

فلو فرضنا أن العامل خرج من العمل سريعاً لعيادة مريض أو توديع مسافر فأنسته عجلته الاضطلاع بمهمة توريد هذه النقود المحصلة لحساب المنشأة ، فهل يستحق هذا العامل حتى مع ثبوت الخطأ في حقه مثل هذا الجزاء القاسي أم أنه يكفي أن يوقع عليه جزاء آخر أخف من ذلك ، لاسيما و أن الجزاء - كما سبق القول - ليس غاية في حد ذاته و إنما هو وسيلة للإصلاح و التقويم ، و ليس سبيلاً للإيذاء و الإيلام بصورة مفرطة دون مقتضى لذلك ، بالإضافة إلى أن العامل لم يقصد الاستيلاء على هذا المال أو حتى الاستفادة من حيازته لحساب نفسه ولو بعض الوقت ، إذ لو ثبت عليه مثل هذا الخطأ الجسيم لكان مستحقاً لجزاء الفصل ، كما لو كان سيتاجر به في العملة مثلاً أو كان سيساهم به للاشتراك لحساب في صفقة سريعة ثم إعادته ثانية لرب العمل ، و إلا لكان الفصل من الخدمة جزءاً وفاقاً لسلكه ، بل قد يكون عرضة في مثل هذه الحالة للملاحقة من قبل رب العمل جنائياً لارتكابه سلوكاً إجرامياً ، فضلاً عن ملاحقته مدنياً لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت برب العمل من جراء عدم توريده هذا المال في مواعيده المحددة له سلفاً وفق أحكام المسئولية العقدية .

الفرع الثاني

حالات الفصل من الخدمة بوصفه جزاءً قائماً بذاته في قانون العمل البحريني الحالي ، ومضافاً إليه حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل البحريني السابق

لقد أورد قانون العمل البحريني السابق تسع حالات للفصل من الخدمة مع حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة ، اعتمدها واضع قانون العمل البحريني الحالي حالات فيه للفصل من الخدمة - بوصفه جزاءً تأديبياً قائماً بذاته دون أن يربطه بالحرمان من مكافأة نهاية الخدمة - ثم أضاف إليها حالتين جديدتين ، لتصير حالات الفصل من الخدمة في ظلّه أحد عشرة حالة .

وفي ذلك تنص المادة ١١٣ من قانون العمل البحريني السابق على أنه ” لا يجوز لصاحب العمل فصل العامل بدون مكافأة أو إخطار أو تعويض إلا في الحالات الآتية:-

- ١- إذا انتحل العامل شخصية غير صحيحة أو قدم شهادة أو توصيات مزورة.
 - ٢- إذا ارتكب العامل خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال ٢٤ ساعة من وقت علمه بوقوعه.
 - ٣- إذا لم يراع التعليمات اللازم اتباعها لسلامة العمال والمنشأة رغم إنذاره كتابة بشرط أن تكون التعليمات مكتوبة ومعلقة في مكان ظاهر.
 - ٤- إذا تغيب عن العمل بدون سبب مشروع أكثر من عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة أو أكثر من عشرة أيام متوالية على أن يسبق الفصل إنذار كتابي من صاحب العمل بعد غيابه عشرة أيام في الحالة الأولى وانقطاعه خمسة أيام في الحالة الثانية.
 - ٥- إذا لم يقيم العامل بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل.
 - ٦- إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالمنشأة التي يعمل فيها.
 - ٧- إذا حكم على العامل نهائياً في جنائية أو في جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.
 - ٨- إذا وجد أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة أو ارتكب عملاً مخالفاً بالآداب في مكان العمل.
 - ٩- إذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه.
- وتتضمن المادة ١٠٧ من قانون العمل البحريني الحالي ذات الحالات التسع سالفة الذكر مضافاً إليها حالتين جديدتين ، وفي ذلك تقول ” يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل دون إخطار أو تعويض في أي من الحالات التالية :

- ١- انتحال العامل شخصية غير صحيحة أو تقديمه لشهادات أو توصيات مزورة.
- ٢- ارتكاب العامل خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال يومي عمل من وقت علمه بجسامة الخسارة المادية.

٣- عدم مراعاة العامل للتعليمات الواجب اتباعها لسلامة العمال أو المنشأة رغم إنذاره كتابة، بشرط أن تكون التعليمات مكتوبة وموضوعة بشكل ظاهر في أماكن العمل.

٤- غياب العامل عن العمل دون سبب مشروع مدة تزيد على عشرين يوماً متقطعة أو عشرة أيام متصلة في السنة الواحدة على أن يسبق الإنهاء توجيه إنذار كتابي من صاحب العمل بعد غياب العامل عشرة أيام في الحالة الأولى وخمسة أيام في الحالة الثانية.

٥- عدم قيام العامل بأداء التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل.

٦- إفشاء العامل - دون تصريح كتابي من قبل صاحب العمل- الأسرار المتعلقة بالعمل.

٧- صدور حكم نهائي على العامل في جنائية أو في جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

٨- وجود العامل أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مواد مخدرة، أو ارتكابه عملاً مخالفاً بالآداب في مكان العمل.

٩- اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير المسئول، وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد العاملين بالمنشأة أو أحد عملائها أثناء العمل أو بسببه.

١٠- عدم مراعاة العامل للضوابط المقررة قانوناً بشأن ممارسة حق الإضراب.

١١- إذا أصبح العامل غير صالح لمزاولة العمل محل العقد بسبب يرجع إليه مثل إلغاء ترخيص مزاولته العمل أو فقدته للمؤهلات التي تخوله مزاوله العمل المتفق عليه.

وأعتقد إن ما كان يسلكه قانون العمل البحريني السابق في إقرانه مع الفصل من الخدمة جزاءً آخر منبث الصلة عنه ألا وهو حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة محل انتقاد للأسباب الآتية:

١- إن فصل العامل من الخدمة وحده هو جزاء تأديبي كاف في قسوته وشدته لمؤاخذة العامل على خطئه مهما بلغت جسامته، بل حتى ولو كان خطأ عمدياً، ومن ثم فهو لا يحتاج إلى أن يقرب به جزاء آخر من أي نوع، لأنه ليس بعد الفصل من الخدمة من جزاء في شدته وقسوته، فأثاره المادية والمعنوية على العامل المفصول، بل وعلى أسرته بليغة وجسيمة.

٢- إن استحقاق العامل لهذه المكافأة سببه منبث الصلة عن خطأ العامل أياً كانت درجته، فهي مكافأة للعامل عن مدة خدمته السابقة على الفصل وعلى الخطأ المستوجب لهذا الجزاء، ومن ثم لا ينبغي حرمانه منها وقد توافر في العامل سبب استحقاقها.

٣- إن حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة والمستحقة عن فترة عمله لدى رب العمل قبل ارتكابه سلوكاً تأديبياً مستوجب لهذا الجزاء، لا يخلو من معنى تطبيق الجزاء بأثر رجعي، لأنه - في اعتقادي - سيكون جزاءً ماساً بالعامل عن فترة زمنية سابقة على وقوع المخالفة التأديبية المبررة للفصل من الخدمة، والتي لم يكن العامل منسوباً إليه خلالها أية مخالفة تأديبية تبرر هذا الجزاء، ومن ثم ينتفي المبرر المنطقي لحرمانه من هذه المكافأة.

أولاً : انتحال العامل شخصية غير صحيحة أو تقديمه شهادات أو توصيات مزورة :

يظهر لنا من هذه الحالة أن العامل قد يلجأ إلى الطرق الاحتياالية لحظة إبرام العقد ليوهم رب العمل بأمر معين على غير الحقيقة فيدفعه تحت تأثير هذا الإيهام إلى إبرام العقد معه ، وهذا هو معنى التدليس المفسد لرضاء بوصفه أحد عيوب الإرادة ، كما لو أن العامل انتحل شخصية أحد الأطباء للعمل في مستشفى خاص رغم كونه مجرد ممرض أو كونه لم يزل طالبا بكلية الطب أو ينتحل طالب جامعي يدرس في كلية الآداب أو التربية شخصية مدرس ليعمل في إحدى المدارس الخاصة بوصفه مدرسا ، هذا مع تقديمه شهادة مزورة تدعم هذا الإدعاء الباطل منه ، كأن يقدم شهادة مزورة تفيد تخرجه من كلية الطب أو كلية الآداب أو التربية أو يقدم إفادة أو توصية غير صحيحة لإيهام رب العمل بغير الحقيقة .

ولا شك أن هذا التدليس الواقع من العامل يجيز لرب العمل تحريك الدعوى المدنية في حقه للمطالبة بإبطال العقد ، هذا مع طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا التدليس بوصفه عملاً غير مشروع وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية ، هذا فضلاً عن حق رب العمل في إبلاغ النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية في حقه ، نظراً لما تمثله هذه الوسائل الاحتياالية من سلوكيات إجرامية تبرر ملاحقة هذا العامل جنائياً .

لكن هذا كله يستغرق وقتاً طويلاً حتى يلقى فيه العامل جزاءه القانوني ، مما قد يلحق برب العمل أضراراً جسيمة من جراء هذا البطء الشديد في مؤاخذة العامل على سلوكه غير المشروع ، فيكون لذلك مردوده السيء على العمل وعلى عمال المنشأة ، لذا رخص القانون لرب العمل في أن يتخذ قراراً سريعاً بفصل مثل هذا العامل زجراً له على هذا السلوك ، وزجراً لغيره من العمال ممن قد يتوون ولوج مثل هذا السلوك غير المشروع .

وإذا كان واضح القانون قد ذكر في هذه الحالة مظهرين فقط من مظاهر التدليس التي قد تحدث من جانب العامل لخداع رب العمل وتضليله ، والمتمثل في انتحاله شخصية غير صحيحة (كأن يدعي اسماً غير اسمه الحقيقي أو اسم شهرته أو يدعي الانتساب إلى أسرة أو عائلة غير أسرته أو عائلته أو يدعي صفة ليست فيه ، كأن يدعي أنه طبيب أو محاسب أو مدرس أو ميكانيكي أو صيدلي على خلاف الحقيقة) أو تقديمه شهادات أو توصيات مزورة لإثبات خبرته وتخصصه على نحو كاذب وخاذ مخالف للواقع ، إلا أنها تتسع لتشمل أي مظهر آخر من مظاهر الاحتيال المضلل لإرادة صاحب العمل لحمله على التعاقد تحت تأثير الإيهام المتولد عن هذه المظاهر التديسية ، وذلك لأن التدليس كله أياً كان مظهره يعد عملاً غير مشروع وسلوكاً غير أخلاقي يشين صاحبه قبل أن يسيء لمن وجه إليه .

ثانياً : ارتكاب العامل خطأ سبب خسارة جسيمة لرب العمل :

لقد سمح القانون لرب العمل أن يفصل العامل إذا ثبت ارتكابه خطأ أياً كان وصفه (أي سواء كان عمدياً أو جسيماً أو سيرا) ما دام قد سبب له خسارة مادية جسيمة ، ومن هنا يتبين لنا أنه لا يلزم في الخطأ أن يكون جسيماً ، بل يعتقد به ولو كان سيرا ما دام أنه ولد ضرراً جسيماً ، و يلزم أن يكون ضرراً مادياً وليس ضرراً أدبياً . ولا يلزم أن يكون الخطأ يشكل جريمة جنائية ، إنما يكفي أن يكون سلوكاً ضاراً ولو لم يتحقق له وصف الجريمة ، ما دام أنه ألحق برب العمل خسارة مادية جسيمة .

وهنا تتور صعوبة حول مدلول الجسامة في الضرر المادي ، وهل يترك لرب العمل تقدير هذا

الوصف في الضرر المادي الناجم عن خطأ العمل دون الرجوع إلى الجهات المعنية بوزارة العمل قبل قرار الفصل ؟

كما يثار التساؤل حول الضرر الأدبي الجسيم مؤداه ألا يتصور أن يكون مضاهياً للضرر المادي الجسيم على نحو يسمح لرب العمل بفصل العامل بسببه ، بل أليس من المتصور أن يكون الضرر الأدبي الناتج عن خطأ العامل أبلغ أثراً وأشد خطراً من كثير من مظاهر الضرر المادي ولو كان جسيماً ، فتزويد من ثمّ جسامته عن جسامته الضرر المادي ، الأمر الذي يوجب تعديل النص القانوني لأخذه في الاعتبار جسامته الضرر الأدبي فيدخله ضمن هذه الحالة من حالات فصل العامل من الخدمة .

ويلزم أن يكون الضرر الجسيم الحاصل قد أصاب رب العمل وليس غيره ، ومن ثم لا يجري فصل العامل عندما يتولد عن خطئه ضرر جسيم بعامل داخل المنشأة أو بأحد عملاء رب العمل أو برب عمل منافس أو غير منافس لمن يعمل العامل لديه .

كما ينبغي مراعاة رابطة السببية بين خطأ العامل وضرر رب العمل الجسيم ، بحيث يكون هذا الضرر نتيجة مباشرة لهذا الخطأ ، فلا يفصلهما عن بعضها سبب أجنبي مثل القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه .

ثالثاً : عدم التزام العامل بمراعاة التعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة رغم سبق توقيع جزاء الإنذار عليه:

لقد رخص القانون لرب العمل فصل العامل لمخالفته تعليمات السلامة الخاصة بتأمين سلامة العمال والمنشأة ، سواء وقعت مخالفته لهذه التعليمات بسلوك إيجابي مثل التدخين في بعض الأماكن داخل المنشأة ، أو من خلال سلوك سلبي مثل امتناعه عن ارتداء أجهزة الوقاية في الأماكن التي يلزم فيها ارتداؤها ، ويستوي أن يتولد عن هذه المخالفة ضرر يصيب رب العمل أو العامل المخالف أو غيره من العمال أو لم يتولد عن هذه المخالفة أي ضرر .

ويراعى قبل إيقاع الفصل لهذه المخالفة توافر هذين الشرطين :

١- الشرط الأول : أن تكون التعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة مكتوبةً ومعلقةً داخل المنشأة في مكان ظاهر . فلا يكفي أن يطّلع عليها العامل عند التعاقد أو تسلم له في أوراق مكتوبة لحظة التعاقد أو أثناء سريان العقد ، إنما يلزم أن تعلق مكتوبةً في مكان ظاهر بالمنشأة يرتاده العمال عادةً بصفة مستمرة .

وينبغي مراعاة أن تكون هذه التعليمات مكتوبةً بلغة دقيقة المبنى واضحة المعنى حتى يسهل على العامل فهمها ، وأرى عند وجود عمال أجانبٍ ينطقون بلغات أجنبية ضرورة أن تترجم لهم هذه التعليمات إلى اللغة التي يفهمونها حفاظاً على سلامتهم وسلامة المنشأة و تدعيماً لمبدأ المساواة بين العمال دون تفرقة على أساس اللغة .

٢- الشرط الثاني : سبق توقيع جزاء الإنذار على العامل لمخالفته هذه التعليمات من قبل ذلك : فالعامل الذي يخالف هذه التعليمات لأول مرة وإن استحق جزاءً تأديبياً على مخالفته ، إلا أنه لا يستأهل جزاء الفصل من الخدمة مع الحرمان من المكافأة ، بعكس الحال بالنسبة للعامل الذي يخالف هذه التعليمات ثانيةً رغم سبق إنذاره تأديبياً عن هذه المخالفة ، الأمر الذي يؤكد استحقاق العامل لجزاء الفصل من الخدمة ، لأنه لم يرتدع من جزاء الإنذار الذي سبق توقيعه عليه من جانب صاحب العمل لمخالفته ذات التعليمات الخاصة بالسلامة قبل

المرّة الثانية ، رغم ما تتطوي عليه هذه المخالفة من خطورة تمس العمال في سلامتهم أو تمس سلامة محل العمل .

رابعاً : الغياب دون سبب مشروع :

لكي يتسنى لرب العمل توقيع جزاء الفصل من الخدمة دون مكافأة على العامل بسبب الغياب وفقاً لصريح نص القانون يلزم أن تتوافر في هذا الغياب الشروط الآتية :

١- **الشرط الأول :** أن يكون الغياب غياباً متقطعاً لمدة تزيد على عشرين يوماً خلال السنة الواحدة أو غياباً متتالياً أو منتظماً لمدة تزيد على عشرة أيام . وهذا يعني أنه لا يجوز لرب العمل فصل العامل لغيابه غياباً متقطعاً لمدة عشرين يوماً فأقل خلال السنة الواحدة ، أو غيابه غياباً متتالياً أو منتظماً لمدة عشرة أيام متصلة فأكثر بصفة عامة سواء في نفس السنة أو خلال سنتين .

ويراعى أن المقصود بالسنة الواحدة التي يلزم وقوع الغياب المتقطع خلالها هنا ليس كل سنة ميلادية أو هجرية ، ولكن يقصد بذلك كل سنة من سنوات خدمة هذا العامل ، ومن ثم يجري حساب السنة الواحدة في الغياب المتقطع من تاريخ التحاق العامل بالعمل إلى أن تكتمل له سنة ميلادية من خدمته .

وينبغي مراعاة عدم دخول أيام الراحة الأسبوعية وأيام العطل الرسمية ضمن حساب أيام الغياب المتصل أو المتتالي، إذ ينبغي أن تكون هذه الأيام أيام عمل حتى تدخل في هذا الحساب ، ويراعى أن وقوع يوم الراحة الأسبوعية ضمن أيام الغياب المتصل لا يقطع اتصالها أو تتابعها، رغم كونه لا يدخل في الحساب المكمل لمدة الغياب المبررة للفصل، بل يستمر في حساب التتابع بضم الأيام السابقة على يوم الراحة الأسبوعية إلى الأيام اللاحقة عليها، ما دام أن العامل لم يقطع تتابعها بحضوره للعمل .

وجدير بالذكر أن العامل إذا وقعت عليه الغرامة بسبب غيابه عدة أيام دون سبب مشروع ، فإن ذلك لا يمنع من حساب هذه الأيام ضمن أيام الغياب المطلوبة قانوناً لفصل العامل من الخدمة، ولا يمثل ذلك إخلالاً بمبدأ عدم جواز تعدد الجزاء عن المخالفة الواحدة، وذلك أن الفصل من الخدمة لا يمثل جزاءً عن مجرد غياب العامل دون مبرر مشروع ، وإنما هو جزاء عن استمرار هذا الغياب لفترة طويلة تزيد على عشرين يوماً متقطعاً أو عشرة أيام متصلة .

٢- **الشرط الثاني :** انعدام السبب المشروع المبرر لغياب العامل :

إذا اضطر العامل إلى الغياب دون إذن صاحب العمل بسبب مرض أحد أبنائه أو مرض زوجته أو أحد اقاربه حتى الدرجة الثانية ، لاسيما إذا تعين عليه نقل هؤلاء للطبيب أو اصطحابه لأحدهم معه كان ذلك من وجهة نظري سبباً مشروعاً لغيابه ، وكذلك الحال يتوافر السبب المشروع عند وجود السبب الأجنبي الذي يحول دونه والذهاب إلى العمل ، مثل وقوع زلزال أو فيضان أو حرب أو أهلية أو توقف حركة المواصلات أو اعتقاله .

بل أعتقد من جاني أن الغياب الذي يرجع إلى تحقيق غرض مشروع ملح بالنسبة للعامل يجعل غيابه مبرراً، كما لو تغيب العامل عن العمل من أجل أداء الامتحان للحصول على إحدى

الشهادات العلمية ، بعكس الحالة لو تغيب لأداء امتحان في دورة تدريبية أو تثقيفية أو للاشتراك في مسابقة في مباراة رياضية أو بهدف زيارة مريض أو توديع مسافر أو مساعدة جار أو فقير أو مسكين ، فهذا لا يعد من قبيل الغياب المبرر للعامل رغم نبل غايته وشرعية غرضه وهدفه .

وعلى أية حال فإن تقدير مشروعية غياب العامل أو عدم مشروعيته هو مما يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسب ظروف كل حالة على حده وفق معيار العامل المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف هذا العامل المتغيب عن العمل .

وبداهة إذا كان غياب العامل عن العمل لم يتم إلا بعد استئذانه رب العمل لم يعد غياباً غير مشروع ، بل يكون مشروعاً ولم تجز من ثم - محاسبته عنه ، غير أن العامل ليس من حقه أن يغيب عن العمل دون إذن مسبق مدعياً مشروعية غيابه بحجة أحقيته إدخال هذه الأيام التي غابها ضمن أيام أجازته السنوية، لأن تحديد موعد هذه الأجازة في يد صاحب العمل وليس له حق الانفراد بتحديد هذا الموعد دون الرجوع إلى رب العمل في ذلك، لكن إذا وافق رب العمل على دخول أيام الغياب هذه ضمن أيام الأجازة السنوية للعامل لم يجز له من بعد عدها ضمن أيام الغياب المرخص له في فصل العامل من الخدمة .

وينبغي مراعاة أنه لا يدخل في حساب أيام الغياب المبرر للفصل ذلك الغياب الذي يرجع إلى خطأ رب العمل، كما لو غاب العامل كوسيلة للضغط على رب العمل لحمله على دفع أجره الذي امتنع عن دفعه له، لأن هذا يعد من قبيل الامتناع الجائر عن التنفيذ، ومن ثم يكون غياباً لسبب مشروع .

٣- الشرط الثالث: سبق إنذار العامل كتابة عن غيابه بعد مضي مدة معينة:

لا يجوز لرب العمل فصل العامل من الخدمة حتى لو تغيب عن العمل دون سبب مشروع غياباً منفصلاً لمدة تزيد على عشرين يوماً خلال سنة خدمة واحدة أو غياباً متصلاً لمدة تزيد على عشرة أيام في سنة أو سنتين، ما دام أن رب العمل لم يسبق له محاسبة العامل عن غيابه بعد مضي مدة معينة على غيابه بتوقيع جزاء تأديبي على العامل متمثل في جزاء الإنذار الكتابي الذي يحذر فيه رب العمل العامل من مغبة غيابه وينبهه في نفس الوقت من احتمالية تعرضه للفصل من الخدمة إذا استمر في هذا الغياب لمدة معينة .

وهذا يثار التساؤل حول موعد توجيه هذا الإنذار الكتابي إلى العامل؟

لقد أوجب القانون ضرورة إرسال هذا الإنذار إلى العامل في الغياب المنفصل أو المتقطع بعد غيابه عن العمل مدة عشرة أيام ،ومن ثم يجري إنذاره بدءاً من اليوم الحادي عشر، أما في الغياب المتصل أو المتتالي فيجب إنذاره بعد مضي خمسة أيام متصلة ، ومن ثم يجري الإنذار بدءاً من اليوم السادس، هذا مع مراعاة ضرورة أن يتم الإنذار في الحالتين قبل أن تكتمل المدة المرخصة للفصل من الخدمة .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة جاز لرب العمل فصل العامل من الخدمة بقرار يصدره في هذا الشأن، ذلك أن هذا الجزاء لا يقع من تلقاء نفسه، ولا يقع بقوة القانون، بل وفي مقدور رب العمل أن يصفح عن هذا العامل رغم غيابه ويأذن له بمواصلة سيره في أداء العمل دون فصل .

خامساً : إفشاء العامل أسرار العمل:

يفرض عقد العمل على عاتق العامل التزاماً بالمحافظة على أسرار العمل، على أساس أنه يمثل أحد الالتزامات الجوهرية التي تعد من مستلزمات هذا العقد بل ومن متطلبات الثقة التي يودعها رب العمل في هذا العامل (م ٢٧م مدني بحريني^(١))، هذا فضلاً عن أن ذلك يعد أمراً يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد^(٢)، ويمليه في نفس الوقت مبدأ الأمانة والإخلاص في عقد العمل^(٣).

فإذا أفشى العامل سراً من أسرار العمل كان بذلك الإفشاء مخللاً بالتزامه العقدي الذي يفرض عليه المحافظة على هذه الأسرار على نحو يسمح لرب العمل بملاحقته قضائياً ومطالبته بالتعويض عن كافة الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء هذا الإخلال وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية .

كما يجوز لرب العمل أن يتخذ قراراً بفصل هذا العامل عند إفشائه أحد أسرار العمل شريطة أن تتوافر هذه الشروط الآتية:

١- الشرط الأول : اتصاف المعلومة بطابع السرية:

يجب أن يصدق على المعلومة التي أفشاها العامل طابع أو وصف السرية ، وذلك حتى يتسنى القول بأنه خان الثقة المودعة فيه من قبل رب العمل بإفشائه لها ، ومن ثم لا يصدق على المعلومة وصف السرية إذا كانت من المعلومات الشائعة أو المعروفة عن المنشأة لدى الناس أو العملاء ، ولعل مما يصدق عليه وصف السرية المعلومات المرتبطة بكيفية صناعة المنشأة لمنتجاتها والأثمان التي تشتري بها هذه المواد ، وكل ما يهم المنشأة عدم إفشائه من معلومات أخرى مرتبطة بعملها أو عملائها .

ويخضع تقدير رب العمل لما يعد من قبيل أسرار العمل من المعلومات لرقابة القضاء الذي له سلطة تقديرية في هذا الخصوص حسبما يترأى لمصلحة الموضوع دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تبرره .

٢- الشرط الثاني : تعلق المعلومة بالعمل داخل المنشأة:

ينبغي أن تكون هذه المعلومات متعلقةً بالعمل داخل المنشأة ، ومن ثم إذا كانت هذه المعلومات تتصل بشخص صاحب العمل فلا يصدق عليها وصف المعلومات السرية المرتبطة بالعمل ، وإن كان هذا لا يمنع رب العمل من ملاحقة العامل قضائياً إذا أساء إليه في معلومات تتصل بحياته الشخصية فألحق به من وراء سلوكه غير المشروع ضرراً مادياً أو أدبياً ، ليطالبه بتعويضه عن هذه الأضرار وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .

٣- الشرط الثالث : اتصاف المعلومة بطابع المشروعية:

يتعين أن تكون هذه المعلومات مشروعاً . ذلك أنه لا يعد من قبيل إفشاء الأسرار أن يقوم

١ . إذ تنص المادة ١٢٧ مدني بحريني على أنه (لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو سيرى عليه من أحكام القانون ، و إنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة ، و مع مراعاة طبيعة العامل و ما يقتضيه حسن النية و شرف التعامل) .

٢ . إذ تنص المادة ١٢٩ مدني بحريني على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام و بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية و شرف التعامل) .

٣ . راجع في ذلك د / صلاح محمد أحمد " التزام العامل بالأمانة و الإخلاص في علاقات العمل الفردية " بحث منشورة في مجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة البحرين ، ص ٤١ ، العدد الأول .

العامل بإبلاغ السلطات العامة في الدولة بما يرتكبه رب العمل من جرائم جنائية أو ما يقع من رب العمل من إخلال بأي التزام قانوني يتصل بأوجه الحماية أو صور الرعاية المقررة قانوناً لهذا العامل أو لغيره من العمال .

٤- الشرط الرابع : أن يكون في إفشاء المعلومة إضرار بمصلحة رب العمل:

يجب أن يكون من شأن إفشاء العامل لهذه المعلومات الإضرار بمصلحة صاحب العمل ، وذلك حتى تكون ثمة مصلحة مبتغاة من وراء إلزام العامل بعدم إفشائها سواء جلباً لمنفعة أو دفعاً لمضرة ، لأنه من المتصور أن تكون هناك معلومات مرتبطة بالعمل يحصر أرباب العمل على كتمانها وعدم إفشائها ، على الرغم من أنهم لا يستفيدون شيئاً من وراء كتمانها وعدم إفشائها ، على الرغم من أنهم لا يضررون شيئاً من جراء إفشائها ، وذلك إما بسبب أنها أصبحت بعد ثورة المعلوماتية المذهلة معلومات ذاتة ومعروفة أو لأنه وإن لم يكن معلناً عنها إلا أنه من الميسور لأصحاب الخبرة والدراية التكهّن بها ومعرفة مضامينها بسهولة ويسرٍ من خلال وسائلهم الخاصة بعيداً عن عمال المنشأة .

سادساً : إدانة العامل بحكم نهائي في جنائية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة:

لقد أجاز القانون لرب العمل فصل العامل في هذه الحالة إذا توافرت الشروط الآتية :-

١- الشرط الأول : صدور حكم بإدانة العامل في جنائية أيا كانت صفتها أو في جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة نظراً لأن الجنائية هي أشد أنواع الجرائم وأخطرها على الإطلاق لذا يكفي إدانة العامل في جنائية أيا كان وصفها أو درجة خطورتها ، سواء كانت ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أم لا ، لكي يرخّص لرب العمل في فصل العامل من الخدمة ، هذا بخلاف الجنحة فهي أقل خطورة من الجنائية ، لذا يلزم في الجنحة لكي تبرر لرب العمل فصل العامل بسببها أن تكون جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة .

ويراعى أن تقدير مساس أو عدم مساس الجنحة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة هو مما يدخل في اختصاص وتقدير قاضي الموضوع يقدره في ضوء قيم المجتمع ومثله العليا التي استقر عليها ضمير المجتمع ، ويمكن في ظلال هذه القيم والمثل أن نعد السرقة والنصب وخيانة الأمانة وشهادة الزور والتزوير والاختلاس من قبيل الجرائم الماسة بالشرف والأمانة ، كما يمكن أن نعد هتك العرض والزنا والاعتصاب والدعارة والتحرّص على الفجور والفعل الفاضح العلني من قبيل الجرائم الماسة بالآداب العامة .

٢- الشرط الثاني : أن يكون الحكم الصادر بإدانة العامل في هذه الجريمة حكماً نهائياً:

إذ لا يكفي مجرد اتهام العامل في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة ، أو تتولى النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية في حقّه بشأنها ، بل إنه لا يكفي أن يصدر حكم غير نهائي بإدانة العامل في هذه الجريمة ، وإنما يلزم أن يكون حكم الإدانة ضد العامل حكماً نهائياً ، أي استفد كل طرق الطعن عليه بالطرق العادية مثل الطعن العادية مثل الطعن بالمعارضة أو بالاستئناف .

فإذا صار الحكم الصادر بإدانة العامة نهائياً جاز لرب العمل فصل العامل سواء كان الحكم صادراً مع التنفيذ أو مع وقف تنفيذ العقوبة ، وسواء كان الحكم صادراً بعقوبة مقيدة للحرية مثل السجن أو الحبس أم كانت العقوبة هي مجرد الغرامة .

ويراعى أنه يكتفي لفصل العامل من الخدمة مجرد صدور حكم نهائي ضد العامل عن جريمة الجناية أو الجنحة الموصوفة بأحد الأوصاف سالفة الذكر أثناء سريان عقد العمل حتى وإن كان ارتكابه لهذه الجريمة سابقاً على التحاقه بالعمل لدى رب العمل .

سابعاً : وجود العامل في سكر بين أو تأثيره بتعاطيه المخدر أو إخلاله بالآداب في مكان العمل:

يجوز لرب العمل فصل العامل ” إذا وجد أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة أو ارتكب عملاً مخالفاً بالآداب في مكان العمل ” . يظهر لنا مما سبق أنه يرخّص لرب العمل فصل العامل من الخدمة إذا وجد هو أو من يمثله من المدراء أو المشرفين أو الرؤساء أثناء العمل في حالة سكر بين أي واضح وظاهر العلامات على تصرفات العامل وسلوكياته ، أو كان متأثراً أثناء العمل بما تعاطاه من مادة مخدرة ، من خلال ما يظهر عليه من علامات الترنح في الحركة والفعال أو التخبط في القول من تأثير المادة المخدرة عليه ، سواء أكان قد تناول هذه المادة المسكرة أو المادة المخدرة قبل العمل أو أثناءه ، ما دام أن أثر أحدهما كان واضحاً وظاهراً على هذا العامل أثناء أدائه العمل .

كما يرخّص لرب العمل أيضاً فصل العامل من الخدمة إذا ارتكب أثناء العمل أي عمل (قولاً أو كان فعلاً) يمثل إخلالاً بالآداب العامة .

وعلى أية حال فإن وجود العامل في مثل هذه الحالة من السكر البين أو التأثير بتعاطي المخدر أو ارتكابه فعلاً أو قولاً يخدش الحياء العام أو الآداب أثناء العمل يمثل في الحقيقة تجاوزاً من العامل غير مبرر يستأهل معه جزاء الفصل من الخدمة ، هذا بالإضافة إلى ما فيه من مظاهر التحريض على فساد العمال الآخرين بالمنشأة ، وما ينطوي عليه من إساءة ظاهرة لسمعة المنشأة .

ثامناً : اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير المسئول أو أحد رؤساء العمل:

يرخص القانون لرب العمل فصل العامل عن الخدمة إذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول ، وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه” .

ويتضح لنا من هذا النص أن فصل العامل من الخدمة في هذه الحالة يفرق فيه بين فرضين :

١- الفرض الأول: اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير المسئول:

يبدو من ظاهر النص سالف الذكر أن اعتداء العامل على رب العمل أو على المدير المسئول عن العمل في المنشأة يبرر لرب العمل فصل العامل من الخدمة أياً كان قدر أو حجم هذا الاعتداء ، أي سواء كان جسيمياً أو يسيراً ، وأياً كانت طبيعة هذا الاعتداء ، أي سواء كان مادياً أو أدبياً ، وأياً كان وصفه القانوني ، أي سواء كان يشكل سلوكاً إجرامياً أم مجرد خطأ تقصيري أو مخالفة تأديبية ، وأياً كان مكان وقوع هذا الاعتداء ، أي سواء وقع من العامل أثناء أدائه

العمل أو بعد أدائه العمل داخل المنشأة ذاتها ، أم كان قد وقع بعيداً عن مكان العمل ، وسواء أكان هذا الاعتداء مرتبطاً بالعمل ذاته أم كان منبت الصلة عن دائرة العمل داخل المنشأة .

غير أنني أرى طابع الغلو في جزاء فصل العامل من الخدمة لمطلق الاعتداء الحاصل منه في مواجهة رب العمل أو المدير المسئول ، ولذلك أرى ضرورة تقييد هذا الجزاء في هذا الفرض بالقيود الآتية :

١- أن يكون الاعتداء مادياً ، أما الجزاء الأدبي فيوقع لأجله جزاء آخر غير الفصل مثل الغرامة ، لاسيما وأن العامل يؤلمه كثيراً أي جزاء مالي نظراً لشدة تأثيره على مستوى إنفاقه خلال المدة التي يوقع عليه فيها هذا الجزاء ، هذا ما لم يكن الاعتداء الأدبي جسيماً ، فعندئذ يستوي مع الاعتداء المادي الجسيم .

٢- أن يكون هذا الاعتداء المادي أو الأدبي جسيماً . ذلك أن الاعتداء اليسير يمكن الاستعاضة فيه بجزاء تاديبية آخر يتناسب مع حجمه ودرجته بعيداً عن الفصل من الخدمة . ويخضع تقدير جسامة الاعتداء لرب العمل مع خضوعه في هذا التقدير لرقابة القضاء ، بعكس الحال في الاعتداء الجسيم فهو يستأهل الجزاء التأديبي الأشد .

٣- أن يكون هذا الاعتداء مرتبطاً بالعمل سواء وقع أثناء العمل أو بعد انتهائه خارج أو داخل المنشأة ، ذلك أنه قد يحدث أن يقع اعتداء من العامل لرب العمل أو للمدير المسئول خارج نطاق العمل ، أي غير مرتبطاً بالعمل داخل المنشأة ، سواء وقع داخل المنشأة أو خارجها ، دون أن يبرر هذا الاعتداء الفصل من الخدمة ، مثال ذلك أن يقع الاعتداء من العامل لرب العمل أو المدير المسئول على إثر خلاف شخصي بينهما حول مسألة منبته الصلة عن العمل ، كما لو اختلفا بعد مباراة رياضية أو بشأن رابطة سرية أو علاقة عقدية أخرى بعيداً عن نطاق عقد العمل فوقع الاعتداء من العامل على رب العمل على إثر ذلك الاختلاف .

٢- الفرض الثاني : اعتداء العامل على أحد رؤساء الأقسام :

يرخص القانون لرب العمل فصل العامل من الخدمة إذا اعتدى على أحد رؤساء العمل (سواء كان رئيساً لقسم أو فرع ما) ، حفاظاً على مهابته بين العمال وزجراً لغيره من العمال للحيولية دون تكرار مثل هذا السلوك ، شريطة مراعاة توافر هذين الشرطين :

١- الشرط الأول : أن يكون الاعتداء جسيماً . وهنا لم يحدد النص طبيعة الاعتداء ، لذا يفهم من ظاهره أنه يشمل مطلق الاعتداء سواء كان مادياً أو معنوياً (وإن كنت أرى أن الاعتداء الأدبي وإن لم يقل عن الاعتداء المادي ، إلا أنه يبرر جزاء آخر أدنى من جزاء الفصل من الخدمة هذا ما لم يكن هذا الاعتداء جسيماً) ، غير أنه يحمد له أنه قيد هذا الاعتداء بضرورة أن يكون هذا الاعتداء جسيماً ، ويخضع تقدير جسامة هذا الاعتداء لسلطة رب العمل مع خضوعه في هذا التقدير لرقابة محكمة الموضوع .

٢- الشرط الثاني : أن يقع هذا الاعتداء أثناء العمل أو بسببه وأعتقد أن هذا الشرط يستوجب ارتباط الاعتداء الحاصل بالعمل الوظيفي للعامل داخل المنشأة سواء وقع أثناء العمل ، أي خلال مباشرة العمل الوظيفي من قبل العامل ، أو كان قد وقع بسبب الوظيفة ، أي كان للوظيفة دور في وقوعه حتى ولو كان خارج نطاق العمل في المنشأة ، كما لو وقع مثلاً أثناء رحلة ترفيهية تنظمها المنشأة للعامل .

وكنت أمل أن يكون هذان الشرطان قيدين لازمين في اعتداء العامل على رب العمل أو المدير المسئول، دفعا للغلو الذي يتصف به الجزاء المقرر للاعتداء على أي منهما من قبل العامل، وتحقيقاً للمساواة المطلوبة في توفير الاحترام اللازم لكل رؤساء العامل ومن لهم حق الإشراف عليه سواء كان رب عمل أو مديراً مسئولاً أو رئيساً لقسم أو فرعين، لاسيما وأن القانون نفسه لم يفرق بين رب العمل والمدير المسئول، فلو جازت التفرقة عموماً لما استتوى، ولذا ينبغي التسوية بينهم جميعاً، نظراً لأن المهابة أو الاحترام في العمل يكون عرضة للضياع إذا ما تجرأ العامل بالاعتداء الجسيم على أي شخص له سلطة الإشراف والتوجيه عليه داخل العمل، بل إنني أرى أنه من الأفضل لمصلحة العمل أن يحظى رئيس القسم أو الفرع بمهابة أشد وأكبر حتى من مهابة رب العمل نفسه أو المدير المسئول لأنه هو الذي يوجه العمال ويشرف عليهم بصورة مباشرة فيكون عرضة للاحتكاك المباشر كثيراً بهم طوال ساعات العمل، الأمر الذي قد يولد عادة بينه وبينهم بعض مظاهر التباين والاختلاف في الرأي، بصورة قد تؤدي إلى احتمالية وقوع الاعتداء عليه من جانب أحد العمال^(١).

وينبغي أن يراعى أن شكوى العامل بصفة عامة متى خلت من مظاهر التعسف في استعمال الحق لا تمثل اعتداءً منه على رب العمل أو أحد رؤسائه سواء قدمها إلى رب العمل ضد مديره المسئول أو رئيسه المباشر في العمل أو قدمها إلى القضاء ضد أي من هؤلاء المسئولين، كما أن توجيه عبارات النصح أو العتاب من العامل إلى رب العمل أو أحد رؤسائه في العمل حتى وإن ارتفع فيها صوته لا تعد من قبيل الاعتداء المسوغ للجزاء، مادامت قد خلت من عبارات السب أو اللعن أو القذف أو أي مظهر آخر من مظاهر الإهانة والتجريح في حق أي من هؤلاء الرؤساء.

كما لا يعد من قبيل الاعتداء المبرر للفصل من الخدمة الاعتداء الحاصل من العامل على أي من هؤلاء الرؤساء إذا كان العامل في حالة دفاع شرعي تبرر له هذا الاعتداء وفقاً لمعيار الشخص المعتاد.

ولا يعد من قبيل الاعتداء على أي من هؤلاء الرؤساء إبلاغ العامل عن أي جريمة جنائية تقع من أي واحد من هؤلاء الرؤساء إلى السلطات العامة المختصة، متى تبين صحة هذه البلاغات أو انتفاء طابع الكيد عنها حتى ولتكن صحيحة، كما لو أن صاحب العمل أو المدير المسئول أو رئيس العمال هو الذي أوجد نفسه في حالة من الشك والريبة بررت للعامل الظن فيه واتهامه بارتكاب جريمة جنائية على غير الحقيقة والواقع.

وينبغي مراعاة أن وقوع أي اعتداء من عامل على عامل آخر أو من رئيس فرع أو قسم ما على رئيس فرع أو قسم آخر لا يبرر الفصل من الخدمة، وإنما يبرر توقيع جزاء تأديبي آخر أخف وطأة من جزاء الفصل.

تاسعاً : إخلال العامل بالتزاماته الجوهرية:

يرخص القانون لرب العمل في هذه الحالة فصل العامل من الخدمة إذا أخل العامل بأحد التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل. ويبدو لي أن واضع القانون أراد من خلال هذا النص استيعاب كل حالة أخريغير الحالات الأخرى التي سبق ذكرها على وجه الحصر

١. انظر عكس ذلك د/صلاح محمد أحمد -المرجع السابق ص٢٥٧، إذ يقول في ذلك " وتبرر الحكمة في اشتراط جسامة الاعتداء بالنسبة لرؤساء العمل، وعدم اشتراطه بالنسبة لصاحب العمل والمدير المسئول، هو أن واجب احترام وطاعة صاحب العمل والمدير المسئول يكون أقوى من واجب احترام وطاعة رؤساء العمل".

والتحديد لفصل العامل من الخدمة ، مادام أن العامل قد ثبت أخلاله فيها بأحد التزاماته الجوهرية الناجمة عن عقد العمل ، نظراً لأن ما أورده القانون من فروض أخرى لفصل العامل من الخدمة مع حرمانه من المكافأة تمثل في الحقيقة بعض نماذج وصور لإخلالات العامل بالتزاماته الجوهرية المترتبة على العقد .

وهنا يلزم لفصل العامل من الخدمة أن يثبت رب العمل إخلاله بالتزام جوهرية من الالتزامات المترتبة على العقد ويكون تقدير مدى جوهرية أو عدم جوهرية الالتزام الذي يخل به العامل خاضعاً للسلطة التقديرية لرب العمل يقدره حسب ظروف كل حالة على حده ، مع مراعاة خضوعه في هذا التقدير لرقابة محكمة الموضوع التي لها مطلق التقدير في هذا الخصوص دون أدنى رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى أقامت قضاها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تبرره ، وقد اعتبر من قبيل الإخلال بالالتزام الجوهرية قيام العامل بإعلانه عن عصيان أوامر رب العمل وسعيه إلى عدم تنفيذها ، وتحصيله نقوداً من العمال لصرف استحقاقاتهم أو تمكينهم من الحصول على ساعات عمل إضافية ، وبيعه سلعة بثمن يزيد عن ثمنها المحدد لها قانوناً على نحو يعرض رب العمل للمساءلة القانونية ، واعتداؤه على أحد عملاء رب العمل .

وإذا تبين ارتكاب العامل لأي إخلال بأحد التزاماته الجوهرية في عقد العمل كان لرب العمل فصله من الخدمة سواء كان خطؤه عمدياً أم كان غير عمدي ، وسواء كان جسيماً أو يسيراً ، شريطة أن يمثل هذا الخطأ إخلالاً بالتزام جوهرية .

والحقيقة أن هذه الحالة الأخيرة من حالات الفصل من الخدمة جعلت من تقييد نطاق سلطة رب العمل في الفصل من الخدمة تقييداً صورياً ، لا يقتصر في الحقيقة والواقع على عدد معين محصور من الحالات كما أراد واضع القانون أو تصور ليحد من إفراط رب العمل في إنزال هذا الجزاء القاسي بحق أو بغير حق على العامل ، بل أنني أعتقد جازماً أن هذه الحالة لو ذكرت وحدها لكانت كافية في وصف سلطة رب العمل في الفصل من الخدمة بأنها واسعة النطاق ومطلقة عن القيد ، لأنه يصعب حصر أو تحديد ما يمكن عدّه من قبيل الإخلال بأحد الالتزامات الجوهرية على العامل ، وذلك نظراً لكثرة الالتزامات الجوهرية التي يفرضها العقد أو يفرضها قانون العمل على العامل لصالح رب العمل .

عاشراً : عدم مراعاة العامل ضوابط ممارسة حق الإضراب :

لقد نظمت المادة ٦/٦٩ عمل موحد مصري هذه الحالة من حالات الفصل التأديبي بقولها ” إذا لم يراع العامل الضوابط الواردة في المواد من ١٩٢ إلى ١٩٤ من الكتاب الرابع من هذا القانون ” .

يستفاد من نصوص قانون العمل الموحد رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣ الوارد في المواد من ١٩٤:١٩٢ ضرورة التزام العامل بمراعاة الضوابط والقيود الواردة بشأن ممارسة حقه في الاضطراب السلمي .

وقد استقر الرأي على صعيد الفقه والقضاء المصريين على أن الإضراب السلمي يوقف عقد العمل ولا ينهيه ، هذا ما لم يقع من العامل خطأ جسيم يخل فيه بقيود وضوابط ممارسة حق الإضراب السلمي ، فيكون مسوغاً لرب العمل أن يتخذ قراراً بفصله^(١) .

١ . انظر في ذلك المعنى : أ . د / أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٨٢ .

ويمكننا استلهاً ضوابط ممارسة حق الإضراب السلمي للعمال من خلال نصوص المواد رقم ١٩٢ ، ١٩٣ ، ١٩٤ من قانون العمل الموحد ، في النقاط الخمس الآتية :-

١- أن يتم إعلان الإضراب و تنظيمه من خلال المنظمات النقابية للعمال .

٢- أن يقوم العمال الراغبون في الإضراب بإخطار لجنّتهم النقابية بالمنشأة عن اعتزامهم القيام به ، فإذا ما حصلت الموافقة على الإضراب من قبل أغلبية ثلثي عدد أعضاء هذه اللجنة النقابية للعمال ، وجب عليها إخطار كل من صاحب العمل و الجهة الإدارية المختصة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول قبل التاريخ المحدد للإضراب بعشرة أيام على الأقل ، هذا إذا كان ثمة لجنة نقابية عمالية بالمنشأة .

أما إذا لم يكن ثمة لجنة نقابية للعمال بالمنشأة وجب إخطار النقابة العامة المعنية باعتزام العمال على الإضراب ، و التي يجب عليها عندئذ بعد موافقة أغلبية ثلثي أعضائها على هذا الإضراب أن تقوم بإخطار كل من رب العمل و الجهة الإدارية المختصة بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول قبل الموعد المحدد للإضراب بعشرة أيام على الأقل .

٣- ضرورة إخطار النقابات العمالية المعنية أو النقابة العامة المعنية بالأسباب الدافعة إلى الإضراب و المدة الزمنية المحددة له .

٤- حظر الإضراب الذي يستهدف تعديل اتفاقية العمل الجماعية أثناء مدة سريانها أو خلال مراحل و إجراءات الوساطة و التحكيم بشأنها .

٥- يحظر الإضراب أو الدعوة إليه في أي المنشآت الاستراتيجية أو الحيوية التي يكون من شأن توقف العمل بها حدوث إخلال بالأمن القومي أو الخدمات الأساسية المقدمة للمواطنين ، و التي يصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء بتحديدتها .

وقد نص قانون العمل البحريني الحالي على هذا الحق في المادة ٨ منه بقولها ” للعمال حق الإضراب للدفاع عن مصالحهم وفقاً للضوابط التي يقررها القانون. و يترتب على ممارسة العامل لهذا الحق وقف عقد العمل مدة الإضراب ” .

وقد سبقه في الاعتراف للعمال بهذا الحق قانون النقابات العمالية البحرينية رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٢م في المادة ٢١ منه بقولها ” الإضراب وسيلة مشروعة للدفاع عن حقوق العمال ومصالحهم وفقاً للضوابط التالية :

- أ - موافقة ثلاثة أرباع الأعضاء الذين تتألف منهم الجمعية العمومية للنقابة من خلال الاقتراع السري .
- ب - منح صاحب العمل مهلة لا تقل عن أسبوعين قبل الشروع في الإضراب ، وإخطار الوزارة بذلك .
- ج - أن يكون الهدف من الإضراب تحقيق مطالب اقتصادية واجتماعية خاصة بالعمال.
- د - عدم المساس بأموال الدولة وممتلكات الأفراد وأمنهم وسلامتهم .
- هـ - عدم جواز الإضراب في المرافق الحيوية الهامة وهي : الأمن - الدفاع المدني - المطارات - الموانئ- - المستشفيات - المواصلات - الاتصالات السلكية واللاسلكية - الكهرباء - الماء .
- ز - عدم اللجوء للإضراب إلا بعد تعذر الحل الودي بين العمال وصاحب العمل ، ويحسم

الخلاف بينهما بالتوفيق أو التحكيم بواسطة لجنة للتوفيق والتحكيم تشكل من ثلاثة قضاة من المحكمة الكبرى المدنية - برئاسة أحدهم - يندبهم وزير العدل والشئون الإسلامية في أول كل سنة قضائية ، ومندوب عن وزارة العمل والشئون الاجتماعية يندبه وزيرها ، ومندوب عن وزارة التجارة والصناعة يندبه وزيرها ، ومندوب عن ديوان الخدمة المدنية يندبه رئيس الديوان ، ومندوب عن الاتحاد العام لنقابات العمال ، ومندوب عن منظمات أصحاب الأعمال . وتصدر للجنة قراراتها بالأغلبية المطلقة ، وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي منه الرئيس . وتتدب اللجنة من بين أعضائها من يتولى التوفيق بين العمال وصاحب العمل ، ويجوز لها أن تستعين بذوي الخبرة من خارجها ، ويكون التوفيق بناء على طلب الطرفين ، فإذا رفضا اللجوء إليه أو تعذر الوصول إلى حل من خلاله تتعقد اللجنة بهيئة تحكيم وتفصل في النزاع دون حاجة إلى موافقة أي من طرفيه وذلك في ميعاد أقصاه أسبوع . ويحدد وزير العدل والشئون الإسلامية بقرار منه مكان ومواعيد وإجراءات انعقاد هيئة التوفيق والتحكيم ومقابل أتعابها وكيفية تنفيذ قراراتها .

وقد عُدلت المادة سالفه الذكر بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠٠٦م ، لتحديد الأماكن التي يحظر الإضراب فيها بقولها ” يحظر الإضراب عن العمل أو الدعوة إليه في المنشآت الحيوية التي يترتب على الإضراب فيها الإخلال بالأمن الوطني أو اضطراب في سير الحياة اليومية للمواطنين، ويعتبر من قبيل هذه المنشآت ما يلي :

- ١- الأمن.
- ٢- الدفاع المدني.
- ٣- المطارات.
- ٤- الموانئ.
- ٥- المستشفيات والمراكز الطبية والصيديات.
- ٦- جميع وسائل نقل الأشخاص والبضائع.
- ٧- الاتصالات السلكية واللاسلكية.
- ٨- الكهرباء.
- ٩- الماء.
- ١٠- المخابز.
- ١١- المؤسسات التعليمية.
- ١٢- منشآت قطاع النفط والغاز.

ويستطيع العامل مباشرة حقه في الإضراب في ضوء الضوابط والقيود القانونية الواردة بشأن هذا الحق ، فإن باشره فعلاً توقف عقده خلال مدة الإضراب وسقط حقه في الأجر ، أما إن باشره دون مراعاة هذه الضوابط وتلك القيود كان مرخصاً لصاحب العمل قانوناً أن يفصله من الخدمة دون إخطار أو تعويض وفقاً لصريح نص المادة ١٠٧ / ١٠ سالفه الذكر .

أحد عشر : فقدان العامل صلاحيته لأداء العمل:

لقد استحدث قانون العمل البحريني الحالي في المادة ١١/١٠٧ منه حالةً جديدةً يرخص فيها لصاحب العمل فصل العامل دون إخطار أو تعويض ألا وهي حالة تسبب العامل بخطئه الشخصي في فقدانه صلاحية مباشرة العمل المكلف به ، كما لو تسبب بسلوكه المهين خارج العمل في قيام وزارة الداخلية بإلغاء الترخيص الصادر له بمزاولة العمل أو تسبب بتقصيره في فقدته المؤهلات التي كانت تمكنه من مزاولة عمله بالمنشأة ، وهذا يعني عدم جواز فصل العامل من الخدمة إذا كان هناك سبب أجنبي هو الذي أدى إلى فقدته تلك الصلاحية .

المبحث السادس عشر

تحديد قدر التعويض المستحق للعامل عند إنهاء صاحب العمل العقد بصورة غير مشروعة

لقد حرص واضع قانون العمل البحريني الحالي على وضع قواعد تفصيلية لتقدير قيمة التعويض المستحق للعامل عند إنهاء صاحب العمل للعقد دون سبب أو بسبب غير قانوني ، سواء أكان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة ، وذلك درءاً للتنازع بين طرفي العقد حول هذا التعويض ، ورعاية للعامل من ظلم صاحب العمل الذي قد يبغضه حقه في التعويض فلا يعطيه شيئاً أو يبغضه قدر هذا التعويض إذا رضي أن يعرضه عن إنهاء العقد ، ورعاية له من ملاحقة صاحب العمل قضائياً وما يلزم لذلك من مال وجهد ، وهذا ما غفل عنه قانون العمل البحريني السابق .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١١١ عمل بحريني حالي على أنه " أ- إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل غير محدد المدة خلال الأشهر الثلاثة الأولى من تاريخ بدء العمل فلا يستحق العامل أي تعويض إلا إذا كان الإنهاء بمثابة فصل تعسفي طبقاً لأي من أحكام المادتين (١٠٤) و (١٠٥) من هذا القانون ، وفي هذه الحالة يستحق العامل تعويضاً يعادل أجر شهر. ب- إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل غير محدد المدة بدون سبب أو لسبب غير مشروع بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ بدء العمل، التزم بتعويض العامل بما يعادل أجر يومين عن كل شهر من الخدمة وبما لا يقل عن أجر شهر ولا يزيد على أجر اثني عشر شهراً. ج- إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل محدد المدة بدون سبب أو لسبب غير مشروع التزم بتعويض العامل بما يعادل أجر المدة المتبقية من العقد، ما لم يتفق الطرفان على تعويض أقل بشرط ألا يقل التعويض المتفق عليه عن أجر ثلاثة أشهر أو المدة المتبقية من العقد أيهما أقل.

١. إذ تنص المادة ١٠٤ عمل بحريني حالي على أنه (أ) يعتبر إنهاء صاحب العمل لعقد العمل فضلاً تعسفاً للعامل إذا كان الإنهاء بسبب أي من الآتي:
 - ١) الجنس أو اللون أو الدين أو العقيدة أو الحالة الاجتماعية أو المسؤوليات العائلية، أو حمل المرأة العاملة أو ولادتها أو إرضاعها لطفلها.
 - ٢) انتماء العامل إلى نقابة عمالية أو مشاركته المشروعة في أي من أنشطتها وفقاً لما تقرره القوانين واللوائح.
 - ٣) تمثيل العمال في تنظيم نقابي أو سبق له ممارسة هذه الصفة، أو السعي إلى تمثيل العمال.
 - ٤) تقديم شكوى أو بلاغ أو رفع دعوى ضد صاحب العمل، ما لم تكن الشكوى أو البلاغ أو الدعوى كيدية.
 - ٥) استخدام العامل لحقه في الإجازات طبقاً لأحكام هذا القانون.
 - ٦) توقيع الحجز على مستحقات العامل لدى صاحب العمل.
 - ب) تقضي المحكمة بناءً على طلب العامل المفصول بإعادته إلى عمله متى ثبت لها أن فصله من العمل كان لأبي من الأسباب المنصوص عليها في البندين (٢) و (٣) من الفقرة السابقة.
٢. إذ تنص المادة ١٠٥ عمل بحريني حالي على أنه " يجوز للعامل إنهاء عقد العمل دون إخطار في أي من الحالتين التاليتين:
- ١) اعتداء صاحب العمل أو من ينوب عنه على العامل، أثناء العمل أو بسببه، بقول أو فعل معاقب عليه قانوناً.
 - ٢) ارتكاب صاحب العمل أو من يمثله أمراً مخالفاً بالأداب نحو العامل أو أحد أفراد أسرته.
- ويعتبر إنهاء العقد في هاتين الحالتين بمثابة فصل تعسفي من جانب صاحب العمل.

د- إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين بدون سبب أو لسبب غير مشروع التزم بتعويض العامل بما يعادل أجر المدة المتبقية واللازمة لإنجاز العمل المتفق عليه حسب طبيعة ذلك العمل، ما لم يتفق الطرفان على تعويض أقل بشرط ألا يقل التعويض المتفق عليه عن أجر ثلاثة أشهر أو المدة المتبقية واللازمة لإنجاز العمل أيهما أقل. ه- في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه الفقرة، إذا كان إنهاء العقد بمثابة فصل تعسفي طبقاً لأحكام أي من المادتين (١٠٤) و(١٠٥) من هذا القانون، استحق العامل تعويضاً إضافياً يعادل نصف التعويض المستحق طبقاً لأحكام هذه المادة، ما لم ينص العقد على تعويض يجاوز ذلك.

و- لأغراض هذه المادة، تعتبر كسور الشهر شهراً كاملاً. ويفهم من نص المادة ١١١ عمل بحريني حالي سألفة الذكر أن قدر التعويض المستحق للعامل عن الإنهاء غير القانوني من جانب صاحب العمل يختلف بحسب كون العقد أو محدد المدة ^(١)، غير محدد المدة ^(٢) وذلك على التفصيل الآتي :

المطلب الأول

التعويض المستحق عن الإنهاء بغير سبب أو بسبب غير مشروع في العقد غير محدد المدة

فرقت المادة ١١١ سألفة الذكر عند تقدير لقيمة ما يستحق من تعويض للعامل عن الإنهاء غير المشروع لعقد العمل من قبل صاحب العمل في العقد غير محدد المدة بين فرضين :

أولاً : الفرض الأول : حصول الإنهاء خلال الثلاثة أشهر الأولى من بدء العمل :

إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل غير محدد المدة خلال الأشهر الأولى لبدء عمل العامل لديه وكان الإنهاء بغير سبب أو لسبب غير مشروع قانوناً التزم بدفع تعويض له عن هذا الإنهاء مقداره أجر شهر كامل .

ثانياً : الفرض الثاني : حصول الإنهاء بعد الثلاثة أشهر الأولى من بدء العمل :

- ١ . ويفهم من نصي المادتين ٩٦، ٩٧ عمل بحريني حالي أن العقد يكون محدد المدة إذا أبرم لمدة محددة لم تزد على خمس سنوات أو أبرم لإنجاز عمل معين دون أن تزيد مدة إنجازه عن خمس سنوات .
- ٢ . إذ تنص المادة ٩٨ عمل بحريني حالي على أنه " يعتبر العقد غير محدد المدة في الحالات التالية:
 - (١) إذا أبرم العقد دون تحديد مدته.
 - (٢) إذا أبرم العقد لمدة تزيد على خمس سنوات.
 - (٣) إذا زادت مدة العقد الأصلية والمجددة على خمس سنوات.
 - (٤) إذا استمر طرفا العقد محدد المدة في تنفيذه بعد انقضاء مدته دون اتفاق صريح على تجديده.
 - (٥) إذا أبرم عقد العمل لإنجاز عمل معين واستغرق ذلك مدة تزيد على خمس سنوات.
 - (٦) إذا تم تجديد عقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين، وزادت مدة إنجاز العمل الأصلي والأعمال التي جدد لها العقد على خمس سنوات.
 - (٧) إذا انتهى عقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين واستمر طرفاه في تنفيذه بعد إنجاز هذا العمل دون اتفاق صريح على تجديده.

إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل غير محدد المدة بعد الأشهر الثلاثة من بدء العامل العمل إنهاءً غير مشروع ، استحق العامل تعويض يعادل أجر يومين عن كل شهر من شهور الخدمة ، شريطة ألا يقل قدر هذا التعويض عن أجر شهر كامل ولا يزيد على أجر إثني عشر شهراً .

المطلب الثاني

التعويض المستحق عن الإنهاء غير المشروع في العقد المحدد المدة

إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل المحدد المدة (ويعد العقد محدد المدة إذا أبرم لمدة معينة لم تزد على خمس سنوات أو أبرم لإنجاز عمل معين دون أن تزيد مدة إنجازها عن خمس سنوات) بدون سبب أو لسبب غير مشروع قبل انتهاء مدته أو قبل إنجاز المشروع المبرم من أجله ، استحق العامل تعويضاً عن هذا الإنهاء مقداره ما يعادل أجر المدة المتبقية يوازي أجر المدة المتبقية منه أو أجر المدة المتبقية من المدة اللازمة لإتمام المشروع الذي أبرم العقد لإنجازه ، هذا ما لم يتفق الطرفان على تعويض أقل من ذلك ، شريطة ألا يقل قدر هذا التعويض في هذه الحالة عن أجر ثلاثة أشهر أو عن أجر المدة المتبقية لإنجاز العمل أو المشروع .

المبحث السابع عشر

بلوغ العامل سن الستين سبب جديد يجيز لصاحب العامل إنهاء العقد

لقد حرص واضع قانون العمل البحريني الحالي على إثبات حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل عند بلوغ العامل سن الستين ، وذلك رعاية للعامل بعد أن بلغ هذه السن ومارس العمل خلال عدة عقود من عمره حتى بلغ هذه السن ، ورعاية لصاحب العمل في أن يستبدل هذا العامل كبير السن ليحل محله آخر أقل عمراً مما يساعده على حسن أداء العمل لديه ، وضمن ذلك المضمون في قاعدة قانونية مكملة ، ليسمح لهما معاً إذا تراضيا على يقاء العقد واستمراره بعد بلوغ العامل سن الستين أن يتفقا على ذلك ، وفي ذلك تنص المادة ١١٥ منه على أنه ” يجوز لصاحب العمل إنهاء العقد دون تعويض إذا بلغ العامل سن الستين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ” .

ولعل هذا المسلك التشريعي الجديد يمثل استجابة طبيعية لأنظمة الخدمة المدنية في معظم دول العالم بصفة عامة وقانون الخدمة المدنية بمملكة البحرين ، كما أنه ينسجم ويتناغم مع قوانين التأمين الاجتماعي في دول العالم بصفة عامة ، ومع قانون التأمين الاجتماعي بمملكة البحرين .

المبحث الثامن عشر

زيادة المدة التي يبطل خلالها أي إبراء أو مصالحة من العامل من شهر إلى ثلاثة أشهر

حرص واضع قانون العمل البحريني الحالي على رعاية العامل وحمايته من أي مظان لحمله على الإبراء أو التصالح بشأن حقوقه الناشئة عن عقد العمل ، فقد عمد إلى

رفع رفع مقدار مدة بطلان تنازله عن بعض حقوقه المقررة قانوناً بموجب عقد العمل بعد انتهاء علاقة العمل من شهر كما كان عليه الحال في ظل قانون العمل البحريني السابق إلى ثلاثة أشهر، وهذا من شأنه أن يضمن للعامل الحصول على كافة حقوقه غير منقوصة حتى ولو تم التنازل عنها خلال الثلاثة أشهر التالية لانتهاء علاقة العمل .

ولذا كانت تنص المادة ٢/١٥٣ عمل بحريني سابق على أنه ” كما يقع باطلاً كل مصالحة او ابراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه او خلال شهر من تاريخ انتهائه اذا كانت تخالف احكام هذا القانون ” .

في حين تنص المادة ٥ من قانون البحريني الحالي على أنه ” يقع باطلاً كل صلح يتضمن انتقاصاً أو إبراءً من حقوق العامل الناشئة عن عقد العمل خلال فترة سريانه أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انتهائه متى كان مخالفاً لأحكام هذا القانون ” .

الخاتمة

لقد حاولت خلال هذا البحث أن أدقق النظر فيما سلكه كل من قانون العمل البحريني السابق وقانون العمل البحريني من تنظيم لبعض جوانب العلاقة القانونية التي تربط بين العمال وأصحاب الأعمال في إطار عقد العمل الفردي بُغية الوصول إلى ما اتصفت به معالجاتهما من محامد أو ما اعتورتها من معائب ، لعلنا نسهم في نهاية المطاف إلى اقتراح أفضل الحلول التشريعية المناسبة التي نأمل فيها وهي في سبيل رعايتها للعمال بوصفهم الأطراف الضعاف الذين هم أولى بالرعاية والأجدر بالحماية ، أن تتخلى عن الشطط والغلو في تجاهل مصالح أصحاب العمل ، فتحقق قدراً مناسباً من التوازن المعقول بين هذه المصالح .

وهذا الجهد مني خلال هذا البحث يمثل بدايةً جادةً لما يؤمل بذله من مساع حثيثة لجهود الفقهاء والشراح في سبيل الارتقاء بمستوى المعالجات التشريعية لجانب حيوي من جوانب العلاقات القانونية في إطار قانون العمل بوصفه فرعاً جوهرياً من فروع القانون الخاص ، ألا وهي علاقات العمل في إطار عقد العمل الفردي ، وستظل هذه العلاقات بصفة خاصة وبقية العلاقات القانونية في شتى مجالات التعامل بين أشخاص القانون الخاص بصفة عامة أرضاً خصبة للعديد من الدراسات القانونية التي تعنى بدراسة واقعها وما يتصل من ظروف وملابسات ، ودراسة ما جعلت لها من حلول تشريعية لتحليلها ونقدها بُغية الوقوف على مزاياها وعيوبها ، ثم اقتراح ما نوصي من حلول أفضل .

فإن كنت قد وفقتُ فيما طرحته خلال تلك الدراسة التحليلية المقارنة بين موقف كل من قانون العمل البحريني القديم وقانون العمل البحريني الجديد من موضوعات أرتأيتها جديرة بالنقد والتحليل ، فذاك محض فضل الله علي ، وإن كانت - لا قدر الله - الأخرى فهذا من تقصيري وخطأي والشيطان ، ويكفيني عندئذ شرف المحاولة وحسنُ القصد ، والله أرجو أن يغفر لي في الدارين ، إنه ولي ذلك والقادر عليه ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

قائمة المراجع

- ١- أحمد حسن البرعي " الوسيط في القانون الإجتماعي " ، ج١ ، طبعة عام ١٩٩٨ م ، دار النهضة العربية .
- ٢- أحمد شوقي عبد الرحمن " شرح قانون العمل الجديد في الفقه و القضاء المصري والفرنسي " ، طبعة عام ٢٠٠٥ م ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية .
- ٣- إسماعيل غانم " قانون العمل " ، طبعة عام ١٩٦٢ م .
- ٤- أكثم الخولي " دروس في قانون العمل " ، طبعة عام ١٩٧٥ م .
- ٥- السيد محمد عمران " شرح قانون العمل الكويتي " ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٧ م ، الكويت .
- ٦- توفيق حسن فرج " قانون العمل الجديد " تنقيح / وائل بندق ، الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٧ م ، مؤسسة إبراهيم الناحل .
- ٧- حسام الدين كامل الأهواني " شرح قانون العمل " ، طبعة عام ١٩٩١م، مطبعة أبناء وهبة حسان .
- ٨- حسن كيرة " أصول قانون العمل " ، طبعة عام ١٩٦١ م .
- ٩- خالد جمال أحمد حسن " النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني " ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢ م ، جامعة البحرين .
- ١٠- صلاح محمد أحمد " الوسيط في شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين " ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٦ م ، مطبعة جامعة البحرين .
- ١١- عبد الرازق يس " المسئولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء " رسالة دكتوراة عام ١٩٩٢م ، كلية الحقوق جامعة القاهرة .
- ١٢- عبد الناصر العطار " شرح قانون العمل " ، طبعة عام ١٩٨٦م ، بدون دار نشر
- ١٣- عبد الودود يحيي " شرح قانون العمل " ، طبعة عام ١٩٨٩م ، دار النهضة العربية .
- ١٤- علي محسن عبدالله الورقاء " عقد العمل الفردي في ظل قانون العمل البحريني في القطاع الأهلي " ، طبعة عام ١٩٩٥ م ، بدون دار نشر. علي محسن عبدالله الورقاء " الجدل حول نصوص قانون العمل " ، طبعة عام ٢٠٠٢م ، دار المحجة البيضاء .

- ١٥- فتحي عبد الصبور " الوسيط في قانون العمل " ، ص ٣٨٦ ، طبعة عام ١٩٨٥ م .
- ١٦- محمد حسين عبد العال " شرح قانون العمل البحريني " ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، مطبعة جامعة البحرين .
- ١٧- محمد حسين عبد العال ، " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " ، طبعة عام ١٩٩٨ م ، دار النهضة العربية .
- ١٨- محمد حلمي مراد " قانون العمل والتأمينات الاجتماعية " ، الطبعة الخامسة عام ١٩٦٥ م ، دار القلم ، بيروت ، لبنان .
- ١٩- محمد لبيب شنب " شرح أحكام عقد المفاوضة " ، طبعة عام ١٩٦٢ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ٢٠- محمد لبيب شنب " شرح قانون العمل " ، الطبعة الرابعة عام ١٩٨٣ م .
- ٢١- محمود جمال الدين زكي " عقد العمل الفردي " ، طبعة ١٩٨٢ م ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب .
- ٢٢- محمود سلامة جبر " الأجور ونظامها القانوني في قانون العمل البحريني في القطاع الأهلي وقوانين الدول العربية والخليجية " ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٧ م . بدون دار نشر .
- ٢٣- مصطفى كامل عصيمي " عقد المفاوضة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أسيوط عام ٢٠٠٢ م .
- ٢٤- همام محمد محمود زهران " قانون العمل ، عقد العمل الفردي " ، طبعة عام ٢٠٠٣ م ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية .

تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني

الدكتور يوسف عبد المحسن عبد الفتاح

دكتوراه القانون العام

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

تمهيد وتقسيم:

إنه لما كان "خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور، غداً أصلاً مقررًا وحكمًا لازماً لكل نظام ديمقراطي سليم، بما يتعين معه على كل سلطة عامة أيًا كان شأنها، وأياً كانت وظيفتها وطبيعتها الاختصاصات المسندة إليها، أن تنزل على قواعد الدستور ومبادئه، وأن تلتزم حدوده وقيوده، فإن هي خالفته أو تجاوزته، شاب عملها عيب مخالفة الدستور وخضع - متى انصبت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية على دستورية القوانين، بغية الحفاظ على أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها"^(١)، وذلك "تغليباً لأحكام الدستور على ما دونها، وتوكيداً لسموها على ما عداها، لتظل الكلمة العليا للدستور، بوصف أحكامه تمثل قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها، بما يعنيه ذلك من وجوب أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه، وأن يسمو ولا يسمى عليه"^(٢).

لما كان ذلك، وكانت غاية الرقابة على دستورية القوانين وعلّة تقريرها - كما سبق - هي تغليب أحكام الدستور وصونها من كل اعتداء أيًا كان مصدره، إلا أنه مما يجدر ذكره، أن الرقابة على دستورية القوانين متعددة صورها وطرائقها، مختلفة إجراءاتها، إذ قد تكون تلك الرقابة سياسية أو قضائية، كما قد تكون القضائية منها، سابقة على إصدار التشريع أو لاحقة على إصداره.

وإنه لما كان هذا البحث محددًا نطاقه بتناول تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في التشريعين المصري والبحريني، لذا، فإننا سنعمل على تناول ذلك الموضوع عبر مباحث ثلاث، يتناول أولها، الوقوف على ماهية الرقابة السابقة على دستورية القوانين، مع إلقاء الضوء السريع على غيرها من طرق تحريك الرقابة على الدستورية في التشريعين محل الحديث، ثم نضرد المبحث الثاني لتناول التطور التشريعي لتقرير الرقابة السابقة في كلا التشريعين مع بيان أحكامها، وموقف الفقه الدستوري من تقريرها، ثم نختم بمبحث ثالث يتناول المبادئ التي أقرتها كل من المحكمة الدستورية المصرية والبحرينية في شأن الرقابة السابقة على دستورية القوانين، وخاصة ما تعلق منها بحجيتها، وذلك على التفصيل التالي:

١. في هذا المعنى، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ٥/٥/٢٠٠١، طعن رقم ٢٥ لسنة ٢٢ ق. دستورية.

٢. في هذا المعنى، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ١/١٠/٢٠٠٧، طعن رقم ٧٦ لسنة ٢٩ قضائية. دستورية.

المبحث الأول

ماهية الرقابة الدستورية السابقة مع إطلالة حول طرق تحريك الرقابة على الدستورية

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول أولهما إطلالة سريعة على الرقابة على الدستورية في مصر والبحرين وطرق تحريكها، ثم يخصص ثانيها لبيان ماهية الرقابة السابقة على الدستورية وصورها.

المطلب الأول

إطلالة على الرقابة على الدستورية وطرق تحريكها في التشريعين المصري والبحريني

يقصد بالرقابة على دستورية القوانين، أن تقوم جهة ما^(١)، يحددها الدستور أو القانون أحياناً^(٢) - بفحص النصوص التشريعية، قانونية كانت تلك النصوص أو لائحية، للتأكد من مدى

١. ما تجدر الإشارة إليه، أن هذا التعريف يقصد به الرقابة "المركزية" أو "المنظمة" على دستورية القوانين، وهي تلك التي يتم تقريرها وتنظيمها بمقتضى نصوص صريحة، دستورية كانت تلك النصوص أو قوانين عادية، وذلك تمييزاً لها عن الرقابة "غير المنظمة"، وهي تلك التي يمكن أن تمارسها المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها "كرقابة امتناع" عن تطبيق النص التشريعي المخالف للدستور - على الرغم من عدم وجود نص دستوري أو قانوني صريح يكرس مبدأ الرقابة على الدستورية- وذلك انطلاقاً من أن النص الدستوري هو القاعدة القانونية الأسمى التي لا يجوز مخالفتها، بما يتعين معه عدم جواز تطبيق أي نص يخالفها من النصوص التشريعية التي تنهوا مرتبة، وبوصف أن أعمال هذه الرقابة هي جزء أصيل من عمل القاضي -أي قاضٍ- في أي نزاع معروض عليه، وهذا المبدأ -وهو تقرير رقابة الدستورية كرقابة امتناع- هو ما أساه وأسس له بصورة بيّنة في مصر، قضاءً مجلس الدولة المصري، بحكمه الصادر عن محكمة القضاء الإداري في ١٠/٢/١٩٤٨، والمنشور في مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة الثانية- ص ٣١٥، وإن كان ذلك لا ينفي أنه كانت هناك محاولات قضائية سابقة على هذا الحكم - تأرجحت بين التقرير والرفض - للأخذ بذات المبدأ ومحاوله إرسائه، يراجع للمزيد حول هذا الحكم وأسانيده والمحاولات السابقة عليه لبسط رقابة القضاء على دستورية القوانين كرقابة امتناع، د. محمد حسنين عبد العال- القانون الدستوري- دار النهضة العربية ١٩٩٢، ص ١٥٠-١٥٦، ويراجع كذلك د. فتحي فكري- القانون الدستوري- الكتاب الأول "المبادئ الدستورية العامة" - دار النهضة العربية ٢٠٠١- ص ١٩٩-٢٠٦.

أما القضاء البحريني، فقد نحا وجهة مغايرة في هذا الشأن، إذ رفض بسط رقابته على الدستورية في عدم وجود نص "قانوني" ينظم تلك الرقابة، وذلك على الرغم من وجود نص "دستوري" يرسى مبدأ تقريرها، وهو نص المادة ١٠٣ من دستور ١٩٧٣، والتي كانت تنص على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، .."، وهو ما يعني أن الطريق كان ممهداً أيضاً تمهيداً أمام القضاء البحريني، للأخذ برقابة الامتناع في ظل ذلك النص الدستوري، ويراجع للمزيد حول موقف القضاء البحريني في هذا الصدد، رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين- دراسة مقارنة- مطبعة أوّل - البحرين ٢٠٠٣، ص ٢٨٨-٢٩٥.

٢. غالباً ما يتم النص على تقرير مبدأ الرقابة على الدستورية، وكذلك على تحديد الجهة المختصة بتلك الرقابة، بمقتضى نصوص الدستور ذاته، ومثال ذلك ما قرره الدساتير المصرية المتعاقبة، ابتداءً من دستور ١٩٧١، وذلك بمقتضى المادتين ١٧٤ و ١٧٥ من دستور ١٩٧١، والمادة ١٧٥ من دستور ٢٠١٢، والمادتين ١٩١ و ١٩٢ من دستور ٢٠١٤، وهو ما قرره أيضاً الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢، بمقتضى المادة ١٠٦ منه، إذ قررت تلك النصوص الدستورية السابقة جميعها، مبدأ الرقابة على الدستورية، وكذلك تحديد الجهة المختصة بها - في أن واحد- من خلال نصها على إنشاء محكمة دستورية، تختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

بيد أنه قد يتم تقرير تلك الرقابة -أحياناً- وكذلك تحديد الجهة المختصة بها، بمقتضى قانون عادي وليس بمقتضى نص دستوري، وهو ما حدث بالفعل عند إنشاء أول محكمة مختصة بالرقابة على دستورية القوانين في مصر عام ١٩٦٩، إذ تم إنشاء المحكمة العليا "الدستورية"، لتختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين، بمقتضى القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، دون أن يكون مبدأ الرقابة على الدستورية ذاته، مكرّساً بنص دستوري آنذاك.

كما أنه -في أحيان أخرى- قد يقوم الدستور بتقرير مبدأ الرقابة على الدستورية، مع ترك تحديد الجهة المختصة بتلك الرقابة إلى المشرع، وهو ما اتبعه بالفعل الدستور البحريني لعام ١٩٧٣، إذ قررت المادة ١٠٣ منه تقرير مبدأ الرقابة على الدستورية، في الوقت الذي منحت فيه المشرع سلطة تحديد الجهة المختصة بممارستها، وإن كان المشرع لم يضع هذا النص موضع التطبيق، حتى تم تكريس مبدأ الرقابة على الدستورية وكذلك تحديد الجهة المختصة بها، بمقتضى المادة ١٠٦ من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢، والتي نصت على إنشاء المحكمة الدستورية، لتختص دون غيرها بمهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

مطابقتها للدستور أو مخالفتها له .

والرقابة على دستورية القوانين قد تكون رقابة سياسية أو رقابة قضائية، وتكون الرقابة سياسية، عندما لا يشترط في الجهة المنوط بها الرقابة على الدستورية، أن يكون أعضائها من القضاة أو من المشتغلين بالقانون بوجه عام، بما يعنيه ذلك من جواز غلبة الصفة السياسية لا القضائية على تشكيلها، كما هو الشأن في تشكيل المجلس الدستوري الفرنسي، على ما سيأتي الإشارة إليه .

أما الرقابة القضائية، فيقصد بها أن تتاط مهمة الرقابة على الدستورية، بجهة قضائية، بما يعنيه ذلك من أن أعضاء هذه الجهة، يشترط فيهم أن يكونوا قضاة، أو مزيجاً من القضاة والمشتغلين بالقانون بصورة عامة، كأساتذة القانون والمحامين، وهو النهج الذي اتبعه التشريعان المصري والبحريني على السواء^(١).

كما أن الرقابة على دستورية القوانين - سياسية كانت أو قضائية - قد تكون رقابة سابقة على إصدار النصوص التشريعية أو لاحقة على إصدارها، ولما كان قد سبق القول إن كلا التشريعين محل الدراسة قد تبنى الرقابة القضائية دون السياسية، فإنه يجدر القول أيضاً، إن كلا التشريعين قد عرف كلتا صورتى الرقابة القضائية على الدستورية، سابقة كانت تلك الرقابة أو لاحقة^(٢)، وفقاً للإيجاز التالي:

الرقابة الدستورية اللاحقة وطرق تحريكها في التشريعين المصري والبحريني:

يقصد بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، إمكانية إخضاع النصوص القانونية للرقابة على الدستورية، وذلك بعد إصدارها ودخولها حيز النفاذ والتطبيق، وذلك حال استبانة - أثناء تطبيقها - شبهة مخالفتها لأحكام الدستور، إذ يتم الطعن عليها بعدم الدستورية ووفقاً

١ . يراجع في تشكيل المحكمة الدستورية المصرية وشروط عضويتها، نص المادة رقم ٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، كما يراجع في تشكيل المحكمة الدستورية بالبحرين، نص المادة ٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٣ بإنشاء المحكمة الدستورية.

٢ . تبنى المشرع المصري الرقابة الدستورية اللاحقة منذ إنشاء المحكمة العليا "الدستورية" عام ١٩٦٩، مروراً بالمحكمة الدستورية العليا منذ عام ١٩٧٩ وحتى الآن، والتي حددت المادتان ٢٧ و ٢٩ من قانونها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، طرق تحريك تلك الرقابة، أما الرقابة السابقة، فقد تبناها المشرع المصري ابتداء من عام ٢٠٠٥، بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ وذلك في شأن مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، وهو ذات ما تبناه الإعلان الدستوري الصادر في ٢٠١١/٣/٣٠ بمقتضى المادة ٢٨ منه، ثم جاء دستور ٢٠١٢ متبنياً لها كذلك، بل وجاء موسعاً من نطاق مشاريع القوانين الخاضعة لها، ثم تم العدول عن الأخذ بالرقابة السابقة بمقتضى دستور ٢٠١٤، وذلك على التفصيل الذي سيأتي بيانه عبر هذه الدراسة.

أما فيما يتعلق بالمشرع البحريني، فقد تبنى صورتى الرقابة، السابقة منها واللاحقة، بمقتضى نص المادة ١٠٦ من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢، والتي نصت على إنشاء المحكمة الدستورية، كما تضمنت النص على أن "يكفل القانون حق كل من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح"، مع النص كذلك على أنه "وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور"، وهو ما تناولته بالبيان تفصيلاً، المادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢، الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية بمملكة البحرين.

للضوابط والإجراءات التي يقرها الدستور أو القانون لتحريك تلك الرقابة، ومن ثم تقوم جهة الرقابة على الدستورية، بالقضاء بخلو تلك النصوص المطعون عليها من أي عوار دستوري، أو أن تقضي بانطوائها على مخالفة لأحكام الدستور، موضوعية كانت تلك المخالفة أو شكلية، ويكون للحكم الصادر في هذه الرقابة حجية مطلقة تجاه كافة سلطات الدولة والكافة.

أما من ناحية طرق تحريك الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فهناك أكثر من طريق لتحريكها، كطريق الدعوى الأصلية أو المباشرة، وطريق الدفع الفرعي من قبل الخصوم في الدعوى الموضوعية، وطريق الإحالة من قبل محكمة الموضوع، وطريق التصدي الذي تمارسه جهة الرقابة على الدستورية من تلقاء نفسها، إلا أن تشريعات الدول قد تتباين فيما بينها في تبني الأخذ ببعض هذه الطرق أو عدم الأخذ ببعضها الآخر، وإنه باستعراض التشريعين المصري والبحريني، يتبين أن طرق تحريك الرقابة الدستورية اللاحقة في كليهما، تتمثل فيما يلي:

١- الدفع بعدم الدستورية من قبل الخصوم: ويُعرف أيضاً "بالدفع الفرعي"، وتتحقق تلك الحالة عندما يكون هناك نزاع ما، معروضاً أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، فيتراءى لأحد الخصوم أن النص التشريعي المراد تطبيقه على هذا النزاع، تشوبه شبهة عدم الدستورية، فيقوم بالطعن بعدم دستورية ذلك النص، أمام هذه المحكمة أو تلك الهيئة، فإن تبين لها جدية ذلك الدفع، أوقفت نظر الدعوى الموضوعية، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى الدستورية في الميعاد المحدد، اعتبر الدفع كأن لم يكن، ومن هنا تبرز تسمية هذه الطريقة بالدفع الفرعي، إذ إن الطعن بعدم الدستورية، يكون متفرعاً عن طعن آخر، هو الطعن الموضوعي المنظور أمام إحدى جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي.

٢- طريق الإحالة من قبل محكمة الموضوع: ويقصد بهذه الحالة من حالات تحريك الرقابة على الدستورية، أن يتراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع المعروض عليها، فتقوم هي -ومن تلقاء نفسها- بوقف نظر الدعوى الموضوعية، وإحالة تلك النصوص التي تراءى لها عدم دستورتها إلى المحكمة الدستورية العليا، للفصل في مدى دستورتها.

ولقد تبنى كلا التشريعين المصري والبحريني، هاتين الطريقتين السابقتين، كطريق لتحريك الرقابة على دستورية النصوص التشريعية محل النزاع الموضوعي، وتقريباً بذات الضوابط والشروط المتعلقة بآلية تحريك الرقابة الدستورية وفقاً لهما، فيما عدا المدة الزمنية المقررة لصاحب الشأن لرفع دعواه الدستورية في حالة الدفع بعدم الدستورية- إذ جعلها المشرع المصري ثلاثة أشهر من تاريخ تقرير محكمة الموضوع لجدية الدفع^(١)، في حين جعلها المشرع

١. يراجع في بيان آلية تحريك الرقابة عبر هاتين الطريقتين وفقاً لما يقره المشرع المصري، نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

البحريني شهراً واحداً^(١)، فإن لم ترفع الدعوى الدستورية خلال تلك المدة، أصبح الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن.

٣- الدفع بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية: وتعرف أيضاً "بالدعوى المباشرة"، ويقصد بهذه الطريقة من طرق الطعن، أنه يحق للشخص أو الجهة الذي منحه الدستور أو القانون حق الطعن بعدم الدستورية وفقاً لهذه الطريقة، أن يقوم بالطعن بعدم دستورية تلك النصوص التشريعية -قانونية كانت أو لائحية- مباشرة وبمجرد إصدارها، ودون انتظار تطبيقها، أو اشتراط كونها محلاً لنزاع قضائي مطروح أمام أي جهة من جهات القضاء، وغالباً ما يتم منح حق الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية، لبعض الجهات، دون منحه للأفراد، مخافة إساءة استخدامه في غير ضرورة تقتضيه، كما أنه من حق صاحب الاختصاص في هذه الحالة، أن يطعن على كامل نصوص التشريع في مجملها، أو أن يحدد نصوصاً تشريعية بعينها يطعن عليها في نطاق هذا التشريع، طالما ضمن طعنه مبررات هذا الطعن.

ولقد تبنى المشرع البحريني طريق الدعوى الأصلية أو "الدعوى المباشرة" كطريق من طرق تحريك الرقابة على الدستورية، إذ منحه المشرع لكل من رئيس مجلس الوزراء، ورئيس مجلس الشورى، ورئيس مجلس النواب، إذ يتم تحريكها بناء على طلب يقدم من أي منهم إلى المحكمة الدستورية العليا، طعناً على النصوص التشريعية قانونية كانت أو لائحية- التي يتراءى لهم مخالفتها للدستور، مع وجوب بيان أوجه تلك المخالفات^(٢).

أما المشرع المصري، فلم يتبن طريق الدعوى الأصلية قط، كطريق لتحريك الرقابة على الدستورية^(٣).

٤- التصدي كطريق من طرق الرقابة على الدستورية: ويقصد به تقرير حق

المحكمة الدستورية ذاتها -ومن تلقاء نفسها- في أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها، بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، شريطة أن يكون ذلك النص متصلاً بالنزاع

١. يراجع في إجراءات وضوابط الإحالة من قبل محكمة الموضوع والدفع الفرعي بعدم الدستورية وفقاً لما يقره المشرع البحريني، نص الفقرتين (ب) و (ج) من المادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ الصادر بإنشاء المحكمة الدستورية البحرينية، على الترتيب.

٢. ولقد تم تقرير ذلك الطريق من طرق الطعن بمقتضى نص المادة ١٠٦ من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢، والتي نصت على كفالة حق كل من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس مجلس النواب في تحريك الرقابة على الدستورية، وهو ما قرره من ثم نص الفقرة (أ) من المادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ بإنشاء المحكمة الدستورية البحرينية، ويراجع للمزيد حول ذلك الطريق من طرق الطعن في التشريع البحريني، د. رمزي الشاعر- الرقابة على دستورية القوانين في مملكة البحرين - مرجع سابق، ص ٣٥٦-٣٦١، ود. إحسان حميد المفرجي- القضاء الدستوري وتجربته في مملكة البحرين- مطبوعات جامعة البحرين ٢٠٠٦/٢٠٠٧ ص ١٨٦-١٨٩، والقاضي سالم محمد سالم الكواري- المحكمة الدستورية في البحرين- الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص ١٨١-١٨٤.

٣. يراجع في بيان مزايا الدعوى الأصلية، وأهم التشريعات المقارنة التي تبنتها، وكذلك رفض مبررات عدم أخذ المشرع المصري بها، د. يسري العصار- الدعوى الدستورية المباشرة- بحث منشور بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية- العدد ١٧- السنة ٨- إبريل ٢٠١٠، ص ١٧ وما بعدها، كما يراجع أيضاً في ذات الصدد د. عبد العزيز سالم- الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية- مجلة الدستورية المصرية- العدد ١٨- السنة ٨- أكتوبر ٢٠١٠ ص ٣٤-٣٦.

المطروح عليها .

ولقد اعتد المشرع المصري دون نظيره البحريني- بهذا الطريق من طرق الرقابة^(١)، إذ نصت المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية المصرية على أنه: "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها"^(٢)، ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية"^(٣).

المطلب الثاني

ماهية الرقابة الدستورية السابقة وصورها

يقصد بالرقابة السابقة على دستورية القوانين، أن تقوم الجهة المنوط بها الرقابة على الدستورية، ببحث دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها ودخولها عملاً حيز النفاذ والتطبيق، للتأكد من مدى مطابقتها للدستور أو مخالفتها له، فالرقابة هنا رقابة وقائية على "مشروع القانون" قبل صيرورته قانوناً، أي بعد إقراره من البرلمان، وقبل إصداره وبدء تطبيقه عملاً على المخاطبين به، وذلك بهدف التأكد من بدء تطبيقه خلواً من أية مخالفات أو مطاعن دستورية، وذلك درءاً لحالة تطبيق النصوص القانونية، ثم الاكتشاف لاحقاً -عند الطعن على دستورتها- انطوائها على مثالب دستورية، وما قد يترتب على ذلك من إحداث حالة من "الخلخلة" وعدم الاستقرار القانوني للعلاقات أو للمراكز القانونية التي أنشأتها

١. يراجع في بيان هذا الطريق من طرق الطعن وضوابط إعماله ومنهج المحكمة الدستورية المصرية تجاهه، د. عوض المر- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية- مركز رينيه- جان دوبيو للقانون والتنمية - ص ٥٦٩-٥٧٢، وكذلك د. يسري العصار- التصدي في القضاء الدستوري- دار النهضة العربية ١٩٩٩، ص ١٧ وما بعدها، ود. عبد العزيز سالم- الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية- مجلة الدستورية المصرية- مرجع سابق ص ٣٣-٣٤، ود. فتحي فكري - القانون الدستوري - المبادئ الدستورية العامة- مرجع سابق ص ٢٤٠-٢٤٦.

٢. مما تجدر الإشارة إليه أنه لا يشترط في النزاع الذي تنطلق منه المحكمة الدستورية لممارسة رخصة التصدي المقررة لها بمقتضى المادة ٢٧ من قانونها، أن يكون هذا النزاع متعلقاً فقط- بحالة بحث مدى دستورية نص تشريعي معروض عليها وتصل بعلمها عن طريق دفع فرعي من أحد الخصوم أو عن طريق الإحالة من قبل الموضوع، بل يمكن أن تعمل المحكمة سلطتها في التصدي في غير هاتين الحالتين السابقتين، إذ يجوز لها أن تمارس رخصة التصدي حال ممارستها لأي اختصاص من اختصاصاتها المنصوص عليها، وسواء تعلق الأمر ببحث دستورية نص، أو طلب تفسيره، أو كان النزاع المعروض عليها متعلقاً بمنازعة تنفيذ أو بالفصل في تنازع اختصاص معروض عليها، ذلك أن نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية كان صريحاً في النص على تخويلها هذه السلطة، طالما تراءى لها عدم دستورية نص ما، "بمناسبة ممارسة اختصاصاتها"، إذ جاء التعبير عن اختصاصاتها "بصيغة الجمع"، دالاً على شموله كل اختصاصاتها المختلفة المنصوص عليها بالقانون، وبصرف النظر عن طبيعة هذه المنازعة المعروضة عليها أو موضوعها، يراجع في هذا المعنى أيضاً والتدليل عليه، د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح - رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع - رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة، ص ٦٢٢، هامش رقم (٣).

٣. ويرى بعض الفقه -بحق- أن المشرع إذ أجاز للمحكمة الدستورية العليا اللجوء من تلقاء نفسها إلى حق التصدي، "إنما أراد في واقع الأمر أن يقرر المزيد من الضمانات في مجال الشرعية الدستورية، فلقد كان من غير السائغ ولا المقبول أن يخول المشرع المحاكم حق الإحالة، ثم يجرم المحكمة الدستورية ذاتها من استعمال حق التصدي، وهي المحكمة صاحبة الولاية العامة والمقصورة عليها هذه الولاية فيما يتصل بدستورية القوانين واللوائح، وبذلك يكون حق التصدي مكملاً للدفع الفرعي، ولحق الإحالة"، يراجع د. عادل عمر شريف- القضاء الدستوري في مصر - رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٨، ص ٤١٢، كما مشار إليه أيضاً لدا. د. فتحي فكري- القانون الدستوري - المبادئ الدستورية العامة- مرجع سابق ص ٢٤١.

هذه النصوص منذ بدء تطبيقها وحتى الحكم بعدم دستورتها، وعموماً لكل من نوعي الرقابة -سابقة كانت أو لاحقة- إيجابياتها وسلبياتها، لذا تختلف مناهج الدول في الأخذ بهذا النوع أو ذاك، أو قد تجمع بينهما، كما تختلف كذلك آراء الفقه تجاه كليهما، رفضاً وتأييداً.

والرقابة السابقة على الدستورية، قد تكون وجوبية أو اختيارية، وتكون تلك الرقابة وجوبية كلما أوجب الدستور عرض مشاريع القوانين أو بعضها على الجهة المختصة بالرقابة على الدستورية قبل إصدار القوانين، كشرط لصحة إصدارها، وفي هذه الحالة -من ثم- يصبح القانون مفتقداً شرطاً من شروط صحة إصداره، إن صدر دون عرضه على جهة الرقابة على الدستورية، إذ يكون قد صدر مفتقداً شكلية أوجب الدستور اتباعها، فتتعدم من ثم -حال عدم تحققها- مقومات وجوده، حتى ولو لم يكن منطوياً في ذاته على مخالفة موضوعية بين جنبا ت نصوصه وأحكامه.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن عرض مشروع القانون على جهة الرقابة على الدستورية في هذه الحالة الوجوبية، يجب أن يشمل مشروع هذا القانون كله، سواء انطوى على نصوص وأحكام قانونية مبتدأة، أو انطوى على تعديل لأحكام قائمة، إذ إن إصدار أي نص من نصوص مشروع القانون أو تعديله دون عرضه على جهة الرقابة في هذه الحالة الوجوبية، يفقد ذلك النص شرطاً من شروط إصداره، يتساوى في ذلك أن يكون عدم العرض نشأة أو تعديلاً، كلياً أو جزئياً.

وعلى خلاف ما سبق، فقد تكون الرقابة الدستورية السابقة، رقابة اختيارية وليست إجبارية، بمعنى أن "يجوز" الدستور لصاحب الاختصاص بتحريك تلك الرقابة، أن يحيل مشروع القانون قبل إصداره إلى الجهة المختصة بالرقابة على الدستورية.

بما يعنيه ذلك أن الرقابة السابقة هنا أمر تقديري بيد صاحب الاختصاص بتحريكها، يلجأ إليه أو لا يلجأ، وهو ما يعني -بمفهوم المخالفة كذلك- أن الرقابة السابقة على مشاريع القوانين في هذه الحالة، ليست شرطاً لصحة إصدار التشريع، كما هو الشأن في حالة تقرير أن تكون هذه الرقابة إجبارية على مشروع القانون قبل إصداره.

كما أن الرقابة السابقة على دستورية القوانين، قد تكون رقابة شاملة، تطل مشروع القانون كله، كما أنها قد تكون رقابة جزئية، تنصب على بعض نصوص مشروع القانون، والعبارة في ذلك كله بالنصوص التي تنظم تلك الرقابة وتحدد نطاقها، كما أنه قد يترك المشرع الأمر تقديرياً بيد صاحب الاختصاص بتحريكها، بحيث يحيل مشروع القانون كله إلى جهة الرقابة لبحث مدى دستورية مجمل نصوصه إن تراءى له مخالفته كله للدستور، أو أن نصوصه مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة بما لا يمكن معه فصل النصوص المشتبه في عدم دستورتها عن غيرها، أو أن يقصر الإحالة فقط على بعض نصوص مشروع القانون، التي يتراءى له شبهة مخالفتها للدستور، ومن ثم يكون قرار الإحالة الموجّه إلى جهة الرقابة -حال ترك الأمر تقديرياً بيد صاحب الاختصاص- هو المحدد لنطاق النصوص المراد بحث عدم دستورتها، هل هي إحالة شاملة لبحث دستورية كامل نصوص مشروع القانون، أم كونها إحالة جزئية لبعض نصوصه دون بعض.

كما أن الرقابة السابقة كذلك، ربما تكون محددة حصراً في مشاريع بعض القوانين دون غيرها، بحيث لا تطل معه الرقابة السابقة غير ذلك من مشاريع القوانين الأخرى، وغالباً ما يتم تقرير تلك الرقابة المحددة، كرقابة إجبارية، كشرط صحة إصدار القانون الواجب إخضاعه لتلك الرقابة، وسواء تعلق الأمر هنا بمشروع قانون مستحدث، أو تعلق بتعديل أحكام نصوص

تشريعية قائمة كما سبق بيانه.

وعلى خلاف ذلك، قد تكون الرقابة السابقة غير محدد نطاق أعمالها، أو موضوعاتها، بحيث يمكن أن تطال الرقابة السابقة أي مشروع قانون، أيًا كان الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، وغالبًا ما تكون تلك الحالة الأخيرة، رقابة اختيارية، بحيث يمنح صاحب الاختصاص بتحريك الرقابة السابقة، سلطة تقديرية واسعة في إحالة أي مشروع قانون يترأى له مخالفة نصوصه لأحكام الدستور، إلى الجهة المختصة بتلك الرقابة.

وأخيرًا، قد تكون الرقابة السابقة على الدستورية، رقابة قضائية أو سياسية، ويقصد بالرقابة القضائية -كما سبق- أن يكون تشكيل الجهة التي تتولى مهمة الرقابة السابقة على دستورية القوانين، تشكيلًا قضائيًا، بحيث يشترط في أعضائها أن يكونوا قضاة، أو مزيجًا من القضاة والمشتغلين بالقانون بصورة عامة.

وتكون الرقابة السابقة رقابة سياسية، إن لم يكن شرطًا في تشكيل جهة الرقابة، أن يكون أعضاؤها قضاة أو قانونيين، ولعل أشهر مثال لهذا النوع من الرقابة، هو الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا^(١).

١ . في معرض بيانه لطبيعة الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، يقرر بعض الفقه أن "رقابة الدستورية في فرنسا اكتسبت دائمًا من الناحية القانونية النظرية أو المجردة، طابعًا سياسيًا وليس قضائيًا، وإذا كان الاتجاه الراجح الآن في الفقه والقضاء يسبغ على المجلس الدستوري طابعًا قضائيًا، فإن هذا يرجع إلى أسباب واقعية أكثر منها نظرية أو قانونية، .. فتشكيل المجلس يضم نوعين من الأعضاء، أعضاء بقوة القانون ولمدى الحياة، وهم رؤساء الجمهورية السابقون، وتسعة أعضاء يقوم باختيارهم بالتساوي كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، وذلك لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ويعين رئيس المجلس الدستوري بقرار من رئيس الجمهورية من بين أعضاء المجلس، ويتم تجديد عضوية ثلث أعضاء المجلس كل ثلاثة أعوام، ولا يلزم الدستور ولا الأمر المنظم للمجلس الدستوري، الجهات الثلاث التي تتولى تعيين أعضاء المجلس باختيار هؤلاء الأعضاء من بين رجال القضاء أو من بين المتخصصين في مجال القانون، ونتيجة لذلك نجد أن عددًا كبيرًا من أعضاء المجلس الدستوري، كانوا من السياسيين الذين تولوا مناصب حكومية قبل تعيينهم في المجلس، ومن ثم ينضج من تشكيل المجلس الدستوري، أنه ليس محكمة أو هيئة قضائية، وإنما هو مجرد هيئة من طبيعة سياسية، وبالفعل فقد كان الفقه ينظر إليه باعتباره جهة رقابة سياسية على دستورية القوانين، وظل هذا الوضع سائدًا خلال الخمسة عشر عامًا الأولى من عمر المجلس الدستوري، وساهم في ذلك أن المجلس في بداية نشأته لم يكن يمارس رقابة واسعة على دستورية القوانين، ولم يكن يقرر عدم دستورية أي نص قانوني، إلا إذا كان يخالف نصًا صريحًا في الدستور، ولكن مع مرور الوقت، توسع المجلس في رقابته على الدستورية، وابتكر عددًا كبيرًا من المبادئ الدستورية غير المكتوبة، استنبطها من مقدمة الدستور السابق الصادر عام ١٩٤٦، والتي أشارت إليه ديباجة الدستور الحالي الصادر عام ١٩٥٨، كما استنبطها من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر عقب قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩، والتي أشارت إليه مقدمة دستور ١٩٥٨، وأصبح المجلس الدستوري يقرر عدم دستورية أي نص قانوني يحال إليه لا يكون موافقًا لهذه المبادئ، وكان من الطبيعي أن يؤدي توسيع المجلس الدستوري لنطاق رقابته على دستورية القوانين، إلى ازدياد أهميته في النظام الدستوري الفرنسي، وسمو المكانة التي يتمتع بها، ونتيجة لذلك، فإن الاتجاه الراجح في الفقه والقضاء في الوقت الحالي، يعترف للمجلس الدستوري بطبيعة قضائية، يراجع في بيان ما سبق، د. يسري محمد العصار - موازنة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية - بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية - العدد ٨ - السنة ٣ - أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٢٦ - ٣٠.

النتائج المترتبة على الرقابة السابقة:

يترتب على الرقابة الدستورية السابقة، وفي جميع الأحوال، وسواء كانت الرقابة السابقة على الدستورية رقابة إجبارية أو اختيارية، شاملة أو جزئية، قضائية كانت أو سياسية، أن ينتج عن الرقابة السابقة نتيجتان مهمتان، هما:

أولاً: أن قرارات جهة الرقابة على الدستورية هي قرارات ملزمة لكافة سلطات الدولة وللکافة، فيما توصلت إليه من قرارات في شأن تلك الرقابة، بما يستوجبه ذلك من قيام السلطة القائمة على أمر التشريع، من أعمال مقتضى قرارات جهة الرقابة وعدم مخالفتها، ومن ثم عدم إصدار القانون إلا بعد تفادي كافة المآخذ والعيوب الدستورية التي قررتها جهة الرقابة تجاه مشروع ذلك القانون.

ثانياً: ينتج عن الرقابة السابقة أيضاً وكأصل عام- أن تتحصن النصوص التي خضعت للرقابة السابقة من الخضوع للرقابة اللاحقة مرة أخرى، فالرقابة الدستورية السابقة، تحجب الرقابة اللاحقة وتمنعها^(١).

المبحث الثاني

التطور التشريعي لتقرير الرقابة السابقة في النظامين القانونيين المصري والبحريني وضوابطها وموقف الفقه من تقريرها

ونقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاث، نخصص أولهما للحديث عن تقرير الرقابة السابقة في التشريع المصري، ثم نخصص ثانيهما لتناول الرقابة السابقة في التشريع البحريني، ثم يأتي ثالثها متناولاً رأي الفقه الدستوري في تبني الأخذ بالرقابة السابقة على الدستورية.

المطلب الأول

التطور التشريعي لتقرير الرقابة الدستورية السابقة في النظام القانوني المصري وضوابطها

لم يتبنَّ المشرع المصري فكرة الرقابة السابقة على الدستورية إلا في عام ٢٠٠٥، وذلك عندما تم تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، والخاصة بشروط الترشح لرئاسة الجمهورية، حيث نص التعديل على وجوب عرض مشروع قانون الانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية قبل إصداره للتأكد من مدى مطابقته للدستور، ولقد ظلت الرقابة السابقة مقررة بذات أحكامها ونطاق أعمالها في ظل العمل بالإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس عام ٢٠١١.

وكذلك جاء الدستور المصري لعام ٢٠١٢ متبنياً تقرير الرقابة الدستورية السابقة على دستورية

١. يراجع للمزيد حول حجية قرارات الرقابة السابقة الصادرة عن المحكمة الدستورية في كلا التشريعين، وبيان موقف الفقه والقضاء في هذا الصدد، ما سيأتي تفصيله بالمبحث الثالث من هذه الدراسة.

القوانين، بل وموسعاً لنطاقها، لتطال مشروعات ثلاثة قوانين أخرى بجانب مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، إذ أوجبت المادة ١٧٧ منه عرض مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية والانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية لفحص مدى مطابقتها للدستور قبل إصدارها.

ثم جاء دستور ٢٠١٤ متبنياً العدول عن فكرة الرقابة السابقة، والاكتفاء بالرقابة اللاحقة فقط، كما كان معمولاً به قبل عام ٢٠٠٥، وفيما يلي نلقي مزيداً من البيان حول ما سبق إجماله في شأن التطور التشريعي لتلك الرقابة.

أولاً: الرقابة السابقة على مشروع قانون الإنتخابات الرئاسية في دستور ١٩٧١:

عندما تم تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ في مايو ٢٠٠٥ ليصبح انتخاب رئيس الجمهورية عن طريق الانتخاب الحر المباشر من قبل المواطنين، بعد أن كان يتم عن طريق الاستفتاء على مرشح الرئاسة الذي يختاره مجلس الشعب^(١)، تضمن هذا التعديل أيضاً تقرير الرقابة السابقة على الدستورية للمرة الأولى في تاريخ الرقابة على الدستورية في مصر، وقد تم تقريرها تجاه مشروع قانون وحيد، هو مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، إذ تضمن تعديل هذه المادة النص على أن "يعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره، لتقرير مدى مطابقتها للدستور، وتصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها، فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر من نصوص المشروع، رده رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضى هذا القرار، وفي جميع الأحوال، يكون قرار المحكمة ملزماً للكافة، ولجميع سلطات الدولة".

ثانياً: الرقابة السابقة على مشروع قانون الإنتخابات الرئاسية في إعلان مارس ٢٠١١:

بعد ثورة الخامس والعشرين من يناير عام ٢٠١١، تم إصدار إعلان دستوري في ٣٠ مارس ٢٠١١، بوصفه الوثيقة الدستورية الحاكمة للمرحلة الانتقالية، حتى يتم وضع دستور جديد للبلاد، ولقد تضمنت المادة ٢٨ منه ذات الحكم الذي سبق وأن قرره المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، والمتعلقة بتقرير الرقابة الدستورية السابقة على مشروع الانتخابات الرئاسية دون غيره كذلك، بل وربما بذات أحكامها وألفاظها تقريباً، إذ نصت تلك المادة على أن " .. يعرض

١. كانت المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ قبل تعديلها في ٢٥ مايو ٢٠٠٥ تنص على أن "يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض الترشيح على المواطنين لاستقتائهم فيه، ويتم الترشيح في مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل، ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس على المواطنين لاستقتائهم فيه، فإذا لم يحصل على الأغلبية المشار إليها، أعيد الترشيح مرة أخرى بعد يومين من تاريخ نتيجة التصويت الأول، ويعرض المرشح الحاصل على الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس على المواطنين لاستقتائهم فيه، ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء، فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية، رشح المجلس غيره، وتنتج في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها".

ثم تم العدول عن نظام الاستفتاء بمقتضى هذا التعديل الدستوري، ليجري نص تلك المادة بعد تعديله على أن "يُنتخب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع السري العام المباشر..."، كما قررت ذات المادة في عجزها، تقرير الرقابة السابقة على الدستورية في شأن مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية، كما هو مبين بعالية.

مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصداره لتقرير مدى مطابقته للدستور، وتصدر المحكمة الدستورية العليا قرارها في هذا الشأن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها، فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر، وجب إعمال مقتضى قرارها عند إصدار القانون، وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزماً للكافة، ولجميع سلطات الدولة“.

ثالثاً: الرقابة السابقة في دستور ٢٠١٢ والتوسع في نطاق إعمالها:

عندما صدر الدستور المصري لعام ٢٠١٢، جاء متبنياً كذلك تقرير الرقابة السابقة على الدستورية، إلا أنه وسع من نطاق تقريرها، فبعد أن كانت المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ وكذلك المادة ٢٨ من إعلان مارس ٢٠١١ تقررها تجاه مشروع قانون الانتخابات الرئاسية دون غيره، جاء دستور ٢٠١٢ مقررراً لها تجاه مشروعات قوانين أربع، هي مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية والانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية.

فقد نصت المادة ١٧٧ منه على أن "يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور، وتصدر قرارها في هذا الشأن خلال ٤٥ يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها، وإلا عد عدم إصدارها للقرار إجازة للنصوص المقترحة، فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور، وجب إعمال مقتضى قرارها، ولا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة (١٧٥)^(١) من الدستور“.

رابعاً: العدول عن الرقابة السابقة بمقتضى دستور ٢٠١٤:

عدّل الدستور المصري لعام ٢٠١٤ عن تبني الرقابة السابقة على الدستورية، وعاد من ثم مكتفياً -فقط- بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح، إذ لم تتضمن نصوص الدستور أية نصوص متعلقة بتقرير الرقابة على الدستورية، سوى ما قرره المادة ١٩٢ منه في شأن الرقابة اللاحقة، وذلك بما نصت عليه من أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية "القوانين"، واللوائح..."^(٢)، وهو ما يعنى العودة إلى الأصل الذي كان معمولاً به منذ نشأة الرقابة المنظمة على دستورية القوانين منذ عام ١٩٦٩ وحتى تاريخ تقرير الرقابة السابقة استثناء- على مشروعات قوانين بعينها ابتداءً من عام

١. كانت المادة ١٧٥ المشار إليها يجري نصها على أن "المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة، مقرها مدينة القاهرة، تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها“.

٢. يجري النص الكامل للمادة ١٩٢ المشار إليه على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية "القوانين"، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها“.

٢٠٠٥ وحتى عام ٢٠١٣^(١).

خامسًا: بيان لأهم الأحكام والضوابط التي نظمت الرقابة السابقة في النظام القانوني المصري:

بتتبع التطور التشريعي سابق الإشارة إليه، يمكن أن نقف على أهم الأحكام والضوابط التي نظمت الرقابة السابقة في التشريع المصري فترة تبنيه لها، سواء من حيث وجوبها، أو الجهة المختصة بتحريكها، أو مواعيد عرضها، أو أثر التقرير الصادر بشأنها ومدى حجيتها والزاميته، كما يلي:

■ إن الرقابة السابقة التي تبناها المشرع المصري فترة من الزمن، كانت من حيث نطاقها متعلقة بمشروعات القوانين دون اللوائح، كما كانت رقابة "جزئية" وعلى "سبيل الوجوب"، ذلك أن المشرع الدستوري، قد حصر نطاق الرقابة السابقة في نطاق مشاريع القوانين، ولم يقررها تجاه أي من النصوص اللائحة قبل إصدارها، كما هو معمول به في فرنسا على سبيل المثال تجاه وجوب إخضاع لائحة مجلسي البرلمان لرقابة المجلس الدستوري قبل إصدارها^(٢).

كما أن المشرع الدستوري قد قرر الرقابة السابقة تجاه مشروعات بعض القوانين بعينها دونما سواها، سواء تعلق الأمر بحالة تقريرها تجاه مشروع قانون الانتخابات الرئاسية وحده في ظل العمل بدستور ١٩٧١ وإعلان مارس ٢٠١١، أو حال تقريرها تجاه مشروعات القوانين الأربع التي نص عليها دستور ٢٠١٢، وبما لا يجوز معه أن تمتد إلى غيرها من مشروعات القوانين الأخرى، حتى ولو انطوت تلك المشروعات الأخرى، على أحكام وثيقة الصلة بأحكام القوانين التي أوجب الدستور إخضاع مشروعها للرقابة قبل إصدارها^(٣).

كما أن الرقابة السابقة تم تقريرها كذلك على "سبيل الوجوب"، إذ أوجبت النصوص الدستورية

١. ولقد حرصت على الحصول على الأعمال التحضيرية للنصوص الدستورية ذات العلاقة للوقوف على علة عدول الدستور عن الرقابة السابقة، إلا أنه وحتى كتابة هذه السطور لم أتسكن من تحصيلها، بيد أن -في تقديري- أن علة العدول عن تقرير الرقابة السابقة بمقتضى دستور ٢٠١٤، لن تخرج عن سببين، أولهما عام، وهو المثالب التي توجه إلى الرقابة السابقة عمومًا، بوصفها رقابة مكتنبة مجردة، في الوقت الذي لا تتضح فيه مثالب النص ومخالفاته إلا بعد اختباره وتطبيقه، وثانيهما خاص بتجربة الرقابة السابقة في التشريع المصري، خاصة ما تعلق منها بما أرسته المحكمة الدستورية المصرية من مبدأ مؤداه، أن الرقابة السابقة لا تحجب الرقابة اللاحقة، وهو ما يعني أن تقرير الرقابة السابقة أصبح مفقودًا لعله تقريره بالأساس، ألا وهو الحفاظ على المراكز القانونية التي تترتب على تطبيق النص بعد سريان العمل به، وعدم زعزعة استقرارها عبر عدم إثارة مسألة دستوريته لاحقًا من خلال رقابة لاحقة، ويراجع للمزيد من البيان حول أمر حجبية قرار المحكمة في الرقابة السابقة والتعليق على موقف المحكمة الدستورية من ذلك، ما سيأتي لاحقًا بهذه الدراسة.

٢. يراجع لمزيد من البيان حول الاختصاصات الإجبارية وتلك الاختيارية للمجلس الدستوري الفرنسي، على سبيل المثال، د. فتحي فكري - القانون الدستوري - مرجع سابق ص ١٧٧-١٨٠.

٣. وعلى ذلك المعنى، أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه "وحيث إنه متى كان ذلك، وكان نص الفقرة الخامسة من المادة ٢٨ من الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١، قد حصر حدود الرقابة القضائية السابقة التي تباشرها هذه المحكمة في مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية، مقتصرًا إياها على مشروع القانون المذكور دون غيره، وبالتالي فإن مد نطاقها ليشمل النصوص ذات الصلة الواردة في مشاريع قوانين أخرى دون نص صريح في الإعلان الدستوري، يكون مجاوزًا إطار الاختصاص الدستوري المقرر لهذه المحكمة في مجال الرقابة القضائية السابقة، وتوسعًا في تفسير النصوص الحاكمة لها، حال كونها استثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه، كما يعد الأخذ به خوضًا من هذه المحكمة في اختصاص ليس لها، ومجاوزة منها لتخوم ولايتها التي حددها لها الإعلان الدستوري المشار إليه، ومن ثم فإن الطلب المائل بشأن عرض مشروع القانون بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية - وأيًا كان وجه الرأي في اتفاهه وأحكام الإعلان الدستوري - يخرج عن اختصاص هذه المحكمة بشأن الرقابة السابقة"، يراجع قرار المحكمة الدستورية العليا في ٢١/٤/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة.

إخضاع مشروعات القوانين التي حددتها، للرقابة السابقة على الدستورية لتقرير مدى مطابقتها للدستور قبل إصدارها، وهو يعني -بمفهوم المخالفة- أن إصدارها دون إخضاعها لتلك الرقابة، كان يترتب عليه بطلانها، لافتقادها شرطاً من الشروط التي أوجبها الدستور لصحة إصدارها.

وهو ما يعني -مفهوم المخالفة كذلك- أن الدستور المصري لم يتبن فكرة الرقابة السابقة "الجوازية أو الاختيارية"، بما تعنيه من منح بعض الجهات أو الأشخاص سلطة تقديرية في تحريك الرقابة السابقة، تجاه ما يترأى لهم من مخالفات دستورية تتضمنها مشروعات القوانين قبل إصدارها، وسواء تعلق تلك السلطة التقديرية أو الجوازية بتحريك الرقابة السابقة تجاه مشروعات قوانين بعينها، أو تجاه مشروعات القوانين عموماً دون تعيين، وفقاً لما يقدره من يملك ذلك الاختصاص.

■ استفاد مما سبق أيضاً، أن الرقابة السابقة التي تبناها المشرع المصري، كانت **استثناءً من الأصل العام للرقابة على الدستورية** في مصر، ألا وهو الرقابة اللاحقة، فتقرير الرقابة السابقة سواء حال تقريرها تجاه مشروع قانون الانتخابات الرئاسية وحده، أو حال التوسع في نطاقها بتقريرها تجاه بعض مشروعات القوانين الأخرى، كان بمثابة استثناء لمشروعات هذه القوانين دون غيرها من مشروعات القوانين الأخرى، التي لا تخضع للرقابة السابقة قبل إصدارها، إذ يبقى الطريق الوحيد لإخضاع الأحكام التي تتضمنها مشروعات كافة القوانين الأخرى للرقابة على الدستورية عدا مشروعات تلك القوانين المحددة حصراً -منحصراً في الرقابة على "قوانينها" بعد إصدارها ودخولها حيز النفاذ والتطبيق، وبتابع الطرق المنصوص عليها بقانون المحكمة الدستورية لتحريك تلك الرقابة اللاحقة، سواء من خلال الدفع الفرعي، أو الإحالة من قبل محكمة الموضوع، أو تصدي المحكمة الدستورية ذاتها لبحث مدى دستورتها، حال توافر ضوابط إعمال أي من هذه الحالات.

■ وقد يكون من نافلة القول، **إن الرقابة السابقة في التشريع المصري هي رقابة قضائية**، تباشرها "محكمة"، ويشترط في أعضائها أن يكونوا قضاة، أو مزيجاً من القضاة والمشتغلين بالقانون من بين المحامين وأساتذة القانون بالجامعات المصرية،^(١) وإن بقي ما يصدر عن تلك المحكمة في الرقابة السابقة، موصوفاً بأنه قرارات وليس أحكاماً، إذ إن رقابتها في ظل الرقابة السابقة، ليس منشؤها نزاعاً قضائياً يصدر فيه حكم، ولكنها رقابة مجردة، أوجبها الدستور على النصوص ذاتها دون تعلقها بأي نزاع، بقصد الوقوف المجرد على مدى مطابقة النص للدستور أو مخالفته له، من خلال تقرير تصدره المحكمة في شأنه، يتخذ شكل قرار وليس حكماً.

■ **أما من حيث السلطة صاحبة الاختصاص بتحريك الرقابة السابقة على مشروعات القوانين التي أوجبت النصوص الدستورية إخضاعها للرقابة**، فقد اختلفت الوثائق الدستورية المصرية المتتابعة في تحديد صاحب ذلك الاختصاص على الوجه التالي:

■ فبمقتضى نص المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ المعدلة عام ٢٠٠٥، تم منح هذا الاختصاص إلى رئيس الجمهورية، إذ ناط به النص الدستوري عرض مشروع قانون الانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية، وهو ما يعني أنه بعد إقرار مجلس الشعب لمشروع القانون ورفع

١. ذلك هو ما بينته المادة (٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية من أنه يشترط في من يعين عضواً بالمحكمة، أن تتوفر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، وألا يقل سنه عن خمس وأربعين سنة ميلادية، وأن يكون اختياريهم من بين أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل، وأساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثنائي سنوات متصلة على الأقل، والمحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل، وعلى أن يكون ثلثاً عدد أعضاء المحكمة على الأقل، من بين أعضاء الهيئات القضائية.

إلى رئيس الجمهورية، تبدأ سلطة رئيس الجمهورية في تحريك تلك الرقابة السابقة، من خلال عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية.

كما ناط ذات النص كذلك بالمحكمة الدستورية، أن ترفع قرارها بشأن فحص دستورية مشروع القانون، إلى رئيس الجمهورية أيضاً، بوصفه من حرك تلك الرقابة أمامها، فإن كان قرارها منطوياً على مآخذ تضمنها مشروع القانون لأحكام الدستور، وجب على رئيس الجمهورية رد مشروع القانون إلى مجلس الشعب، مرفقاً به قرار المحكمة بشأنه، لوجوب إعمال مقتضى هذا القرار، ثم إعادة رفعه إلى رئيس الجمهورية لإصداره.

■ أما المادة ٢٨ من الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١، فلم تصرح بالسلطة المختصة بتحريك تلك الرقابة، ولا بالسلطة المختصة بتلقي قرار المحكمة بعد فحص دستورية مشروع القانون، ولا بالجهة المنوط بها إعمال مقتضى قرار المحكمة، وإن كان التطبيق العملي لهذا النص الدستوري، قد بين تفاصيل وإجراءات تحريك تلك الرقابة بالفعل آنذاك، إذ قام المجلس الأعلى للقوات المسلحة ممثلاً في رئيسه بتحريك تلك الرقابة، بوصفه القائم على إدارة شؤون الدولة خلال تلك الفترة، وإن تباينت تفاصيل ممارسة هذا الاختصاص حال الجمع بين سلطتي التشريع والتنفيذ بيد جهة واحدة^(١)، عنها حال استقلال سلطة التشريع عن سلطة التنفيذ^(٢).

■ أما من حيث سلطة تحريك الرقابة السابقة في ظل دستور ٢٠١٢، فقد ناطت المادة ١٧٧ من الدستور بمجلس النواب أو برئيس الجمهورية سلطة تحريك الرقابة السابقة على

١. فمذ بداية الفترة الانتقالية وحتى انتخاب مجلس الشعب عام ٢٠١٢ وممارسته لمهمة التشريع في ٢٣/١/٢٠١٢، كان المجلس الأعلى للقوات المسلحة يجمع بين سلطتي التشريع والتنفيذ، بمقتضى المادة ٥٦ من إعلان مارس ٢٠١١، ومن ثم كان المجلس الأعلى ممثلاً في رئيسه- هو من يقوم بنفسه بإعداد مشروع القانون، ثم عرضه على المحكمة الدستورية العليا لبيان مدى مطابقته لأحكام الدستور، كما كان هو من يتلقى أيضاً قرار المحكمة في هذا الشأن، ومن ثم إصدار القانون إن كان تقرير المحكمة مبيناً خلوه من أية مخالفات دستورية، أو تعديله وإعمال مقتضى قرارها إن كان ذلك القرار متضمناً مآخذ دستورية بينها قرار المحكمة، ومن ثم القيام بإصدار القانون، ويراجع في تأكيد ذلك النهج، قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية في ١٧/١/٢٠١٢، تقرير "رقابة دستورية سابقة"، إذ يتضح من حيثيات هذا القرار، أن مشروع القانون محله، وهو المشروع المتضمن تعديل بعض أحكام قانون الانتخابات الرئاسية رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥، قد أحيل إلى المحكمة من قبل السيد المشير رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة بتاريخ ١٧/٥/٢٠١٢، أي في الفترة التي كان المجلس يجمع فيها بين سلطتي التنفيذ والتشريع، كما أن تقرير المحكمة قد صدر أيضاً بتاريخ ١٧/١/٢٠١٢، ومن ثم تم إصدار القانون في ١٩/١/٢٠١٢ ونشره في الجريدة الرسمية بذات التاريخ، وهو ما يعني أن عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية، وإصدار المحكمة لتقريرها والذي كان منطوياً على بعض المآخذ الدستورية- ثم قيام المجلس الأعلى بتلافي هذه المآخذ إعمالاً لمقتضى قرار المحكمة، ومن ثم قيامه بإصدار القانون، وهي كلها إجراءات قد تمت قبل تاريخ بدء ممارسة مجلس الشعب للاختصاص التشريعي في ٢٣/١/٢٠١٢، وهو ما يعني -كما هو مبين بعالية- أن المجلس الأعلى للقوات المسلحة ممثلاً في رئيسه- هو من كان يقوم -أثناء تلك الفترة- على سلطة تحريك الرقابة السابقة بكل تفاصيلها، من عرض لمشروع القانون على المحكمة، وتلقي تقريرها، وإعمال مقتضاه، ثم انتهاء بإصدار القانون.

٢. إذ من بعد انتخاب مجلس الشعب واضطلاعه بمهمة التشريع، فإنه هو من كان يقوم بإعداد مشروع القانون بحكم اختصاصه التشريعي، ومن ثم يقوم برفعه إلى المجلس الأعلى للقوات المسلحة بوصفه القائم على السلطة التنفيذية وقتذاك، ليقوم المجلس الأعلى ممثلاً في رئيسه- بعرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية، ثم تقوم المحكمة كذلك برفع تقريرها إليه، ليقوم من ثم بإصدار القانون إن كان تقرير المحكمة مبيناً خلوه من أية مخالفات دستورية، أو رده إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضى قرار المحكمة إن كان قرارها متضمناً مآخذ دستورية بتوجب تقاديبها، ومن ثم يقوم المجلس الأعلى بعد ذلك بإصدار القانون، ويراجع في تأكيد تطبيق ذلك على سبيل المثال، قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية في ٤/٣/٢٠١٢، "رقابة دستورية سابقة"، والمتعلق بمشروع قانون بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية، وهي التعديلات التي صدر بها القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٢، والمنشور بالجريدة الرسمية في ٢٦/٣/٢٠١٢.

مشروعات القوانين الأربع التي أوجب الدستور خضوعها للرقابة السابقة، وهو ما يعني أنه كان يجوز لمجلس النواب بعد إقرار مشروع القانون، أن يقوم بنفسه بعرض ذلك المشروع على المحكمة الدستورية لبحث مدى دستوريته، ومن ثم يتلقى هو أيضًا قرار المحكمة في هذا الشأن لإعمال مقتضاه إن تضمن تقريرها مآخذ دستورية على مشروع القانون، ثم يقوم برفعه إلى رئيس الجمهورية لإصداره.

كما كان يمكن وفقًا لهذا النص، ألا يقوم مجلس النواب بنفسه بعرض مشروع القانون على المحكمة، إذ يكفي برفعه إلى رئيس الجمهورية بعد إقراره، على أن يقوم رئيس الجمهورية هو بعرض مشروع القانون على المحكمة لفحص دستوريته، ومن ثم يتلقى قرارها، لإصدار المشروع إن كان خاليًا من المآخذ الدستورية، أو رده إلى مجلس النواب لإعمال مقتضاه إن تضمن التقرير بعض المآخذ، ثم رفعه إلى رئيس الجمهورية مرة أخرى لإصداره^(١).

كما أنه - في تقديري - كان يمكن وفقًا لنص المادة ١٧٧ من دستور ٢٠١٢، أن يتم عرض مشروع القانون ذاته على المحكمة مرتين، وذلك حال إن تضمن قرار المحكمة تقرير بعض المخالفات الدستورية، وذلك بصرف النظر عن من قام بالعرض الأول، وهو مجلس النواب أم رئيس الجمهورية، بحيث يستطيع رئيس الجمهورية عرض مشروع القانون على المحكمة مرة أخرى بعد قيام مجلس النواب بتعديل نصوص المشروع بما يتفق وما أبدته المحكمة في تقريرها من ملاحظات، للتأكد من إعمال مجلس النواب لمقتضى قرار المحكمة بصورة صحيحة، بل وربما أن هذا الرأي، ربما يفسر علة ما قرره المادة ١٧٧ من هذا الدستور، من جعل سلطة تحريك الرقابة سلطة مزدوجة بين البرلمان وبين رئيس الدولة، من خلال العطف بينهما بحرف العطف "أو" الذي يفيد التخيير، وعدم النص على منح ذلك الاختصاص لجهة واحدة من هاتين الجهتين على سبيل القطع والتحديد.

كما أن الأخذ بهذا الرأي أيضًا ربما كان يمكن أن يقلل من النقد الذي وجه إلى ما تضمنته ذات المادة في عجزها، من النص على عدم جواز إخضاع مشاريع القوانين المنصوص على إخضاعها للرقابة السابقة، لرقابة لاحقة بعد إصدارها، في الوقت التي لم تضع فيه أية آلية للتأكد من أن مجلس النواب قد قام بالفعل بإعمال مقتضى قرار المحكمة بما يتفق وأحكام الدستور، ذلك أن قيام رئيس الجمهورية بعرض مشروع القانون مرة ثانية على المحكمة بعد إعمال مقتضى قرارها الأول، كان سيترتب عليه إعمال الرقابة السابقة بصورة أكيدة من خلال تأكيد المحكمة ذاتها من التزام مجلس النواب بما ورد بتقريرها على الوجه الذي يتفق وأحكام

١. مما تجدر الإشارة إليه، أن المرة الوحيدة التي مورست فيها الرقابة السابقة في ظل العمل بدستور ٢٠١٢، أن من قام بتحريك تلك الرقابة كان مجلس الشورى وليس مجلس النواب، إذ إن مجلس النواب لم يكن قائمًا، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٣٠ من ذات الدستور، والتي كانت تنص فقرتها الأولى على أن "يتولى مجلس الشورى القائم بتشكيله الحالي، سلطة التشريع كاملة من تاريخ العمل بالدستور، حتى انعقاد مجلس النواب الجديد"، ويراجع في ذلك قرار المحكمة الدستورية الصادر بجلسة ٢٠١٣/٢/١٧، رقابة دستورية سابقة، والذي يتضح منه أن مجلس الشورى قد أحال إلى المحكمة مشروع القانون في ٢٠١٣/١/١٩، وأن المحكمة أصدرت فيه قرارها في ٢٠١٣/٢/١٧، والذي كان متضمنًا بعض المآخذ الدستورية، وأن مجلس الشورى قد قام بإجراء تلك التعديلات، ثم قام برفعه إلى رئيس الجمهورية الذي أصدر ذلك القانون تحت رقم ٢ لسنة ٢٠١٣، وذلك في ٢٠١٣/٢/٢١.

الدستور، ومن ثم إصدار القانون خاليًا من المآخذ التي سبق وأن تضمنها تقريرها الأول^(١).

■ **أما من حيث المدة الزمنية الممنوحة للمحكمة الدستورية لبحث مدى تطابق مشروع القانون المعروض عليها مع أحكام الدستور وإصدار قرارها بشأنه خلالها، فقد حددتها المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، وكذلك المادة ٢٨ من إعلان مارس، بخمسة عشر يومًا يتوجب على المحكمة إصدار قرارها في هذا الشأن خلالها، أما المادة ١٧٧ من دستور ٢٠١٢، فجعلتها خمسة وأربعين يومًا، وربما أنه كلما كانت المدة الممنوحة للمحكمة الدستورية لفحص دستورية مشروع القانون المعروض عليها مدة أطول، كان ذلك أدعى أن تقوم المحكمة بمهمتها بتأن دونما استعجال، خاصة وأن الرقابة السابقة تحتاج إلى مزيد من البحث لكافة أوجه النص والتأني في إصدار الحكم عليه، بوصفها رقابة مكتبية مجردة، لم تختبر أحكامها عملاً، بما لم تتضح معه عيوب تطبيقه أو مميزاته بعد، وهو ما يجعلها رقابة افتراضية إلى حد ما، تحتاج إلى مزيد تمحيص لأوجه تطبيقاته المستقبلية، وما يمكن أن ينتج عنها من مخالفات دستورية، وهو ما يستدعي توافر مزيد من الوقت أمام المحكمة لفحصه، ليأتي قرارها بمدى مطابقة النص للدستور أو مخالفته له، أقرب إلى الصواب.**

■ **ولقد استحدث دستور ٢٠١٢ في شأن المواعيد، حكمًا شاذًا وغير مستساغ – في تقديري – وذلك بما نص عليه من تقرير خلو مشروع القانون من مخالفة الدستور، خلواً افتراضياً، حال عدم إصدار المحكمة تقريرها خلال المدة المحددة، إذ تضمنت المادة ١٧٧ منه النص على أن تصدر المحكمة قرارها في مشروع القانون خلال خمسة وأربعين يومًا من تاريخ عرض الأمر عليها، وإلا عُدد إصدارها للقرار، إجازة للنصوص المقترحة.**

وهذا النص منتقد من وجهين، **أولهما**: أنه من غير المقبول لا من الناحية القانونية ولا من الناحية المنطقية، افتراض مطابقة النص التشريعي للدستور دون فحص مدى دستوريته حال عدم التزام المحكمة بالموعد المحدد، فالنص إما أن يكون متفقًا مع أحكام الدستور أو مخالفًا لها بصورة فعلية، وهو ما لا يمكن الوقوف عليه إلا بفحص النص على سبيل الحقيقة لا على

١. ولقد أثيرت بشدة فكرة إعادة عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية مرة أخرى بعد قيام السلطة المختصة بتعديل مشروع القانون بما يتفق وإعمال مقتضى قرار المحكمة، للتأكد من إعمال مقتضى ذلك القرار، إبان صدور قرار المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠١٣/٢/١٧، في شأن الرقابة السابقة على مشروع القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٣، والذي كان متضمنًا تعديل بعض أحكام قانوني مجلس الشعب ومباشرة الحقوق السياسية، وقد كان قرار المحكمة في شأن مشروع هذا القانون، مقررًا بعض المآخذ الدستورية على بعض نصوصه، فقام مجلس الشورى آنذاك بتعديل تلك النصوص التي أشارت إليها المحكمة في تقريرها، ثم قام برفع مشروع القانون إلى رئيس الجمهورية مباشرة لإصداره، دون إعادة عرضه على المحكمة للتأكد من مدى إعمال مجلس الشورى لمقتضى قرارها، وبالفعل قام رئيس الجمهورية بإصدار القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٣، دون إعادة عرضه على المحكمة الدستورية، مما أثار جدلاً شديداً آنذاك حول فكرة وجوب إعادة العرض من عدمه، وسرعان ما تحول ذلك الجدل إلى ساحات القضاء، إذ عندما أصدر رئيس الجمهورية قرارًا بدعوة المواطنين للانتخاب وفقًا لأحكام هذا القانون، تم الطعن على ذلك القرار أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بمقتضى الدعوى رقم ٢٨٥٦٠ لسنة ٦٧ قضائية، والتي صدر الحكم فيها بتاريخ ٢٠١٣/٣/٦، متضمنًا الحكم بإلغاء قرار دعوة المواطنين للانتخاب، وإحالة القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٣ للمحكمة الدستورية، لأسباب عدة بينتها المحكمة في قضائها، من بينها عدم إعادة عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية مرة أخرى بعد تعديله من قبل مجلس الشورى، للتأكد من مدى إعمال مقتضاه على الوجه الصحيح، وبراجع لمزيد من البيان حول هذا الحكم وما أثاره من أوجه عدم الدستورية، ومن بينها التعليق على فكرة وجوب إعادة عرض مشروع القانون على المحكمة بعد إعمال مقتضى قرارها الأول، يوسف عبد المحسن عبد الفتاح- مقال بعنوان: حكم وقف الانتخابات وإحالة القانون للدستورية.. نظرة تحليلية- منشور بجريدة المصريون في ٢٠١٣/٣/١٠، وإن كان من الجدير ذكره، أن المحكمة الدستورية قد تعرضت لهذه الدعوى بالفعل في ٢٠١٧/٣/٤، إلا أنها لم تفصل في مناعيتها الموضوعية، ذلك أن المحكمة قد قضت فيها بعدم قبول الدعوى، يراجع في هذا الصدد حكمها في ٢٠١٧/٣/٤، في الطعن رقم ٢٤ لسنة ٣٥ ق. دستورية.

سبيل الافتراض.

أما ثاني هذين الوجهين من أوجه النقد، هو أن المحكمة هي الجهة المنوط بها الحفاظ على أحكام الدستور، بل وإلزام غيرها من السلطات باحترام أحكامه والتزامها، عبر ما تصدره من أحكام أو قرارات ملزمة لكافة سلطات الدولة ولكافة، ومن ثم فإنه لا يتصور فيها -و حالها كذلك- أنها لن تلتزم بالمدد التي حددها لها الدستور لإصدار تقريرها، وهي المنوط بها التأكد من احترام باقي السلطات للدستور، وذلك بصرف النظر عن تقرير جزاء يترتب على عدم التزامها بذلك الموعد أو عدم تقرير ذلك الجزاء، خاصة وأن هذا الجزاء كذلك هو جزاء غير مستساغ، إذ إنه لا يمثل جزاء يقع على المحكمة في واقع الأمر، بل يمثل انتهاكاً لأحكام الدستور ذاته، وكأن الدستور بذاته يقرر حكماً ربما يؤدي إلى انتهاك أحكامه، من خلال إصدار قانون تتصادم نصوصه مع أحكام الدستور، بما يعنيه ذلك من إمكانية انتقاص لحقوق الأفراد وحررياتهم، خاصة مع تقرير النص الدستوري للإلزامية هذا المطابقة المفترضة لكافة سلطات الدولة والكافة، وعدم جواز بسط رقابة لاحقة عليها.

• استحدث دستور ٢٠١٢ كذلك في شأن الرقابة السابقة، نصاً آخر لم يكن متضمناً في النصوص الدستورية السابقة عليه، إذ تضمنت المادة ١٧٧ منه نصاً "صريحاً" يحظر على المحكمة الدستورية أعمال الرقابة الدستورية اللاحقة، على الأربعة قوانين التي نص الدستور على إخضاع مشروعاتها للرقابة السابقة قبل إصدارها.

وعلى الرغم من أن هذه القاعدة في تقديري- لم تكن تحتاج إلى نص كأصل عام- وذلك عمالاً لمقتضى الحجية المطلقة التي تتمتع بها أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها، وسواء تعلق الأمر برقابة لاحقة أو سابقة على السواء، إلا أنه قد يكون الدافع وراء تقرير هذا الحكم بنص صريح في الدستور، عائداً إلى ما سبق أن قضت به المحكمة الدستورية في ظل العمل بالمادة ٧٦ من دستور ٧١- من أن الرقابة السابقة التي مارسها على مشروع القانون، لا تحول بينها وبين بسط رقابتها اللاحقة على القانون الذي سبق وأن خضع مشروعه للرقابة السابقة^(١)، ومن ثم لجأ الدستور إلى تقرير ذلك الحكم صراحة، لتأكيد الحجية المطلقة لقرارات المحكمة في الرقابة السابقة، ومن ثم عدم التعرض للقوانين محلها للرقابة اللاحقة بهدف تحقيق العلة من تقرير تلك الرقابة بالأساس، وهو تحقيق الأمن القانوني لتلك المؤسسات، خاصة إن أضيف ذلك إلى سبب آخر، يتمثل في الحالات العديدة التي سبق وأن قضت فيها المحكمة بعدم دستورية النصوص التشريعية المنظمة لانتخابات المجالس النيابية والمحلية، ومن ثم القضاء بحل تلك المجالس بعد تشكيلها وممارستها لمهامها^(٢).

مع التأكيد على أنه -في تقديري- أن وجود ذلك النص، لم يكن ليمنع سلطة المحكمة في التأكد لاحقاً من أعمال السلطة المختصة لصحيح قرارها في الرقابة السابقة، عبر طريق منازعات التنفيذ في تلك القرارات، وليس عبر بسط رقابتها اللاحقة، على ما سيأتي تفصيله لاحقاً بهذه الدراسة.

١. يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ٢٠٠٦/١/١٥، طعن رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ ق. دستورية، كما يراجع كذلك التعليق على ما ورد به في شأن حجية قرارات المحكمة في الرقابة السابقة، بالمبحث الثالث من هذه الدراسة.

٢. يراجع على سبيل المثال في بيان الأحكام التي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية تلك النصوص ومن ثم بطلان هذه المجالس وحلها، أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في ٢٠١٢/٦/١٤، طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٠/٧/٨، طعن رقم ١١ لسنة ١٣ ق. دستورية، وحكمها في ١٩٩٦/٢/٣، طعن رقم ٢ لسنة ١٦ ق. دستورية، وحكمها في ١٩٩٠/٥/١٩ طعن رقم ٣٧ لسنة ٩ ق. دستورية.

المطلب الثاني

الرقابة الدستورية السابقة في النظام القانوني البحريني وضوابطها

لقد نصت الوثائق الدستورية بمملكة البحرين على تقرير الرقابة على الدستورية عمومًا منذ دستور عام ١٩٧٣، وإن لم يتم إعمال مقتضى ذلك النص الدستوري، وظلت الرقابة على الدستورية غير مفعلة حتى تم النص على إنشاء المحكمة الدستورية بمقتضى نص المادة ١٠٦ من دستور ٢٠٠٢، ثم تلا ذلك إصدار المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٣ بشأن إنشاء المحكمة الدستورية، ومن ثم مباشرتها لمهامها بالرقابة على الدستورية، وفيما يلي سنحاول بيان طبيعة نص المادة ١٠٣ من دستور ١٩٧٣ من حيث إمكانية تحمّل ألفاظه وعباراته-حال تم تطبيقه آنذاك- من تقرير رقابة دستورية سابقة -وفقًا له- من عدمه، ثم نتبع ذلك بتناول التنظيم التشريعي للرقابة السابقة التي قررها دستور ٢٠٠٢ بنص صريح.

مدى إمكانية تقرير رقابة دستورية سابقة في ظل نصوص دستور ١٩٧٣:

نصت المادة ١٠٣ من الدستور البحريني لعام ١٩٧٣ على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها، ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح، وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة، يعتبر كأن لم يكن"، إلا أن المشرع لم يضع هذا النص موضع التطبيق، إذ لم يصدر تشريع ينظم الرقابة على الدستورية.

وقد يثار تساؤل مؤداه، هل لو أن المشرع البحريني كان قد استجاب لهذا النص الدستوري وأصدر تشريعاً ينظم بمقتضاه الرقابة على الدستورية، هل كان من الممكن أن يتبنى الرقابة السابقة على الدستورية، أو بمعنى آخر، هل كان النص الدستوري تسمح ألفاظه ودلالاته بتقرير رقابة سابقة على الدستورية، أم أن مضمون النص كان لا يسمح إلا بتقرير الرقابة اللاحقة فقط دون غيرها؟.

في الواقع أن النص الدستوري الذي أورده دستور ١٩٧٣ في شأن الرقابة على الدستورية، ما كان يحتمل معناه أو تفسير ألفاظه إلا تقرير صورة واحدة من صور الرقابة، ألا وهي الرقابة اللاحقة فقط دون غيرها، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن النص الدستوري يتحدث عن الرقابة على "القوانين"، وليس على "مشاريع القوانين"، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة اتجاه إرادة المشرع الدستوري إلى أن تكون الرقابة لاحقة لا سابقة، ذلك أن القانون لا يكتسب صفته هذه إلا بعد إصداره، وهو ما يفيد عدم إمكانية تقرير رقابة سابقة على مشاريع القوانين قبل إصدارها وفقاً لهذا النص.

ثانياً: النص الدستوري يتحدث عن طعون و"منازعات دستورية"، والمنازعة يستحيل نشوؤها إلا بعد تطبيق النص ودخوله حيز النفاذ وتطبيقه على المخاطبين به، ومن هنا تنشأ منازعاته، أما قبل إصدار القانون، فلا يوجد قانون أصلاً حتى تنشأ منازعات تتعلق بدستوريته أو عدم دستوريته، وهو ما يفيد بالتبعية انتفاء اتجاه النص الدستوري إلى إنشاء رقابة سابقة كذلك.

ثالثاً: إلا أنه قد يقال إن النص الدستوري كان يحتمل تقرير الرقابة السابقة، بدليل أن النص يعبر عبر عما يصدر عن جهة الرقابة بلفظة "تقرير"، فيما أورده النص الدستوري بعبارة "وفي حالة تقرير" الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة، يعتبر كأن لم يكن"، ذلك أن ما

يصدر عن جهة الرقابة في الرقابة اللاحقة بعد حكماً وليس تقريراً، وذلك على عكس الرقابة السابقة، إذ يوصف ما يصدر عنها بأنه قرار أو تقرير.

بيد أن هذا القول مردود عليه بأن ذات العبارة التي اشتملت على ذلك اللفظ، تتحدث عن ذلك "التقرير" الصادر بعدم دستورية "قانون" أو لائحة، في حين أن الرقابة السابقة لا علاقة لها بالقانون، إذ تنصب على "مشروع القانون" وليس على "القانون"، الذي لا يوصف بهذه الصفة إلا بعد إصداره، بما يعني أن مراد المشرع أيضاً كان متجهاً إلى الرقابة اللاحقة دون السابقة.

وإن بقي القول إن المشرع الدستوري لم يوفق في اختيار لفظ "تقرير" فيما أورده النص الدستوري بهذه العبارة، إذ كان يتوجب أن يحل محله لفظ "حكم"، ليجري نص العبارة على أنه "وفي حالة حكم الجهة المذكورة بعدم دستورية قانون أو لائحة، يعتبر كأن لم يكن".

الرقابة السابقة في ظل دستور ٢٠٠٢ وضوابطها:

قررت المادة ١٠٦ من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢ بصريح عبارتها، تقرير الرقابة السابقة على دستورية القوانين، إذ نصت فقرتها الأخيرة على أنه "وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة وللکافة"^(١).

علة تقرير الرقابة السابقة في النظام القانوني البحريني:

لقد بينت المذكرة التفسيرية للدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢، وبصريح عبارتها، العلة من تقرير الرقابة السابقة على الدستورية التي قررها الدستور بمقتضى المادة ١٠٦ منه، إذ ورد بالمذكرة التفسيرية في معرض تعليقها على المادة ١٠٦ من الدستور ما نصه، "ونظراً إلى أن القاعدة المقررة هي: أن الطعن بعدم دستورية قانون لا يمنع من تطبيقه إلى أن تقضي المحكمة بعدم دستوريته، مما يؤدي إلى أن يستمر نفاذ القانون المخالف للدستور فترة قد تطول أو تقصر، وهو النقد الذي يوجه إلى الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين". فقد حرص النص على تلافي هذا القصور، بأن أعطى للملك الحق في أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين التي يوافق عليها مجلسا الشورى والنواب قبل أن يصدرها، لتقرر مدى مطابقتها للدستور، بحيث إذا رأت المحكمة أن القانون غير مطابق للدستور، امتنع على الملك إصداره، أما إذا رأت أنه مطابق للدستور، فإن ذلك يعطي الحق للملك في إصداره، ولا تنفي هذه الموافقة حق الملك في رد القانون إلى المجلسين لإعادة النظر فيه لأسباب أخرى يقدرها، لا تتعلق بمطابقته للدستور أو عدم مطابقتها له، وقد حرص النص على أن يوضح أن التقرير

١. يجري النص الكامل للمادة ١٠٦ من الدستور البحريني على أن "تُنشأ محكمة دستورية، من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح، وببين القانون القواعد التي تكفل عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل، ويحدد الإجراءات التي تُتبع أمامها، ويكفل حق كل من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح، ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر، ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة وللکافة".

الصادر من المحكمة في هذه الحالة، ملزم لجميع سلطات الدولة وللکافة، ليمنع بذلك إعادة الطعن في القانون بعد صدوره لسابقة الفصل في ذلك".

بيان لأهم الأحكام والضوابط التي نظمت الرقابة السابقة في النظام القانوني البحريني:

إنه باستقراء ما قرره نص المادة ١٠٦ من الدستور في شأن الرقابة السابقة، وكذلك ما أوردته المذكرة التفسيرية والمرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ بإنشاء المحكمة الدستورية متعلقاً بذات الشأن، وأيضاً بتتبع ما درج عليه التطبيق العملي في شأن الإحالة الملكية لمشاريع القوانين إلى المحكمة الدستورية، يمكن أن نستنتج أهم الأحكام والضوابط المنظمة للرقابة الدستورية السابقة في النظام القانوني البحريني، والتي يتمثل أهمها فيما يلي:

■ أن الرقابة السابقة التي تبناها النظام القانوني البحريني على مشاريع القوانين قبل إصدارها، هي رقابة اختيارية أو جوازية وليست إجبارية، إذ إن النص الدستوري قد أجاز للملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، وهو ما يعني أن قرار الإحالة من عدمه، هو أمر تقديري للملك وليس على سبيل الوجوب، فله أن يحيل مشروع القانون أو لا يحيله، وهو ما يعني - بمفهوم المخالفة- أن إحالة مشروعات القوانين هنا ليست شرطاً لصحة إصدارها.

■ أما من حيث نطاق أعمال الرقابة السابقة في النظام القانوني البحريني، فهو نطاق شامل لكافة مشروعات القوانين، حيث إن الرقابة السابقة التي قررتها المادة ١٠٦ من الدستور، ليست محددة أو محصورة في مشروعات قوانين بعينها، إذ يمكن أن تطال أي مشروع قانون، وأياً كان موضوعه أو طبيعة الأحكام التي يتضمنها، جنائية كانت أو مالية أو مدنية أو غيرها من موضوعات وأحكام، وسواء كان مشروع القانون متضمناً أحكاماً مبتدأة أو متضمناً تعديلاً على أحكام قائمة، فالنص الدستوري قد جاء عاماً مطلقاً، غير محدد نطاقاً أو موضوعاً بما يحد من سلطة أعمال تلك الرقابة تجاه أي مشروع قانون قبل إصداره.

وما سبق يعني أيضاً، أن المشرع البحريني، لم يتبن مبدأً تحديد مشروعات قوانين بعينها أو وجب إخضاعها للرقابة، أو جعلها شرطاً لصحة إصدارها، إذ جعل أمر تحريكها عموماً جائزاً، بوصفه مقررراً على سبيل التقدير والاختيار، وليس على سبيل الوجوب والإلزام.

إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه أن أعمال الرقابة السابقة يجد حده في نطاق مشروعات القوانين فقط دون اللوائح، بما لا يجوز معه أعمالها تجاه أية قواعد قانونية أخرى خارج هذا النطاق.

■ كما أنه من حيث طبيعة الرقابة السابقة هنا، فهي رقابة قضائية، تباشرها محكمة مختصة بشأن الرقابة على الدستورية، وتتشكل من القضاة ورجال القانون على سبيل

العموم^(١)، وإن بقي ما يصدر عن هذه المحكمة في شأن تلك الرقابة موصوفاً بأنه قرار وليس حكماً .

■ **أما من حيث السلطة صاحبة الاختصاص بتحريك الرقابة السابقة وإجراءاتها،** فإنه بمقتضى نص المادة ١٠٦ من الدستور، فإن هذا الاختصاص وقف على الملك دون غيره، إذ له وحده أن يحيل ما يترأى له من مشروعات القوانين إلى المحكمة الدستورية لتقرير مدى مطابقتها للدستور، بما معناه أنه ليس من حق أي سلطة أخرى كمجلس الوزراء أو مجلسي النواب والشورى مثلاً- القيام بتلك الإحالة، بما يترتب عليه أيضاً أنه حال قيام أي سلطة أو شخص غير الملك- بإحالة أي مشروع قانون إلى المحكمة الدستورية، فإنه يتوجب على المحكمة الدستورية هنا أن تقرر عدم قبول تلك الإحالة التي وردتها من غير ذي صفة أو اختصاص قانوني بتحريكها .

ولقد درج العمل على أن تتم الإحالة بأمر ملكي، يترتب عليه أن يُصدّر وزير الديوان الملكي كتاباً إلى المحكمة الدستورية، متضمناً إحالة مشروع القانون إليها، تنفيذاً لذلك الأمر الملكي^(٢) الصادر بشأنها^(٣).

كما أنه لا يشترط أن تتضمن الإحالة الملكية كافة مشروع القانون، إذ من الممكن أن تقتصر الإحالة على تحديد بعض نصوص المشروع التي يترأى للملك مخالفتها لأحكام الدستور دون غيرها من باقي نصوص مشروع القانون^(٤)، بمعنى أن تكون الإحالة هنا إحالة جزئية لا كلية، ومن ثم يصدر قرار المحكمة كذلك بشأن تلك الإحالة، في نطاق تلك النصوص فقط دون

١. وفي هذا الاتجاه أكدت المذكرة التفسيرية للدستور البحريني على أن نص المادة ١٠٦ من الدستور قد "فضل هذا أن يعهد بالرقابة إلى محكمة دستورية متخصصة تنشأ لهذا الغرض، لأن وضع المحكمة الدستورية خارج نطاق السلم القضائي، من شأنه أن يقضي على كثير من المشاكل التي يثيرها تعرض السلطة القضائية العادية لأعمال السلطة التشريعية، كما يسمح بأن يضم تشكيل هذه المحكمة - إلى جوار القضاة - بعض رجال القانون ليحقق الهدف من إنشائها، ويتفق مع وظيفتها"، وإذ كانت المادة ٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٣ بشأن المحكمة الدستورية، اكفى باشتراط أن يكون عضو المحكمة حاصلًا على إجازة في القانون ولديه خبرة في المسائل القانونية لا تقل عن خمس عشرة سنة، بما يفيد أن النص لم يشترط أن يكون أعضاء المحكمة قضاة، إلا أن الواقع التطبيقي، يشير أن تشكيل المحكمة جاء دائماً يجمع بين القضاة وبين المشتغلين بالقانون بصورة عامة.
٢. سبق أن قرر بعض الفقه أيضاً في هذا الصدد أن الإحالة تتم بأمر ملكي دون حاجة إلى حصول الملك على التوقيع المجاور من قبل رئيس مجلس الوزراء، ومرجع ذلك أن النصوص قد أعطت رئيس الوزراء حقاً مستقلاً في الطعن على القوانين بعد إصدارها، مما يجعل اختصاصه مقصوراً على ذلك، يراجع في هذا المعنى، د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين دراسة مقارنة- مكتبة أوّل - البحرين ٢٠٠٣ ص ٣٨٥.
٣. يراجع في تأكيد ذلك النهج، قرار المحكمة الدستورية البحرينية الصادر في ٢٥/٦/٢٠٠٩، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/١/٠٩) لسنة ٧ ق، وقرارها الصادر في ٢/٧/٢٠١٤، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/١/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق، وقرارها الصادر في ٩/٧/٢٠١٤، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/٢/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق.
٤. ربما يفهم من تعليق بعض الفقه في هذا الصدد غير ذلك، إذ يقرر أنه نظراً لأن الملك يهدف من هذه الإحالة التعرف على مدى دستورية مشروع القانون برمته قبل إصداره، فلا يشترط أن يتضمن الأمر الملكي بالإحالة بياناً للنص المطعون بعدم دستوريته، أو بياناً بالنص الدستوري المدعى بمخالفته أو أوجه مخالفة مشروع القانون للدستور، وإنما يكفي أن يتضمن الأمر الملكي طلب قرار من المحكمة الدستورية بشأن مشروع القانون ومدى اتفاقه أو عدم اتفاقه مع نصوص الدستور، لأن رقابة المحكمة في هذه الحالة تشمل جميع نصوص مشروع القانون، يراجع في هذا المعنى، د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - مرجع سابق ص ٣٨٦.

غيرها من باقي النصوص التي يتضمنها مشروع القانون^(١).

وإن كان مما لا يفوتنا الإشادة به في هذا المقام، أن السلطة المختصة بتحريك الرقابة السابقة في التشريع البحريني، لم تستخدمها إلا في أضيق نطاق، وذلك على الرغم من اتساع الرخصة الممنوحة لتحريكها بمقتضى النص الدستوري، إذ يجوز لها أعمالها كما سبق بيانه- تجاه كافة مشروعات القوانين دون تحديد لنطاق أعمالها، وترك الأمر تقديرياً بيد الملك في إحالة أي مشروع قانون للمحكمة الدستورية لبيان مدى مطابقته للدستور، إلا أنه -على الرغم من ذلك- لم يتم تحريك هذه الرقابة منذ بدء مباشرة المحكمة لمهامها عام ٢٠٠٣، وحتى كتابة هذه السطور عام ٢٠١٧، إلا ثلاث مرات فقط، من بينها مرتان تعلقت الإحالة فيهما بنص مادة وحيدة من ضمن نصوص مشروع القانون، وفي مرة واحدة فقط وكانت هي المرة الأولى لتحريك الرقابة السابقة- اشتملت الإحالة على كامل مشروع القانون^(٢).

■ أما من حيث الأثر المترتب على قرار المحكمة في شأن الإحالة الملكية،

فإنه إذا قررت المحكمة أن مشروع القانون غير مطابق للدستور، فإنه يتمتع على الملك إصداره، أما إذا قررت أنه مطابق للدستور، فإن ذلك يعطي الحق للملك في إصداره، إلا أنه مما يجدر ذكره هنا أن قرار المحكمة بتأكيد مطابقة مشروع القانون لأحكام الدستور، لا ينفي حق الملك في رد القانون إلى مجلسي الشورى والنواب لإعادة النظر فيه^(٣) لأسباب أخرى يقدرها، لا تتعلق بمطابقته للدستور أو عدم مطابقته له^(٤).

■ وإنه على الرغم من أن النصوص المنظمة للرقابة السابقة سواء في الدستور أو

المذكورة التفسيرية أو المرسوم بقانون الخاص بالمحكمة الدستورية، قد أغفلت النص على الإجراء الواجب اتباعه حال صدور قرار المحكمة متضمناً مخالفة نص أو أكثر من مشروع القانون للدستور، إلا أن المنطق القانوني يقتضي القول في هذه الحالة، إن الملك سيقوم بإعادة مشروع القانون مرة أخرى إلى مجلسي الشورى والنواب، لإعمال مقتضى قرار المحكمة، لتصبح أحكامه متفقة وأحكام الدستور، ومن ثم إعادة رفعه للملك مرة أخرى لإصداره.

■ أما من حيث المدة الزمنية الممنوحة للمحكمة الدستورية لبحث مدى

تطابق مشروع القانون المعروض عليها مع أحكام الدستور ومن ثم إصدار قرارها في شأنه خلالها، فقد أغفلت النصوص ذات العلاقة الإشارة إلى تحديدها كذلك، حيث لم يحددها النص الدستوري، ولم يشر إليها كذلك بالمذكرة التفسيرية ولا بقانون المحكمة، إلا أنه لما كانت

١. ولقد أثبت التطبيق العملي لرقابة المحكمة الدستورية في رقابتها السابقة على الإحالات الملكية، صحة القول بجواز تلك الرقابة الجزئية، إذ إن الملك قد أحال أحياناً نص مادة واحدة من نصوص مشروع القانون إلى المحكمة الدستورية، وأصدرت المحكمة بالفعل قرارها في شأن ذلك النص الوحيد، دون غيره من نصوص مشروع القانون، يراجع في هذا الصدد قرار المحكمة الدستورية الصادر في ٢٠١٤/٧/٢، في الإحالة الملكية رقم (ج.م/١/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق، وقرارها الصادر في ٢٠١٤/٧/٩، في الإحالة الملكية رقم (ج.م/٢/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق، وهو ما يعني أن هناك مرة وحيدة تقريباً هي التي تمت فيها الإحالة لكامل مشروع القانون، وهي الإحالة الأولى في تاريخ المحكمة، والصادر فيها قرار المحكمة بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٥، في الإحالة الملكية رقم (ج.م/١/٠٩) لسنة ٧ ق.
٢. يراجع في بيان ذلك، قرار المحكمة الدستورية الصادر في ٢٠١٤/٧/٢، في الإحالة الملكية رقم (ج.م/١/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق، وقرارها الصادر في ٢٠١٤/٧/٩، في الإحالة الملكية رقم (ج.م/٢/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق، وقرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٥، في الإحالة الملكية رقم (ج.م/١/٠٩) لسنة ٧ ق، وفقاً للتفصيل الموضح بالهامش السابق مباشرة.
٣. تنص الفقرة (ب) من المادة ٣٥ من الدستور البحريني على أن "يعتبر القانون مصدقاً عليه، ويصدره الملك إذا مضت ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه من مجلسي الشورى والنواب دون أن يرده إلى المجلسين لإعادة النظر فيه".
٤. يراجع في هذا المعنى ما ورد في المذكرة التفسيرية للدستور تعليلاً على نص المادة ١٠٦ من الدستور.

نصوص الدستور تتكامل أحكامها ولا تتعارض، وكانت الفقرة (ب) من المادة ٢٥ من الدستور تنص على أن "يعتبر القانون مصدقاً عليه، ويصدره الملك إذا مضت ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه من مجلسي الشورى والنواب دون أن يرده إلى المجلسين لإعادة النظر فيه"، فإن أعمال ذلك النص الدستوري، يقتضي القول بوجوب أن تتم الإحالة إلى المحكمة، وأن تقوم المحكمة كذلك بإصدار قرارها في شأن تلك الإحالة ومن ثم رفع تقريرها إلى الملك، خلال مدة الستة أشهر المنصوص عليها بالمادة ٢٥ من الدستور، ليقوم الملك كذلك بإصدار القانون أو رده إلى مجلسي الشورى والنواب خلال تلك المدة الدستورية.

وعموماً، فإنه بتتبع المرات التي تمت فيها الإحالة إلى المحكمة الدستورية البحرينية، يتبين أن المدة التي استغرقتها المحكمة لإصدار قرارها في شأنها، تراوح بين أسبوع^(١)، وأسبوعين^(٢)، وقرابة الشهرين^(٣)، كما تجدر الإشارة إلى أن تلك المرة التي استغرقت فيها المحكمة قرابة الشهرين لإصدار قرارها، كانت هي المرة الأولى لممارسة المحكمة لاختصاصها بتلك الرقابة السابقة.

■ **وأخيراً، فإن القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية في شأن الرقابة السابقة،** تتمتع بحجية مطلقة، تجاه جميع سلطات الدولة والكافة، وهو ما قرره الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦ من الدستور بنصها على أنه "وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة وللکافة"، بما يعنيه ذلك من أنه:

■ إن صدر قرارها متضمناً عدم دستورية مشروع القانون كله أو نص من نصوصه، فإنه لا يجوز بأي حال إصدار تلك النصوص التي قررت المحكمة عدم دستورتها قبل قيام السلطة التشريعية بتعديلها، بما يطهرها من تلك المخالفات الدستورية التي انطوى عليها قرار المحكمة الدستورية في شأنها، بما يعنيه ذلك أيضاً من أن قرار المحكمة ملزم للملك بعدم إصدار النص المخالف للدستور، كما أنه ملزم كذلك للسلطة التشريعية بمجلسيها - الشورى والنواب - للنزول على قرار المحكمة ووجوب أعمال مقتضاه.

■ أما في حالة صدور قرار المحكمة مقررًا دستورية نصوص مشروع القانون، فإن هذه النصوص التي قررت المحكمة دستورتها، لا يجوز إخضاعها - حال إصدارها - للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وهو ما أكدت عليه المذكرة التفسيرية بما أورده في هذا الصدد تعليقاً على الفقرة الأخيرة من نص المادة ١٠٦ من الدستور والمتعلقة بالرقابة السابقة، إذ أوردت ما نصه "وقد حرص النص على أن يوضح أن التقرير الصادر من المحكمة في هذه الحالة، ملزم لجميع سلطات الدولة وللکافة، ليمنع بذلك إعادة الطعن في القانون بعد صدوره لسابقة الفصل في ذلك".

المطلب الثالث

موقف الفقه الدستوري من تقرير الرقابة السابقة

ربما تجدر الإشارة ابتداءً إلى أن مبدأ تقرير الرقابة السابقة على الدستورية عموماً -ومن حيث المبدأ- هو أمر محل خلاف في الفقه الدستوري بين مؤيدين ومعارضين، وأن لكل فريق منهما حججه ومنطقاته تأييداً ورفضاً.

إلا أنه يمكن القول إجمالاً - إن الرقابة السابقة على الدستورية في عمومها، تكمن مزاياها في أمرين أساسيين، **أولهما**، في كونها رقابة وقائية، تهدف إلى تطهير مشروع القانون من مثالبه

١. يراجع قرارها الصادر في ٢٠١٤/٧/٢، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/١/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق.

٢. يراجع قرارها الصادر في ٢٠١٤/٧/٩، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/٢/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق.

٣. يراجع قرارها الصادر في ٢٠٠٩/٦/٢٥، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/١/٠٩) لسنة ٧ ق.

قبل بدء تطبيقه، بما يفترض معه أن يصدر القانون خلواً من أوجه مخالفة الدستور، الشكلية منها أو الموضوعية، بما يعنيه ذلك من تحقيق الحماية الدستورية الواجبة للجوانب المختلفة للحقوق محل هذا التنظيم التشريعي، كاملة غير منقوصة، ومن أول يوم لبدء تطبيق النص ونفاذه، وذلك إعمالاً لقاعدة مؤداها أن الوقاية خير من العلاج.

أما **ثانيهما**، فيتمثل في كونها تحافظ على الأمن القانوني^(١) للمخاطبين بالنص التشريعي، من خلال الحفاظ على المراكز القانونية التي تنشؤها النصوص التشريعية، فلا تكون تلك المراكز عرضة لاهتزازها أو خلقتها حال القضاء - لاحقاً - بعدم دستورتيتها، بما يعنيه ذلك من "تفاديها للنتائج السلبية التي تترتب على الأخذ بأسلوب الرقابة اللاحقة على الدستورية، والتي تتمثل في الصعوبات والمشكلات التي تثور بصدد تسوية الآثار التي تترتب على تطبيق النص القانوني الذي يقضى بعدم دستوريته بأثر رجعي"^(٢).

وعلى الجانب الآخر، فإن الرقابة السابقة يؤخذ عليها مأخذان، **أولهما**، أن الرقابة السابقة رقابة نظرية مجردة، منفصلة عن الواقع التطبيقي للنص التشريعي، بما يصعب معه الجزم بمدى مخالفته أو اتفاقه مع أحكام الدستور على سبيل القطع واليقين^(٣)، **وثانيهما** وهو مبني على سابقة - أن الرقابة السابقة تحجب الرقابة اللاحقة وتمنعها، ومن ثم تحصن النصوص محلها ضد الطعن عليها وإعادة فحصها، حتى وإن بانَت مثالبها ومخالفاتها للدستور لاحقاً بعد

١. يراجع في بيان مفهوم الأمن القانوني وصوره وتطبيقات رقابة المحكمة الدستورية المصرية على مدى حمايته، د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح - رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق ص ٢٣٨ وما بعدها، ويراجع بخاصة ما يتعلق بالأمن القانوني وضوابط عدم المساس بالمراكز القانونية، ذات المرجع ص ٢٨٥ وما بعدها.

٢. في هذا المعنى، د. يسري محمد العصار - موازنة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية - بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية - العدد ٨ - السنة ٣ - أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٢٩، كما يراجع للمزيد حول رأي الفقه المؤيد لتقرير الرقابة السابقة عموماً وبيان حججهم في هذا الصدد، د. أحمد فتحي سرور - الرقابة الدستورية على القوانين - مجلة هيئة قضايا الدولة - السنة ٣٤ - العدد الأول - مارس ١٩٩٩ ص ٣ وما بعدها، ود. عبد العظيم عبد السلام - الرقابة القضائية على دستورية القوانين - بحث مقدم إلى مؤتمر "مستقبل دور المحكمة الدستورية العليا في مصر" - المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة - والمنعقد بمدينة القاهرة من ٣٠ يونيو - ١ يوليو ١٩٩٨ ص ١٤، ود. فوزية عبد الستار - حوار منشور بمجلة المصور في ١٦/٢/١٩٩٦، ود. إبراهيم علي صالح - المحكمة الدستورية بين الإبقاء والإلغاء - مجلة المصور في ٢٩/٣/١٩٩٦، ود. عماد النجار - الاستقرار القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا - مقال بجريدة الأهرام في ٢٥/٩/١٩٩٨، ومشار إلى ما سبق لدا د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق ص ٥٦٣-٥٦٧، ويراجع أيضاً في ذات الاتجاه، د. محمد عبد اللطيف - رقابة الدستورية السابقة والدستور المصري (٢)، منشور بجريدة الأهرام في ١٩/٧/٢٠٠٥.

٣. وفي معرض تأييده للرقابة اللاحقة وانتقاده للسابقة، يقرر بعض الفقه أن الدستور بنتنيه للرقابة اللاحقة على الدستورية، يكون قد انحاز لأكثر طرق الرقابة على الدستورية حزماً، ومن ثم ينتقد موقف المؤيدين للرقابة السابقة، مدافعاً في ذات الوقت عن الرقابة اللاحقة بقوله، "وتلك هي الرقابة اللاحقة التي حاول البعض وأدما من خلال تفصيلهم للرقابة السابقة عليها، تقديرًا بأنها تتناول كل مشروع قانون أو لائحة، قبل إصداره، مما يؤكد طبيعتها الوقائية، وهم بذلك يصورون الأمور على غير حقيقتها، ولا يردونها إلى صحتها، غافلين عن أن النصوص القانونية، لا تظهر مثالبها إلا بعد تطبيقها، فلا تكون مراجعتها تصورًا نظريًا، بل عملاً واقعياً، وعلى نقيضها تظهر الرقابة السابقة التي لا تتناول النصوص القانونية من خلال أوضاع تطبيقها، وإنما تمحصها بعيداً عن آثارها العملية، فلا يكون نظرها إليها محيطاً بجوانبها، بل عملاً أكاديمياً لا يراجعها مجهرياً، وإنما عبر غرفة اشدت ظلامها، وخلال فترة زمنية قصيرة، مما يحيلها عبثاً على الشرعية الدستورية"، د. عوض المر - في تقديمه للجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا - المجموعة الرسمية - إصدار المكتب الفني للمحكمة الدستورية، ص ١١.

تطبيقها وتمحيصها عملاً وواقعاً^(١).

موقف الفقه الدستوري المصري من تقرير الرقابة السابقة عام ٢٠٠٥:

سبق القول إن المشرع المصري لم يتبن الرقابة السابقة على الدستورية إلا بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، عام ٢٠٠٥، إذ تم بمقتضى هذا التعديل تقرير الرقابة السابقة في شأن القانون المنظم للانتخابات الرئاسية، بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن تقرير تلك الرقابة -آنذاك- كان مثار خلاف في الفقه الدستوري، بين مؤيد لها، ورافض لتقريرها.

الفقه المؤيد لتقرير الرقابة السابقة بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١:

لقد أعلن الفقه المؤيد للرقابة السابقة صراحة العلة من وراء تقريرها على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ عند تعديلها عام ٢٠٠٥، بأن ذلك كان بهدف "تحقيق الاستقرار وعدم تعرض الانتخابات الرئاسية للهزات فيما لو حكم

١. وفي معرض رفضه للرقابة السابقة ورد على حجج المؤيدين لها، يقول أحد أبرز رؤساء المحكمة الدستورية المصرية: لا يزال بعض الفقهاء في مصر يروجون للرقابة القضائية التي يتعلق مناطها بالقوانين قبل تطبيقها، ويتصورونها طوق نجاة يرد عن القوانين بعد سريانها ما قد يظهره العمل من مثالبها، فضلاً عن أن القوانين التي تطهرها هذه الرقابة من عيوبها - والفرص فيها أنها قوانين لم تصدر بعد- تصبح بعد تقرير دستورتها نقية لا شائبة فيها، فلا تختل بعد العمل بها المراكز القانونية التي مستها، ومن ثم تكون هذه الرقابة وقائية بطبيعتها، لأنها تحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور، وتكفل استقرار المراكز القانونية التي تنشئها هذه القوانين أو تعديلها، بيد أن لهذه الرقابة عيوبها التي تتصل بأوضاع تطبيقها، ومثالبها الكامنة في طبيعتها، د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مرجع سابق ص ٦١٦، ذلك أن الرقابة السابقة تواجه النصوص القانونية المطعون عليها في تصوراتها المجردة، ولا شأن لتقييمها بالأوضاع العملية المترتبة على تطبيقها، وكأنها بذلك رقابة في غرفة مغلقة، لا يصلها ضوء الخبرة العملية الناجمة عن الآثار التي أحدثتها هذه النصوص في مجال تطبيقها، ومن ثم تتعزل النصوص المطعون عليها في مجال تقييم صحتها أو بطلانها، عن واقعها، منظوراً في تقديره إلى الأوضاع التي عايشتها، فلا يتم الفصل في دستورتها وفق ما أظهره العمل من مثالبها، وإنما من خلال افتراض أو تصور ما قد ينجم عن تطبيقها من آثار، ولا شبهة في عمق الفروق بين ما هو قائم، وما هو مفترض، ذلك أن ما هو قائم هو الحقيقة الواقعة، وما يفترض من آثار ترتبها النصوص المطعون عليها، ليس إلا تصوراً نظرياً، كذلك تؤول الرقابة السابقة على القوانين قبل إصدارها إما إلى تقرير صحتها أو إلى إبطالها، فإذا قرر قضاة الشرعية الدستورية براءتها من العيوب الدستورية، لزمها هذه البراءة ولو قام الدليل بعد تطبيق هذه القوانين عملاً على خطورة الآثار التي أحدثتها في العلائق القانونية التي أنشأتها أو عدلتها، فلا تكون الرقابة على الشرعية الدستورية غير رقابة قاصرة، لا تظهر فيها حقائق النصوص القانونية المطعون عليها من جهة تطبيقاتها اليومية، لتناقض نتائجها واقع الحياة التي تعيشها هذه النصوص وتتفاعل معها، فلا يكون لها من شأن مثالبها الواقعية، فضلاً عما تقدم، فإن خطورة الرقابة على القوانين قبل إصدارها، مردها أن العوامل التي تحركها سياسية في طبيعتها، ويراد بها أن يحل هذا النوع من الرقابة محل المراجعة القضائية للقوانين بعد العمل بها، وهي أكثر فعالية وأكفل لصون الحقوق المنصوص عليها في الدستور، ولا يتصور كذلك أن تقوم هاتان الرقابتان إلى جوار بعضهما البعض، ذلك أن الرقابة السابقة -التي لا يحركها الأفراد، وإنما تستنهضها الطبقة السياسية التي عينها الدستور- تفصل بصفة نهائية في دستورية القوانين المحالة إليها، سواء بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور، ولا يجوز بعد هذا الفصل مراجعتها من جديد على ضوء أوضاع تطبيقها والآثار العملية التي أحدثتها، ومن ثم تتأكل المراجعة اللاحقة وتضيق دائرة النفاذ إليها، وعلى الأخص كلما كان عدد القوانين التي تعرض في إطار الرقابة السابقة للفصل في دستورتها هو الأكبر، د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مرجع سابق ص ٦١٨-٦١٩، ويراجع سيادته أيضاً في ذات المعنى، ص ٥٤٣-٥٤٤ من ذات المرجع.

بعدم دستورية هذا القانون بعد إجراء الانتخابات^(١)، ومن ثم هدفت تلك الرقابة إلى "تصفية المنازعات حول مركز رئيس الدولة، وطريقة انتخابه بطريقة حاسمة، وفي وقت مبكر، وعدم تعرض هذا المركز السامي والخطير للاهتزازات التي قد تحدثها الرقابة اللاحقة"^(٢).

ذلك أن "الرقابة الدستورية السابقة إذ تحقق الأمن القانوني، فإنها تحمي قيمة دستورية، هي استقرار المراكز القانونية، ولا محل للقول بأن التطبيق العملي للتشريع هو الذي يوضح عيوبه ومساوئه ومعناه عند إعمال الرقابة الدستورية، -مع تأكيد هذا الرأي في ذات الوقت- على أنه لا بد من أن يقتصر مجال إعمال الرقابة السابقة على نوع معين من التشريعات التي يترتب على القضاء بعدم دستورتها اهتزاز المراكز القانونية على نحو خطير، ومتى بوشرت الرقابة السابقة استقرت دستورية التشريع، وانغلق باب الرقابة اللاحقة عليه"^(٣).

وهو ما يؤكد عليه أيضاً أحد أفراد هذا الفريق المؤيد لتلك الرقابة في الفقه، بما يقرره من أن تقرير الرقابة السابقة آنذاك، كان يستهدف الحد من دور المحكمة الدستورية فيما يصدر عنها من بعض الأحكام التي ترتب عليها اهتزاز كثير من الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، إذ يرى أن "تقرير الرقابة السابقة على دستورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية كأثر من آثار تعديل المادة ٧٦، يندرج ضمن سلسلة المحاولات التي استهدفت الحد من دور المحكمة الدستورية العليا بعد أن تزايد نشاطها بصورة ملحوظة، من خلال إصدارها لبعض الأحكام التي أحدثت دويًا هائلًا واهتزت من جرائها كثير من الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، الأمر الذي خلق حالة من التوتر في علاقتها بالسلطة التشريعية، بعد أن قضت المحكمة بعدم دستورية العديد من التشريعات، وأثار مخاوف المشرع من مغالاة المحكمة في بسط رقابتها على ما يتمتع به البرلمان من سلطات مطلقة في مجال التشريع، - من ثم يخلص هذا الرأي إلى أنه من هنا، كان تقرير الرقابة السابقة، بهدف تحقيق نوع من الاستقرار السياسي والدستوري للبلاد، بخلاف الحال بالنسبة للرقابة اللاحقة التي قد تهدد الأمن القانوني، ذلك لأن الحكم بعدم دستورية تشريع اعتاد الناس على تطبيقه عشرات السنين، من شأنه الإخلال بالأمن القانوني، الذي يُعنى به استقرار القانون واستقرار المفاهيم القانونية التي يعتمد عليها المجتمع اعتمادًا كليًا، إذ لو فوجئ الناس بأن هذه المفاهيم القانونية خاطئة، حدثت حالة من عدم الاستقرار القانوني، وبخاصة أن هناك وجهة نظر ثابتة جديرة بالاحترام، تقول إن علو معنى القانون، قيمة في ذاتها، ولا يجوز التضحية بها"^(٤).

١. د. أحمد فتحي سرور -الرقابة القضائية على دستورية القوانين : لاحقة أم سابقة ؟ - مرجع سابق ص ١١، إذ يقرر -وقد كان رئيساً لمجلس الشعب في هذا التوقيت- "أن فكرة تبني الرقابة السابقة على قانون الانتخابات الرئاسية، قد نبئت لدى لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية عند دراستها لطلب تعديل المادة ٧٦ من الدستور، فقد اقترح الدكتور محمد عبد اللطيف أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة المنصورة- في إحدى جلسات الاستماع التي قامت بها اللجنة لأساتذة القانون الدستوري بالجامعات المصرية- الأخذ بالرقابة الدستورية السابقة بالنسبة إلى قانون الانتخابات الرئاسية، لتحقيق الاستقرار وعدم تعرض الانتخابات الرئاسية للهزات فيما لو حكم بعدم دستورية هذا القانون بعد إجراء الانتخابات، وقد أخذت اللجنة بهذا الاقتراح، وأقرها مجلس الشعب على ذلك".
٢. د. عبد العزيز سالم - دور محكمة الموضوع في رقابة الدستورية "إطلالة عامة" - بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية- العدد ٨- السنة ٣- أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٥٢.
٣. في هذا المعنى، د. أحمد فتحي سرور -الرقابة القضائية على دستورية القوانين : لاحقة أم سابقة؟ - مرجع سابق ص ١٢.
٤. يراجع في هذا المعنى، د. ثروت عبد العال أحمد- أثر تعديل المادة ٧٦ من الدستور على نظام الرقابة على دستورية القوانين- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية ٢٠٠٥، مشار إليه لدا د. محمد ماهر أبو العينين- الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية في مصر- الجزء الثاني- دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٥٦٢-٥٦٣.

مآخذ الفقه على تقرير الرقابة السابقة بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١:

لقد كان تقرير الرقابة السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من الدستور المصري لعام ١٩٧١، محل تحفظ بل وانتقاد من غالبية الفقه الدستوري، وهو ما يعبر عنه بعض الفقه صراحة بقوله "نحن ضد هذه الرقابة السابقة التي أنشأتها هذه المادة للمحكمة الدستورية العليا بصورة استثنائية، لأنها تتعارض مع طبيعة رقابة الدستورية التي تمارسها هذه المحكمة التي هي رقابة لاحقة بعد إصدار القانون ونشره، ودخوله حيز التنفيذ"^(١)، ذلك أن "الرقابة الدستورية السابقة، تنصب على نصوص مجردة لم تدخل حيز التنفيذ العملي بعد، ومن ثم لا يكون من اليسير إدراك أبعاد النص أو تلمس كافة الآثار المنتظر ترتيبها عليه، أو تحديد سائر الأوضاع التي يتعين أن تنطبق عليها القاعدة المجردة منفصلة عن سياقها الموضوعي، بما يعنيه ذلك من تفسير جهة الرقابة للنصوص المعروضة عليها في الرقابة السابقة على افتراضات وتطبيقات نظرية"^(٢).

كما أبدى بعض الفقه تخوفه من أن يكون تقرير الرقابة السابقة تجاه "هذه الحالة الاستثنائية لهذا القانون بالذات، والخاص بالقانون المنظم لانتخابات الرئاسة، يُخشى أن تكون نموذجاً وبداية تقبل التعميم والامتداد مستقبلاً على مشروعات قوانين أخرى قد ترى حكومة معينة، الحاجة لتحسينها من الرقابة اللاحقة، فتسعى للبرلمان لاستصدار قانون يُنشئ لها نوعاً جديداً من الرقابة السابقة، وخطورة هذا الوضع، أن هذا القانون وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا قراراً بدستورية نصوصه أو بعضها، سيستحيل عليها لاحقاً أن تتصدى لمسألة دستوريته أو عدمها بالرقابة الأصلية اللاحقة، في حين أن هذا القرار بالدستورية المسبقة، قد تتضح عدم صحة أساسه الدستوري، عمّا لو كانت الرقابة لاحقة، بما تتميز به من عمق في التحليل والدراسة، على النحو الذي يكشف عنه تطبيق القانون في الحياة الواقعية"^(٣).

بل إنه "سواء تم التوسع في إخضاع مشاريع قوانين عديدة لتلك الرقابة السابقة، بما يعينه ذلك حرمان الأفراد من الطعن على الدستورية على الكثير من القوانين، ومن ثم انتقاصاً لحق التقاضي، أو حتى حال قصرها على بعض مشاريع القوانين الهامة، بما يعنيه ذلك أيضاً من التخوف من انتقائية بعض النصوص التي تمس حقوق الأفراد وحررياتهم بصورة بالغة، وتحسينها من الطعن بعدم الدستورية، وذلك فضلاً عن صعوبة وجود معيار يتم على أساسه اختيار مشاريع قوانين بعينها وإخضاعها للرقابة السابقة دون غيرها، وهو ما يعني تحكم بعض الجهات أو الهيئات السياسية في اختيار نوعية وطبيعة نصوص بعينها وإخضاعها للرقابة

١. في هذا المعنى، د. محمد رفعت عبد الوهاب- مدخل إلى الإصلاح الدستوري: ملاحظات على تعديل المادة ٧٦ -الرقابة السابقة على قانون الانتخابات الرئاسية- بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية- العدد ٨- السنة ٣- أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٢٢.

٢. في هذا المعنى، د. عاطف البنا- الرقابة السابقة على دستورية القوانين هل تتفق مع نظامنا الدستوري والقانوني والقضائي؟ - بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية- العدد ٨- السنة ٣- أكتوبر ٢٠٠٥ ص ١٦.

٣. د. محمد رفعت عبد الوهاب- مدخل إلى الإصلاح الدستوري: ملاحظات على تعديل المادة ٧٦ -الرقابة السابقة على قانون الانتخابات الرئاسية- بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية- العدد ٨- السنة ٣- أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٢٣، وأنه ربما من المفيد ذكره، أن هذا العدد المشار إليه من مجلة الدستورية، كانت مخصصة لجميع الأبحاث التي تضمنها، للحديث عن تعديل المادة ٧٦ من الدستور عام ٢٠٠٥ وفي القلب منها ما تضمنته من تقرير الرقابة السابقة على دستورية القوانين.

عليها، ومن ثم تحصينها ضد الرقابة الدستورية اللاحقة^(١).

وأخيراً، يرى بعض الفقه الدستوري في هذا الصدد، أن تبني المشرع الدستوري للرقابة السابقة في المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، "كان بمثابة انتقاص من دور المحكمة الدستورية العليا، والتأثير على أدائها لدورها"^(٢)، وذلك فضلاً عن إضافة التعديل الدستوري للرقابة السابقة بجانب الرقابة اللاحقة على الدستورية، "يعد نوعاً من أنواع فقدان التجانس بين النصوص الدستورية وبعضها البعض"^(٣)، وأن قصارى القول، إن الرقابة السابقة، تفتقر في مصر إلى أرضية مهياة جيداً لاستقبالها، وأن تعديل المادة ٧٦ من الدستور والقاضي بإعمالها في خصوص مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، كباقي محاولات تنظيم القضاء الدستوري، حلقة في سلسلة سياسية مستمرة، تحمل على التحفظ، أكثر ما تدعو إلى القبول^(٤).

رأي بعض الفقه في تقرير الرقابة السابقة في النظام القانوني البحريني:

أما فيما يتعلق بتقرير الرقابة السابقة في التشريع البحريني، فإن بعض الفقه- وفي معرض تعليقه على ما ورد بالمادة ١٠٦ من الدستور في شأن تنظيم تلك الرقابة- يقرر أنه "ولا شك أن هذا التنظيم الذي أخذ به الدستور في المادة ١٠٦ وفصله قانون المحكمة الدستورية في المادتين ١٧ و ١٨ لاختصاص المحكمة الدستورية، والذي جمع فيه بين أسلوب الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة، أكثر فائدة، لأنه يتلافى عيوب كل منهما منفرداً، ويحقق مزايا الأسلوبين مجتمعين، فرفع الأمر من الملك إلى المحكمة لتقرير ما إذا كان القانون المراد إصداره دستورياً أو غير دستوري، يمثل حرصاً على أن تصدر القوانين منذ البداية مطابقة للدستور، بحيث لا تعرض المملكة لمخاطر القوانين غير الدستورية، والتي يمكن أن تظل مطبقة إلى أن ينتبه إليها البعض، فيدفع بعدم دستورتها بعد فترة طويلة من الزمن، مما يؤدي إلى إهدار مصالح الأفراد، فهذه الرقابة تمنع المخالفة الدستورية قبل وقوعها، مما يحقق الاستقرار ويحمي الأوضاع القانونية التي تنشأ في ظل القوانين التي تصدر، ويتفادى مفاجآت التطبيق العملي، التي قد تصيب قوانين أساسية تمس الحقوق السياسية للمواطنين"^(٥).

١. يراجع لمزيد من البيان حول أوجه تلك المآخذ الموضحة بعالية، د. عاطف البنا- الرقابة السابقة على دستورية القوانين هل تتفق مع نظامنا الدستوري والقانوني والقضائي؟ - مرجع سابق ص ١٣-١٧.
٢. في هذا المعنى، د. فتحي فكري - الرقابة السابقة: سياسة متصلة -تساؤلات مثارة- إشكالية محتملة- بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية- العدد ٨- السنة ٣- أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٣٤، ويراجع في ذات المعنى أيضاً، د. عوض المر- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مرجع سابق ص ٦٢٠.
٣. في هذا المعنى، د. فتحي فكري - الرقابة السابقة: سياسة متصلة -تساؤلات مثارة- إشكالية محتملة- مرجع سابق- ص ٣٦.
٤. د. فتحي فكري - ذات المرجع السابق- ص ٣٨، كما يراجع سيادته تفصيلاً في نقد موقف المشرع المصري عموماً من تبنيه للرقابة السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ عام ٢٠٠٥، وتقنيدي حجج المؤيدين لها، ذات المرجع السابق ص ٣٦-٤٠، وكذلك المراجع المشار إليها لديه.
٥. د. رمزي الشاعر- القضاء الدستوري في مملكة البحرين- مرجع سابق، ص ٣٥٢-٣٥٣.

رأينا في تقرير الرقابة الدستورية السابقة:

في الواقع أننا نميل إلى رأي الأكثرية من الفقه التي تتحفظ على تقرير الرقابة السابقة على الدستورية، كما نميل أيضاً إلى وجوب التضييق من نطاق إعمالها إلى أقصى مدى حال تبني تقريرها، كما في الوقت ذاته ربما يكون الرأي المؤيد لها تأسيساً على كونها رقابة وقائية، هو قول في تقديرنا- محل نظر على المستوى الفعلي، ذلك أن الرقابة السابقة ومهما كانت دقتها وتأييدها- فإنها لا تسبر أغوار النصوص ولا تستشرف مآلاتها العملية بصورة قاطعة، ومن ثم عدم القدرة على الوقوف على مآخذها التطبيقية لا النظرية أو الافتراضية، وهو ما يعني على المدى المستقبلي، إمكانية استمرار العمل بنصوص قانون محصن ضد الرقابة اللاحقة، مع كونه معيماً دستورياً، ذلك أن تلك العيوب لم تظهر إلا "بعد أن خبره التطبيق، وأظهر العمل به صوراً من العوار فيه كانت خافية قبل العمل به، من خلال استجلاء آثاره على صعيد تطبيقاتها العملية، وبأن للكافة من ثم- نطاق مزاياه، أو قدر الأضرار التي ألحقها بالمخاطبين به، ذلك أن القانون الواحد إذ تظهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم من خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان"⁽¹⁾.

ومن ثم ينتج عن تلك الإشكالية، أن يصبح النص واجب التطبيق مع ما به من مخالفات دستورية لا يمكن تصحيحها إلا من خلال تعديله تشريعياً، وهو أمر يصبح في هذه الحالة بيد البرلمان وحده دون معقب عليه يلزمه بإجراء ذلك التعديل، ومن ثم تبقى هذه الإشكالية قائمة، خاصة وإن كان البرلمان ضعيفاً أو تسيطر عليه أغلبية تنتمي حزبياً إلى السلطة التنفيذية، فإنه ربما لا تتدخل تلك البرلمانات لتعديل تلك النصوص بما يتفادى تلك المآخذ الدستورية التي استظهرها تطبيقها العملي، ومن ثم قد تستمر هذه الإشكالية فترة من الزمن تطول أو تقصر، بما يترتب على ذلك من ضياع لحقوق الأفراد، وانتهاك لنصوص الدستور بصورة مُقنَّة، نتيجة لاحتماء تلك النصوص بحجية أضفتها عليها الرقابة الدستورية السابقة.

إلا أنه مع ذلك، يبقى للرأي المؤيد للرقابة السابقة وجاهته فيما يقول به من أن تلك الرقابة تحافظ على الأمن القانوني الواجب تحقيقه للمؤسسات أو الأفراد المخاطبين بالنصوص الخاضعة لتلك الرقابة، وخاصة تلك المتعلقة ببناء المؤسسات الرئيسية للدولة، كتلك المتعلقة

١ . تراجع حول هذا المعنى، د. عوض المر- الرقابة على دستورية القوانين في ملاحها الرئيسية - مرجع سابق ص ٥٣٩-٥٤٤، كما يؤكد بعض الفقه على ذات المعنى بقوله إن "أغلبية الفقه المصري لم تؤيد الأخذ بأسلوب الرقابة السابقة على الدستورية، نظراً لأن مدى اتفاق نصوص القوانين مع الدستور لا يتضح إلا من خلال تطبيقها على الحالات الفردية في الواقع العملي، ومن جانبنا فإننا نؤيد الاتجاه الذي تبنته أغلبية الفقه، ونضيف إلى حججهم حجتين أخريين، الأولى هي أن التجربة الفرنسية في الرقابة السابقة على الدستورية بواسطة المجلس الدستوري، وليدة الظروف التاريخية التي مرت بها فرنسا، كما أن هذا الأسلوب من أساليب الرقابة على دستورية القوانين، ليست محل اتفاق في فرنسا، بل يوجد تيار واسع من رجال السياسة وفقهاء القانون، يدعو إلى تبني أسلوب الرقابة اللاحقة على الدستورية"، تراجع د. يسري محمد العصار - موازنة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية- بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية- العدد ٨- السنة ٣- أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٢٥-٢٦، كما تراجع حول بيان الحجتين الأخريين المشار إليهما، ذات المصدر ص ٢٦-٣٢، كما تراجع أيضاً في بيان التعديلات التي أجريت على الدستور الفرنسي عام ٢٠٠٨ لتقرير اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة الدستورية اللاحقة بجانب اختصاصه بالرقابة السابقة على الدستورية، د. يسري العصار - الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨- بحث بمجلة الدستورية المصرية- العدد ١٦- السنة ٧ - أكتوبر ٢٠٠٩، ص ٣٥ وما بعدها، كما تراجع أيضاً في ذات الصدد د. صلاح الدين فوزي محمد- الأفراد والدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الفرنسي - بحث بمجلة الدستورية المصرية- العدد ٢٥- السنة ١٢- إبريل ٢٠١٤، وتراجع كذلك د. محمد محمد عبد اللطيف- رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا- بحث بمجلة الدستورية المصرية العدد ١٦ - سابق الإشارة إليه، ص ١٧ وما بعدها.

بتشكيل المجالس النيابية أو الانتخابات الرئاسية.

ولعله يمكن اقتراح حلول للتغلب على تلك الإشكالية، منها، إخضاع مشاريع تلك التشريعات ذات العلاقة بتشكيل أو انتخاب تلك المؤسسات، لرقابة خاصة من قبل مجلس الدولة، من خلال النص على إنشاء دائرة خاصة لمراجعتها، على غرار قسم الفتوى بالمجلس، على أن تضم أقدم مستشاريه، ويمكن أن يشترط أغلبية خاصة لإصدار تلك الدائرة لقرارتها في شأن مراجعة مشروعات تلك القوانين وما تنطويه من مخالفات، مع النص على أن يكون تقريرها ملزماً للبرلمان، ومن ثم نكون قد تجنبنا -قدر المستطاع- المخالفات الدستورية التي يمكن أن تلحق بتلك التشريعات، وفي ذات الوقت لم نُحلّ بين تلك التشريعات وإخضاعها للرقابة على الدستورية حال ظهور مطالب بيّنتها الممارسة العملية، مع إمكانية النص في هذه الحالة، على أن يبدأ أثر إعمال حكم المحكمة الدستورية في شأن عدم دستورتها، من تاريخ انتهاء المدة المحددة لبقاء تلك المؤسسات، على اعتبار أن تلك النصوص قد بُدلت أقصى عناية مسبقاً لإصدارها خلواً من مخالفة الدستور، وأن تلك المخالفات التي استجدت، لم يكن بالوسع -حقيقة ونتيجة تلك المراجعة الجادة- تجنبها، ومن ثم نكون قد حققنا موازنة بين الحفاظ على استقرار تلك المؤسسات، وبين العمل الفعلي على قيامها ابتداءً متفقة وأحكام الدستور، قدر المستطاع.

المبحث الثالث

موقف القضاء الدستوري المصري والبحريني تجاه حجية قرارات الرقابة السابقة

لقد أرسى القضاء الدستوري في كل من مصر والبحرين، عدداً من الضوابط المتشابهة تقريباً تجاه الرقابة السابقة على الدستورية، حال ممارسته للرقابة على مشاريع القوانين محلها.

فالمحكمة الدستورية المصرية وفي المرات القليلة التي بسطت فيها رقابتها السابقة على الدستورية^(١) -قررت بعضاً من الضوابط الحاكمة لممارستها لهذه الرقابة، وقامت بتريدها تقريباً في كافة قراراتها الصادرة في هذا الشأن^(٢)، إذ قررت دوماً أنه يخرج عن نطاق هذه الرقابة ما يلي:

- ١- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع .
- ٢- النظر في أي تناقض بين نصوص مشروع القانون بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخرى، ما لم يرق هذا التناقض إلى مخالفة دستورية.
- ٣- تقرير مدى ملائمة بعض الأحكام التي حواها المشروع باعتبار أن ذلك الأمر يدخل في

١ . تم تحريك الرقابة السابقة طوال مدة العمل بها منذ عام ٢٠٠٥ وحتى العدول عنها بمقتضى دستور ٢٠١٤، ست مرات فقط، وأصدرت فيها المحكمة قراراتها التالية: قرارها في ٢٦/٦/٢٠٠٥، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ١٧/١/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ٤/٣/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ٢١/٤/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ١٦/٥/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ١٧/٢/٢٠١٣.

٢ . يراجع في هذا الصدد قرار المحكمة الدستورية العليا في ٢٦/٦/٢٠٠٥، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ١٧/١/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ٤/٣/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ٢١/٤/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ١٦/٥/٢٠١٢، رقابة دستورية سابقة، وقرارها في ١٧/٢/٢٠١٣.

نطاق السلطة التقديرية للمشرع^(١).

كما أن المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، قد قررت كذلك ذات المبادئ الثلاثة السابق تقريرها من قبل المحكمة الدستورية المصرية، كضوابط لممارستها للرقابة السابقة، بل وبذات ألفاظها وترتيبها تقريباً- عدا عبارة وحيدة، أوردتها المحكمة الدستورية المصرية في كافة قراراتها في شأن الرقابة السابقة، في حين لم يرد ذكرها في الضوابط الموضحة بقرارات المحكمة الدستورية البحرينية في ذات الشأن، في الثلاث مرات التي تعرضت فيها للرقابة السابقة، ألا وهي العبارة الأخيرة من المبدأ رقم (٢)، والتي جرى نصها على أنه "ما لم يرق هذا التناقض إلى مخالفة دستورية"^(٢).

إذا كان ما سبق، إلا أنه تبقى جزئية جوهرية تستحق الوقوف عندها في قضاء المحكمتين المصرية والبحرينية، ألا وهي تلك المتعلقة بحجية القرارات الصادرة عنهما في الرقابة الدستورية السابقة، وما يستتبعه ذلك من إمكانية تعرضها لفحص دستورية ذات النصوص السابق إخضاعها للرقابة السابقة، لرقابة دستورية لاحقة بعد إصدارها، وهو ما سنحاول إلقاء الضوء عليه فيما يلي، على أن نسبقه ببيان موقف الفقه الدستوري في شأن حجية تلك القرارات:

أولاً: بيان موقف الفقه الدستوري من حجية القرارات الصادرة في الرقابة السابقة:

يمكن القول إن الفقه الدستوري، يكاد أن يكون مجمعاً تقريباً على إطلاق حجية القرارات التي تصدر في شأن الرقابة السابقة، بما يعنيه ذلك من أن الرقابة السابقة تحجب الرقابة اللاحقة وتمنعها، بل وسبقت الإشارة إلى بيان أن ذلك الأمر كان سبباً رئيساً من أسباب رفض غالبية الفقه الدستوري لتبني تقرير الرقابة الدستورية السابقة، بل وبوصفها مأخذاً من المآخذ التي توجه إليها.

بل يمكن القول إن أمر حجية تلك القرارات، ربما يكون أمراً متفقاً عليه بين المؤيدين والمعارضين للأخذ بالرقابة السابقة على حد سواء، فهو أحد أبرز الفقهاء المؤيدين للأخذ بالرقابة السابقة، يقرر بمنتهى الوضوح أنه "متى بوشرت الرقابة السابقة، استقرت دستورية التشريع، وانغلق باب الرقابة اللاحقة عليه، فالرقابة السابقة ليست فتوى أو رأياً استشارياً، وإنما هي أعمال للسلطة القضائية للمحكمة الدستورية العليا للبت في دستورية التشريع بقرار له حجية مطلقة"^(٣).

وهو ذات ما يؤكد عليه أيضاً الفقه الرافض أو المتحفظ على تقرير الرقابة السابقة، إذ يؤكد على أن "الرقابة السابقة تستند كل مراجعة قضائية للقوانين محلها، فلا يعاد النظر في دستورتها من جديد بعد العمل بها"^(٤)، ذلك أن "الرقابة اللاحقة في صحيح صورتها- يستحيل

١. تراجع في بيان موقف رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع خاصة ما تعلق منها بالرقابة على الملائمة، د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح- رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع- مرجع سابق ص ٣٨٦ وما بعدها.

٢. تراجع في بيان تلك الضوابط فيما يخص المحكمة الدستورية بالبحرين، قرارها الصادر في ٢٠١٤/٧/٢، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/١/٢٠١٤) لسنة ١٢ ق، وقرارها الصادر في ٢٠١٤/٧/٩، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/١/٢٠١٤/٢) لسنة ١٢ ق، وقرارها الصادر في ٢٠٠٩/٦/٢٥، في الإحالة الملكية رقم (إ.ح.م/١/٠٩) لسنة ٧ ق.

٣. د. أحمد فتحي سرور -الرقابة القضائية على دستورية القوانين : لاحقة أم سابقة ؟ - مرجع سابق ص ١٢.

٤. د. عوض المر - الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مرجع سابق ص ٥٤٣.

مزاوجتها بالرقابة السابقة، ولا أن يعملًا معًا، ذلك أن تماسكهما منفرط، وتعايشهما غير متصور، فالقانون الواحد قد تظهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم من خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان^(١)، ذلك أن "القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا في شأن رقابتها السابقة، ملزم للكافة، ولجميع سلطات الدولة، بما فيها المحكمة ذاتها، ومن ثم فلا يمكن أن تقوم الرقابة اللاحقة، جنبًا إلى جنب مع الرقابة السابقة"^(٢).

ثانيًا: موقف المحكمة الدستورية المصرية من حجية قراراتها في الرقابة السابقة:

ولقد أتيح للمحكمة الدستورية المصرية -وفي وقت مبكر من عمر تقرير العمل بالرقابة السابقة- أن تفصح عن موقفها في شأن حجية قراراتها الصادرة في الرقابة السابقة، ومدى جواز إعمال الرقابة الدستورية اللاحقة على نصوص القانون الذي سبق وأن خضع مشروعه لرقابتها السابقة، وذلك بمناسبة الطعن أمامها بعدم دستورية نصوص المواد ٢، ٨، ١١، ١٣، ٢٤، ٢٥، ٤٣ من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية، والذي كان مشروعه قد سبق إخضاعه لرقابتها.

إذ قد ابتدأت المحكمة تناولها لهذا الطعن بتقرير مبدأ مؤداه "أن مباشرة المحاكم على اختلاف أنواعها لاختصاص عقد لها، لا يستقيم مانعًا دونها ومباشرة سائر اختصاصاتها، إذ يتعين النظر إلى كافة الاختصاصات باعتبارها متكاملة لا تتأفر أو تعارض بينها، لما كان ذلك، وكان نص المادة ٧٦ من الدستور بعد تعديلها قد عهد باختصاص الرقابة السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية للمحكمة الدستورية العليا بالإضافة لاختصاصها المنفرد والأصيل بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المنصوص عليه في المادة ١٧٥ من الدستور، ومن ثم فإن مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع القانون سالف البيان "وإبداء الرأي" بشأنه، لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون"^(٣).

١. د. عوض المر- المرجع السابق ص ٥٣٩-٥٤٠، وهو ذات ما يؤكد عليه سيادته أيضًا في مواضع متعددة بذات المرجع، منها على سبيل المثال ص ٥٤٤، وكذلك ص ٦١٦-٦١٩.

٢. د. عبد العزيز سالم- دور محكمة الموضوع في رقابة الدستورية "إطلالة عامة" - بحث بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية- العدد ٨- السنة ٣- أكتوبر ٢٠٠٥ ص ٥٢، كما يراجع في ذات الاتجاه أيضًا، د. عاطف البنا - الرقابة السابقة على دستورية القوانين هل تتفق مع نظامنا الدستوري والقانوني والقضائي؟ مرجع سابق ص ١٤، وهو ذات ما يؤكد عليه سيادته ص ١٥ من ذات البحث في معرض إبداء تخوفه "من اللجوء للرقابة السابقة لتحسين قوانين هامة من الطعن عليها لاحقًا بعدم الدستورية وحجب اختصاص المحكمة بالرقابة اللاحقة عليها"، كما يراجع كذلك في ذات الصدد د. يسري محمد العصار- موازنة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية- مرجع سابق ص ٢٩، ود. محمد رفعت عبد الوهاب- مدخل إلى الإصلاح الدستوري: ملاحظات على تعديل المادة ٧٦ - الرقابة السابقة على قانون الانتخابات الرئاسية- مرجع سابق ص ٢٣، و د. حمدان فهمي- حجية أحكام القضاء الدستوري وأثارها- بحث بمجلة الدستورية المصرية- العدد ١١- السنة ٥ - إبريل ٢٠٠٧ ص ٢١، و د. محمد ماهر أبو العينين- الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته- الجزء الثاني- دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٥٦٣-٥٦٧، والذي يقرر أنه "يصدر القانون يتوقف دور المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز لها أن تتصدى لمعاودة البحث في مدى دستوريته مرة أخرى، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، ومهما اعتور نصوصه من عيوب عدم الدستورية".

٣. يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ١٥/١/٢٠٠٦، طعن رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ ق. دستورية، وإن كان من الجدير لفت الانتباه إليه ما عبرت عنه المحكمة في هذه الفقرة من حكمها، بأن وصفت قرارها الصادر في الرقابة بأنه "إبداء رأي"، وهو في الواقع وصف محل نظر، إذ إنه ليس مجرد إبداء رأي، لما يمكن أن يحمله ذلك الوصف من كونه رأيًا استشاريًا، على خلاف ما تقرره النصوص الدستورية صراحة في شأنه، من كونه قرارًا ملزمًا.

ثم استعرضت المحكمة الدستورية نصوص القانون المطعون عليه، والإجراءات التي انصبت عليه منذ إقرار مشروعه من قبل البرلمان وعرضه على المحكمة من قبل رئيس الجمهورية عند رفعه إليه، ثم إصدار قرارها في شأنه متضمنًا بعض المآخذ الدستورية، وقيام مجلس الشعب بتفاديها ومن ثم إصدار رئيس الجمهورية للقانون محله، وبناء عليه ختمت المحكمة حيثيات حكمها بتأكيد ذات المبدأ الذي ابتدأته به، والذي مؤداه أن اختصاصها بالرقابة السابقة على مشروع القانون وفقًا للمادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، لا يحول بينها وبين ممارسة اختصاصها الأصلي بالرقابة اللاحقة على الدستورية بمقتضى المادة ١٧٥ من ذات الدستور، ومن ثم قضت "برفض" الطعن، وليس القضاء "بعدم قبوله لسابقة الفصل فيه".

إذ ختمت حيثيات حكمها بالتأكيد على أنه "وحيث إنه يبين مما تقدم أن هذه المحكمة قد مارست حقها في الرقابة السابقة على مشروع القانون سالف البيان، وأبدت ملاحظاتها ورأيها في مدى مطابقة مواده للدستور وفقًا لما خوله لها نص المادة (٧٦) بعد تعديلها، وقد التزم مجلس الشعب بعد إحالة المشروع إليه من رئيس الجمهورية بما قرره المحكمة الدستورية العليا في قرارها الصادر بتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٥، وإذ تباشر المحكمة في هذه الدعوى اختصاصها الأصلي المنصوص عليه في المادة ١٧٥ من الدستور والمادة ٢٥ من قانونها بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فقد استعرضت نصوص المواد المطعون عليها، وتبين أن مجلس الشعب قد التزم بقرار المحكمة، وصدر القانون سالف البيان غير مخالف في أي من مواده لنصوص الدستور، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بشأن المواد المطعون عليها من ذلك القانون، يكون غير قائم على أساس يتعين القضاء "برفضه"^(١).

وإنه لمن الجدير ذكره، أن بعض الفقه قد سبق وقال بذات الرأي الذي تبنته المحكمة في هذا الحكم، ومن قبل أن تصدر المحكمة حكمها السابق، إذ ارتأى أنه "لم تستثن المادة ١٧٥ والمواد التالية لها والخاصة بالمحكمة الدستورية العليا، أي قانون من خضوعه للرقابة القضائية اللاحقة، وبالتالي لا مجال لاستثناء قانون الانتخابات الرئاسية من هذا الطعن، ولا يصح التعويل على الرقابة السابقة التي أوجدتها المادة ٧٦، للقول بأنها بمثابة تنظيم خاص يستبعد التنظيم العام الوارد لاحقًا في المواد من ١٧٤-١٧٩ من الدستور، فالقول بوجود نص عام وآخر خاص، له مفترض أساسي، يتمثل في وحدة الموضوع، وموضوع الرقابة السابقة المجردة من أي نزاع والمنصبة على مشروع قانون، يتباين مع الرقابة اللاحقة التي تفرض على قانون نافذ بصدد نزاع محدد، ولا يقدر في الجمع بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة، ما نصت عليه نهاية المادة ٧٦ من أن قرار المحكمة في شأن مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، "يكون ملزمًا للكافة ولجميع سلطات الدولة"، فهذا الإلزام ينصرف بدهاءة- إلى ما كان معروضًا على المحكمة، أما إذا تجلى التطبيق عن عيب لم يكن مدرکًا حال نظر دستورية المشروع، فلا محل لإثارة إلزامية قرار الرقابة السابقة، لحجب الرقابة اللاحقة"^(٢).

تعليق على موقف المحكمة من حجية قراراتها في الرقابة السابقة:

وفي تقديري أن الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة في حكمها سالف الإشارة إليه، وكذلك ما ذهب إليه بعض الفقه في ذات الصدد، هو اتجاه محل نظر من وجوه، أهمها ما يلي:

• أن ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية من القول بأن ممارستها لاختصاصها الأصلي

١. يراجع حكمها في ١٥/١/٢٠٠٦، طعن رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ ق. دستورية، سالف الإشارة إليه.

٢. د. فتحي فكري - الرقابة السابقة: سياسة متصلة - تساؤلات مثارة - إشكالية محتملة - مرجع سابق، ص ٤٠.

بالرقابة اللاحقة على القانون لا يتعارض مع ما سبق أن مارسه من رقابة سابقة على مشروع القانون قبل إصداره، يعد مخالفاً بصورة عامة لما هو مستقر عليه في قضائها من حجية أحكامها، -وبالتبعية قراراتها- وذلك تأسيساً على أن الرقابة الدستورية -سابقة أو لاحقة- من ذات طبيعة واحدة، بوصفها "رقابة عينية"، تنصب على النص المطعون عليه ذاته، بما يصعب أن يصدر في شأنه حكمان، أو حكم وقرار من ذات الجهة، أحدهما يقرر تطهيره ابتداءً، والآخر يقضي بمخالفته ومن ثم بطلانه انتهاءً.

■ ما ذهب إليه المحكمة في هذا الحكم، يتعارض وصريح نص المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، والذي تم بمقتضاه تقرير الرقابة الدستورية السابقة، - وهو ذات النص الذي صدر حكم المحكمة الذي نحن بصدده في ظل العمل به - إذ نصت تلك المادة في فقرتها الأخيرة على أنه "وفى جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزماً للكافة ولجميع سلطات الدولة"، وقطعاً فإن المحكمة الدستورية تأتي في مقدمة تلك السلطات المخاطبة بهذا الإلزام -ليس فقط بوصفها إحدى سلطات الدولة المخاطبة بهذا النص- بل بوصفها الجهة الأصلية المنوط بها حماية أحكامه من أي انتهاك أو إهمال قد يقع فيه غيرها من السلطات، بما يفرض عليها أن تكون أولى الجهات التزاماً بمقتضيات ذلك الإلزام.

■ بل إنه يمكن القول، إنه إن كانت حجية أحكام المحكمة الدستورية وكذلك قراراتها بالترسيخ والإلزاميتها في مواجهة الكافة، تم تقريرها بمقتضى نص تشريعي عادي وهو نص الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، فإن حجية قراراتها وإلزاميتها في الرقابة السابقة، تم تقريرها بمقتضى نص الدستور ذاته، وليس بمقتضى تشريع عادي، وهو ما يعني أن التزام تلك الحجية في حالة الرقابة السابقة، يجب ألا يقل وجوباً وإلزاماً، وذلك بالنظر لعلو الدستور الذي قررها، وهو تقرير يجب التزامه، من الكافة، وفي مقدمتهم المحكمة الدستورية العليا، المنوط بها حماية الدستور والتزام أحكامه من قبل الكافة، كما سبق.

■ يضاف إلى ما سبق، أن تقرير الرقابة السابقة بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١، والنص الصريح على إلزامية قرارات المحكمة في شأنها في مواجهة الكافة، هو حكم لاحق تاريخياً على ورود النص الأصلي المتعلق بتقرير الرقابة اللاحقة المنصوص عليها بالمادة ١٧٥ من ذات الدستور، وهو ما يفيد كونه حكماً خاصاً ورد استثناء على ذلك الحكم العام، ومقيداً لإطلاقه، بما ينبئ عن اتجاه إرادة المشرع الدستوري إلى حجب الرقابة السابقة، لتلك الرقابة اللاحقة المنصوص عليها بالمادة ١٧٥ منه^(١).

■ كما أن ما يقرره بعض الفقه في هذا الصدد بقوله إن "القول بوجود نص عام وآخر خاص، له مفترض أساسي يتمثل في وحدة الموضوع، وموضوع الرقابة السابقة المجردة من أي نزاع والمنسوبة على مشروع قانون، يتباين مع الرقابة اللاحقة التي تفرض على قانون نافذ بصدد نزاع محدد"^(٢)، فهو في الواقع قول يصعب التسليم به، ذلك أن وحدة الموضوع متحققة بالفعل ولا يمكن إنكارها، ألا وهي موضوع تنظيم الرقابة على الدستورية، والتي تبقى قائمة ومتحققة وحدتها، وإن تعددت صورها، أو تباعدت النصوص المنظمة لأحكامها، ذلك أن النصوص الدستورية فيما بينها- تتكامل ولا تتنافر، بما يحقق الوحدة العضوية لكافة أحكام الدستور، ويعطي الصورة النهائية للوثيقة الدستورية في مجموعها.

١. يراجع في هذا المعنى أيضاً، د. حمدان فهمي- حجية أحكام القضاء الدستوري وآثارها- مرجع سابق ص ٢١.

٢. د. فتحي فكري - الرقابة السابقة: سياسة متصلة - تساؤلات مثارة- إشكالية محتملة- مرجع سابق ص ٤٠.

كما أنه إن سايرنا ما قضت به المحكمة بعدم حجب الرقابة السابقة لسلطتها في أعمال رقابتها اللاحقة، فإننا بذلك في الواقع نقرر ضمناً عدم جدوى النص على تقرير الرقابة السابقة وتفريغها من مضمونها، أو بالأحرى فإن الرقابة السابقة تفقد وجهاً جوهرياً من أوجه علة تقريرها، وهو عدم خلخلة أو زعزعة المراكز القانونية محل مشروع القانون الخاضع للرقابة السابقة، وهو الغاية التي كانت معلنة لذلك التعديل.

■ يؤيد ذلك، أن المناقشات والأعمال التحضيرية لتعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ وهي وسيلة معتبرة لتفسير النصوص الدستورية- أباتت صراحة أن العلة من تقرير الرقابة السابقة بمقتضى هذه المادة، هو "تحقيق الاستقرار وعدم تعرض الانتخابات الرئاسية للهزات فيما لو حكم بعدم دستورية هذا القانون بعد إجراء الانتخابات"^(١)، وهو ما يكشف بوضوح تام عن اتجاه إرادة المشرع الدستوري إلى تحصين الرقابة السابقة لمشروع هذا القانون، وعدم جواز إخضاع القانون للرقابة اللاحقة بعد إصداره، بما يفيد عدم جواز مخالفة تلك الإرادة البينة للنص الدستوري، -حتى وإن اختلفنا مع نتيجتها، أو مع مبدأ تقرير تلك الرقابة من حيث الأصل- ومع تقديرنا كذلك -وفي ذات الوقت- للإشكالية التي تنتج عنها، والمتمثلة في تحصين نصوص تشريعية من الطعن بعدم الدستورية، مع إمكانية ظهور مثالبها الدستورية لاحقاً عند تطبيقها، فمع التسليم بكل ذلك، إلا أنه لا بد من إعلاء حكم الدستور، طالما كان حكمه بيناً يصعب حمله على غير مراده الظاهر، ويوصف أن المحكمة الدستورية في نهاية الأمر، تحكم بمقتضى أحكام الدستور ولا تحكم على نصوصه، إذ يظل الدستور دوماً يعلو ولا يعلى عليه، ويسمو ولا يسمى عليه، حتى وإن جاءت بعض أحكامه غير محققة غاية الآمال المتوقعة منها^(٢).

منازعة التنفيذ هي السبيل الوحيد للتأكد من مدى أعمال البرلمان لمقتضى قرار المحكمة:

إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه هنا، أن الأعمال الصحيح للرقابة السابقة على الدستورية، يقوم على أساس مؤداه، أن نصوص مشروع القانون قد تم إخضاعها بالفعل للرقابة الدستورية السابقة حقيقة لا افتراضاً، وأنه قد صدر بشأن تلك الرقابة قرار من المحكمة الدستورية، وأن هذا القرار قد تم إعمال مقتضاه على الوجه الأكمل، ومن ثم تم إصدار القانون المتضمن تلك النصوص، خالياً من كافة المآخذ التي قررتها المحكمة في شأنها.

إذا كان ما سبق، إلا أنه يبقى التساؤل عن الآلية التي يمكن اللجوء إليها للتأكد من أن قرار

١. يراجع د. أحمد فتحي سرور -الرقابة القضائية على دستورية القوانين : لاحقة أم سابقة؟ - مرجع سابق ص ١١، للوقوف على ما دار بالمناقشات والأعمال التحضيرية في شأن علة تقرير الرقابة السابقة إبان تعديل المادة ٧٦ عام ٢٠٠٥، وهو ما سبقت الإشارة إليه أيضاً في هذه الدراسة.

٢. وعلى هذا المعنى تؤكد المحكمة الدستورية العليا على أنه "من المقرر أنه سواء كان الدستور قد بلغ غاية الآمال المعقودة عليه في مجال تنظيم العلاقة بين الدولة ومواطنيها، أم كان قد أغفل بعض جوانبها أو تجنبها، فإن الدستور يظل دائماً فوق كل هامة، معتلياً القمة من مدارج التنظيم القانوني، باعتبار أن حدوده قيد علي كل قاعدة تدنوه، بما يحول دون خروجها عليها، وهو ما عقد للدستور السيادة كحقيقة مستقر أمرها في الوجدان والضمير الجمعي، وهي بعد حقيقة مستعصية على الجدل، رددتها ديباجة دستور جمهورية مصر العربية بإعلانها انعقاد عزم الإرادة الشعبية التي منحتها لنفسها علي الدفاع عنه وحمايته وضمأن احترامه، وليس لأحد بالتالي أن يكون لأحكام الدستور عصياً، ولا أن يعرض عنها إنكاراً"، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ١٩٩٤/٢/٥، طعن رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق. دستورية.

المحكمة الصادر في شأن مشروع القانون الخاضع للرقابة السابقة، قد تم إعمال مقتضاه على الوجه الصحيح.

وفي تقديرنا أن السبيل الوحيد الذي يمكن وُوجهه للتأكد من إعمال البرلمان لمقتضى قرار المحكمة في شأن الرقابة السابقة على الوجه الصحيح، وفي ذات الوقت لا يتعارض مع حجية قراراتها الصادرة في تلك الرقابة، هو سلوك طريق منازعات التنفيذ المنصوص عليها بقانون المحكمة الدستورية^(١)، وذلك انطلاقاً من أن إصدار النص التشريعي دون إعمال مقتضى قرار المحكمة الدستورية في شأنه إعمالاً صحيحاً، يعد عقبة أمام تنفيذ قرارها في تلك الرقابة على الوجه الواجب اتباعه، وهي عقبة يجب إزالتها من خلال اللجوء إلى المحكمة الدستورية من قبل كل ذي مصلحة في إزالتها، عبر إقامة تلك المنازعات.

إلا أنه يجب أن يكون نطاق ممارسة المحكمة لاختصاصها ببحث هذه المنازعات، محددة أطرها بالتحقق من أن البرلمان قد أعمل مقتضى قرارها في الرقابة السابقة على الوجه المطلوب، وفقاً لما سبق أن بينته في قرارها من مخالفات في شأن مشروع القانون، دون أن يمتد عملها هنا إلى إثارة مأخذ دستورية جديدة، لم تشرها في رقابتها السابقة، وذلك احتراماً لحجية قراراتها في تلك الرقابة السابقة، وإعمالاً لتلك الإلزامية التي تقررها النصوص الدستورية على تلك القرارات في مواجهة كافة سلطات الدولة والكافة.

وهذا هو الفارق الجوهرى بين القول ببسط الرقابة اللاحقة، وبين سلوك طريق منازعة التنفيذ، إذ إنه في حال تقرير سلطة المحكمة في الرقابة اللاحقة، فإن ذلك يعني حقها في أن تثير وجوهاً جديدة لعدم الدستورية استبانتها، ولم تكن قد أثارها في تقرير رقابتها السابقة، أما في حال سلوكها طريق منازعة التنفيذ، فإن سلطة المحكمة تقف عن حد التأكد من إعمال البرلمان أو السلطة المختصة -أيًا كانت- لمقتضى قرار المحكمة الصادر في شأن الرقابة السابقة على مشروع القانون، وهو ما يعني أن منازعة التنفيذ هنا، تهدف إلى التأكد من أن الرقابة السابقة قد تم إعمال مقتضاها كما بينته المحكمة في تقريرها، كما يجب أن يكون، وقت إعمال تلك الرقابة.

ثالثاً: المحكمة الدستورية البحرينية وحجية قراراتها في الرقابة السابقة:

إنه لما كانت المادة ١٠٦ من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢ قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه "وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة وللکافة"^(٢).

فقد جاءت المذكرة التفسيرية للدستور في معرض تعليقها على تلك الفقرة، مؤكدة على إطلاق حجية تلك القرارات بصورة قاطعة، بتأكيداتها على أنه "وقد حرص النص على أن يوضح أن التقرير الصادر من المحكمة في هذه الحالة، ملزم لجميع سلطات الدولة وللکافة، ليمنع بذلك

١. تنص المادة ٥٠ من قانون المحكمة الدستورية المصرية على أن "تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها، وتسري على هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة"، كما يراجع أيضاً في القول بذات الرأي، د. حمدان فهمي- حجية أحكام القضاء الدستوري وأثارها- مرجع سابق ص ٢١.

٢. يراجع أيضاً لمزيد من التفصيل حول حجية قرارات المحكمة الدستورية البحرينية في الرقابة السابقة، د. رمزي الشاعر- القضاء الدستوري في مملكة البحرين- مرجع سابق ص ٤٠٥-٤١٠.

إعادة الطعن في القانون بعد صدوره لسابقة الفصل في ذلك".

وبناء عليه، فإن المحكمة الدستورية البحرينية عندما تعرضت لهذا الأمر، أكدت بالفعل على الحجية المطلقة لقراراتها الصادرة في شأن الرقابة السابقة، إلا أن ما يقل عن ذلك أهمية، أنها أكدت أيضاً على أن الطريق الوحيد للوقوف على حقيقة أعمال مقتضى قرارها في تلك الرقابة، هو طريق منازعة التنفيذ، وحسناً فعلت المحكمة الدستورية البحرينية بما نحتة في هذا الاتجاه.

إذ إنه بمناسبة إقامة دعوى أمامها متعلقة بطلب المضي في تنفيذ قرارها الصادر بجلسة ٢٥/٦/٢٠٠٩ في الإحالة الملكية رقم (إ.ج.م / ٠٩/١) لسنة (٧) قضائية، قضت المحكمة بأنه "تبعاً لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة بما لها من هيمنة على الدعوى، هي التي تعطيها وصفها الحق، وتكييفها القانوني الصحيح، وذلك في ضوء طلبات رافعيها، وكان المدعيان يهدفان من دعواهما الماثلة المضي في تنفيذ قرار المحكمة الدستورية سالف البيان، وعدم الاعتداد بعوائق التنفيذ المتمثلة بالنصوص المشار إليها، ومن ثم تدرج دعواهما هذه في عداد المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة في مفهوم المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٣ بإنشاء المحكمة الدستورية"^(١).

ثم استطردت المحكمة مؤكدة على أن "الرقابة السابقة التي تمارسها هذه المحكمة هي رقابة شاملة، يكون للقرار الصادر فيها بتقرير دستورية النص أو عدم دستوريته حجية مطلقة، تحسم مسألة دستورية هذا القانون حسماً قاطعاً، مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنه، وهو ما أكدته المذكرة التفسيرية للدستور، ليمنع بذلك إعادة الطعن في القانون بعد صدوره لسابقة الفصل في ذلك، ومن ثم لا سبيل لتدارك امتناع المشرع عن تصحيح العوار الدستوري الذي أخذته المحكمة على مشروع القانون في هذه الحالة، إلا بسلوك طريق وحيد، هو منازعة التنفيذ في القرار الصادر بشأنه عن هذه المحكمة، مؤكدة في ذات الوقت على أنه لما كانت القرارات الصادرة عنها في الرقابة السابقة، تتحد في طبيعتها مع الأحكام الصادرة عنها في شأن الرقابة اللاحقة من حيث كونهما يتعلقان بأمر الرقابة على الدستورية، لذا، فإن قراراتها في الرقابة السابقة، تخضع لذات القواعد التي تخضع لها الأحكام الصادرة عنها في الرقابة اللاحقة، ومن بينها المنازعة في تنفيذها، حتى ولو لم يُنص على ذلك صراحة"^(٢).

ونخلص من جماع ما سبق - وعبر تناول تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني- إلى التأكيد ابتداءً على أن كلا من هذين النظامين القانونيين المصري والبحريني، قد تبني الرقابة القضائية على الدستورية، كما تبني كذلك صورتها الرقابة السابقة واللاحقة، مع بعض التباين في الضوابط والأحكام المتعلقة بكلتا الصورتين من صور الرقابة، وذلك قبل أن يعدل الدستور المصري عن تبني الرقابة السابقة بمقتضى الدستور الحالي.

أما فيما يتعلق بالرقابة السابقة على سبيل التحديد، وبوصفها موضوع هذه الدراسة، فقد بين البحث ماهيتها وصورها وأحكامها على سبيل العموم، ثم تناول التطور الدستوري والتشريعي

١. في هذا المعنى، حكم المحكمة الدستورية البحرينية في ٢٦/١٢/٢٠١٢ في الدعوى رقم (م.ت / ٢٠١٠/١) لسنة ٨ ق، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٣٠٨٦ في ١٠/١/٢٠١٣.

٢. يراجع في هذا المعنى، حكم المحكمة الدستورية البحرينية في ٢٦/١٢/٢٠١٢ في الدعوى رقم (م.ت / ٢٠١٠/١) لسنة ٨ ق، سالف الإشارة إليه.

لتقريرها في النظامين القانونيين المصري والبحريني، مبيناً أن المشرع المصري لم يتبناها إلا بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ في ٢٥ مايو ٢٠٠٥، في شأن مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، وظلت تعمل في ذات النطاق إلى أن جاء دستور ٢٠١٢ موسعاً من نطاقها لتشمل ثلاثة مشاريع أخرى، هي مشاريع قوانين مباشرة الحقوق السياسية، والانتخابات التشريعية والمحلية، إلى أن عدل دستور ٢٠١٤ عن تقريرها.

وتناولت الدراسة الأحكام التي نظمت ممارسة تلك الرقابة في التشريع المصري فترة تبنيها، مبينة أنها كانت رقابة محددة على مشاريع قوانين بعينها، كما أنها كانت رقابة إجبارية، بمعنى بطلان تلك القوانين بطلاناً مطلقاً إن صدرت دون إخضاعها لتلك الرقابة، كما تناولت الدراسة بيان سلطة تحريكها وفقاً للنصوص المختلفة المقررة لها، وكذلك المدد الزمنية التي حددتها النصوص لإصدار المحكمة الدستورية لإصدار قرارها في شأنها، وكذلك حجيتها.

كما بينت الدراسة أن المشرع البحريني قد تبنى الرقابة السابقة بمقتضى دستور ٢٠٠٢ وإلى الآن، مع بيان أن المشرع البحريني قررها بوصفها رقابة اختيارية، متروك أمر تقدير تحريكها ونطاق النصوص التي تطالها بيد الملك وفقاً لما يترأى له من أوجه مخالفة دستورية في مشاريع القوانين على اختلافها، وبوصفها رقابة شاملة يمكن أن تطال أي مشروع قانون قبل إصداره، ثم تناولت الدراسة بيان ضوابط تحريكها ومواعيدها وإلزامية قرارات المحكمة بشأنها وحجيتها.

كما تناولت الدراسة كذلك موقف الفقه الدستورية تجاه تقرير الرقابة السابقة وعلّة تقريرها، مع بيان الرأي في هذا الخصوص، ثم ختم البحث ببيان الضوابط التي قررها القضاء الدستوري في البلدين في شأن ممارسة تلك الرقابة، مع التركيز على موقف المحكمة الدستورية في البلدين من حجية قراراتها الصادرة في شأنها، وبيان رأي الفقه في هذا الصدد، وتطرق البحث لما أقرته المحكمة الدستورية المصرية في هذا الشأن من مبدأ مؤداه أن رقابتها السابقة لمشروع القانون لا تحول بينها وبين رقابتها الأصلية على الدستورية من خلال الرقابة اللاحقة، مع التعليق على ذلك القضاء، وبيان أنه كان أولى بالمحكمة ألا تتبناها، مع بيان أسباب ذلك، مع بيان كذلك أنه كان أولى بالمحكمة أن تسلك طريقة منازعات التنفيذ دون غيره للوقوف على مدى إعمال قراراتها في الرقابة السابقة على الوجه الأمثل.

ثم تعرض البحث لموقف المحكمة الدستورية من حجية قراراتها في الرقابة السابقة، وبين أن المذكرة التفسيرية قد أوردت صراحة النص على الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الدستورية في الرقابة السابقة، وأن المحكمة الدستورية البحرينية قد تبنت تلك الحجية المطلقة لقراراتها بالفعل، كما أنها قد حددت منازعات التنفيذ طريقاً وحيداً يمكنها من خلاله الوقوف على مدى التزام السلطة التشريعية بإعمال قراراتها في الرقابة السابقة على الوجه المطلوب.

النظام القانوني لتقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية^(١)*

الدكتورة / سلوى يوسف الإكيابي

أستاذ القانون الدولي المساعد بجامعة البحرين

مقدمة:

دخل نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ في يوليو ٢٠٠٢، بعد إيداع الدولة الستين لصك الانضمام إليها، ومنذ ذلك الحين يتزايد انضمام الدول إليها حتى وصل عدد الدول الأطراف في يناير ٢٠١٥ إلى ١٢٣ دولة، وتمارس المحكمة اختصاصها على العديد من الحالات التي تعتمد بشكل كبير على تعاون الدول في تقديم المتهمين إليها وتنفيذ أحكامها^(٢).

وتتعدد أوجه تعاون الدول مع المحكمة الجنائية الدولية سواء من ناحية التحقيق وجمع الأدلة أو تسهيل عمل المحكمة في أقاليم الدول الأعضاء، إلا أن أبرز تلك الأوجه هو تعاونها في تقديم المتهمين للمثول أمام المحكمة.

وإن كان نظام التقديم يتشابه ظاهرياً - وللهولة الأولى بشكل كبير مع نظام التسليم المتعارف عليه في النظم الوطنية، إلا أن الواقع العملي يشهد خلافات كبيرة في التطبيق، فقد ألزم نظام روما الأساسي الدول الأطراف فيه بضرورة الامتثال لطلبات التقديم الموجهة إليها من المحكمة وبالتعاون معها بموجب تصديقها على نظام روما الأساسي، الأمر الذي يختلف عن التزام الدول بموجب اتفاقيات التسليم^(٣).

ومن ناحية التطبيق فيستبعد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بعض الشروط التي تتمسك بها الدول محافظة على سيادتها كمبدأ عدم جواز تسليم المواطنين، وشرط التجريم المزدوج، في حين تعد شروطاً ضرورية في إطار اتفاقيات التسليم الدولية أو التشريعات الداخلية المنظمة للتسليم، فضلاً عن الإجراءات المتفردة التي وضعها النظام الأساسي للوفاء بعملية التقديم، والمستقاة من السوابق القضائية ذات الصلة في قضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة^(٤)، لذلك يتميز نظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية بذاتية خاصة، وهو ما يحاول هذا البحث التعرض إليه وإبراز مختلف الجوانب التي تميزه عن نظام تسليم المجرمين.

١. هذا البحث تم إنجازه بتمويل من عمادة البحث العلمي بجامعة البحرين.

2. for more elaboration see: <http://www.iccnw.org>

٣. أنظر في نظام التسليم: د/ هشام عبد العزيز مبارك، تسليم المجرمين بين الواقع والقانون، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٤٣ وما بعدها، كذلك أنظر في امتثال الدول لطلبات التقديم: -Dov Jacobs, The Frog that wanted to be an Ox: The ICC's approach to immunities and cooperation, Grotius Centre Working Paper Series, 2014040--ICL, p.5.

٤. أنظر بصفة عامة: المستشار شريف عثلم، الجوانب الدستورية للتصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بحث ضمن كتاب «المحكمة الجنائية الدولية: المواثيق الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)»، صادر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٦، ص ٣٠٢.

نطاق البحث:

يحاول البحث التعرض لنظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية، من خلال رسم الخطوط العريضة للشكل القانوني لهذا النظام، من حيث المقصود به وخصائصه وتمييزه عن نظام تسليم المجرمين من ناحية، ودراسة الالتزام القانوني للدول بالاستجابة لأوامر القبض والتقديم الصادرة من المحكمة الجنائية الدولية من ناحية ثانية، وذلك بالرجوع للنظام الاساسى للمحكمة ورأى الفقه والاحكام القضائية ذات الصلة.

منهج البحث:

استخدمت الدراسة المنهج التحليلى المقارن من خلال تحليل نصوص النظام الاساسى للمحكمة الجنائية الدولية فيما يخص تحديد ماهية نظام التسليم وبيان مدى الالتزام القانونى للدول الاطراف وغير الاطراف بالاستجابة لطلب التقديم المقدم من المحكمة، والمنهج المقارن فيما يخص تمييز نظام تقديم المتهمين عن نظام تسليم المجرمين.

تقسيم:

فى ضوء العرض السابق لنطاق البحث ومنهجيته سأقوم بتقسيم الدراسة إلى فصلين على النحو التالى:

الفصل الأول: خصوصية نظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية.

الفصل الثانى: مدى إلتزام الدول بتقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية.

الفصل الأول

خصوصية نظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية

أنشأ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(١) نظام تقديم المتهمين ووضع له خصوصية تميزه عن مفهوم التسليم، ويثير هذا الأمر عدة تساؤلات تتعلق بماهية نظام التقديم وخصائصه واختلافه عن نظام تسليم المجرمين ومدى استجابة الدول لطلبات التقديم المقدمة من المحكمة والوضع في حالة تزامن طلبات التقديم والتسليم، ولذلك سأقوم بالتعرض في البداية لماهية نظام التقديم ومن خلال ذلك ستتكشف الخصوصية التي وضعها نظام روما الأساسي لنظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية وذلك في مبحث أول، ثم لإشكاليات الاستجابة لطلب التقديم في مبحث ثان، وذلك على نحو ما سيلى.

المبحث الأول

ماهية نظام التقديم

نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن التقديم "يعني نقل دولة ما شخصاً إلى المحكمة عملاً بهذا النظام الأساسي"^(٢) كما نص على أن التسليم "يعني نقل دولة ما شخصاً إلى دولة أخرى بموجب معاهدة أو اتفاقية أو تشريع وطني"^(٣).

وبالتالي فقد فرق النظام الأساسي بين التقديم والتسليم، ولذلك سيتناول هذا المبحث مفهوم التقديم وتمييزه عن نظام التسليم التقليدي، وذلك على مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم التقديم وخصائصه.

المطلب الثاني: تمييز نظام التقديم عن نظام التسليم.

المطلب الأول

مفهوم التقديم وخصائصه

عرّف النظام الأساسي التقديم تحت عنوان "استخدام المصطلحات" - بأنه: «... نقل دولة ما شخصاً إلى المحكمة عملاً بهذا النظام الأساسي» ويختلف ذلك عن التسليم الذي يعني "نقل دولة ما شخصاً إلى دولة أخرى بموجب معاهدة أو اتفاقية أو تشريع وطني"^(٤).

١. * يشار إليه فيما بعد بـ "النظام الأساسي".

٢. المادة ١٠٢ فقرة (أ) من النظام الأساسي.

٣. المادة ١٠٢ فقرة (ب) من النظام الأساسي.

٤. أنظر المادة ١٠٢/أ من نظام روما الأساسي، وقد تم إدراج هذا النص تحت ضغط إصرار الدول التي تمسكت بمبدأ عدم جواز تسليم الرعايا، وذلك كحل وسط يمكنها من التمسك بهذا المبدأ في مواجهة أى دولة أخرى على أساس أن ذلك يعد "تسليماً" Extradition، وفي ذات الوقت لا يجوز لها التمسك به في مواجهة المحكمة لأنه في هذه الحالة يعد "تقديمًا" Surrender.

التقديم كإجراء مقيد للحرية:

وفقاً للنظام الأساسي، فإن تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية يتم بإحدى طريقتين: إما أن يقدر المدعى العام ضرورة استصدار أمر بالقبض على الشخص وتقديمه، وفي هذه الحالة على الدولة المطلوب منها التقديم أن تقبض أولاً على الشخص المطلوب^(١)، وإما أن يقدر المدعى العام أنه لا ضرورة لإستصدار أمر بالقبض، فيصدر أمر حضوره وبموجبه يمثل الشخص المطلوب طواعية أمام المحكمة^(٢)، وللمدعى العام أن يقرر مدى ضرورة استصدار القبض أو الاستعاضة عنه بأمر الحضور^(٣).

وبالنسبة لمثول المتهم طواعية بناء على أمر الحضور، فعلى الرغم من أنه لا ينطوي - ظاهرياً - على أى نوع من القسر أو الإكراه، إلا أنه لا يفترض أنه بإمكان المتهم أن يرفض المثول أمام المحكمة، كما أنه ينطوي على تقييد جزئى لحرية فى التنقل، إذ يفرض عليه التواجد فى زمان ومكان معين، وإذا لم يستجب المتهم طواعية لهذا الأمر فيجوز للمدعى العام استبداله "بأمر قبض".

أما بالنسبة لأمر القبض، فبالرغم من خلو الوثائق الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية من تعريف للقبض، فإنه يمكن تعريفه وفقاً للتعريفات الفقهية الواردة فى فقه القانون الجنائي في الأنظمة الوطنية بأنه^(٤):

إجراء سالب للحرية، لمدة محددة، لا يقع إلا على متهم بأشد الجرائم خطورة، وذلك وفقاً للإجراءات والضمانات المنصوص عليها فى وثائق المحكمة الجنائية الدولية.

١. فى دواعي ومقتضيات القبض أنظر: المادة ١/٥٨ من نظام روما الأساسي.

٢. أنظر المادة ٧/٥٨ من نظام روما الأساسي.

٣. يتضح ذلك من نص المادة ٧/٥٨ حيث نصت على أنه "للمدعى العام عوضاً عن استصدار أمر بالقبض أن يقدم طلباً بأن تصدر دائرة ما قبل المحاكمة أمراً بحضور الشخص أمام المحكمة".
للمزيد حول التمييز بين أمر الحضور وأمر القبض:

See, Christopher K.Hall, Issuance by the Pre-Trial Chamber of a Warrant of Arrest or a summons to appear, In Otto Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statue of the International Criminal Court, Observers' notes, Article by Article, (Baden-Baden 1999), P.1143

٤. حددت المواد ١/٢١، ١/٨٩ من نظام روما الأساسي، سبل تفسير أو تعريف ما قد يلتبس الغموض من نظام روما الأساسي، حيث تنص المادة ١/٢١ على أن "تطبق المحكمة (أ) فى المقام الأول هذا النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة (ب) فى المقام الثانى حيثما يكون ذلك مناسباً للمعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده بما فى ذلك المبادئ المقررة فى القانون الدولي للمنازعات المسلحة (ج) وإلا فالمبادئ العامة للقانون التى تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية فى العالم بما فى ذلك حسبما يكون مناسباً للقوانين الوطنية للدول التى من عاداتها أن تمارس ولايتها على الجريمة شريطة ألا تتعرض هذه المبادئ مع هذا النظام الأساسي ولا مع القانون الدولي ولا مع القواعد والمعايير المعترف بها دولياً. وتنص المادة ١/٨٩ على أنه "يجوز للمحكمة أن تقدم طلباً مشفوعاً بالمواد المؤيدة للطلب المبينة فى المادة ٩١ للقبض على شخص وتقديمه إلى أ دولة قد يكون ذلك الشخص موجوداً فى إقليمها وعليها أن تطلب تعاون تلك الدولة فى القبض على ذلك الشخص وتقديمه وعلى الدول الأطراف أن تمتثل لطلبات إلقاء القبض والتقديم وفقاً لأحكام هذا الباب وللإجراءات المنصوص عليها فى قوانينها الوطنية" وتطبيقاً لذلك يمكن الاستعانة بالتعريفات الواردة فى فقه القانون الداخلى فقد عرف الدكتور محمود نجيب حسنى القبض بأنه: "سلب حرية الشخص لمدة قصيرة نسبياً باحتجازه فى المكان الذى يعده القانون لذلك". أنظر مؤلفه، الدستور والقانون الجنائي، طبعة ١٩٩٢، الناشر دار النهضة العربية، ص ٧٩. وعرفه الدكتور مأمون سلامة بأنه: "أن أمر القبض فيه تقييد وحجز لحرية المتهم". أنظر مؤلفه، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى - الجزء الأول، طبعة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية، ص ٦٩٥.

ويتضح من التعريف السابق أن القبض كإجراء ضروري ومتلازم مع التقديم للمحكمة الجنائية الدولية، ينطوى على سلب لحرية الشخص المطلوب، وعليه فإن تقديم المتهمين للمحكمة - فى كافة الأحوال - ينطوى على سلب لحرية الشخص المطلوب لفترة من الزمن.

وقد قيدت العديد من المواثيق الدولية والديساتير الوطنية استخدام أمر القبض، بأن يكون فى حدود القانون، وكرر النظام الأساسى للمحكمة ذات المبدأ تحت عنوان "حقوق الأشخاص أثناء التحقيق"، فنص على أنه "فيما يتعلق بأى تحقيق بموجب هذا النظام الأساسى لا يجوز إخضاع الشخص للقبض أو للاحتجاز التعسفى، ولا يجوز حرمانه من حرته إلا للأسباب ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها فى النظام الأساسى"^(١).

التقديم إجراء محدد المدة:

بما ان التقديم إجراء مقيد للحرية وقيد يرد على حق الفرد فى الحرية والسلامة الشخصية، فيجب ان يحدد بمدة معينة، فلا يجوز تقييد حرية الشخص لفترة غير معقولة تحت ستار القبض^(٢).

ويتأكد ذات المعنى فى نصوص النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية حيث حرصت على أن "تتأكد الدائرة التمهيدية من عدم احتجاز الشخص لفترة غير معقولة قبل المحاكمة بسبب تأخير لا مبرر له من المدعى العام، وإذا حدث هذا التأخير تنظر المحكمة فى الإفراج عن الشخص بشروط أو بدون شروط"^(٣).

ويثور التساؤل فى هذا المقام حول إذا كان من الممكن الإفراج عن الشخص المحتجز إذا حدث تأخير لا مبرر له، يرى Khan فى هذا المقام أن الفترة غير المعقولة Unreasonable Period، والتأخير غير المبرر Inexcusable delay، متطلبان مرتبطان ببعضهما، ولا يجب استخدامهما كعقاب للمدعى العام، فحتى لو حدث ذلك التأخير فإن دائرة ما قبل المحاكمة غير مجبرة على إطلاق سراح المتهم، ويجب عليها أن تنتظر جيداً فى أسباب التأخير وفقاً لظروف كل حالة، ويلاحظ أن النظام الأساسى يحمى الشخص ضد الاحتجاز لفترة غير معقولة، وبما يتعين معه إطلاق سراحه إلا إذا كان ذلك راجعاً لتأخير مبرر مثل عدم وجود حجرات كافية لعقد الجلسات أو بسبب الميزانية^(٤).

وبرغم تأكيد النظام الأساسى على ضرورة عدم احتجاز الشخص لفترة غير معقولة، إلا أنه لم يحدد بشكل قاطع معيار المدة المعقولة، بيد أن تحديد تلك المدة يحكمه اعتباران:

١. أنظر المادة (٥٥) من النظام الأساسى ، الفقرة ١/د.
 ٢. نص العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٧ فى المادة ٣/٩ على أنه "يجب تقديم المقبوض عليه أو الموقوف بتهمة جزائية فوراً أمام القاضى أو أى موظف آخر مخول قانونياً بممارسة صلاحيات قضائية ويكون من حق المقبوض عليه أو الموقوف أن يقدم إلى المحاكمة خلال زمن معقول أو أن يفرج عنه".
 ٣. أنظر المادة (٦٠) فقرة (٤) من النظام الأساسى.
 ٤. يرى Khan أيضاً أن التأخير غير المبرر قد يرجع إلى خطأ المدعى العام أو المسجل أو القضاة أو أى جهاز من أجهزة المحكمة، وعليه فيجب أن تتكاتف كل تلك الأجهزة لتمنع التأخير غير المبرر.
- See, Karim A.A.Khan, Initial Proceeding before the Court, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statue of the International Criminal Court, op.cit, P.1167.

الأول: أن التحقيق عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني يكتنفها العديد من الصعوبات والتأخير فيها وارد لعدة أسباب منها الوصول للشهود ومعاينة موقع الجريمة والحصول على المستندات اللازمة، كما قد يفرض على الأشخاص المطلوبين حظر السفر، والتأخير في هذه الأمور لا يرجع في الغالب لخطأ المدعى العام، ومن ناحية أخرى فإن المحكمة لا تتوافر لديها قوة شرطية خاصة بها تستطيع القبض على الأشخاص المطلوبين وتقديمهم للمثول أمامها، وبالتالي فهي تعتمد على تعاون الدول والمنظمات الدولية لتحقيق ذلك^(١)، وبناء عليه فقد تطول المدة المعقولة للتقديم استناداً لهذه الموقفات، وقد أبدت دائرة ما قبل المحاكمة بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة تهماً لكل تلك العوامل في تحديد الفترة المعقولة^(٢).

الثاني: أن العديد من الأنظمة القضائية الوطنية تتطلب ألا يقضى الشخص مدة تزيد عن أربع وعشرين ساعة قيد القبض وفترة لا تزيد عن بضعة أيام قبل تقديمه للسلطات القضائية المختصة^(٣)، إلا أن تلك المدة قد تكون غير كافية إذا ما وضع في الاعتبار إجراءات نقله من الدولة التي قبض فيه عليها إلى مقر المحكمة في لاهاي^(٤).

مما سبق يتبين ان تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية هو إجراء مقيد للحرية، ولذلك لا بد ان يتم في أقل مدة ممكنة حتى لا يعد تعدياً على حقوق وحرية المطلوب تقديمهم، إلا أن تحديد تلك المدة تحكمه عدة اعتبارات ترجع لطبيعة عمل المحكمة وكونها محكمة دولية، ولذلك نرى ان تحديد المدة المعقولة أمر تحسمه المحكمة بما لها من سلطة تقديرية ووفقاً

١. أنظر تقرير المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠.
٢. حددت محكمة يوغسلافيا السابقة سبعة عوامل لتحديد المدة المعقولة:
 - ١- المدة الفعلية للاحتجاز.
 - ٢- مدة الاحتجاز على أساس علاقتها بطبيعة الجريمة والعقوبة المقررة لها والمتوقع تضريرها وفقاً للنظم الوطنية مع خصم المدة الممضية في الاحتجاز من مدة العقوبة.
 - ٣- الآثار المادية والمعنوية وأي آثار أخرى على الشخص المحتجز وفقاً للآثار العادية للاحتجاز.
 - ٤- سلوك المحتجز و دوره في تأخير الإجراءات، وطلبه إطلاق سراحه.
 - ٥- صعوبات التحقيق مثل تعقيدات وجود عدد كبير من الشهود أو المتهمين الواجب سماعهم لأغراض جمع الأدلة.
 - ٦- طريقة وأسلوب التحقيق.
 - ٧- سلوك السلطات القضائية الوطنية.

See, Karim A.A.Khan, Initial Proceeding before the Court, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statue of the International Criminal Court, op.cit, P.1167

٣. أنظر: المحكمة الجنائية الدولية، دليل للتصديق على نظام روما الأساسي وتطبيقه، المرجع السابق، ص ٧٠. كما نصت المادة (٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني الصادر في ٢٣ أكتوبر ٢٠٠٢ على أنه: "يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه، وإذا لم يأت بما يبرئه يرسله في مدى ثمان وأربعين ساعة إلى النيابة العامة ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه في ظرف أربع وعشرين ساعة ثم تأمر بحبسه أو إطلاق سراحه". كما أوجب النظام الأساسي على الدول أن تحتفظ بسجل حول مدة اعتقال الشخص المتهم للاستعانة بذلك عند توقيع العقوبة، فنص على أن "تخصم المحكمة عند توقيع عقوبة السجن أي مدة - إن وجدت - يكون قد قضاها سابقاً في الاحتجاز وفقاً لأمر صادر من المحكمة، وللمحكمة أن تخصص أية مدة أخرى قضاها في الاحتجاز فيما يتصل بسلوك يكمن وراء الجريمة" أنظر المادة ٧٨ فقرة ٢ من النظام الأساسي. وهو ما جرت عليه القوانين الوطنية من خصم مدة الحبس الاحتياطي من مدة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية.

٤. جاء القبض على توماس لوبانغا ديبلو الكونغولي الجنسية موافقاً للاعتبارات السالفة، فقد تم القبض عليه نتيجة التعاون بين الدول والمنظمات الدولية مع المحكمة، كما أن لجنة مجلس الأمن بشأن جمهورية الكونغو الديمقراطية قد يسرت نقله إلى لاهاي برفع حظر السفر المفروض عليه، تم إنشاء لجنة مجلس الأمن بشأن جمهورية الكونغو الديمقراطية بموجب قرار مجلس الأمن رقم ١٥٣٣ لعام ٢٠٠٤/ المصدر: تقرير المحكمة الجنائية الدولية دليل للتصديق على نظام روما الأساسي وتطبيقه، ص ٥ متاح على الموقع التالي: <http://www.iccnw.org>

لظروف كل حالة على حده.

التقديم لا يكون إلا من دولة، ولا يكون إلا إلى المحكمة:

التقديم كما سبق البيان هو نقل شخص ما من دولة إلى المحكمة، وهو بهذه الكيفية يختلف عن تسليم المجرمين الذي هو نقل شخص ما إلى دولة أخرى^(١)، ويثور التساؤل في هذا المقام حول مقر المحكمة، فهل تقديم المتهمين يتم إلى مقر المحكمة الرئيسي بلاهاي، أم يتم إلى مقر المحكمة أياً كان مكان انعقادها؟ وما الوضع إذا تمت عملية نقل المتهمين من خلال أراضي عدة دول؟

تسهيلاً لمهمة نقل الأشخاص من دولة ما إلى المحكمة، فإن المحكمة تسعى لتصديق الدول على اتفاق امتيازات وحصانات المحكمة الجنائية الدولية، وهو الاتفاق الذي دخل حيز النفاذ في ٢٢ يوليو ٢٠٠٤، ويمكن المحكمة من أداء وظائفها بلا عوائق على أراضي الدول، ويسمح كذلك بسفر الضحايا والشهود عبر أراضيها إلى المحكمة^(٢).

وقد وقعت المحكمة على اتفاق المقر مع الدولة المضيفة هولندا، لتنظيم العلاقة بين المحكمة والدولة المضيفة بما في ذلك التعاون بينهما ونقل المتهمين إليها، وكذلك نقل المعلومات والأدلة إلى داخل الدولة المضيفة وخارجها، فضلاً عن امتيازات المحكمة وحصانتها ومرافقتها وموظفيها ومسئوليتها المنتخبين، والضحايا والشهود وغيرهم ممن يلزم تواجدهم في مقر المحكمة^(٣).

وعلى الرغم من نص النظام الأساسي على أن يكون مقر المحكمة في لاهاي بهولندا، إلا أنه يجوز للمحكمة أن تعقد جلساتها خارج هذا المقر لإجراء محاكمة محددة أو سلسلة من المحاكمات تتعلق بقضية أحيلت إليها، ومن ثم فإن تقديم المتهمين يكون للمحكمة أياً كان مكان انعقاد جلساتها إذا تعلق الأمر بتقديم المتهم للمثول أمام المحكمة، أما بالنسبة لتنفيذ الأحكام فلا تكون إلا في مقر المحكمة بلاهاي^(٤).

وعلى الرغم مما تعقده المحكمة من اتفاقيات للتعاون بينها وبين المنظمات الدولية كالأمن المتحدة وكذلك علاقات التعاون بينها وبين منظمات المجتمع المدني، فضلاً عن تعاونها مع

١. أنظر المادة ١٠٢ من نظام روما الأساسي.

2. European Newsletter, the European bimonthly publication on the international criminal court. CICC publication. 52nd edition. July 2007, p.1

<http://www.iccnw.org/?mod=eu>

كذلك أنظر تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة ٢٠٠٦/٢٠٠٧، مذكرة من الأمين العام للأمم المتحدة، الدورة الثانية والستون، الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم الوثيقة A/62/314، صادرة في ٣١ أغسطس ٢٠٠٧، ص ١٥.

٣. وقعت المحكمة اتفاقية المقر مع هولندا في ٧ يونيو ٢٠٠٧، وستدخل الاتفاقية حيز النفاذ عقب إقرار برلمان هولندا له. المصدر: تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة ٢٠٠٦/٢٠٠٧، المرجع السابق، ص ١٥.

٤. تنص المادة ٢/٣ من نظام روما الأساسي على أن "تعقد المحكمة مع الدولة المضيفة اتفاق مقر تعتمده جمعية الدول الأطراف ويبرمه بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنها". كما تنص الفقرة ٣ من ذات المادة على أنه: "للمحكمة أن تعقد جلساتها في مكان آخر عندما ترى ذلك مناسباً، وذلك على النحو المنصوص عليه في هذا النظام الأساسي"، وللمزيد حول التعليق على المادة (٣) أنظر:

Gerard A.M.Strijards, Seat of the Court, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P.71120-

المحاكم الدولية الأخرى وعلى رأسها المحكمة الخاصة بسيراليون^(١)، إلا أن تقديم المتهمين إلى المحكمة لا يكون إلا من جانب إحدى الدول، يستوى فى ذلك أن تكون دولاً أطراف أو غير أطراف، لأن الدول وحدها هى التى تمتلك قوة بوليسية وسيادة على إقليمها تمكنها من تقديم المتهمين إلى المحكمة بصورة شرعية.

التقديم لا يكون إلا وفقاً للنظام الأساسي:

لأن التقديم نظام خاص لنقل المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية فقط، فإنه لا يكون إلا وفقاً لنظامها الأساسي، ومن ثم يستعان فى قواعد تقديم المتهمين للمحكمة، بما ورد بالمادة (٢١) من النظام الأساسي الخاصة "بالقانون الواجب التطبيق"، فيطبق فى المقام الأول أحكام النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة، وذلك بالتوازي مع الإجراءات المنصوص عليها فى القوانين الوطنية للدول المطلوب منها التقديم^(٢)، وفى المقام الثانى، المعاهدات واجبة التطبيق، ومبادئ القانون الدولي وقواعده بما فى ذلك المبادئ المقررة فى القانون الدولي للمنازعات المسلحة، وقد يستعان فى هذه الحالة بأحكام الاتفاقيات الخاصة بالتسليم بين الدول.

ويمكن الاستعانة بالمبادئ العامة للقانون المستخلصة من القوانين الوطنية للنظم القانونية فى العالم، بما فى ذلك قوانين الدول التى من عاداتها أن تمارس ولايتها على الجرائم محل اختصاص المحكمة، شريطة ألا تتعارض هذه المبادئ مع النظام الأساسي ولا مع القانون الدولي أو القواعد والمعايير المعترف بها دولياً^(٣).

الخلاصة:

فى ضوء العرض السابق يمكن تعريف التقديم فى إطار نظام روما الأساسي بأنه:

إجراء مقيد للحرية، تقوم بموجبه الدول بنقل شخص متهم بارتكاب أشد الجرائم خطورة، إلى المحكمة الجنائية الدولية، لمحاكمته عن جريمة منسوبة إليه أو لتفويض عقوبة مقضي بها عليه، وذلك وفقاً للنظام الأساسي.

ومن ثم يتميز التقديم بالخصائص الآتية:

أولاً: التقديم إجراء مقيد للحرية ومحدد المدة.

ثانياً: التقديم لا يكون إلا من دولة ولا يكون إلا إلى المحكمة.

ثالثاً: التقديم لا يكون إلا وفقاً للنظام الأساسي.

١. أنظر تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة ٢٠٠٦/٢٠٠٧، المرجع السابق، ص ١٦، ١٧.

٢. أنظر المادة ١/٨٩ من نظام روما الأساسي.

3. For more elaboration on the Applicable Law pursuant to Rome Statue, See: Margaret McAuliffe deGuzman, Applicable Law, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statue of the International Criminal Court, op.cit, P.701712-

المطلب الثاني

تمييز نظام التقديم عن التسليم

يعرف الفقه المصري تسليم المجرمين بأنه "إجراء بمقتضاه تتخلى الدولة عن شخص موجود على إقليمها لسلطات دولة أخرى تطالب بتسليمه إليها، لمحاكمته عن جريمة منسوبة إليه ارتكابها أو لتنفيذ عقوبة مقضى بها عليه من محاكم الدولة طالبة التسليم"^(١).

ولا يختلف التسليم - بهذا المفهوم في هيكله العام - عن التقديم، وقد يرجع الاختلاف بينهما في الواقع إلى الطبيعة المتميزة للمحكمة الجنائية الدولية، فكلاهما ينطوي على تقييد لحرية الشخص المطلوب لفترة من الزمن، وغرض كل منهما واحد، فهو إما أن يكون محاكمة الشخص المطلوب عن جريمة منسوبة إليه أو لتنفيذ عقوبة مقضى بها عليه، كما يتفق النظامان من حيث الجهة المقدم إليها طلب التقديم أو التسليم، فهي واحدة بالنسبة للدول الموجه إليها الطلب.

بيد أن أوجه الخلاف بينهما عديدة وهي التي تميز نظام التقديم كنظام فريد أتى به النظام الأساسي، وذلك على النحو التالي:

أولاً: بالنسبة للأساس القانوني:

تتعدد الأسس القانونية التي يقوم عليها التسليم، فالدولة المطلوب منها التسليم تسلم المتهم المتواجد على إقليمها استناداً إلى مبدأ الإقليمية، القائم على فكرة سيادة الدولة على إقليمها، في حين أن الدولة طالبة التسليم، قد تستند في طلبها للتسليم على مبدأ الشخصية، إذا كان المتهم أحد رعاياها (مبدأ الشخصية الإيجابية)، وقد تستند إلى مبدأ العينية، على أساس ارتكاب ذلك الشخص لجرائم تمس مصالح عليا لها، أو لمبدأ العالمية، على أساس ارتكاب ذلك الشخص لجرائم تمس المجتمع الدولي بأسره كالجرائم الدولية.

أما بالنسبة للتقديم، فينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية في حالة عدم رغبة أو عدم قدرة المحاكم صاحبة الولاية القضائية على الاضطلاع بإجراءات التحقيق أو المقاضاة عن الجرائم وفقاً لمبدأ التكميلية، ويعد هذا هو الأساس القانوني الذي يستند إليه طلب القبض والتقديم المقدم من المحكمة.

وبالنسبة لمصادر التسليم، فتختلف عن مصادر التقديم، ففي حين يجد التسليم مصادره في المعاهدات الدولية والقانون الداخلي والعرف الدولي، كمصادر أصلية، وكذلك شرط المعاملة بالمثل وقواعد الأخلاق والمجاملات وأحكام المحاكم والاجتهادات الفقهية كمصادر احتياطية، فإن التقديم مصدره أحكام النظام الأساسي.

ثانياً: بالنسبة للجرائم:

من حيث الجرائم، فإن اتفاقية التسليم هي التي تحدد الجرائم التي يجوز التسليم عنها،

١. أنظر تعريفات الفقه المصري للتسليم:

د/ حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، الطبعة الثانية، ١٩٦٥، الناشر دار النهضة العربية، ص ٤٠٩.
د/ عبد الغنى محمود، تسليم المجرمين على أساس المعاملة بالمثل، الطبعة الأولى، ١٩٩١، دار النهضة العربية، ص ٣.
د/ أحمد شوقي أبوظهرة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ص ١٢٨.

جدير بالذكر أنه ليس في القانون المصري نصوص تنظم أحكام تسليم المجرمين، بل أن الأمر متروك للاتفاقيات الدولية التي تعقدها مصر بهذا الخصوص، وعلى خلاف ذلك، فإن لبنان من الدول التي تنظم التسليم بمقتضى تشريع داخلي، وهو ما نصت عليه المواد من ٣٠ إلى ٣٦ من قانون العقوبات اللبناني، ويشار للتسليم فيها "بالاسترداد".

وتتبع الدول فى تحديد الجرائم التى يجوز عنها التسليم أحد أساليب ثلاثة^(١):

(١) **أسلوب القائمة**: وذلك عن طريق إدراج قائمة من الجرائم يجوز عنها التسليم على سبيل الحصر (كجرائم القتل - السرقة - تزيف العملة..). وتعد تلك الطريقة غير شائعة، حيث تؤدى لإفلات المجرمين من التسليم متى كانت الجرائم التى ارتكبوها غير مدرجة بالقائمة.

(٢) **معييار جسامة الجريمة**: ويعنى هذا الأسلوب أن تحدد الدول الحد الأدنى للعقوبة المقررة للجرائم التى يمكن أن يتم التسليم بمقتضاها، يعد هذا الأسلوب أكثر شيوعاً من سابقه، حيث يمكن الدول من التسليم عن جرائم ذات جسامة معينة بغض النظر عن تكييفها أو طبيعة السلوك الإجرامى المكون لها.

(٣) **الأسلوب المختلط**: ويجمع بين النظامين السابقين، حيث يعتمد على تحديد جرائم معينة تمثل خطراً على الدول الأطراف فى معاهدة التسليم، يتم إدراجها كجرائم يجوز عنها التسليم بغض النظر عن درجة جسامتها أو العقوبة المقررة عليها، فضلاً عن جواز التسليم عن جرائم أخرى على درجة معينة من الجسامة، وهذا الأسلوب شائع أيضاً، حيث يجمع بين مزايا الأسلوبين السابقين.

بيد أن هناك طائفة من الجرائم، تكاد تجمع الاتجاهات الدولية على استثائها من الجرائم التى يجوز عنها التسليم، وأكثر تلك الجرائم شيوعاً هى: الجرائم السياسية، والجرائم العسكرية، والجرائم الاقتصادية.

أما بالنسبة للجرائم التى يجوز عنها "التقديم"، فى إطار نظام روما الأساسى فهى أربعة على سبيل الحصر: جرائم الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، والعدوان، على أن يعلق العمل بالأخيرة لحين الاتفاق على تعريف لها، ويحكم تلك الجرائم معيار الخطورة، بمعنى أنه لا يكفى ارتكاب تلك الجرائم فى حد ذاتها وإنما يجب أن تكون على قدر معين من الخطورة.

يرى Triffterer أن الجرائم التى تختص بها المحكمة ليست كل الجرائم التى تهم المجتمع الدولى بأسره، أو كل الجرائم ذات الخطورة والبشاعة، ولكنها فقط أكثر الجرائم خطورة **The Most Serious Crimes**، التى تعتدى على القيم المحمية فى المجتمعات كالسلام و الأمن والرفاة الدولى^(٢).

وعلى الرغم من عدم تعريف معيار الخطورة **The Gravity threshold** فى النظام الأساسى أو قواعد الإجراء والدليل أو الأعمال التحضيرية، إلا أنه يمكن بصفة عامة استخلاص معيار الخطورة من خلال أعمال المحاكم الجنائية الدولية الخاصة (ad hoc tribunals)، وكذلك عمل المدعى العام ودوائر ما قبل المحاكمة، والذى لا يخرج عن معيارين: فإما أن تعنى الخطورة خطورة الجريمة، أو تعنى خطورة المتهم.

١. أنظر د/ عبد الفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، بدون سنة نشر، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٥٦-٢٦٦.

كذلك أنظر بصفة عامة د/ فائزة بونس الباشا، الجريمة المنظمة فى ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، طبعة ٢٠٠٢، الناشر دار النهضة العربية، ص ٤١٦ وما بعدها.

٢. See: Otto Triffterer; Rome Statute of The International Criminal Court, In Otto Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P. 9

أولاً: معيار خطورة الجريمة (المعيار الموضوعي):

حدد مكتب المدعي العام عدة معايير تقاس عليها خطورة الجريمة وهي: عدد القتلى، عدد الضحايا (وبصفة خاصة ضحايا الاغتصاب وضحايا النيل من التكامل الجسدي)، قسوة الجريمة، ومنهجيتها، وطبيعتها، وأثارها⁽¹⁾، فى حين ذهبت دائرة ما قبل المحاكمة الأولى والخاصة بحالة الكونغو الديمقراطية إلى أن خطورة الجريمة تقاس بما تسببه من إنذار اجتماعي (Social Alarm) للمجتمع الدولي بأسره، فضلاً عن ضرورة توافر المنهجية واسعة النطاق فى السلوك المكون للجريمة⁽²⁾.

ثانياً: معيار خطورة المتهم:

حدد مكتب المدعي العام معيار وحيد لتحديد خطورة المتهم وهو دوره فى ارتكاب الجريمة، فتختص المحكمة بمعاينة كبار القادة ممن يتحملون أشد المسئولية عن الجرائم المرتكبة، وفى حالة أوغندا، وبالرغم من تورط حركتين بارتكاب جرائم تدخل فى اختصاص المحكمة، إحداهما حركة الرب للمقاومة (The Lords Resistance Army (LRA)، وحركة قوات الدفاع للشعب الأوغندي (The National Uganda Peoples Defence Forces (UPDF)، إلا أن المدعى العام قد حرك التحقيق ضد الأولى دون الثانية، وعلل المدعى العام ذلك بأن الجرائم التى ارتكبتها حركة الرب للمقاومة كانت أكثر خطورة وتعددية من نظيرتها المرتكبة على أيدي حركة قوات الدفاع للشعب الأوغندي⁽³⁾.

كذلك الوضع بالنسبة لحالة السودان، فقد أعلن المدعى العام أنه استلم خطاباً مغلقاً من السكرتارية العامة للأمم المتحدة يتضمن قائمة بالأشخاص المتورطين فى حالة دارفور، إلا أنه لا يعتبر أن هذه القائمة ملزمة فى شيء، فلن يتم تحريك التحقيق إلا بالنسبة لكبار القادة و المسئولين (big fish) ، على أن تترك محاكمة الباقين للمحاكم الوطنية⁽⁴⁾.

1. ذهب المدعى العام فى تصريح له إلى أنه "عند تحديد الخطورة، فيوضع فى الحسبان عدة عوامل منها عدد القتلى الضحايا، وأثر الجريمة".

- Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the ICC, Informal Meeting of Legal Advisors to Ministries of Foreign Affairs, New York, at 6, 26 October 2005

2. See: Sharon A. Williams and William A. Schabas, Issues of Admissibility, In Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P.620

3. بالرغم من أن طلب أوغندا بالتحقيق كان عن الجرائم المرتكبة فى شمال أوغندا على أيدي قوات الرب للمقاومة (LRA)، إلا أن المدعى العام قد قرر أن يشمل التحقيق الجرائم المرتكبة على الإقليم الأوغندي بكامله، وأن يشمل ذلك حركة الرب للمقاومة (LRA)، وحركة قوات دفاع الشعب الأوغندي UPDF.

- In Otto Triffterer (ed.): Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' notes, Article by Article, op.cit, P.621

4. See: Ralph J. Henham, Paul Chalfont, Paul Behrens, the Criminal Law of Genocide, Published by Ashgate Publishing, P.45.

- فى حين كانت قائمة المتورطين فى الجرائم التى ارتكبت فى دارفور طويلة، اقتصر طلب المدعى العام بالقبض على اثنين فقط، الأول: (أحمد هارون) الذى عمل بمنصب وزير الداخلية فى الأعوام ٢٠٠٤، ٢٠٠٣، وقد نظم استخدام ميليشيا الجنجويد فى الهجوم على المدنيين، فكانت الجرائم المرتكبة فى دارفور نتيجة نظامه الأمنى المحبك، وكان هو المختص الوحيد بتلقى تقارير بشأن الوضع الأمنى بدارفور، والثانى (على كوشيب) قائد ميليشيا الجنجويد، ومنظم الهجمات الأربع على القرى، وفقاً لخطة هارون الأمنية، مما أسفر عنه تهجير أكثر من مليونى دارفوري، وإجبارهم على العيش فى مخيمات، وفى مطلع ٢٠٠٩ أصدر المدعى العام ثالث أمر قبض بشأن حالة دارفور، وهو أمر القبض الخاص بالرئيس السودانى عمر البشير.

وتؤيده في ذلك دائرة ما قبل المحاكمة، فقد قررت بأن "الخطورة الواردة بالمادة ١٧/١/د من النظام الأساسي، تعنى أن المحكمة تحرك التحقيق فقط ضد كبار القادة المتوقع تحملهم المسؤولية الأكبر عن الجرائم المرتكبة في أية حالة والداخلة في اختصاص المحكمة^(١).

كذلك فقد رأت أن معيار "كبار القادة"، يتكون من ثلاثة عناصر، الأول: المركز الذي يشغله المتهم كأن يكون الشخص الوحيد الذي يستطيع أن يمنع أو يوقف المحكمة الجرائم بفعالية قصوى بحكم منصبه، الثاني: الدور الذي لعبه أثناء قيام الدولة أو الجماعة المسلحة أو المنظمة التي ينتمي إليها بالمحاكمة الجرائم، الثالث: الدور الذي لعبته الدولة أو الجماعة المسلحة أو المنظمة التي ينتمي إليها في المحكمة الجرائم.

وتستند دائرة ما قبل المحاكمة في ذلك بما ورد في قرار مجلس الأمن رقم ١٥٣٤ الخاص بإحالة حالة دارفور، حيث ورد فيه التذكير بأهمية أن "تركز المحكمة على كبار القادة ممن يتحملون أشد المسؤولية"^(٢).

الخلاصة:

ان نظام التقديم يتشابه مع نظام التسليم في مضمونه من حيث أنه نقل المتهمين من دولة إلى دولة أخرى بغرض المحاكمة، إلا أنه يختلف عن التسليم فنياً من حيث الأساس القانوني لكل منهم فالتسليم يجد أساسه في اتفاقيات التسليم والعرف الدولي، في حين يجد التقديم أساسه في نظام روما الأساسي، ومن حيث الجرائم ففي حين تحدد اتفاقيات التسليم والعرف الدولي تلك الجرائم وغالباً ما تكون وفقاً للقانون الوطني، إلا أن التقديم لا يكون إلا عن أربع جرائم دولية على سبيل الحصر ووفقاً لمعيار أشد الجرائم خطورة.

المبحث الثاني

إشكاليات الاستجابة لطلب التقديم

يثير نظام تسليم المجرمين بصفة عامه عدة إشكاليات قانونية، منها شرط التجريم المزدوج وجنسية الشخص المراد تسليمه ومبدأ الخصوصية، فهل يمكن إثارة تلك الإشكاليات أيضاً بالنسبة لنظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية؟ وما موقف النظام الأساسي للمحكمة من ذلك؟

سيناقش هذا المبحث تلك الإشكاليات على ثلاث مطالب يتناول كل منها إشكالية معينة لنظام تقديم المتهمين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: شرط التجريم المزدوج.

المطلب الثاني: جنسية الشخص المراد تقديمه.

المطلب الثالث: مبدأ الخصوصية.

1. See: Lubanga, PTCl, 10 February 2005, op. cit, p. 41

2. See: Sharon A. Williams and William A. Schabas, Issues of Admissibility, In Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P.620

المطلب الأول

شرط التجريم المزدوج

يعد شرط التجريم المزدوج مبدأً شائعاً في العديد من التشريعات الوطنية واتفاقيات التسليم، ويعنى أن يكون الجرم محل التسليم يمثل جريمة أو يخضع للعقاب في كلتا الدولتين (طالبة التسليم، والمطالبة بالتسليم)، ويعتبر هذا الشرط من الشروط المألوفة في معظم حالات التسليم، ولا يشترط تطابق التكييف القانوني لذات الواقعة الجرمية أو تطابق العقوبة في كلتا الدولتين، بل يكفي أن يشكل الفعل جريمة أو أن يكون معاقباً عليه في تشريع كلتا الدولتين.^(١)

ويتفق شرط التجريم المزدوج مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذي يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فلا يتصور أن تقوم دولة بتسليم شخص لمحاكمته عن فعل لا ترى أنه يشكل جريمة أو غير معاقب عليه في تشريعاتها، كما أنه من غير المنطقي أن يجد الشخص نفسه مطلوباً للمحاكمة أمام جهة أجنبية عن فعل لم يكن يعرف أنه مجرم أو معاقب عليه.^(٢)

ويثور التساؤل في هذا المقام حول مدى تطلب هذا الشرط في نظام التقديم، فهل لابد من أن تعاقب الدولة المطلوب منها تقديم المتهم في تشريعها الوطني على إحدى جرائم المحكمة بالإبادة الجماعية أو جرائم الحرب على سبيل المثال؟

إن تفسير شرط التجريم المزدوج يتم على إحدى طريقتين، الطريقة الأولى: شكلية (in concerto) وتتعلق بإسم الجريمة المرتكبة - وتفسير عناصرها تفسيراً ضيقاً - ولا يعتبر شرط التجريم المزدوج متوافراً إلا بتطابق جميع أركان الجريمة، والطريقة الثانية: موضوعية (in abstracto)، تعتمد على تجريم النشاط الإجرامي بصرف النظر عن مسماه في كلا التشريعين، وتعتمد تلك الطريقة على تفسير أوسع للجريمة من الطريقة الأولى.^(٣)

وأما بالنسبة للحال أمام المحكمة الجنائية الدولية، يرى Knoop أنه من غير المتصور إثارة هذا الشرط في نطاق تقديم المجرمين للمحكمة الجنائية الدولية أو لأي محكمة جنائية دولية أخرى، لأنه باستثناء الدول القليلة التي تأخذ بمبدأ العالمية كبلجيكا وإسبانيا فإن أكثر النظم الوطنية لم تدخل اتفاقيات منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، أو اتفاقيات جنيف الأربع أو اتفاقية منع التعذيب حيز النفاذ لديها، وبالتالي فإن تشريعاتها لا تعاقب على تلك

١. ويستتشف شرط الازدواجية الجرمية من نص المادة ٣٣ من قانون العقوبات اللبناني حيث لا يجوز تسليم متهم لدولة ما من أجل المعاقبة عن فعل لا عقاب له في القانون اللبناني. وكذلك تم النص على هذا الشرط في التشريع الفرنسي للتسليم الصادر في ١٠ مارس عام ١٩٢٧، وكذلك بالمادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية للتسليم المبرمة في ١٣ ديسمبر ١٩٥٧. المصدر: د/ سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة، الناشر منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة ٢٠٠٣، ص ١٤٩.

٢. أنظر د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣، ص ٧٨ فقرة ٦٤، كذلك أنظر للمزيد حول الازدواجية الجرمية: د/ عادل يحيى، وسائل التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية، الطبعة الأولى، الناشر دار النهضة العربية، ص ٦٨ وما بعدها. كما يعد شرط التجريم المزدوج جزءاً من العرف الدولي، فيمكن تطبيقه ولو لم تنص اتفاقيات التسليم عليه.

- See: Geert-Jan Alexander Knoop, Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures, International and Comparative Criminal Law Series, Transnational Publishers, 2002, P.102.

٣. جدير بالذكر أن الكونجرس الدولي للقانون الجنائي العاشر بروما عام ١٩٦٩، كان قد حث الدول على عدم المغالاة في التمسك بشرط التجريم المزدوج - بصفة عامة - عند النظر في طلبات التسليم، وإذا ما أُلزمت ظروف معينة كاعتبارات النظام العام ضرورة تطبيقه، فيتوجب على الدول في هذه الحالة أن تطبقه وفقاً للتفسير الموضوعي.

- See, M. Cherif Bassiouni, International Extradition and World Public Order, op.cit, P.322

الجرائم بهذا المستوى، وبناءً عليه فإذا أخذنا بمبدأ التجريم المزدوج فلن يتم تقديم أى متهم للمحكمة^(١).

ونؤيد ما ذهب إليه Knoops في هذا المقام، فنرى ان مبررات مبدأ التجريم المزدوج قد لا تجد لها مجالاً أمام المحكمة الجنائية الدولية، لخطورة الجرائم التي تحاكم عنها المحكمة والطبيعة المتميزة لعمل المحكمة باعتبارها قضاء دولي دائم، فما يسري من مبادئ على نظام التسليم التقليدي لا يجب بالضرورة أن يسرى على نظام التقديم، ويؤيد ذلك ما قضت به المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في خصوص الإخفاق في تسليم Ntakirutimana بأنه: من أجل أن تقدم المساعدة اللازمة للمحاكم الدولية الخاصة Ad Hoc Tribunals، ولتقوم بعملها على أكمل وجه، فإنها [أى المحكمة الجنائية الدولية برواندا] تحث الدول على التفاوض عن بعض متطلبات التعاون [في تشريعاتها الوطنية] بصفة عامة، ومتطلبات التسليم بصفة خاصة.

ومن ناحية ثانية، فإذا كان الغرض من التمسك بمبدأ التجريم المزدوج كشرط للتسليم، هو حماية الشخص المطلوب وفقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فإن اختصاص المحكمة يسري من حيث الزمان على الجرائم المرتكبة بعد ٣٠ يوليو ٢٠٠٢، وجدير بالذكر أنه حتى هذا التاريخ فقد صدقت العديد من الدول على الاتفاقيات المنظمة لمعظم الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، وعليه فلا مجال للقول بانتفاء علم الشخص المطلوب تسليمه بأن الفعل مجرم أو معاقب عليه، وبالتالي فلا مجال لانتهاء مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

ومن ناحية ثالثة، فعلى الدول الأطراف أن تلتزم بأحكام النظام الأساسي، وقد تطلب هذا النظام من الدول، أن تراعى في متطلباتها للوفاء بعملية التقديم ألا تكون تلك المتطلبات أثقل وطأة من المتطلبات التقليدية للتسليم، ويجب أن تكون إن أمكن ذلك أقل وطأة من تلك المطلوبة للتسليم لأية دولة أخرى، فإذا ما تم الأخذ بهذا الاعتبار من ناحية، بالإضافة إلى اعتبارات الطبيعة المتميزة للمحكمة، فضلاً عن اعتماد نجاح عمل المحكمة على تعاون الدول الأطراف، وخطورة الجرائم المرتكبة وشخص مرتكبها، يضحى التمسك بشرط التجريم المزدوج لا محل له^(٢).

كذلك فإن مبدأ التجريم المزدوج أخذ يخبو في الآونة الأخيرة، ولم يعد شرطاً للتسليم في العديد من الوثائق الدولية الحديثة وبصفة خاصة تلك المبرمة بين دول الاتحاد الأوروبي، ومثال ذلك أوامر القبض الأوروبية The European Arrest Warrant، التي لا تتطلب شرط التجريم المزدوج بالنسبة للعديد من الجرائم ومنها الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وكذلك الأمر في بعض الاتفاقيات الثنائية بين الدول التي تربطها علاقات قوية، مثل اتفاقيات التسليم بين الدول الإسكندنافية.^(٣)

المطلب الثاني

1. See: Geert-Jan Alexander Knoops, Surrendering to International Criminal Courts, Contemporary Practice and Procedures, op.cit, P.105
2. International Criminal Court: Manual for Ratification and implementation of the Rome statue, p. 7. Available at: <http://www.iccnw.org>
3. See: Article (2) of the Framework Precision on the European Arrest Warrant, Also, Article (7) of the EU Extradition Convention, Available at: Europa.eu/legislation_summaries/index_en.htm

جنسية الشخص المراد تقديمه

تعد مسألة الجنسية في كثير من الأحوال عقبة أمام تسليم المجرمين، ففى كثير من الأحوال لا تسمح التشريعات الوطنية بتسليم المواطنين، وقد تضع شروطاً معينة لتسليم الأجانب المقيمين بها، ولذلك ينبغي التفرقة بين فئتين في التسليم: تسليم الأجانب وتسليم المواطنين.

أولاً: تسليم غير المواطنين (الأجانب):

وفى هذه الحالة يكون الشخص المطلوب تسليمه، من غير رعايا الدولة المطلوب منها التسليم، وتفترض هذه الحالة ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن يكون الشخص المطلوب تسليمه من رعايا الدولة طالبة التسليم وهذه الحالة لا يثير التسليم فيها أية مشكلات، إذ تتفق أكثر الاتجاهات الدولية على جواز تسليم رعايا الدولة طالبة إليها، وذلك تطبيقاً لمبدأ الشخصية الإيجابية، ويجب على الدولة المطلوب منها التسليم فى هذه الحالة أن تتأكد من أن الشخص المطلوب تسليمه ينتمى بجنسيته بالفعل للدولة طالبة التسليم، ولا يمكن إثارة هذا الفرض فى إطار التقديم للمحكمة الجنائية الدولية^(١).

الفرض الثانى: أن يكون الشخص المطلوب تسليمه من رعايا دولة ثالثة، بخلاف الدولة طالبة التسليم والدولة المطلوب منها التسليم.

القاعدة فى هذه الحالة أن أمر التسليم هنا يخضع لمبادئ المعاملة بالمثل، وقواعد المجاملات والأخلاق الدولية، وإعمالاً لتلك المبادئ، فعلى الدولة المطلوب منها التسليم أن تقوم باستشارة الدولة التى ينتمى إليها الشخص المطلوب بجنسيته فقط من باب الاستشارة وهى مجرد استشارة قد تأخذ بها الدولة المطلوب منها التسليم أو لا تأخذ بها وذلك وفقاً لتقديرها ومصالحها^(٢).

والاستثناء من تلك القاعدة، أن تتضمن نصوص معاهدة التسليم بين الدولة طالبة والدولة المطلوب منها التسليم، نصاً يلزم الأخيرة باستشارة الدولة التى ينتمى إليها الشخص المطلوب بجنسيته، ومثال تلك المعاهدات، المعاهدات الثنائية التى أبرمتها مصر مع غيرها فى مجال التسليم^(٣).

ويلاحظ ان استشارة دولة ثالثة له العديد من العيوب، فهو يؤدي لعرقلة وبطء السير فى إجراءات التسليم، فضلاً عن المشاكل المترتبة على رفض الدولة الثالثة السماح للدولة المطلوب منها التسليم بتسليم أحد رعاياها، حيث لا مبرر قانونياً لرفض الدولة المطلوب منها التسليم لطلب التسليم بناء على رفض دولة ثالثة، كما انه من غير المنطقي أن ترفض الدولة الثالثة تسليم شخص لا يوجد على إقليمها ولم يُطلب منها تسليمه^(٤).

١. أنظر د/ أحمد أبو الوفا، الوسيط فى القانون الدولى العام، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤، الناشر دار النهضة العربية، ص ٣٩٠ وما بعدها، كذلك أنظر د/ سليمان عبدالمنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

٢. أنظر د/ سليمان عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٤٩ وما بعدها.

٣. أنظر د/ عبدالفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

٤. انظر د/ عبدالفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

وأما بالنسبة لتقديم شخص ما للمحكمة الجنائية الدولية من رعايا دولة أخرى غير الدولة المطلوب منها التقديم، فإن الأمر مختلف، فإذا كان الشخص المطلوب من رعايا دولة ثالثة طرف في نظام روما الأساسي، ففي هذه الحالة لا يلزم استشارتها حيث أن رضاها مفترض، إذ لو كان المتهم على إقليمها لوجب عليها تقديمه للمحكمة، ويكفي في هذا الفرض إخطار الدولة الثالثة بذلك.

أما إذا كان الشخص المطلوب من رعايا دولة ثالثة غير طرف في نظام روما الأساسي فقد تعرضت المادة ٢/٩٨ من نظام روما الأساسي لتلك المسألة حيث نصت على أنه "لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم يتطلب من الدولة الموجه إليها الطلب أن تتصرف على نحو لا يتفق مع التزاماتها بموجب اتفاقيات دولية تقتضى موافقة الدولة المرسلّة كشرط لتقديم شخص تابع لتلك الدولة للمحكمة، ما لم يكن بوسع المحكمة أن تحصل أولاً على تعاون الدولة المرسلّة لإعطاء موافقتها على التقديم".

ويستفاد من نص المادة ٢/٩٨ أنه في حالة وجود اتفاقية دولية تقتضى موافقة دولة ثالثة لتقديم شخص ما للمحكمة، فإن المحكمة يكون أمامها خياران، إما أن تمتنع بداءة عن توجيه طلب التقديم لتلك الدولة، أو تتفاوض مع الدولة الثالثة لإجراء تعاون معها بشأن موافقتها على التقديم.

الفرض الثالث: حالة تعدد جنسية الشخص المطلوب أو انعدامها:

يعتبر الشخص متعدد الجنسية متى حصل على جنسية دولة أخرى غير دولته المنتمى إليها بجنسيته، وقد يكون هذا التعدد معاصراً للميلاد وهي الحالات الأكثر شيوعاً أو يكون لاحقاً على الميلاد^(١).

ونظراً لعدم اهتمام الاتفاقيات الدولية للتسليم أو تشريعات التسليم الداخلية بتنظيم حالة تعدد جنسية الشخص المطلوب تسليمه، فالأمر متروك لمبدأ المعاملة بالمثل وقواعد المجاملات الدولية، وذلك سواء كانت إحدى جنسيات الشخص المطلوب هي للدولة طالبة التسليم أو المطلوب منها التسليم، أو كان التعدد لدول أخرى^(٢).

أما بالنسبة للوضع في إطار نظام روما الأساسي، فلا مجال لتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل أو قواعد المجاملات، ولذلك فإذا أثرت مسألة تقديم شخص للمحكمة يتبع بجنسيته لعدة دول غير الدول المطلوب منها التقديم، فهل يجب موافقة كل الدول التي ينتمى إليها بجنسيته؟

واقع الأمر لا يخرج عن فرضين، الأول: أن تكون إحدى تلك الدول دولة طرفاً في نظام روما الأساسي، وفي هذه الحالة يعد رضا تلك الدولة مفترضاً - كما سبق البيان، الثاني: أن تكون الدول التي يحمل جنسيتها دولاً غير أطراف، وفي هذه الحالة يطبق معيار الجنسية الفعلية، فعلى المحكمة أن تتفاوض مع دولة واحدة منهم هي صاحبة الجنسية الفعلية للشخص المطلوب للحصول على موافقتها.

أما بالنسبة لعدم الجنسية فهو الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً فيها بمقتضى

١. حول تعدد الجنسية أنظر :

د/ فواد رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجنبي، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٥، ١٩٨٨، ص ٨٠ وما بعدها.

د/ مجد الدين طاهر خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمعدد الجنسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٧.

٢. د/ عبدالفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

تشريعها، ولانعدام الجنسية آثار عديدة منها أن الشخص عديم الجنسية لا يتمتع بأية حماية من جانب أية دولة إلا إذا كانت هذه الحماية مقررة بموجب اتفاقية دولية أو قواعد وطنية، كذلك فإن عديم الجنسية ليس أجنبياً لأن الأجنبي له حقوق وواجبات تحميها الدولة الأجنبية، لذا فإن عديم الجنسية شخص يجوز تسليمه دون أية قيود أو عوائق^(١).

ثانياً: تسليم المواطنين:

يكاد يكون هناك اتفاق بين الاتجاهات الدولية المعاصرة على عدم جواز تسليم الرعايا، باستثناء قلة قليلة من الدول تجيزه، وذلك على النحو التالي:

الاتجاه السائد: مبدأ عدم جواز تسليم الرعايا:

يذهب هذا الاتجاه لعدم جواز تسليم الرعايا بصفة مطلقة، ويستند هذا المبدأ لواجب تاريخي على الدول بحماية رعاياها وسيادتها وعدم الثقة في القضاء الأجنبي، وذلك لعدة اعتبارات منها عدم جواز مخاطبة الجاني بأحكام قانونية ونظم إجرائية يجهلها وفقاً لمبدأ الشرعية، أو مخاطبته بلغة أجنبية لا يفهمها بعيداً عن دولته^(٢).

ومثال ذلك دولة يوغسلافيا فقد رفضت نقل المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة على أساس نص دستوري يقضي بمنع تسليم المواطنين^(٣).

وعلى صعيد المؤتمرات التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية، فقد أشارت كثير من الوفود خاصة من القارة الأوروبية وأمريكا اللاتينية والدول العربية إلى مبدأ حظر تسليم الرعايا الوارد بدساتيرها، ورأت أنه من الصعب تخطي هذه العقبة حتى بالنسبة لنظام روما الأساسي، وأعربت عن شكها في قدرة نظامها الوطني على تقبل التعاون في تسليم الرعايا، وعلى أثر تأزم الوضع اقترحت بعض الوفود أن يوضح النظام الأساسي تمسك الدول بمبدأ عدم جواز تسليم الرعايا بصفة عامة، وقبولها تسليمهم فقط في حدود نظام روما الأساسي^(٤).

وفى النهاية تم الاتفاق على وضع المادة ١٠٢ لتوضح أن مفهوم التقديم يختلف عن التسليم، وعليه فإن التزام الدول بتقديم رعاياها للمحكمة لن يخل بمبدأ عدم جواز تسليم الرعايا، ويمكن الدول من الاحتجاج بهذا المبدأ أمام أية دولة أخرى، لأن التقديم يختلف عن التسليم^(٥).

ويرى Schabas أن هذه المادة قد حلت الخلاف خلال المؤتمر التحضيرى، إلا أنه ومع ذلك فمن الصعب التكهّن بمسلك القاضى الوطنى فى تطبيق مبدأ عدم جواز تسليم الرعايا، ففى

١. المرجع السابق، ص ٢٢٣.

2. See: M. Cherif Bassiouni, International Extradition and World Public Order, op. cit., P. 593.

3. ICTY Report to the United Nations 1997, UN Doc. A/52376/ and S/1997729/, Para. 189.

٤. أثناء المناقشات التحضيرية حول التعاون مع المحكمة، أصرت العديد من الدول على التمسك بمبدأ عدم جواز تسليم الرعايا كأساس لرفض الامتثال لطلبات التقديم - كما سبق البيان، وقد حاول الرئيس والوفد الألماني والسويسري وبعض الدول الأخرى، عقد استشارات ثنائية مع الدول الراضية لإثباتها عن موقفها ولتأخذ موقفاً مرناً، ولكن تحقق الإجماع اللازم لذلك كان عقبة فى طريق تلك الجهود، ثم حاولت مرة أخرى الدانمرك والنرويج والسويد وسويسرا، مما نتج عنه اقتراح أن يتم تقديم الرعايا للمحكمة بشرط أن يتم إعادتهم للدول التى قدمتهم لتنفيذ الحكم بها، وفى حين اقتنعت فرنسا وألمانيا وكندا وبعض الدول بذلك، أصرت باقى الدول على موقفها.

- See: Phakiso Mochochoko, International Cooperation and Judicial Assistance, In Roy S.Lee (ed.), The Making of Rome Statute, London, Kluwer Law International, 2002., P.311.

5. See: Claus Kreb/Kimberly Prost, International Cooperation and Judicial Assistance, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P.1646

الدول التي تأخذ بهذا المبدأ سيكون من الصعب على القاضى أن يفرق بين التقديم والتسليم، وقد لا يعترف أصلاً بهذه التفرقة فالواقع العملى هو الذى سيثبت ذلك أو خلافه^(١).

أرى أنه لا مجال للإحتجاج بهذا المبدأ فى مجال التقديم للمحكمة الجنائية الدولية، حيث أن هناك اختلافاً بين "التقديم" للمحكمة الجنائية الدولية، و"التسليم" لدولة ما، فالمحكمة هيئة دولية أنشئت وفقاً للقانون الدولي وبمشاركة الدول المعنية وعليه فإن المحكمة الجنائية الدولية ليست قضاءً أجنبياً، فهى أشبه بامتداد لولاية القضاء الجنائى الوطنى - وفقاً لمبدأ التكميلية - وبالتالي فلا يتعارض التقديم للمحكمة الجنائية الدولية مع أى نص دستورى أو تشريع وطنى يحظر تسليم الرعايا لقضاء أجنبى أو لدولة أجنبية، لأن المحكمة ليست دولة أجنبية أو تعد قضاءً أجنبياً، كذلك فإن المحاكم الدولية التى تنشئها الدول بموجب أحكام القانون الدولي والتي تشارك فيها كدول أطراف لا يمكن مقارنتها بأية محكمة وطنية أجنبية.

وجدير بالذكر أن رأي المجلس الدستوري الفرنسي فى نظام روما الأساسى قد أتى دون أية إشارة لهذا الموضوع، بالرغم من أن فرنسا تعتقد مبدأ عدم جواز تسليم الرعايا بموجب دستورها، مما يشير لعدم وجود تعارض بين الدستور الفرنسي ونظام روما الأساسى، كما ذهبت المحكمة الدستورية فى الإكوادور إلى أن تسليم الرعايا الذى يحظره الدستور لا ينطبق على تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية^(٢).

الاتجاه الآخر : جواز تسليم الرعايا:

وهذا الاتجاه لا يرى ما يمنع من تسليم المواطنين لأية دولة، استناداً إلى أن القضاء الوطنى فى الدولة التى ارتكبت الجريمة على إقليمها يكون أقدر على تحقيق الواقعة وجمع الأدلة، كما أن فى تسليم المواطنين ممارسة لمبدأ سيادة الدولة وليس العكس.

ومثال لهذا الاتجاه ما أكدته تواتر الأحكام القضائية فى المملكة الأردنية الهاشمية حيث قضت

1. For more details See: William A.Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, (third Edition), Published by Cambridge University Press, 2007, P.134
2. See: International Criminal Court, Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statue, op. cit. p. 77

وأورد المجلس الدستوري الفرنسي ثلاث مسائل لا تتوافق مع نظام روما الأساسى، وذلك بموجب قراره الصادر فى يناير ١٩٩٩، وتتمثل تلك المسائل فى:

١- إن المادة ٢٧ من نظام روما الأساسى الخاصة بعدم الاعتداد بحصانة رؤساء الدول، تتعارض مع المواد ٢٦، ٦٨، ١/٦١ من الدستور الفرنسي.

٢- إن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يؤثر على السيادة الوطنية الفرنسية من وجهين، الأول: إن المحكمة الجنائية الدولية قد تمارس اختصاصها على أفراد مشمولين بالعفو وفقاً لقانون العفو الفرنسي، الثانى: إن المحكمة قد تمارس اختصاصها بمقاضاة أشخاص عن جرائم سبق إسقاطها بموجب قوانين فرنسية بسبب التقدم.

٣- إن صلاحيات المدعى العام بالمحكمة الجنائية الدولية واسعة وكبيرة بشكل يؤثر على السيادة الوطنية، كإمكانية قيامه بإجراءات التحقيق الابتدائى كجمع أقوال الشهود وإجراءات المعاينة على الإقليم الفرنسي دون حضور ممثلى النظام القضائى الفرنسي.

منشور على الموقع الإلكتروني:

- <http://www.justice.Gouv.Fr/arbo/publicat/noteB.htm>. conseil constitutionnel, Décision 98-408 DC du 22 Janvier.

ولتفادى تلك العقبات الدستورية، فقد اقترح المجلس الدستوري الفرنسي تعديل الدستور بإدخال نص جديد فيه ضمن المادة ٢/٥٣ يقضى بأنه "يجوز للجمهورية الاعتراف باختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ضمن الشروط التى نصت عليها معاهدة روما الموقعة بتاريخ ١٨/يونيو/١٩٩٨".

"بأن كون المطلوب تسليمه من رعايا المملكة الأردنية الهاشمية لا يمنع من تسليمه إلا إذا رأت الجهات المختصة الملك محاكمته"^(١).

وكذلك بعض اتفاقيات التسليم التي تعقدها الولايات المتحدة، حيث إنها في الغالب لا تخرج عن ثلاثة أنماط: الأول: تلتزم بموجبه الولايات المتحدة بتسليم كافة الأشخاص All Persons، وقد فسرت المحكمة العليا الأمريكية كلمة الأشخاص بأنها تشمل المواطنين وغير المواطنين^(٢)، والثاني: وهو الشائع ينص على ألا يتقيد الطرفان بتسليم مواطنيهم أو أي أشياء^(٣)، والثالث: ينص على ألا يتقيد الطرفان بتسليم مواطنيهم، ولكن للسلطة التنفيذية أن تقرر خلاف ذلك وفقا لكل حالة^(٤).

المطلب الثالث

قاعدة الخصوصية

استقر العمل الدولي على عدم جواز محاكمة الشخص المطلوب تسليمه عن جريمة أخرى غير الجريمة الواردة في طلب التسليم، فيما يعرف بقاعدة الخصوصية، ولم يخرج النظام الأساسي عن تلك القاعدة المألوفة فنص عليها بدوره.

يقصد بقاعدة الخصوصية Rule of Specialty في مجال تسليم المجرمين أنه لا يجوز محاكمة الشخص المطلوب أو تنفيذ عقوبة عليه، إلا عن الجريمة التي من أجلها تم تسليمه، فلا يجوز محاكمته أو معاقبته عن جريمة بديلة أو إضافية لتلك الواردة في طلب التسليم، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو معاهدة تنص على خلاف ذلك^(٥).

وتستهدف قاعدة الخصوصية حماية حقوق الشخص المطلوب، ومنها حقه في محاكمة عادلة^(٦)، كما تتفق ومبدأ الشرعية، فلا يفاجأ الشخص المطلوب عقب تسليمه بتوجيه الاتهام له عن جريمة لم يعلن بها، كذلك تتوافق مع مقتضيات السيادة، حيث أن الدول عندما تسلم شخصا للمحاكمة أو تنفيذ عقوبة، فإنما هي تمارس سيادتها من خلال احترام المعاهدة التي نصت على ذلك أو من خلال احترامها لقاعدة الخصوصية بصفة عامة، ومن جهة أخرى يحافظ المبدأ على سيادة الدولة من خلال عدم السماح للدولة التي سلم إليها الشخص المطلوب من أن تحاكمه عن جرائم لا علاقة لها بطلب التسليم، وبالتالي لم يتسن للدولة التي سلمته أن

١. أنظر: عبد الرحمن توفيق أحمد: الندوة العربية للتعاون القضائي الدولي، ص ٧١، وما بعدها مشار إليه في عيد الفتاح سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

2. In Charlton V. Kelly, See: M. Cherif Bassiouni, International Extradition and World Public Order, op.cit, P.436

3. See: M. Cherif Bassiouni, International Extradition and World Public Order, op.cit, P.435

4. See: M. Cherif Bassiouni, International Extradition and World Public Order, op.cit, P. 436

٥. تعرف هذه القاعدة في النظام الأساسي، بقاعدة الخصوصية، في حين يسميها البعض قاعدة التخصيص (The Specialty Rule)، انظر في ذلك د/ هشام عبد العزيز مبارك، تسليم المجرمين بين الواقع والقانون، المرجع السابق، ص ٣١٧، ويطلق عليها البعض مبدأ الخصوصية (The Principle of Specialty)، انظر في ذلك د/ عبد الفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، المرجع السابق، ص ٤٩٣.

٦. تم النص على الحق في المحاكمة العادلة في العديد من المواثيق الدولية منها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، وكذلك العديد من التشريعات الوطنية.

تقيم تسليمه بشأن تلك الجرائم^(١).

ولا تعد قاعدة الخصوصية شرطاً من شروط التسليم، حيث لا يظهر الالتزام بها أو انتهاكها إلا بعد تسليم الشخص المطلوب بالفعل ومثوله أمام القضاء الوطنى للدولة الطالبة، ويستثنى من تطبيق قاعدة الخصوصية بصفة عامة ثلاث حالات^(٢):

- (أ) إعادة النظر فى الدعوى التى صدر فيها حكم نهائى.
 - (ب) إذا وافقت الدولة المطلوب منها التسليم على عدم تطبيق قاعدة الخصوصية.
 - (ج) إذا بقى الشخص المطلوب بعد محاكمته أو بعد تنفيذ عقوبته - فى إقليم الدولة الطالبة، أو عاد إليها برغبته أو تم ترحيله إليها.
- وعادة ما تنص التشريعات الوطنية أو المعاهدات التى تنظم مسألة التسليم على إحدى تلك الاستثناءات أو جميعها أو تضيف إليها.

قاعدة الخصوصية فى إطار النظام الأساسى:

على الرغم من أن النظام الأساسى لكل من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة ورواندا لم ينص على قاعدة الخصوصية^(٣)، إلا أن النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية أثر ألا يخرج عن القواعد العامة المتعارف عليها فى نطاق التسليم التقليدي، وخصص المادة (١٠١) لتطبيق قاعدة الخصوصية، فنص على أنه:

"لا تتخذ إجراءات ضد الشخص الذى يقدم إلى المحكمة بموجب هذا النظام الأساسى ولا يعاقب هذا الشخص أو يحتجز بسبب أى سلوك ارتكبه قبل تقديمه يخالف السلوك أو النهج السلوكى، الذى يشكل أساس الجرائم التى تم بسببها تقديمه".

ويلاحظ على هذا النص عدة أمور:

أولاً: يقتصر إعمال قاعدة الخصوصية على "السلوك" الذى يقدم الشخص للمحكمة من أجله، وتفسير ذلك أن مصطلح "السلوك" أضيق من مصطلح "الجريمة"، وعليه فإذا ما تم تقديم متهم إلى المحكمة عن تهمة القتل باعتبارها جريمة إبادة جماعية، فلا يجوز محاكمته عن جريمة فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة باعتبارها جريمة إبادة جماعية، لأنه وإن كانت الجريمة التى ارتكبتها الشخص واحدة وهى "الإبادة الجماعية"، إلا أن السلوك محل التجريم قد اختلف ويتعين فى هذه الحالة اتخاذ إجراءات مبتدأة قبله إذا أرادت المحكمة محاكمته عن السلوك الأخير.

١. انظر فى ذلك د/ سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

٢. أنظر فى الاستثناءات من قاعدة الخصوصية:

M.C. Bassiouni, International Extradition: the U.S. Law and Practice, Oceana Publications INC, 1974 (JD thesis), p. 429

كذلك د/ هشام عبدالعزيز مبارك، تسليم المجرمين بين الواقع والقانون، المرجع السابق، ص ٣١٧-٣٢٣.

3. See: Geert-Jan Alexander Kooops, Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures, op.cit, P.172

ومن ناحية أخرى فإن الشخص المطلوب تقديمه قد يقدم للمحكمة لمحاكمته عن سلوك "القتل" باعتباره جريمة إبادة جماعية، إلا أن المحكمة تستطيع محاكمته عن ذات السلوك "القتل" باعتباره جريمة حرب، دون أن تتقيد بقاعدة الخصوصية في هذا الشأن باعتبار أن السلوك واحد في كلتا الجريمتين.

ثانياً: إن قاعدة الخصوصية تطبق فقط عن السلوك المرتكب "قبل" تقديم الشخص للمحكمة وعليه فلا تطبق قاعدة الخصوصية عن السلوك المعاصر أو اللاحق على تقديمه للمحكمة، ويرى Wilkitzki أنه بما أنه ليس للمحكمة إقليم، فإن مثال تلك الحالة الوحيد هي الجرائم التي ترتكب في مقر المحكمة ضد إدارة العدالة وفقاً للمادة (٧٠)^(١)، وأرى أن تلك الحالة متصورة أيضاً إذا كان المتهم من كبار القادة، وكان الصراع لا يزال قائماً، فيمكن لهذا القائد أن يعطى أوامره بارتكاب جرائم جديدة بعد تقديمه للمحكمة.

ثالثاً: أن نطاق تطبيق مبدأ الخصوصية في هذا الشأن يشمل أية إجراءات ضد الشخص المقدم للمحكمة، فلا يجوز حتى اتخاذ إجراءات التحقيق ضده عن سلوك آخر غير الذي قدم من أجله، إلا أن هذا الحظر يشمل الإجراءات المتخذة ضد المتهم فقط، فلا تشمل الإجراءات الأخرى غير الماسة به، كأخذ أقوال الشهود واستجوابهم أو الانتقال للمعاينة أو أى إجراء من إجراءات التحقيق الأخرى، طالما لم يتخذ ضد المتهم وكان عن سلوك آخر غير الذي تم تقديمه من أجله.

ويشبه هذا النص ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية للتسليم في هذا الشأن، حيث أكدت على عدم جواز قيام الدولة الطالبة بمحاكمة الشخص المطلوب إلا عن ذات الجريمة التي تم تسليمه من أجلها، كما لا يجوز محاكمته أو تنفيذ عقوبة عليه عن جريمة سابقة لتلك الجريمة^(٢).

الاستثناء:

نص النظام الأساسى على استثناء من قاعدة الخصوصية فقرر أنه "يجوز للمحكمة أن تطلب من الدولة التي قدمت الشخص إلى المحكمة أن تتنازل عن المتطلبات المنصوص عليها في الفقرة (١)، ويكون على المحكمة تقديم ما يقتضيه الأمر من معلومات إضافية وفقاً للمادة (٩١). وتكون للدول الأطراف صلاحية تقديم تنازل إلى المحكمة، وينبغي لها أن تسعى إلى ذلك"^(٣).

وبلاحظ على نص تلك الفقرة الملاحظات الآتية:

أولاً: أنها نصت على "التنازل" كاستثناء وحيد من تطبيق قاعدة الخصوصية، وعليه فينبغى على المحكمة إذا ما أرادت عدم الالتزام بتطبيق قاعدة الخصوصية، أن تطلب إلى الدولة التي قدمت الشخص أن تتنازل عن ذلك، شريطة تقديم المستندات والمعلومات المتعلقة بأشكال السلوك الأخرى التي سيحاكم عنها الشخص، إلى الدولة المطلوب منها التقديم، وفقاً لما

1. See: Peter Wilkitzki, Rule of Specialty, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, p.1639

٢. أنظر المادة (١٤) من الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين، مشار إليها سابقاً.

٣. أنظر المادة ٢/١٠١ من نظام روما الأساسى.

تقتضيه ظروف الحال، مما يعنى أن يكون طلب التنازل كتابياً ويرفق به أمر القبض وأية مستندات أخرى، وللدولة أن تتنازل عن حقها فى أعمال مبدأ الخصوصية.

ثانياً: نصت الفقرة السابقة على أنه "يكون للدول الأطراف صلاحية تقديم تنازل إلى المحكمة، وينبغى لها ذلك" ويستفاد من هذا النص أنه يجدر بالدول الأطراف عدم التمسك بهذا المبدأ أمام المحكمة، وأرى أن تلك الفقرة تحت الدول - سواء دول أطراف أم غير أطراف - على التنازل عن تطبيق قاعدة الخصوصية.

وأرى أن قاعدة الخصوصية، وإن كانت بمثابة عرف دولى مستقر بين الدول، وعادة ما تنص عليه معاهدات التسليم أو التشريعات الوطنية المخصصة لهذا الغرض، إلا أن تلك القاعدة تفقد بعض مسوغاتها إذا ما طبقت أمام المحكمة الجنائية الدولية، تفسير ذلك أن أغراض تلك القاعدة حماية حقوق الشخص المطلوب، كحقه فى محاكمة عادلة ومنصفة، فإذا كان ذلك مسوغاً لتلك القاعدة أمام المحكمة الوطنية، إلا أنه لا يجد مبرراً للتطبيق أمام المحكمة الجنائية الدولية، كذلك الحالة بالنسبة لغرض حماية الشخص المطلوب ضد إساءة استعمال السلطة فى الدول طالبة التسليم.

وأرى أن قاعدة الخصوصية تتشابه إلى حد بعيد مع مبدأ عينية الدعوى وشخصيتها المتعارف عليه فى فقه قانون الإجراءات الجنائية الوطنى، فيفرض مبدأ عينية الدعوى على المحكمة الالتزام بالوقائع المعروضة عليها، فلا يجوز لها أن تضيف وقائع أخرى ولو كانت لتلك الوقائع أثر فى الدعوى، ومبدأ شخصية الدعوى يلزمها بالأحكام على غير المتهمين^(١).

وتطبيقاً لذلك فإذا انتهت المحكمة إلى عدم نسبة الجريمة للمتهم، وجب عليها أن تقضى ببراءته وليس لها أن تسند له جريمة أخرى ولو نبهته إليها، أو كان المتهم قدم دفاعه على أساس تلك الجريمة الجديدة.

والأمر ذاته ينطبق على قاعدة الخصوصية فى إطار النظام الأساسى فتلتزم المحكمة الجنائية الدولية بعينية الدعوى، فلا تحاكم إلا عن السلوك الذى تم تقديم الشخص من أجله، كما تلتزم بمبدأ شخصية الدعوى فتقتصر المحكمة على شخص المتهم ولا تتعداه لأشخاص آخرين.

الفصل الثانى

الإلتزام القانونى للدول بتقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية

تمهيد:

يستند مفهوم تسليم المجرمين على أساس أنه حق سيادى تتمتع به الدول كاملة السيادة سواء أكانت دولة طالبة أم مطلوباً منها التسليم، فبالنسبة للدولة طالبة التسليم فتمارس سيادتها من خلال محاكمة مرتكبى الجرائم الداخلة فى نطاق الولاية القضائية لها، وبالنسبة للدولة المطلوب منها التسليم فتمارس سيادتها من خلال البت فى طلب التسليم فلها أن توازن بين مصالحها السياسية ومقتضيات العدالة والقانون وتقرر إما قبول التسليم أو رفضه، وهى عندما تقرر ذلك، فهى تمارس سيادتها على إقليمها وفقاً لمبدأ الإقليمية، حيث إن جوهر

١. أنظر د/ أحمد فتحى سرور، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٦٨٥.

التسليم هو ممارسة السيادة^(١).

أما بالنسبة للتقديم فى إطار النظام الأساسي، فيثور التساؤل حول ما إذا كانت الدول تتمتع بالحق فى رفض التقديم أم لا؟ وفى هذا الخصوص يتعين التمييز بين الموقف بالنسبة للدول الأطراف والدول غير الأطراف، كما يثور التساؤل حول اشكالية تعدد طلبات التقديم والتسليم المقدمة الى الدول وأي منهما يتمتع بالأولوية فى التنفيذ، وعلى ذلك سناقش الأمرين على النحو التالي:

المبحث الأول: حدود الإلتزام القانوني للدول بالإمتثال لطلب التقديم.

المبحث الثانى: تعدد طلبات التسليم.

المبحث الأول

حدود الإلتزام القانوني للدول بالإمتثال لطلب التقديم

لا شك فى ان نجاح عمل المحكمة يعتمد الى حد بعيد على تعاون الدول معها فى الإمتثال لطلبات التقديم، ويثور التساؤل حول مدى هذا الامتثال لطلبات التقديم فهل يسرى على الدول الاطراف وغير الاطراف فى نظام روما الأساسي على حد سواء؟ وهل يجوز للدول ان تتذرع بمصالحها العليا أو أى ذريعة أخرى لرفض الامتثال لطلب التقديم؟

وعلى ذلك سأقوم بتقسيم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مدى إلتزام الدول الأطراف بالإمتثال لطلب التقديم.

المطلب الثانى: مدى إلتزام الدول غير الأطراف بالإمتثال لطلب التقديم.

المطلب الاول

مدى إلتزام الدول الأطراف بالامتثال لطلب التقديم

هل تملك الدول الأطراف الحق فى رفض طلبات التقديم – عدم الامتثال لها -؟، وذلك كما فعل مجلس الدولة الفرنسى فى رفض طلب تسليم طلبة إيرانيين للمحاكم السويسرية استنادا لارتباط ذلك بالمصالح العليا لدولة فرنسا، أو هل تملك أية دولة طرف رفض تقديم شخص ما للمحكمة استنادا لأية اعتبارات سياسية أو قانونية.

تمت إثارة هذه المسألة خلال المؤتمرات التحضيرية لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، وكان الترجيح بين خيارين: إما النص على ضرورة الامتثال لطلبات التقديم بحيث لا تملك الدول رفضه، أو ترك تقدير قبول طلب التقديم إلى الدول بحيث تقرر بنفسها وفقا لظروفها وظروف كل حالة ما إذا كانت ستستجيب لطلب التقديم، وانقسمت الوفود بين مؤيدة للخيار الأول وترى ضرورة النص على التزام واضح Clear Duty على الدول الأطراف بالوفاء بعملية التقديم، والتعبير عن ذلك بكلمة تمتثل Compliance، فى حين أيدت وفود أخرى الخيار الثانى ورأت ضرورة إدراج كلمة تعاون Cooperation، لتأكيد التعاون كالتزام عام ملتزم به الدول فى تقديرها لطلبات المحكمة وترك المبحث مفتوحا للدول لتقدر ما تراه وفقا لظروفها^(٢).

١. أنظر د/ هشام عبد العزيز مبارك، تسليم المجرمين بين الواقع والقانون، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها، كذلك أنظر د/ سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربى - القاهرة، الطبعة الرابعة - ١٩٩٠، ص ١٢٧-١٥٢.

2. See, Phakiso Mochochoko, International Cooperation and Judicial Assistance, In Roy S.Lee (ed.), The Making of Rome Statute, op.cit, P.306

ومع ذلك فقد تم الاتفاق على وضع التزام عام على الدول الأطراف بالتعاون Cooperate مع المحكمة، إلا أن ذلك أثار استياء مجموعة Like Minded التي أعربت في خلال مؤتمر روما عن تفضيلها خيار الامتثال Compliance لطلبات وأوامر المحكمة، وأنه لا يجب تضييع الوقت في إيراد أحكام عامة، والأفضل التركيز على إلزام الدول الأطراف بالتعاون التام مع المحكمة خاصة في إجراءات التحقيق والمقاضاة^(١).

وفي النهاية تم الأخذ بهذا الخيار، فنص النظام الأساسي للمحكمة على أنه "وعلى الدول الأطراف أن تمتثل لطلبات القبض والتقديم...."^(٢)، و تشير كلمة تمتثل، إلى إذعان الدول لطلبات القبض والتقديم، بحيث لا تملك تلك الدول إلا الموافقة.

ومما يؤكد الطبيعة الإذاعانية لطلبات القبض والتقديم، ما جاء بالمادة ٨٩/٤ من النظام الأساسي حيث نصت على أنه "إذا كان ثمة إجراءات جارية في الدولة الموجه إليها الطلب ضد الشخص المطلوب أو كان هذا الشخص ينفذ حكماً في تلك الدولة عن جريمة غير الجريمة التي تطلب المحكمة تقديمه بسببها، كان على الدولة الموجه إليها الطلب أن تتشاور مع المحكمة بعد اتخاذ قرارها بالموافقة على الطلب".

وتؤكد عبارة "بعد اتخاذ قرارها بالموافقة على الطلب"، أن الدول الأطراف لا تملك إلا الإذعان بالموافقة على طلبات القبض والتقديم المقدمة من المحكمة.

وقد أثيرت مسألة أساس رفض طلب التقديم في أثناء المؤتمرات التحضيرية، ورأت بعض الدول أنه لا يجب وضع أي أساس لرفض التعاون مع المحكمة، في حين فضل عدد مساو تماماً من الدول ضرورة وضع أساس ما لرفض التعاون مع المحكمة، كان أهم تلك الأسس: رفض التقديم عن الجرائم السياسية، أو بناء على مبدأ عدم جواز تسليم الرعايا، أو لعدم توافق طلب التقديم مع متطلبات الإثبات في الدولة المطلوب منها التقديم، أو التنازع مع الالتزامات الدولية، في حين رأى البعض ضرورة أن تكون تلك الأسس في حدها الأدنى^(٣).

وللتوفيق بين تلك الاعتبارات، تم الاتفاق في النهاية على قراءة المادة ٨٩/١ بالتوافق مع المادة ٨٩/٢، ٤، التي تنظم مسائل الإجراءات وفقاً للقوانين الوطنية، ومع المادتين ٩٠، ٩٨ المتعلقة بالأشكال المختلفة لتعارض التقديم مع الالتزامات الدولية، ومع المادة ٩١/٢/ج، ٤ التي تحدد المتطلبات اللازمة للوفاء بعملية التقديم وفقاً للتشريعات الوطنية^(٤).

يرى Kreb أن تلك القراءة لا تعطى الدول أساساً أو مبرراً لرفض التقديم بشكل قاطع

1. Ibid, P.306307-

٢. أنظر المادة ٨٩/١ من نظام روما الأساسي، كذلك أنظر للمزيد حول امتثال الدول لطلبات .
- Claus Kreb/Kimberly Prost, Surrender of Persons to the Court, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P.1539. Also; Phakiso Mochochoko, International Cooperation and Judicial Assistance, In Roy S.Lee (ed.) , The Making of Rome Statute, op.cit, P.306

٣. تضمنت المسودة في المادة ٨٧ منها ٥ أسس، وتضمنت المادة ٩٠ كذلك ٦ أسس أخرى، مما يجعل مجموعها ١١ أساس لرفض التعاون مع المحكمة، ولتقليص الفجوة بين الاتجاه الذي يرى ضرورة وضع أسس للرفض ومن يرى ضرورة أن تكون في حدها الأدنى، فقد رأى الرئيس أن يكون التفاوض حول الغرض من وراء كل أساس لرفض التقديم، وقد ساعد ذلك الاقتراح على التوفيق بين الاتجاهين، وتعددت الأغراض بين حماية مبدأ عدم جواز تسليم الرعايا أو التنازع مع الالتزامات الدولية وغيرها.

-See: Phakiso Mochochoko, International Cooperation and Judicial Assistance, In, Roy S.Lee, The Making of Rome Statute, op.cit, P.310, Also; Claus Kreb/Kimberly Prost, Surrender of Persons to the Court, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P.1539

4. See: Claus Kreb/Kimberly Prost, op.cit, P.1539- 1540.

Stricto Sensu، غاية ما فى الأمر أنها تكفل بعض المرونة لأخذ اعتبارات الدول فى الحساب عند تقديم طلب التقديم ، وذلك دون أن يتعرض لمسألة إجبار الدول على التقديم، وفى ذات الوقت فلم يورد أى أساس محدد لرفض التقديم^(١).

معوقات الإلتزام بالتعاون:

بالرغم من نص النظام الأساسي بشكل واضح على ضرورة أن تمتثل الدول الأطراف لطلبات التعاون، إلا أن هذا النص يتضمن عيوباً:

أولاً: أن للمحكمة أن تتقدم "بطلبات" تعاون للدول الأطراف وهذا يجعلها شبيهة بالمحاكم الوطنية في إطار نظام التسليم العادي، وهي فى ذلك تختلف عن المحاكم الجنائية الدولية الخاصة **Adhoc Tribunal** المنشأة بواسطة مجلس الأمن، حيث كان لها سلطة إصدار "قرارات" ملزمة لكافة الدول بالتعاون معها، وتستمد تلك القرارات قوتها الإلزامية من ميثاق الأمم المتحدة وبصفة خاصة الفصل السابع^(٢).

ثانياً: التزام الدول بالتعاون مع المحكمة التزام محدود، فمن ناحية فإن نطاق التعاون محدود بحدود النظام الأساسي فلا تستطيع المحكمة أن تطلب من الدول الأطراف للتعاون في أي أمر غير وارد بالنظام الأساسي، وذلك بخلاف المحاكم الجنائية الدولية الخاصة المنشأة من مجلس الأمن، حيث تضمن النظام الأساسي لها قائمة غير حصرية لأشكال التعاون^(٣)، ومن ناحية ثانية فإن التعاون مع المحكمة محدود بالدول فقط، ولا يشمل الكيانات الدولية الأخرى التي تمارس نوعاً من السلطة ولها حكومة، في حين أعلنت الجنائية الدولية ليوغسلافيا بأن على الكيانات الدولية الأخرى التي تمارس وظيفة حكومية أن تتعاون معها^(٤)، ومن ناحية ثالثة فإن نطاق التحقيق وجمع الأدلة محدود في إطار النظام الأساسي بنطاق مكاني في بعض الأحيان حيث تقوم الدول ببعض التعديلات التشريعية أو الدستورية أحياناً لتتعاون مع المحكمة^(٥)، أما في إطار المحاكم الجنائية الدولية الخاصة فقد عُقدت اتفاقيات أخرى بين الدول نصت على التعاون مع المحكمة كاتفاق دايتون للسلام **Dayton Peace Agreement** الذي فرض على الدول الموقعة عليه دول يوغسلافيا والكيان البوسني الصربي أن تتعاون مع المحكمة^(٦).

1. See: Claus Krieb/ Kimberly Prost, Surrender of Persons to the Court, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, P.1539- 1540.

2. See: Bert Swart, General Problems, In Antonia Casses (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol.1,2, Oxford University Press, 2002, p.15891605-.

Also; Goran Sluiter, International Criminal Adjudication and Collection of Evidence: Obligations of States, Published by Antwerp, 2002, P. 54-55.

٣. أنظر الفصل الخامس من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة ولمحكمة رواندا.

4. See: Karadzic and Mladic, ICTY, Trial-Chamber I, 111996-7-, Para 98.

كذلك أنظر: المحكمة الجنائية الدولية، دليل للتصديق على نظام روما الأساسي وتطبيقه، المرجع السابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

٥. أنظر: المحكمة الجنائية الدولية، دليل للتصديق على نظام روما الأساسي وتطبيقه، المرجع السابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

6. See: Goran Sluiter, International Criminal Adjudication and Collection of evidence: Obligation of states, op.cit., P. 5556-. and for more on Dayton Peace Agreement see: Paula Gaeta, In NATO Authorized or obliged to arrest person indicated by the ICTY?, EJIL, Vol. 9, 1998, P. 174.

ثالثاً: تضمن النظام الأساسي أساليب عديدة للإفلات من التعاون مع المحكمة، منها إمكانية التأجيل الواردة بالمادة (١٢٤)، وإمكانية إرجاء التحقيق أو المقاضاة كما ورد بالمادة (١٦)، فضلاً عن بعض الأسس لرفض التعاون كما ورد بالمادة (٩٨)، وعلى صعيد المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، لم يكن أي استثناء من التعاون مع المحكمة مقبولاً، حيث لم يتضمن نظامها الأساسي أي أساس لرفض التعاون.

نخلص من ذلك إلى أنه برغم نص النظام الأساسي على ضرورة أن تتمثل الدول الأطراف لطلبات التقديم الموجهة إليها من المحكمة، إلا أنها ومع ذلك تحتاج إلى آلية أكثر حزمًا لحمل الدول على الامتثال فعلاً لتلك الطلبات، وقد تشمل تلك الآلية من ناحية إبرام اتفاقيات تعاون إضافية جماعية أو ثنائية بين المحكمة والدول الأطراف، تتضمن إمكانات أكبر للتعاون مع المحكمة على غرار اتفاقيات التسليم المبرمة بين الدول، وتلتزم الدول بالتعاون مع المحكمة أو حتى تخويلها سلطة إصدار قرارات ملزمة للدول بتقديم المتهمين، ومن ناحية ثانية يجب العمل على الحد من ثغرات الإفلات من التعاون التي يتضمنها النظام الأساسي وبصفة خاصة تأجيل الاختصاص الواردة بالمادة (١٢٤) وإرجاء التحقيق أو المقاضاة والتزامات الدول المنصوص عليها بالمادة (٩٨)، وكذلك تفعيل دور جمعية الدول الأطراف في التصدي بحزم لأية حالة لعدم الامتثال لطلبات التعاون المقدمة من المحكمة.

وعلى أية حال فإن نجاح عمل المحكمة يعتمد على تعاون السلطات الوطنية معها، بالقبض على المتهمين وتقديمهم للمحاكمة، وكذلك التعاون في جمع الأدلة وأقوال الشهود وغيرها من إجراءات التحقيق، وعليه فينبغي على الدول الأطراف - بصفة خاصة - أن تكون قدوة لباقي الدول في تسهيل عمل المحكمة والتعاون معها، فمن غير المقبول رفض دولة طرف تقديم شخص للمحكمة، وإذا ما سمح بذلك، فسيفتح الباب أمام كثير من الدول لرفض التقديم ويشل بالتالي عمل المحكمة.

المطلب الثاني

مدى إلزام الدول غير الأطراف بتنفيذ طلبات التقديم

يقصد بالدول غير الأطراف في نظام روما، الدول التي وقعت عليه دون أن تقوم بالتصديق، وكذلك الدول التي لم توقع أو تصدق عليه.

قد يبدو للوهلة الأولى، أن هذه الدول غير ملتزمة بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، وعليه فلها أن تقبل أو ترفض طلبات التقديم حسبما يترأى لها، وفقاً لقانون المعاهدات، باعتبار أن المعاهدة لا تلزم غير أطرافها (pacta tertiis nec nocent nec prosunt)، وكذلك وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(١) pacta sunt servanda. ومع ذلك فأرى أنه لا يمكن التسليم بهذا القول على إطلاقه، وواقع الأمر أن الدول غير الأطراف تلتزم على الأقل باحترام طلب التقديم المقدم من المحكمة وأن توليه كامل اعتبارها للأسباب الآتية:

أولاً: إذا أحال مجلس الأمن حالة دولة غير طرف كحالة دارفور بالسودان فإن على تلك

١. أنظر د/ علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، النشار منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الحادية عشرة، ص ٥٥٦. ويسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كافة أنواع العقود رغم تباينها منذ أمد بعيد فنصت الشريعة الإسلامية الغراء على هذا المبدأ في الآية الكريمة ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً﴾ كما تضمنته معظم التشريعات الوضعية في العالم، وعبر الإغريق والرومان عن هذا المبدأ بعبارة "المتعاقدين عهد تعاقده Pact sunt servanda" راجع د. السنهوري: مصادر الالتزام، القاهرة، سنة ١٩٥٢، ص ٦٢٣، وما بعدها.

الدولة أن تتعاون مع المحكمة وتمثل لطلباتها، حيث يكون مصدر التزام الدولة بذلك هو قرار مجلس الأمن القاضى بإحالة المسألة للمحكمة الجنائية الدولية، والالتزام بجميع الدول الأعضاء فى الأمم المتحدة باحترام قراراته، ومن السوابق الدولية فى هذا الخصوص، تعاون كافة الدول مع المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، ولرواندا، على أساس تبنى مجلس الأمن لقرار إنشائها^(١).

ثانياً : إن الجرائم الداخلة فى اختصاص المحكمة جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب هى جرائم واردة فى معاهدة جنيف لعام ١٩٤٩، والتي تلزم بموجبها كافة الدول المصدقة عليها بأن "تحتزم وأن تكفل احترام" تطبيقها، وعليه فإن كافة الدول الأطراف فى معاهدة جنيف لعام ١٩٤٩، وإن لم يكونوا أطرافاً فى نظام روما الأساسى، إلا أنهم ملزمون بالتعاون لمكافحة هذه الجرائم، ومن ثم فإن التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، إحدى الوسائل التى تمكن الدول المصدقة على معاهدة جنيف لعام ١٩٤٩ من "احترام وكفالة احترام" القواعد الواردة فى معاهدة جنيف لعام ١٩٤٩^(٢).

ثالثاً : فى إطار القانون الدولي العرفى، قررت محكمة العدل الدولية فى قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية فى نيكارجوا بأن احترام وكفالة احترام اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، جزء من القانون الدولي العرفى^(٣)، وتؤكد هذا المعنى مرة أخرى فى رأيها الاستشارى بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها إذ قررت أن "القواعد الأساسية للقانون الدولي الإنسانى، يجب أن تمتثل لها جميع الدول سواء صدقت أو لم تصدق على الاتفاقيات التى تضمنتها، ذلك أنها تشكل مبادئ لا يمكن انتهاكها من مبادئ القانون الدولي العرفى"^(٤).

رابعاً: هناك العديد من قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التى تشير إلى الاعتقاد الدولي بالالتزام الدول بمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، ومثال ذلك قرارها بشأن مبادئ التعاون الدولي فى مجال احتجاج واعتقال وتسليم ومعاينة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية لعام ١٩٧٣، حيث نص على أن "تخضع جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، أينما ترتكب للمحاكمة كما يخضع الأشخاص الذين يوجد ضدهم دليل على ارتكاب تلك الجرائم للملاحقة والاعتقال والمحاكمة، وتوقع العقوبات

١. أنظر د/ ديوزي نيزى، الالتزام بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية والدول غير الأطراف فى النظام الأساسى، بحث مقدم لندوة المحكمة الجنائية الدولية : تحدى الحصانة، من إصدارات اللجنة الدولية للصليب الأحمر - دمشق، أيار ٢٠٠٢، مطبعة الداودى، كلية الحقوق جامعة دمشق، فى الفترة المنعقدة من ٣، ٤ تشرين الثانى ٢٠٠١، ص ١٣٠.

٢. للمزيد حول القيمة القانونية للمادة الأولى المشتركة لاتفاقيات جنيف، أنظر بوجه عام:

L. Boisson de chazournes and L. condorelli, common Article I of the Geneva conventions revised: protecting collective interests, I.R.R.C, vol. 82, No. 837, March 2000, p.p. 67-86.

3. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, pp. 1134-, para 218, 220.

4. See: Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of the 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para 79.

عليهم إذا ثبت أنهم مذنبون"^(١).

كذلك أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى قرارات أخرى أن "فرض التعاون فى اعتقال وتسليم ومحاكمة ومعاقبة أولئك الأشخاص يتناقض وميثاق الأمم المتحدة وأعراف القانون الدولي المستقرة بشكل عام"^(٢).

خامسا: للمحكمة أن تعقد اتفاقيات تعاون مع دول غير أطراف، تقبل بموجبها تلك الدول أن تمتثل لطلبات المحكمة بصفة عامة، ومثال ذلك اتفاق التعاون بين كوت ديفوار (دولة غير طرف) والمحكمة^(٣).

وفى حالة امتناع أية دولة غير طرف عن التعاون مع المحكمة^(٤) يجوز للمحكمة حينئذ أن تخطر بذلك جمعية الدول الأطراف، أو مجلس الأمن إذا كان قد أحال المسألة إلى المحكمة^(٥). ولمجلس الأمن أن يتصرف حينها وفقا لاختصاصاته بموجب ميثاق الأمم المتحدة، تحت أحكام الفصل السابع من الميثاق، الذى قد يصل إلى حد توقيع عقاب مناسب ضد الدولة المطلوب منها التقديم^(٦).

وأرى أن الامتثال لطلبات التقديم المقدمة من المحكمة هو التزام على الكافة *erga omnes*، فتلتزم به كافة الدول سواء أكانت أطرافا أو غير أطراف، في حالة النظر لهذا الإلتزام من زاوية أن لجميع الدول مصلحة عليا فى التخلص من الجرائم التى تدخل فى اختصاص المحكمة ومعاقبة مرتكبيها، لأنها على درجة شديدة من الخطورة تهدد الأمن والسلم الدولى، كذلك فإن النظام الأساسى قد وضع عددا لا يستهان به من القيود الإجرائية والموضوعية لإصدار طلب التقديم، ومن ثم فإن مجرد إصدار هذا الطلب يمثل أساسا جديرا بالاعتماد عليه فى الافتراض بأن جريمة تدخل فى اختصاص المحكمة قد جرى أو يجرى ارتكابها^(٧)، وأن هناك أساسا قانونيا أو واقعيا كافيا لطلب إصدار أمر القبض^(٨)، وأن المقاضاة تخدم مصلحة العدالة وذلك مع الأخذ فى الحسبان خطورة الجريمة والمتهم معا.

1. See: Principles of international Co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, General Assembly Res. 3079 (XXVIII), 3 december 1973, note 6, para 1.

2. J. Paust (eds), international criminal Law: cases and materials, California Academic Press, Durham, 1996, note 26, P. 76.

3. See: ICC Press Release, Registry Confirms that the Republic of Côte d' ivoire has accepted the Jurisdiction of the Court, 15 Feb. 2005 Obtainable at: <http://www.icc-cip.org>.

٤. أنظر فى ذلك أحكام التعاون بموجب النظام الأساسى، وبصفة خاصة المادة ٨٧.

٥. أنظر المادة ٨٧/٥/ب من نظام روما الأساسى، ويذكر فى هذا المقام أنه بالرغم من معارضة السودان لإحالة قضية دارفور للمحكمة الجنائية الدولية، إلا أن مجلس الأمن أصر على إحالتها للمحكمة بموجب القرار ١٩٣، مما يضطر السودان - وهى دولة غير طرف - للتعاون مع المحكمة، وإلا للعقوبات من مجلس الأمن، المصدر:

- Sudan: Handover war crimes suspects to ICC, UN Security Council has obliged Khartoum to cooperate with the court, New York, May 2 2007, Report by Human Rights Watch, available at : <http://hrw.org/doc?t=Africa&c=Darfur> .

6. See: Claus Krieb/Kimberly Prost, Requests for Cooperation: General Provisions, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statue of the International Criminal Court, op.cit, P.1526.

٧. انظر المادة ١/٥٣/أ من نظام روما الأساسى.

٨. أنظر المادة ٨٧/٥/أ من نظام روما الأساسى.

المبحث الثاني

تعدد طلبات التسليم

بعد تقديم طلب التسليم للسلطات المعنية فى الدولة المختصة، لا يكون لتلك السلطات إلا الامتثال لطلب المحكمة وتسليم الشخص المطلوب إليها، بيد أنه يثور فى هذا الصدد مسألة تعدد طلبات التقديم، فإذا ما قامت المحكمة بإرسال طلب بتقديم شخص ما إليها، وقامت فى ذات الوقت دول أخرى بتقديم طلبات تسليم عن نفس الشخص، فلمن يكون التسليم؟ وكذلك الحال بالنسبة لتعارض الالتزام بتقديم المتهمين للمحكمة مع أى التزام قانونى آخر، فهل الالتزام بالتسليم يسمو على الالتزامات القانونية الأخرى؟

سأناقش تلك المسائل على مطلبين يتعرض الأول لأشكال تعدد طلبات التسليم، ويناقد الثاني مدى تعارض طلب التقديم مع الالتزامات الدولية الأخرى للدول.

المطلب الأول

أشكال تعدد طلبات التسليم

فرق النظام الأساسى بين فرضين لأشكال تعدد طلبات التسليم، الأول: اتفاق طلبات التسليم فى شخص المتهم واختلافها فى شكل الجريمة، والثانى: اتفاق طلبات التسليم فى شخص المتهم وشكل الجريمة.

الفرض الأول: اتفاق طلبات التسليم فى شخص المتهم واختلافها فى شكل الجريمة:

يقوم هذا الفرض على أساس أن تتلقى دولة طرف طلباً من المحكمة بالقبض على شخص وتقديمه إليها، وتتلقى طلباً آخر من أية دولة أخرى طرف أو غير طرف بتسليم نفس الشخص عن سلوك آخر غير السلوك الذى يشكل الجريمة التى من أجلها تطلب المحكمة تقديم الشخص^(١).

وقد فرق النظام الأساسى فى هذا الفرض بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الدولة الموجه إليها الطلب غير مقيدة بأى التزام دولى قائم يقضى بتسليم الشخص للدولة الأخرى طالبة التسليم.

فيكون على الدولة المطلوب منها التسليم فى هذه الحالة أن تعطى الأولوية لطلب المحكمة، وذلك استناداً لعدم وجود التزامات دولية أخرى تجاه الدولة أو الدول طالبة التسليم كمعاهدات أو اتفاقيات تسليم - وكذلك استناداً لنصوص النظام الأساسى التى صرحت بوجود إعطاء الأولوية للطلبات المقدمة من المحكمة^(٢).

الحالة الثانية: حالة ما إذا كان على الدولة المطلوب منها التسليم التزام دولى قائم بتسليم الشخص للدولة طالبة التسليم.

١. أنظر المادة ٧/٩٠ من النظام الأساسى.

٢. أنظر المادة ٧/٩٠ أ من النظام الأساسى.

يكون للدولة المطلوب منها التسليم فى هذه الحالة سلطة تقديرية فى اختيار الجهة التى ستسلم إليها الشخص المطلوب^(١).

وقد أورد النظام الأساسى بعض الاعتبارات، يمكن أن تهتدي بها الدولة المطالبة بالتسليم فى اختيارها للجهة التى ستسلمها الشخص المطلوب وهى^(٢):

- ١- تاريخ كل طلب.
- ٢- مصالح الدولة الطالبة، بما فى ذلك - عند الاقتضاء - ما إذا كانت الجريمة قد ارتكبت فى إقليمها، وجنسية المجرى عليهم، وجنسية الشخص المطلوب.
- ٣- أن تراعى كافة الظروف بما فيها إمكانية إجراء التسليم لاحقاً بين المحكمة والدولة الطالبة.

وأرى أنه ليس هناك ما يمنع من تقدير مسألة تسليم المتهم بناءً على اعتبارات أخرى قد تراها الدولة المقدم إليها الطلب مناسبة، وذلك على أن تولى اعتباراً خاصاً إلى الطبيعة والخطورة النسبيتين للجريمة والجانى، وكذلك الطبيعة المتميزة لعمل المحكمة وفى كل الأحوال تلتزم الدولة المطالبة بالتسليم بأن تخطر المحكمة والدولة طالبة التسليم بموقف تعدد الطلبات من ناحية، وبموقفها من الطرفين من ناحية أخرى.

وعلى صعيد نظام التسليم التقليدى، فالوضع لا يختلف كثيراً، فالاعتبارات التى أوردها النظام الأساسى هى ذاتها الاعتبارات التى تراعيها الدول عند البت فى حالة تعدد طلبات التسليم، بيد أن الاختلاف يكمن فى ترتيب الدول لتلك الاعتبارات وفقاً لأولويتها، فعلى سبيل المثال فإن الاتفاقية المصرية الفرنسية^(٣) للتسليم ترتب أولويات التسليم كالتالى (تاريخ وصول الطلبات، ثم درجة خطورة الجرائم، ثم المكان الذى ارتكبت فيه)، وفى ظل الاتفاقية المصرية السورية تكون أولويات التسليم عن ذات الفعل كالتالى (الدولة التى ارتكبت الجريمة على إقليمها، ثم الدولة التى أضرت الجريمة بمصالحها، ثم جنسية الشخص المطلوب).

كذلك فقد ورد النص على أولويات التسليم فى العديد من الاتفاقيات الدولية الجماعية كاتفاقية جامعة الدول العربية لتسليم المجرمين^(٤) وكذلك الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين^(٥).

الفرض الثانى : اتفاق طلبات التسليم فى شخص المتهم وشكل الجريمة:

معنى هذا الفرض أن تتلقى الدولة طلباً من المحكمة بالتقديم، وطلباً آخر بالتسليم من دولة طرف أو غير طرف لتسليم نفس الشخص بسبب السلوك ذاته^(٦).

فرق النظام الأساسى فى هذا الصدد بين ثلاث حالات:

١. أنظر المادة ٩٠/ب من النظام الأساسى.
٢. أنظر المادة ٦/٩٠ من النظام الأساسى.
٣. أنظر المادة ٣٤ من الاتفاقية المصرية الفرنسية للتسليم، مشار إليها فى د/ عبدالفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، المرجع السابق، ص ٥٠٤.
٤. أنظر المادة ١٣ من اتفاقية جامعة الدول العربية لتسليم المجرمين.
٥. أنظر المادة ١٧ من الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين.
٦. أنظر المادة ١/٩٠ من النظام الأساسى.

- ١- إذا كانت الدولة الطالبة دولة طرفاً .
- ٢- إذا كانت الدولة الطالبة دولة غير طرف .
- ٣- وجود إجراءات متخذة ضد الشخص المطلوب في الدولة المقدم إليها الطلب .

الحالة الأولى : إذا كانت الدولة الطالبة دولة طرف :

وفى هذه الحالة فعلى الدولة المطلوب منها التقديم، أن تأخذ فى اعتبارها عند البت فى طلبات التسليم ما إذا كان قد صدر من المحكمة قرار بمقبولية الدعوى لموضوع التقديم من عدمه، فقد يشرع المدعى العام فى إجراءات التحقيق كإصدار أمر بالقبض والتقديم دون أن يصدر من المحكمة قرار بالمقبولية، فقد تصدر المحكمة قرارها فى هذا الشأن فيما بعد، فنص النظام الأساسي على أنه "إذا رأت دائرة ما قبل المحكمة، بعد دراستها للطلب والمواد المؤيدة، أن هناك أساساً معقولاً للشروع فى إجراء تحقيق وأن الدعوى تقع على ما يبدو فى إطار اختصاص المحكمة، كان عليها أن تأذن بالبداية فى إجراء التحقيق، وذلك دون المساس بما تقرره المحكمة فيما بعد بشأن الاختصاص ومقبولية الدعوى"^(١).

وبالتالى فيجب التفرقة بين حالة ما إذا صدر قرار من المحكمة بمقبولية الدعوى أم لم يصدر ذلك .

أولاً : إذا صدر قرار من المحكمة بمقبولية الدعوى المطلوب بشأنها التقديم:

وقد يصدر هذا القرار بعدة طرق:

■ قد تصدره المحكمة من تلقاء نفسها، بناء على اختصاصها بتحديد اختصاصها، فقضى النظام الأساسي بأن "تتحقق المحكمة من أن لها اختصاصاً بالنظر فى الدعوى المعروضة عليها، وللمحكمة، من تلقاء نفسها أن تبت فى مقبولية الدعوى وفقاً للمادة ١٧"^(٢).

■ قد تصدر المحكمة قرار بالمقبولية بناء على دفع مطروح أمامها بعدم قبول الدعوى^(٣).

■ يجوز للمدعى العام أن يطلب من المحكمة أن تصدر قراراً بشأن مقبولية الدعوى وأن يقدم ملاحظاته للمحكمة، وقد يكون هذا الطلب بناءً على إخطاره بمسألة تعدد الطلبات^(٤).

وفى حالة صدور قرار بمقبولية الدعوى باي من تلك الطرق، فقد ألزم النظام الأساسي الدولة المقدم إليها طلبات التقديم والتسليم أن تعطى الأولوية لطلب التقديم المقدم من المحكمة فى حالتين^(٥):

- أ- إذا صدر من المحكمة قرار بمقبولية الدعوى، وروعت فى ذلك القرار أعمال التحقيق أو المقاضاة التى قامت بها الدولة الطالبة فيما يتعلق بطلب التقديم المقدم منها .
- ب- إذا كانت المحكمة قد أصدرت قرارها بالمقبولية بناءً على إخطار الدولة المطلوب منها التسليم بحالة تعدد الطلبات لديها .

ثانياً: إذا لم يصدر من المحكمة قرار ببيت فى مسألة مقبولية الدعوى:

١. أنظر المادة ٤/١٥ من النظام الأساسي.
٢. أنظر المادة ١/١٩ من النظام الأساسي.
٣. أنظر المادة ٢/١٩ من النظام الأساسي، كذلك أنظر للمزيد د/ على يوسف الشكرى، القانون الجنائى الدولى فى عالم متغير، المرجع السابق، ص ٢٥٢ وما بعدها.
٤. أنظر المادة ١/٩٠ من النظام الأساسي.
٥. أنظر المادة ٢/٩٠ من النظام الأساسي.

فى هذه الحالة، يجوز للدولة الموجه إليها الطلب بحسب تقديرها أن تنظر فى طلب التسليم المقدم من الدولة الطالبة، على ألا تلتزم معها بتسليم الشخص المطلوب قبل أن يصدر من المحكمة قرار بعدم مقبولية الدعوى، وتصدر المحكمة قرارها فى هذه الحالة على أساس مستعجل^(١).

الحالة الثانية: إذا كانت الدولة الطالبة دولة غير طرف:

وفى هذه الحالة تلتزم الدولة المطالبة بالتقديم بأن تعطى الأولوية لطلب التقديم المقدم من المحكمة، إذا توافر شرطين مجتمعين^(٢):

١- إذا صدر قرار من المحكمة بمقبولية الدعوى.

٢- إذا لم تكن الدولة الموجه إليها الطلب مقيدة بالتزام دولى بتسليم الشخص للدولة الطالبة.

وفى كل الأحوال، فعلى الدولة المطلوب منها التقديم أن تأخذ فى اعتبارها عند البت فى مسألة تعدد الطلبات جميع العوامل ذات الصلة (كخطورة الجريمة، وتاريخ تقديم كل طلب)، وكذلك أن تخطر المحكمة بقرارها سواء بتقديم الشخص المطلوب للمحكمة أو بتسليمه للدولة الطالبة^(٣).

الحالة الثالثة: وجود إجراءات متخذة ضد الشخص المطلوب فى الدولة المطلوب منها التقديم:

وتفترض هذه الحالة وجود إجراءات متخذة ضد الشخص المطلوب، كأن يكون قيد التحقيق أو المحاكمة أو ينفذ حكماً عن جريمة أخرى، فى الدولة الموجه إليها طلب التقديم^(٤).

وتعد هذه الحالة نوعاً من تزامم فى طلبات التسليم يختلف عن المعنى التقليدي المتبادر للذهن، ففى حين يعنى تزامم الطلبات أن يقدم لدولة ما عدة طلبات بتسليم شخص واحد، فإن معنى التزامم فى هذه الحالة وجود شخص مطلوب للمحاكمة فى الدولة المقدم إليها الطلب، وفى الدولة المقدم منها الطلب أو المحكمة الجنائية الدولية، وذلك بالرغم من أن طلب التقديم المقدم للدولة المطالبة بالتقديم هو طلب واحد فيكون التزامم فى هذه الحالة بين طلب واحد للتقديم، وبين الدولة المطلوب منها التقديم.

ألزم النظام الأساسى الدول فى هذه الحالة بأن تتشاور مع المحكمة فى هذا الخصوص، ويجوز لها بناء على تلك المشاورات أن تتفق مع المحكمة على تقديم الشخص المطلوب إليها وفقاً لشروط يتفق عليها وبصفة مؤقتة.

ويفترض ذلك أن يبقى الشخص المطلوب رهن الحبس الاحتياطى لدى المحكمة بمجرد تقديمه إليها، وخلال فترة مثوله أمامها، على أن ينقل للدولة الموجه إليها الطلب بمجرد أن يصبح مثوله أمام المحكمة غير مطلوب.

١. أنظر المادة ٣/٩٠ من النظام الأساسى.

٢. أنظر المادة ٤/٩٠ من النظام الأساسى.

٣. وأرى أن الدول غير الأطراف تلتزم بإعطاء الأولوية لطلب المحكمة بناء على ما ورد باتفاقية الأمم المتحدة بشأن الجريمة والأمن العام فى المادة الثالثة، حيث نصت على أن "تتخذ الدول الأعضاء تدابير لمنع دعم التنظيمات الإجرامية، ومنع عمليات فى أراضيها الوطنية، وتقدم إلى أقصى حدود المستطاع ما يلزم لتسليم من يرتكبون جرائم غير وطنية خطيرة، أو ملاحقتهم قضائياً، لكيلا يجدوا ملاذاً آمناً". للمزيد أنظر د/ فائزة يونس الباشا، الجريمة المنظمة فى ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، المرجع السابق، ص ٤١٧ وما بعدها.

٤. أنظر المادة ٤/٨٩ من النظام الأساسى.

الخلاصة:

١- أن الدولة المقدم إليها طلب التقديم تلتزم بالتعاون مع المحكمة، وبتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في النظام الأساسي عند الفصل في تعدد الطلبات، وذلك سواء كانت دولة طرفاً أو غير طرف، لأن الدولة الطرف ملزمة بذلك بموجب تصديقها على النظام الأساسي للمحكمة، والدولة غير الطرف ملزمة بذلك أيضاً بموجب الاتفاقيات الخاصة التي تعقدها مع المحكمة في هذا الشأن، ولهذا السبب لم يعر النظام الأساسي اهتماماً للترقية بين حالتى تقديم طلب التقديم لدولة طرف أو غير طرف.

٢- أن الدولة المتزاحم لديها طلبات التسليم، تلتزم دائماً بإعطاء الأولوية للطلب المقدم من المحكمة طالما صدر من المحكمة قرار بمقبولية الدعوى موضوع التقديم، غاية ما فى الأمر أنه فى حالة التزاحم مع طلب دولة غير طرف لها التزام دولى قائم مع الدولة المطلوب منها التقديم، بتسليم الشخص المطلوب إلى تلك الدولة، فيكون للدولة المطلوب منها التسليم هنا الاختيار بين تقديم الشخص المطلوب للمحكمة أو للدولة الطالبة الأخرى، على أن تراعى فى ذلك اعتبارات أولوية التسليم (كخطورة الجريمة، تاريخ تقديم كل طلب، مصالحها السياسية ومصصلحة العدالة).

المطلب الثاني

مدى تعارض طلب التقديم مع التزام دولى آخر

الأصل أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة من التعاون مع الدول غير الأطراف، أو إصدار طلب تقديم للدول الأطراف، من أجل مثول الشخص المطلوب أمامها، إلا أن النظام الأساسي قد أورد استثناءً محدود النطاق، يقيد المحكمة فلا تستطيع بداءة تقديم طلب بالتعاون أو بتقديم الشخص المطلوب في حالتين^(١): الأولى: إذا تعارض التعاون مع المحكمة مع التزام دولى آخر، والثانية: إذا تعارض التعاون مع التزام يقضى بموافقة دولة ثالثة.

وسأقوم بالتعرض للحالتين على النحو التالى:

الحالة الأولى: إذا كان من شأن تنفيذ طلب التعاون أو التقديم أن يجعل الدولة الموجه إليها الطلب تتصرف على نحو يتنافى مع التزاماتها بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بحصانة الدولة أو الحصانة الدبلوماسية أو ممتلكات تابعة لدولة ثالثة^(٢)، ويقصد بالالتزام الدولي فى هذا المقام، الالتزام الذى تفرضه قواعد القانون الدولي فقط، فلا تشمل تلك الالتزامات قوانين الحصانات وفقاً للقانون الداخلى، كذلك لا تشمل الحصانات التى ما عاد القانون الدولي يعترف بها كالحصانة من المحاكمة عن الجرائم الدولية أمام المحاكم الدولية^(٣)، فالمقصود بهذه الحالة أن تجد دولة طرف فى النظام الأساسي نفسها ملزمة بناءً على طلب

١. أنظر المادة ٩٨ من النظام الأساسي.

٢. يرى جانب من الفقه أن عبارة "دولة ثالثة" Third State غير واضحة، فقد تعنى أية دولة أخرى غير الدولة المطلوب منها التقديم، وقد تعنى أى دولة غير طرف بحسب تعريف اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ بأنه "يقصد بالدولة الثالثة الدولة غير الطرف فى الاتفاقية"، إلا أن التفسير الأول هو المرجح.

See: Claus Krieb/Kimberly Prost, Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender, In Otto Triffterer, (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit.p.1606.

٣. أنظر فى ذلك حكم محكمة العدل الدولية فى قضية الأمر بالقبض الصادر فى ١١ إبريل ٢٠٠٠، (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا): د/ أحمد أبو الوفا، قضاء محكمة العدل الدولية (٢٠٠١-٢٠٠٥)، الناشر دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٦، ص ١٠٢ وما بعدها.

من المحكمة باعتقال شخص معين، ولكنها لا تستطيع النزول عند هذا الطلب دون الإخلال بالتزام آخر يقع على عاتقها بموجب القانون الدولي، كواجب احترام حصانة المكان الذي يتواجد فيه الشخص المعنى⁽¹⁾، فعلى سبيل المثال تقضي اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية بحصانة المقار الدبلوماسية، وبالتالي فإن القبض على أحد الأشخاص المطلوبين داخل تلك المقار، يضع الدولة أمام انتهاك التزام دولي يقع على عاتقها باحترام حصانة تلك المقار⁽²⁾.

أما بالنسبة للحصانات الشخصية لرؤساء الدول والوزراء وكبار المسؤولين والدبلوماسيين، فتجدر التفرقة بين حالتين: الأولى: إذا كانت الدولة الثالثة الواجب موافقتها دولة طرفاً، ففي هذه الحالة لا يجب أخذ موافقتها حيث إنه بتصديقها على نظام روما الأساسي فقد قبلت أحكامه ومنها المادة ٢٧ التي نصت على عدم الاعتراف بالصفة الرسمية⁽³⁾، ويرى البعض أنه برغم أن الدولة المطلوب منها التقديم تتعامل مع طلب التقديم وفقاً لقانونها الوطني وإجراءاتها الداخلية الخاصة بالتسليم، إلا أن الواقع العملي يعكس خلاف ذلك فلا يمكن إنكار الطبيعة الدولية للمحكمة أو لجرائم المطلوب التقديم من أجلها⁽⁴⁾.

أما الثانية: إذا كانت الدولة الثالثة دولة غير طرف، فهي لم تصدق على نظام روما الأساسي وبالتالي لم تقبل أحكام المادة ٢٧، وبالتالي فعلى المحكمة أن تبحث حينها في مسألة تعارض الالتزام باحترام حصانة الشخص المعنى والوفاء بطلب التقديم للمحكمة، وفي هذه الحالة يجدر التمييز بين فرضين، الأول: طلب تقديم شخص لم يعد يشغل وظيفته التي كان يتمتع فيها بالحصانة الوظيفية Immunity *ratione materiae* وهي المقررة للمركز الوظيفي للشخص لضمان حسن قيامه بعمله فيتمتع بها الشخص طول مدة شغله للوظيفة وتزول بتركه لها، وفي هذا الفرض تجوز محاكمة هذا الشخص طالما أنه لم يعد يشغل تلك الوظيفة، ومثال ذلك ما قرره محكمة العدل الدولية في قضية *DRC v. Belgium* بأنه: مادام الشخص المطلوب لم يعد يتمتع بكل الحصانات الممنوحة له وفقاً للقانون الدولي، فلمحكمة أية دولة أن تحاكم وزير خارجية سابقاً لدولة أخرى عن جرائم ارتكبت قبل أو بعد مدة شغله الوظيفة، وكذلك عن جرائم ارتكبت خلال مدة شغله الوظيفة⁽⁵⁾.

وحيث أن الجرائم الدولية لا ترتكب في العادة إلا من كبار المسؤولين، فقد أثبت تطور القانون الجنائي الدولي منذ محاكمات نورمبرج عدم الاعتراف بالحصانة الوظيفية بعد زوال المنصب، كذلك لا يعترف القانون الدولي العرفي بالحصانة الوظيفية أمام المحاكم الدولية بعد الخروج

1. See: Dr. Ahmed Ziauddin, Mechanism of the ICC : prosecutor, victims Rights and Relationship with the United Nations, paper presented at the Experts Meeting and Delegation on the ICC "Ending Impunity: A Revival of the ICC campaign in Nepal". Organized by Form-Asia (Thailand) and INSEC (Nepal) on 2627- August, 2006, Kathmandu, Nepal, p5. Email: asian.ICC@gmail.com.

٢. أنظر المادة ٢٢ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية.

٣. نصت المادة ٢٧ من نظام روما الأساسي على أن "١- يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية. وبوجه خاص، فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلمان أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأية حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل، في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة، ٢- لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص.

٤. See; Claus Krieb/Kimberly Prost, Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statue of the International Criminal Court, ١٦٠٧. Court, op.cit, p

5. ICJ, Case of DRC v. Belgium, the arrest warrant of 11 April 2000.

من المنصب^(١).

الفرض الثاني: أن يكون الشخص المطلوب لازال يشغل منصبه ويتمتع بالحصانة الشخصية Immunity *ratione personae*، وهي الحصانة المتعلقة بشخص رئيس الدولة، أو رئيس الوزراء، وفي بعض التشريعات يتمتع بها أعضاء السلك الدبلوماسي والوزراء وغيرهم من كبار رجال الدولة، وعلى الرغم من أن محكمة العدل الدولية قررت أنه ليس في العرف الدولي ما يرفع تلك الحصانات أمام القضاء الجنائي الوطني، إلا أنها ذكرت أنه ومع ذلك فإن هذه الحصانة تسرى فقط أمام القضاء الجنائي الوطني، أما المحاكم الجنائية الدولية فلا يجوز التمسك بتلك الحصانة أمامها، ومع ذلك يجوز محاكمته أمام المحاكم الوطنية إذا رُفِعَت الحصانة عنه^(٢).

وعليه فإذا ما ثبت للمحكمة أن تلبية دولة ما لطلب التعاون أو التقديم المقدم من المحكمة، سيعد انتهاكا لقاعدة من قواعد القانون الدولي المعمول بها، فإنها بالخيار بين أمرين، إما أن تمتنع بداءة عن توجيه الطلب، أو تحاول عقد اتفاقيات تعاون مع الدولة الثالثة لرفع الحصانة عن الشخص المطلوب، حتى يتسنى للدولة المطلوب منها التقديم أن تنفذ طلبتي القبض والتقديم الموجهين إليها من المحكمة دون أن تضع نفسها في موقف غير مشروع دولياً.

الحالة الثانية: إذا كان من شأن تنفيذ طلب التعاون أو التقديم أن يجعل الدولة الموجه إليها الطلب تتصرف على نحو يتنافى مع التزاماتها بموجب اتفاقات دولية تقضى موافقة الدولة التابع لها الشخص المطلوب تقديمه، والمقصود في هذا المقام، الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية التي تكون بين دول غير أطراف ودول أطراف، لأن الدولة غير الطرف فقط هي التي يتطلب رضاها حتى تقوم المحكمة باختصاصها^(٣).

وقد ينشأ هذا الوضع عندما يكون الشخص المطلوب تقديمه قد تم تسليمه مثلاً - إلى الدولة المطلوب منها التقديم من دولة أخرى شريطة إعادته إليها بعد انتهاء التحقيق أو المقاضاة أو تنفيذ حكم^(٤).

كما قد تنشأ تلك الحالة بموجب اتفاقيات وضع القوات، حيث يكون أفراد من القوات المسلحة التابعين لدولة ثالثة موجودين في إقليم دولة موجه إليها الطلب، ومثال ذلك اتفاقيات حلف شمال الأطلسي الخاصة بأوضاع القوات SOFAs وهي اتفاقيات تتضمن طراز ناتو (NATO type)، ولا تنص تلك الاتفاقيات على حصانات، بل ترسي اختصاصاً منافساً لاختصاص المحكمة، فتمنح الدولة المضيئة لتلك القوات أو المرسله لتلك القوات حق الأسبقية لممارسة ولايتها القضائية فيما يخص بعض الجرائم، وتطبيقاً لذلك فبدلاً من أن تقوم الدولة الطرف المعنية بتقديم المواطن المطلوب للمحكمة الجنائية الدولية، فإنها ستحيله إلى الهيئات

1. See; Claus Krieb/Kimberly Prost, Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender, In, Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, p.16089-.

2. "[he or she] will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the state which they represented decided to waive that immunity" ICJ, Case of DRC v. Belgium, the arrest warrant of 11 April 2000.

3. See: Claus Krieb/Kimberly Prost, Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender, In Otto Triffterer (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, op.cit, p.1615.

٤. أنظر المحكمة الجنائية الدولية، دليل للتصديق على نظام روما الأساسي وتطبيقه، المرجع السابق، ص ٨٨.

المعنية في الدولة التي أرسلته بموجب الاتفاقيات المشار إليها^(١).

وكما سبق البيان فإن الولايات المتحدة قامت منذ أواخر يوليو ٢٠٠٢ بالعديد من الاتصالات بكافة دول العالم تقريباً^(٢) من أجل عقد اتفاقات ثنائية تهدف لمنح الحصانة لمواطنيها من المثل أمام المحكمة الجنائية الدولية، وعادة ما تتم تلك الاتفاقيات بشكل غاية في التكم والإبهام^(٣).

ويقع على عاتق المحكمة تحديد ما إذا كان الامتثال لطلب التعاون أو التقديم يشكل انتهاكاً لقاعدة من قواعد القانون الدولي، غير أنه يجوز لأية دولة تلاحظ وجود مشكلة تنازع في إطار ذلك أن تخطر المحكمة بها، وأن تقدم لها ما يلزم من معلومات، كذلك يحق لجميع الدول الأخرى المعنية بالموضوع أن تقدم بدورها ما لديها من معلومات في هذا الشأن، مما يمكن المحكمة من البت في المسألة على نحو ملائم^(٤).

وإذا قدرت المحكمة أن هناك تعارضاً بين التزام الدول بتنفيذ طلب القبض والتقديم المقدم إليها من المحكمة وبين أى التزام دولي آخر مع دولة أخرى، فتكون بالخيار بين أمرين: إما أن تمتنع بداءة عن تقديم طلب القبض والتقديم لتلك الدول، حتى لا تضعها في موضع الإخلال بالالتزام دولي سواء تجاه دولة أخرى أو تجاه المحكمة، وإما أن تلتزم بالتعاون الدولية الثالثة الطرف في الالتزام الدولي مع الدولة المطلوب منها التقديم.

١. تقرير لا للاستثناء الأمريكي، الحملة الأمريكية ضد المحكمة الجنائية الدولية تحت ستار مكافحة الإرهاب، تقرير حول موقف رقم ٨، صادر عن الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان Fidh، ص ١٢.

٢. وصل عدد تلك الاتصالات إلى ١٨٠ اتصال، وقد قبلت نحو ١٨ دولة عقد تلك الاتفاقات حتى عام ٢٠٠٣ وهي: أوزبكستان، الدومينيكان، موريتانيا، طاجيكستا، هندوراس، ناميبيا، أفغانستان، السلفادور، سريلانكا، الكويت، الأردن، نيبال. المصدر:

– Progress Report on the Ratification and National Implementing legislation of the Statue for the Establishment of an International Criminal Court, 10th edition, January 1, 2003, prepared by I.H.R.L.I, Depaul University in Cooperation with International Association of Penal Law, I.I.H.S.C.S, p.15.

٣. أنظر تقرير لا للاستثناء الأمريكي، المرجع السابق، ص ١٢.

٤. أنظر القاعدة ١/١٩٥ من قواعد الإجراء والدليل الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

خاتمة

نتائج وتوصيات

تعرضت الدراسة للنظام القانوني لتقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية بالتفصيل من خلال فصلين تعرض الأول منها لمفهوم التقديم وتمييزه عن غيره وخصائصه واشكاليات الاستجابة لطلب التقديم الصادر من المحكمة وذلك تحت عنوان "خصوصية نظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية، وتبين من خلال الدراسة ما يلي:

أولاً: ان التقديم للمحكمة الجنائية الدولية نظام متميز بذاته ولم يتم وضع تعريف له، ولذلك اتضح من خلال الدراسة أنه يمكن تعريف التقديم بأنه:

إجراء مقيد للحرية، تقوم بموجبه الدول بنقل شخص متهم بارتكاب أشد الجرائم خطورة، إلى المحكمة الجنائية الدولية، لمحاكمته عن جريمة منسوبة إليه أو لتفويض عقوبة مقضى بها عليه، وذلك وفقاً للنظام الأساسي.

ثانياً: ان التقديم يتميز بالخصائص الآتية: أنه إجراء مقيد للحرية ومحدد المدة، وأنه لا يكون إلا من دولة ولا يكون إلا إلى المحكمة، وذلك وفقاً للنظام الأساسي.

ثالثاً: ان نظام التقديم له ذاتية خاصة تميزه عن نظام تسليم المجرمين وذلك من حيث الجريمة وخطورتها، والمتهم وخطورته.

رابعاً: ان الإشكاليات التي يثيرها نظام التسليم التقليدي كالتجريم المزدوج وشرط الجنسية ومبدأ الخصوصية، قد لا تجد لها مجالاً واسعاً للتطبيق في إطار نظام تقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية، فقد تبين من خلال تتبع آراء الفقه والقضاء الدولي أن مبدأ التعاون مع المحكمة يجب ان يسمو على تلك الاعتبارات.

وناقشت الدراسة في الفصل الثاني موضوع الالتزام القانوني للدول بتقديم المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية، وتبين من خلال الدراسة ما يلي:

أولاً: ان الاستجابة لطلبات التقديم الصادرة من المحكمة لها طبيعة إذعائية، تتضح من خلال إلزام النظام الأساسي للدول بأن تمثل لطلبات التقديم المقدمة إليها من المحكمة.

ثانياً: ان هناك معوقات للتعاون مع المحكمة في الاستجابة لطلبات التقديم وهي:- أولاً: أن للمحكمة أن تتقدم "بطلبات" تعاون للدول الأطراف وليست قرارات وهذا يجعلها شبيهة بالمحاكم الوطنية في إطار نظام التسليم العادي، كما ان التزام الدول بالتعاون مع المحكمة التزام محدود بحدود النظام الأساسي وبنطاق تقديمه للدول فقط، ولا يشمل الكيانات الدولية الأخرى التي تمارس نوعاً من السلطة ولها حكومة، كذلك فقد تضمن النظام الأساسي أساليب عديدة يمكن ان تؤدي للإفلات من التعاون مع المحكمة، منها إمكانية التأجيل الواردة بالمادة (١٢٤)، وإمكانية إجراء التحقيق أو المقاضاة كما ورد بالمادة (١٦)، فضلاً عن بعض الأسس لرفض التعاون كما ورد بالمادة (٩٨).

ثالثاً: أن الامتثال لطلبات التقديم المقدمة من المحكمة هو التزام على كافة *erga omnes*، فتلتزم به كافة الدول سواء أكانت أطرافاً أو غير أطراف، في حالة النظر لهذا الالتزام من زاوية أن لجميع الدول مصلحة عليا في التخلص من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ومعاوية مرتكبيها، لأنها على درجة شديدة من الخطورة تهدد الأمن والسلم الدوليين.

رابعاً: أن الدولة المقدم إليها طلب التقديم تلتزم بالتعاون مع المحكمة، وبتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في النظام الأساسي عند الفصل في تعدد الطلبات، وذلك سواء كانت دولة طرفاً أو غير طرف، لأن الدولة الطرف ملزمة بذلك بموجب تصديقها على النظام الأساسي للمحكمة، والدولة غير الطرف ملزمة بذلك أيضاً بموجب الاتفاقيات الخاصة التي تعقدها مع المحكمة في هذا الشأن، ولهذا السبب لم يعر النظام الأساسي اهتماماً للتفرقة بين حالتى تقديم طلب التقديم لدولة طرف أو غير طرف.

خامساً: أن الدولة المتزاحم لديها طلبات التسليم، تلتزم دائماً بإعطاء الأولوية للطلب المقدم من المحكمة طالما صدر من المحكمة قرار بمقبولية الدعوى موضوع التقديم، غاية ما فى الأمر أنه فى حالة التزاحم مع طلب دولة غير طرف لها التزام دولى قائم مع الدولة المطلوب منها التقديم، بتسليم الشخص المطلوب إلى تلك الدولة، فيكون للدولة المطلوب منها التسليم هنا الاختيار بين تقديم الشخص المطلوب للمحكمة أو للدولة الطالبة الأخرى، على أن تراعى فى ذلك اعتبارات أولوية التسليم (كخطورة الجريمة، تاريخ تقديم كل طلب، مصالحها السياسية ومصصلحة العدالة).

التوصيات:

في ضوء العرض السالف وما أسفرت عنه الدراسة من نتائج، توصي الدراسة بما يلي:

أولاً: على الرغم من نص النظام الأساسي على ضرورة أن تتمثل الدول الأطراف لطلبات التقديم الموجهة إليها من المحكمة، إلا أنه ومع ذلك يحتاج إلى آلية أكثر حزماً لحمل الدول على الامتثال فعلاً لتلك الطلبات، وقد تشمل تلك الآلية إبرام اتفاقيات تعاون إضافية جماعية أو ثنائية بين المحكمة والدول الأطراف، تتضمن إمكانيات أكبر للتعاون مع المحكمة على غرار اتفاقيات التسليم المبرمة بين الدول.

ثانياً: يجب العمل على الحد من ثغرات الإفلات من التعاون التي يتضمنها النظام الأساسي وبصفة خاصة تأجيل الاختصاص الوارد بالمادة (١٢٤) وإرجاء التحقيق أو المقاضاة والتزامات الدول المنصوص عليها بالمادة (٩٨).

ثالثاً: تفعيل دور جمعية الدول الأطراف في التصدي بحزم لأية حالة لعدم الامتثال لطلبات التعاون المقدمة من المحكمة.

رابعاً: إن نجاح عمل المحكمة يعتمد على تعاون السلطات الوطنية معها، سواء بالقبض على المتهمين وتقديمهم للمحاكمة، أو بجمع الأدلة وأقوال الشهود وغيرها من إجراءات التحقيق، وعليه فينبغى على الدول الأطراف - بصفة خاصة - أن تكون قدوة لباقي الدول فى تسهيل عمل المحكمة والتعاون معها، فمن غير المقبول رفض دولة طرف تقديم شخص للمحكمة، وإذا ما سمح بذلك، فسيفتح الباب أمام كثير من الدول لرفض التقديم ويشل بالتالى عمل المحكمة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

(١) المراجع العامة:

د/ أحمد أبو الوفا: الوسيط فى القانون الدولى العام، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤، الناشر دار النهضة العربية

د/ أحمد شوقى أبوخطوة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٩.

د/ أحمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون العقوبات - القسم العام، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة السادسة ١٩٩٦

د/ حامد سلطان: القانون الدولى العام فى وقت السلم، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٦٨

د/ رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائى، الطبعة الثالثة ١٩٩٧، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية.

د/ سليمان عبدالمنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة، الناشر منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة ٢٠٠٣.

د/ عبد الرزاق السنهورى: مصادر الإلتزام، القاهرة ١٩٥٢.

د/ فواد رياض: الوسيط فى الجنسية ومركز الأجنب، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ط٥، ١٩٨٨.

د/ مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات - القسم العام، طبعة ١٩٧٦

د/ محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازى، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ١٩٧٧.

(٢) المراجع المتخصصة:

د/ أحمد أبو الوفا: قضاء محكمة العدل الدولية (٢٠٠١-٢٠٠٥)، الناشر دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٦

د/ أحمد شوقى عمر أبوخطوة: المساواة فى القانون الجنائى، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية ١٩٩١.

د/ عبدالغنى محمود: تسليم المجرمين على أساس المعاملة بالمثل، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩١.

د/ عبدالفتاح محمد سراج: مبدأ التكامل فى القضاء الجنائى الدولى: دراسة تحليلية

- تأصيلية، الناشر دار النهضة العربية
د/ على يوسف الشكري: القانون الجنائي الدولي فى عالم متغير، الناشر دار إيتراك للطباعة والنشر، ٢٠٠٦
- د/ فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة فى ظل الاتفاقات الدولية والقوانين الوطنية، الناشر دار النهضة، ط ٢٠٠٢
- د/ محمد الفاضل: محاضرات فى تسليم المجرمين من إصدارات معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية - القاهرة - ١٩٦٦
- د/ محمود شريف بسيونى: وثائق المحكمة الجنائية الدولية، الناشر دار الشروق، الطبعة الأولى ٢٠٠٥
- د/ محمود شريف بسيونى: المحكمة الجنائية الدولية: مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطنى للنظام الأساسى، الناشر دار الشروق، طبعة ٢٠٠٥.
- د/ هشام عبدالعزيز مبارك: تسليم المجرمين بين الواقع والقانون، الناشر دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٦.

(٣) رسائل الدكتوراة:

- د/ عبدالفتاح محمد سراج: النظرية العامة لتسليم المجرمين، بدون سنة نشر، الناشر دار النهضة العربية.
- د/ محمود حسن العروسى: تسليم المجرمين، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة فؤاد الأول، القاهرة، مطبعة كوستاتسوماس
- د/ مجد الدين طاهر خربوط: مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٧

(٤) البحوث والمقالات:

- د/ أحمد أبو الوفا، الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية، بحث ضمن كتاب المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجى)، صادر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، إعداد المستشار/ شريف عتلم، أعمال الندوة "المحكمة الجنائية الدولية: تحدى الحصانة"، كلية الحقوق - جامعة دمشق واللجنة الدولية للصليب الأحمر، عام ٢٠٠٢
- د/ اسكندر غطاس، تسليم المجرمين فى النظام القانونى المصرى، ورقة عمل مقدمة إلى أعمال الندوة العربية المقامة بالمعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية (سيراكوزا - إيطاليا) فى الفترة من ٥-١١ ديسمبر ١٩٩٢، التعاون القضائى الدولى فى المجال الجنائى فى العالم العربى، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، أكتوبر ١٩٩٥.
- المستشار/ شريف عتلم، المواءمات الدستورية للتصديق والانضمام إلى النظام الأساسى لمحكمة الجنائية الدولية، بحث ضمن كتاب المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية

والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)

جوناثان أودونو، إصدار المدعى العام مذكرات القبض الدولي : توجيه تهم ضد خمسة من جيش المقاومة الإلهي، المحكمة نشرة دورية يصدرها مكتب الشرق الأوسط وشمال أفريقيا لتحالف المحكمة الجنائية الدولية بالتعاون مع منتدى الشقائق العربي لحقوق الإنسان - اليمن، العدد الثاني نوفمبر ٢٠٠٥

د/ ديوزي نيزي، الالتزام بالتعاون مع محكمة الجنايات الدولية والدول غير الأطراف في النظام الأساسي، بحث مقدم لندوة المحكمة الجنائية الدولية : تحدى الحصانة، من إصدارات اللجنة الدولية للصليب الأحمر - دمشق، أيار ٢٠٠٢، مطبعة الداودي، كلية الحقوق جامعة دمشق، في الفترة المنعقدة من ٣، ٤ تشرين الثاني ٢٠٠١.

د/ عبدالرحمن توفيق أحمد، تسليم المجرمين في الأردن: بحث مقدم للندوة العربية للتعاون القضائي الدولي

د/ عبدالرحيم صدقي، تسليم المجرمين في القانون الدولي، دراسة مقارنة للقوانين الفرنسية والكندية والسويسرية والروندية - المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٣٩، سنة ١٩٨٣

د/ محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، بحث ضمن كتاب "دراسات القانون الدولي الإنساني، تقديم د/ مفيد شهاب، الناشر دار المستقبل العربي، من إصدارات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠

د/ محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، عرض تاريخي (١٩١٩-١٩٩٨)، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة المنصورة، عدد خاص بالاحتفال باليوبيل الفضي للكلية، أبريل ١٩٩٩

(٥) تقارير:

لا للاستثناء الأمريكي، الحملة الأمريكية ضد المحكمة الجنائية الدولية تحت ستار مكافحة الإرهاب، تقرير حول موقف رقم ٨، صادر عن الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان (Fidh)، تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة ٢٠٠٦/٢٠٠٧، مذكرة من الأمين العام للأمم المتحدة، الدورة الثانية والستون، الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم الوثيقة A/٦٢/٣١٤، صادرة في ٣١ أغسطس ٢٠٠٧

المحكمة الجنائية الدولية : مساعي الولايات المتحدة لإحراز الإفلات من العقاب عن الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، تقرير صادر من منظمة العفو الدولية، ١/ أغسطس ٢٠٠٢، رقم الوثيقة IOR ٢٥/٤٠/٢٠٠٥

المحكمة الجنائية الدولية : الحاجة إلى اتخاذ الاتحاد الأوروبي خطوات أكثر فاعلية لمنع توقيع أعضائه على الاتفاقيات الأمريكية للإفلات من العقاب، تقرير صادر عن منظمة العفو الدولية رقم الوثيقة IOR/٤٠/٢٠٠٢/١، أكتوبر ٢٠٠٢

الولاية القضائية العالمية : المحاكم البلجيكية مختصة قضائياً في قضية شارون بالتحقيق في أعمال القتل التي وقعت في صبرا وشاتيلا عام ١٩٨٢، صادرة عن منظمة العفو الدولية، رقم الوثيقة IOR ٥٣/٢٠٠٢/١، مايو ٢٠٠٢

السودان، المحكمة الجنائية الدولية والسودان : الوصول للعدالة وحقوق المجنى عليهم، مائدة

- مستديرة، الخرطوم ٢-٣ أكتوبر ٢٠٠٥، تقرير برنامج المحكمة الجنائية الدولية، عدد ٢/٤٤١-
مارس ٢٠٠٦، صادر عن المنظمة السودانية لمناهضة التعذيب، ومركز الخرطوم لحقوق الإنسان
وتتمية البيئة، والفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان
- تقرير المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة من الأمين العام، للفترة ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الدروة الحادية
والستون، صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم الوثيقة ٢١٧/٦٧/A
- تقرير اللجنة التحضيرية لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، المجلد الأول من الوثائق الرسمية
للجمعية العامة للأمم المتحدة من دورتها الحادية والخمسون، خلال الفترة من مارس إلى
أغسطس ١٩٩٦.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

(١) الكتب:

- Adriaan Bos, Herman Von Hebel, J.G.Lammers, Jolien Schukking, in Reflections on the International Criminal Court, Cambridge University Press, 1999
- Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol.1,2, Oxford University Press, 2002
- Geert-Jan Alexander Knoops, Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures, International and Comparative Criminal Law Series, Transnational Publishers (2002)
- Goran Sluiter, International Criminal adjudication and collection of evidence: Obligations of States, Antwerp, 2002
- J. Paust, International Criminal Law: Cases and Materials, California Academic Press, Durham 1996
- M. Cherif. Bassiouni International Extradition: United States Laws and Practice, 3rd Edition (1996), Oceana Publications INC
- M. Cherif. Bassiouni (ed.), International Criminal Law, 2nd ed, New York 1991
- M. Cherif Bassiouni, International Extradition and world public Order, Oceana Publications INC, 1974 (JD thesis)
- M. Cherif Bassiouni and Edward M. Wise, Aut Dedere Aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law (Dordrecht: Martinus Nijhoff publishers, 1995.

- Nils Hareborg (ed.), Double Criminality Studies in International Criminal Law, Uppsala, 1989
- Otto Triffterer , Commentary on the Rome Statue of the International Criminal Court, Observers' notes, Article by Article, (Baden-Baden 1999)
- Ralph J. Henham, Paul Chalfont, Paul Behrens, the Criminal Law of Genocide, Published by ; Ashgate publishing.
- Roy S. Lee (ed.), the international criminal court, Elements of Crimes and Evidence, London, Kluwer law international, 2000
- Roy S. Lee (ed.), the International Criminal Court: The Making of Rome Statute, London, Kluwer law international, 2002.
- V. E. Hartley Booth, Peter Sells, British Extradition Law and Procedure, Brills Publishers 1980
- William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court (third Edition), published by Cambridge University Press, 2007

(٢) البحوث و المقالات:

- Ahmed Ziauddin, Mechanisms of the ICC : prosecutor, victims Rights and Relationship with the United Nations, paper presented at the Experts Meeting and Delegation on the ICC “Ending Impurity : A Revival of the ICC campaigns in Nepal”. Organized by Form-Asia (Thailand) and INSEC (Nepal) on 27-26 August 2006, Kathmandu, Nepal.
- Christopher Keith Hall : the third and fourth sessions of the UN preparatory committee on the Establishment of an international criminal court. AJIL, Vol. 92, January 1998
- Christopher Keith Hall : The First Proposal for a permanent International Criminal Court , 1998, International Review of the Red Cross.
- Claus Kreb, Universal Jurisdiction over International Crimes and the institute de droit international, JICJ, 2006.
- Cynthia Sinatra, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the application of Genocide, ICLR , Vol. 2005) ,5
- Dov Jacobs, The Frog that wanted to be an Ox: The ICC's approach to immunities and cooperation, Grotius Centre working paper series, -040-2014ICL

- Hans-peter Kaul & claus Krieb, jurisdiction and cooperation in the statute of the international criminal court : principles and compromises, Yearbook of International Humanitarian Law, vol.1999) ,2).
- L. Boisson de chazournes and L. condorelli, common Article I of the Geneva conventions revised: protecting collective interests) international Review of the Red cross, vol. 82, No. 837, March 2000
- Markus Benzing, US Bilateral Non-Surrender Agreements and article 98 of the statute of International Criminal Court: an Exercise in the law of treaties, Max Blank Yearbook on United Nations Law, Vol.2004 ,8
- Michael Scharf, The ICC's jurisdiction over the Nationals of non-party states: a critique of the US position, Law and Contemporary Problems, Vol.2001 ,64
- Michael Plachta, Surrender in the context of the International Criminal Court and European Union, Nouvelles etudes penals, Vol.2004 ,19
- Michael Plachta, Non-Extradition of Nationals: a Never-ending story?, Emory International Law Review, Vol.1999 ,13
- Paula Gaeta, NATO authorized or Obligated to arrest person indicated by the ICTY?, EJIL, Vol.1998 ,9
- Peter Wilkitzki, The German law on Cooperation with the ICC, International Criminal Law Review, vol.2002) ,2)
- Zhu Wenqi, on co-operation by states not party to the international criminal court, international review of the red cross, vol. 88, No. 861, March 2006

(٣) التقارير:

- European Newsletter, the European bimonthly publication on the international criminal court. CICC publication. 52nd edition. July 2007
- Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the ICC, informal meeting of legal Advisors of Ministries of foreign Affairs, New York, at 26 ,6 October 2005.
- ICTY Report to the United Nations 1997, UN Doc. A/376/52 and S/729/1997
- Military and paramilitary Activities in and against Micaragua (Nicaragva v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986.

- Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of the 8 July 1996, ICJ Reports 1996.
- Principles of international Co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, General Assembly Res. 3079 (XXVIII), 3 December 1973.
- ICC Press Release, Registry Confirms that the Republic of Côte d'ivoire has accepted the Jurisdiction of the Court, 15 Feb. 2005.
- Sudan: Handover war crimes suspects to ICC, UN Security Council has obliged Khartoum to cooperate with the court, New York, May 2007 2, Report by Human Rights Watch.
- Progress Report on the Ratification and National Implementing legislation of the Statue for the Establishment of an International Criminal Court, 10th edition, January 2003 ,1, prepared by I.H.R.L.I, Depaul University in Cooperation with International Association of Penal Law, I.I.H.S.C.S.

تفتيش الأشخاص في القانون البحريني

الباحث القانوني / محمد حسن إبراهيم

المجلس الأعلى للقضاء - مملكة البحرين

تقديم: تفتيش الأشخاص في القانون البحريني:

إن الحياة الخاصة والحرية الشخصية للإنسان هي من الحقوق التي كفلت حمايتها كافة الدساتير والقوانين والتشريعات، وحتى إذا غابت تلك الحماية، كما كان يحدث في عصور الظلم والاستبداد التي كانت سائدة قديماً في بعض الأمم، نجد أن الإنسان كان يسعى جاهداً للمحافظة على مكنون سره من أي اعتداء عليه، وانطلاقاً من الحرية الشخصية للإنسان وما تحملها من معاني ومضامين، نجد أن أغلب الدساتير قد نصت على حفظها وحمايتها من أي اعتداء قد يطرأ عليها، وأوجدت ضمانات يجب مراعاتها عند مباشرة التفتيش والذي يعتبر في حد ذاته اعتداء على الحرية.

ومن ثم فإنه في حال ارتكاب جريمة ما فإن جهة التحقيق تتخذ من الإجراءات ما يلزم للكشف عن هذه الجريمة وجمع الأدلة المتعلقة بها ومن بين هذه الإجراءات تفتيش المشتبه فيه، فينطوي هذا الإجراء على قدر من الجبر والإكراه، إذ هو تعرض مادي لحرية المتهم الشخصية أو لحرمة مسكنه، سواء رضى أم أبى.

أهمية البحث:

وترجع أهمية التفتيش بوصفه إجراء من إجراءات التوصل إلى الدليل وكشف الحقيقة، إلى أن إثبات الجرم غالباً ما يستند إلى الأدلة المادية التي تؤيد الأدلة القولية، بل من الجرائم ما ينبغي في شأنه التوصل إلى دليل مادي، فقلما ما تبني الأدلة فيها على غيره، كجرائم المخدرات والرشوة، وأن الأدلة المادية لا يتيسر وجودها دائماً في مكان الجريمة، بل يعتمد الجناة إخفاءها في أماكن أخرى متعددة كمنازلهم أو منازل غيرهم، مما يقتضي البحث عنها - أي الأدلة المادية - في هذه الأماكن، لذلك يجب أن تتوافر ضمانات تكون كافية لحماية الأشخاص عند إجراء التفتيش وحماية حرياتهم الشخصية من التعرض لها، وعلى ذلك تبني أهمية البحث.

أسباب اختيار البحث:

ولعل الدافع وراء اختياري لهذا الموضوع هو كون الحرية الشخصية هي ملاك الحياة بأكملها، تلك الحرية التي لا تقبل القيود إلا ما كان منها ساعياً إلى تحقيق الخير المشترك للجماعة تفعيلاً للصالح العام وتعظيماً لمفهوم الحرية ومكمنها. والأمر الآخر هو غياب النصوص المتعلقة بضمانات هذا التفتيش في التشريع البحريني، الأمر الذي جعلنا، من أجل حل هذه الإشكالية، اللجوء للقوانين الأخرى والبحث فيها عن تلك الضمانات التي تكفل حماية الحرية الشخصية في حال التفتيش.

منهج البحث:

وأتت في دراستي لموضوع تفتيش الأشخاص أن أنتهج منهجاً علمياً موضوعياً والتطرق في بعض مواضيع البحث للمنهج المقارن، من حيث دراسة كل ما يتعلق بتفتيش الأشخاص وبما

فيه من ضمانات وهي إشكالية البحث، حيث أن المشرع البحريني لم ينظم جميع جوانب هذه المسألة في القواعد القانونية المتعلقة بتفتيش الأشخاص.

خطة البحث:

لقد قسمت البحث على النحو التالي:

- **المبحث الأول: ماهية تفتيش الأشخاص وأهميته.**
المطلب الأول: ماهية تفتيش الأشخاص.
المطلب الثاني: أهمية تفتيش الأشخاص.

- **المبحث الثاني: حالات وحدود تفتيش الأشخاص.**
المطلب الأول: حالات تفتيش الأشخاص.
الفرع الأول: التفتيش في حالة التلبس.
الفرع الثاني: التفتيش في غير حالة التلبس.
أولاً: وجود أمارات قوية على أن التفتيش يفيد في كشف الحقيقة.
ثانياً: تفتيش من يجوز القبض عليه.
المطلب الثاني: حدود تفتيش الأشخاص.
الفرع الأول: تفتيش الشخص في حدود ما يتصل به.
الفرع الثاني: تفتيش الشخص فيما هو خارج عنه.
أولاً: تفتيش الأمتعة والمنقولات.
ثانياً: تفتيش المساكن.
ثالثاً: تفتيش المركبات.

- **المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بتفتيش الأشخاص والاستثناءات الواردة عليها.**

- المطلب الأول: أحكام تفتيش الأنثى.
الفرع الأول: تفتيش الأنثى في القانون المقارن.
الفرع الثاني: تفتيش الأنثى في القانون البحريني.
المطلب الثاني: الأشخاص المستثنون من أحكام التفتيش.
الفرع الأول: أعضاء السلطة القضائية.
الفرع الثاني: أعضاء المجلس الوطني.
الفرع الثالث: الممثلون الدبلوماسيون.

المبحث الأول

ماهية تفتيش الأشخاص وأهميته

تقسم هذا المبحث على مطلبين، حيث نتناول في المطلب الأول ماهية التفتيش، وفي الثاني أهميته على النحو الآتي:

المطلب الأول

ماهية تفتيش الأشخاص

بدايةً ذي بدء لا بد لنا من التعرض في دراستنا لماهية تفتيش الأشخاص وذلك بتعريفه من الجانب الإصطلاحي ومن الجانب القانوني والفقهي من أجل الدخول لصلب الموضوع، وعليه يقصد بالتفتيش إصطلاحاً: (فَتَشَ) الشيء (فَتَشًا) و(فَتَشَهُ تَفْتِشًا). وفتش عن الشيء: سأل عنه وإستقصاه. ويقال فَتَشَ الشيء^(١).

أما المقصود بالتفتيش من جانب قانوني، فالفتيش هو: الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة لضبط ما عسى أن يكون فيه مما يفيد في كشف الحقيقة عن جريمة معينة، وقد يكون محل التفتيش ذات الشخص أو مسكنه أو مكان آخر أضفى عليه القانون حمايته^(٢).

ويقصد بالتفتيش في الفقه، إجراء جنائي يتضمن في جوهره ثمة إعتداء على حق الإنسان في الإحتفاظ بسرّه وحرمة مسكنه، وينظمه القانون لخدمة مصلحة المجتمع في الوصول إلى أدلة الجريمة، وعلى ذلك يقوم به موظف مختص للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة وذلك في محل خاص أو لدى شخص وفقاً للأحكام المقررة قانوناً^(٣).

وفي تعريف آخر قيل بأن التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى ضبط أدلة الجريمة موضوع التحقيق وكل ما يفيد في كشف الحقيقة من أجل اثبات ارتكاب الجريمة أو نسبتها إلى المتهم وينصب على شخص المتهم والمكان الذي يقيم فيه ويجوز أن يمتد إلى أشخاص غير المتهمين ومسكنهم وذلك بالشروط والأوضاع المحددة في القانون^(٤).

وفي تعريف ثالث قيل بأن التفتيش هو إجراء تحقيق يقوم به موظف مختص للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة وذلك في محل خاص أو لدى شخص وفقاً للأحكام المقررة قانوناً^(٥).

وباستقراءنا للتعريف سالف الذكر يتبين لنا أن تفتيش الأشخاص ما هو إلا أداة للوصول لأدلة الجريمة موضوع التحقيق.

وأخيراً يمكن القول أن التفتيش هو البحث في مستودع أسرار فرد معين عن أدلة تفيد التحقيق بشأن جريمة معينة "جناية أو جنحة" وقعت وتقوم الدلائل الجدية ضده على ارتكابه

١. الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، ص ٢٠٥.

٢. د. حسن صادق المرصفاي، المرصفاي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢م.

٣. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوى، ضوابط التفتيش في الشريعة المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٥.

٤. د. مصطفى مجدي هرجه، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفع والبطان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٠١.

٥. د. محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الثاني، ١٩٧٨م، ص ١٤.

لها. وقد يكون مستودع الأسرار محل التفتيش أشخاصاً كما قد يكون مساكن امانة خاصة لها حرمتها^(١). وهذا التعريف محل تأييدنا .

ويقصد بالشخص كمحل قابل للتفتيش كل ما يتعلق بكيانه المادي وما يتصل به ويشمل هذا الكيان المادي أعضاءه الخارجية والداخلية ويتصل بهذا الكيان ما يتحلى به من ملابس أو يحمله من أمتعة أو أشياء منقولة سواء في يديه أو في جيبه أو ما يستعمله مثل مكتبه الخاص ولا صعوبة بالنسبة للأعضاء الخارجية للإنسان كاليدين والقدمين أما أعضاؤه الداخلية فمثالها دمه ومعدته فيمكن تفتيشها عن طريق غسل المعدة لتحليل محتوياتها وعن طريق أخذ عينة من الدم لمعرفة نسبة ما به من كحول^(٢).

ونرى أن تفتيش الشخص يعني التقيب عن دليل الجريمة في جسمه أو ملابسه أو ما يحمله، والأصل في تفتيش الشخص أنه إجراء من إجراءات التحقيق، ولذلك فإن الأصل أن تباشره سلطة التحقيق، وإذا خوله القانون لمأمور الضبط القضائي فهو يخوله له باعتباره عمل تحقيق يختص به استثناءً.

وعلى ذلك فالتفتيش ينطوي على مساس بحريته الشخصية وحصانة جسمه، لذلك كان لا بد من إحاطة هذا الموضوع بالكثير من الضمانات التي يمكن من خلالها حماية الأشخاص والمحافظة على حرياتهم من التعدي والمساس.

وأخيراً لا بد لنا من الإشارة إلى أن تفتيش الأشخاص ينقسم إلى نوعين وهما إما وقائي أو إداري. فالتفتيش الوقائي هو الذي يستهدف البحث عن شيء خطر يحمله المتهم توكياً لاحتمال استعماله في الإعتداء على غيره أو في الإضرار بنفسه، مما يعني تجريد المقبوض عليه مما يحمله من أسلحة أو أدوات قد يستعين بها على الإفلات من القبض عليه. وهذا التفتيش مشرع طالما بقي في نطاق الغرض منه، أما إذا استهدف ضبط شيء تعد حيازته جريمة فهو باطل.

أما التفتيش الإداري للأشخاص فهو أن يخول المشرع لموظف عام سلطة تفتيش شخص معين وفي وضع معين من باب التحري عما إذا كان قد ارتكب جريمة ما. ومثاله ما يقوم به رجال إدارة الجمارك من تفتيش ملابس الأشخاص المسافرين وحقائبهم وأمتعتهم. وكذلك ما يجريه رجال الشرطة في السجون من تفتيش للزوار والمترددین على السجون والمساجين.

ويقع التفتيش على شخص المتهم، كما يقع على غيره وبصرف النظر عما إذا كان ذكراً أو أنثى، فضلاً عن أنه يقع على المنقولات والعقارات^(٣).

المطلب الثاني

أهمية تفتيش الأشخاص

التفتيش هو من أخطر الإجراءات الجنائية التي تمس حريات الأشخاص، فهو بحث في مستودع أسرارهم التي يحرسون على الإحتفاظ بها لأنفسهم، واعتداء على حرياتهم في صون

١. د. صلاح الدين جمال الدين، الطعن في إجراءات التفتيش، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٥.

٢. د. مصطفى مجدي هرجه، المرجع السابق، ص ١١٤.

٣. د. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ٦.

أسرار أشخاصهم ومساكنهم.

وتفتيش الشخص ينطوي على مساس بحريته الشخصية وحصانة جسمه، فالمرشحين غالباً ما يضعون ضمانات وحدود لهذا التفتيش لما فيه من مساس بالحريات وإمتنانها في بعض الحالات.

ولأهمية هذه المسألة فقد نظمها المشرع الدستوري المصري، حيث نصت المادة ٤١ من الدستور المصري على أن " الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون"^(١).

وبما أن التفتيش إجراء تحقيقي تتولاه سلطة مختصة للبحث عن أدلة الجريمة في كواليس المجهول. فالتفتيش بكونه كذلك يسعى للكشف باعتبار أن إثبات الجرم غالباً ما يستند على الأدلة المادية التي تؤيد الأدلة القولية.

والواقع الفعلي والعملي يؤكد لنا أهمية التفتيش في اكتشاف الحقيقة وخطورته في تجاوز عناصره الموضوعية التي تتبدى في السبب، والمحل، والإختصاص وهي عناصر تتابع وتتساند في نشوء الحق إزاء مباشرة إجراءاته.

إزاء هذه الإعتبارات كان إجراء التفتيش من أخطر الإجراءات التي دفعت المشرع إلى إحاطته بالعديد من الضمانات التي في جملتها تؤكد الجوانب الإنسانية والإعتبارات المتعلقة بسلامة الدليل، وحقوق المتهم في الدفاع^(٢).

وهنا نجد أن المشرع الدستوري في مصر نظم مسألة تفتيش الأشخاص وأحاطها بالعديد من الضمانات في التشريع العادي، في حين أنه لم توجد ضمانات كافية أو مساوية لما هو موجود في التشريع المصري لدى التشريع البحريني سواء التشريع الدستوري أو العادي، لذلك سوف نتطرق لحالات وحدود تفتيش الأشخاص في المبحث التالي كضمانة لهذا الإجراء.

المبحث الثاني

حالات وحدود تفتيش الأشخاص

وتقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول منه حالات تفتيش الأشخاص، أما في المطلب الثاني فسنتطرق إلى حدود هذا التفتيش.

المطلب الأول

حالات تفتيش الأشخاص

تتاول المشرع البحريني مسألة تفتيش الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية وحدد

١. المرجع نفسه، ص ٥.

٢. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص ١٢.

الحالات التي يمكن فيها لمأمور الضبط أو من في حكمه تفتيش الأشخاص، وذلك بغية منه تحقيق الضمان الكافي لحفظ الحريات الشخصية للأفراد من التعدي عليها.

وفي دراستنا للحالات التي يجوز فيها تفتيش الأشخاص نرى بأن المشرع البحريني حددها في حالتين وهما: في حالة التلبس وفي غير حالة التلبس، وبدورنا نقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الأول تفتيش الأشخاص في حالة التلبس، وفي الثاني تفتيش الأشخاص في غير حالة التلبس، على النحو التالي:

الفرع الأول

تفتيش الأشخاص في حالة التلبس

تناول المشرع البحريني التلبس بالجريمة في المادة ٥١ من قانون الإجراءات الجنائية والتي تنص على (تكون الجريمة متلبس بها حال ارتكابها او بعد ارتكابها ببرهنة يسيرة. وتعتبر الجريمة متلبس بها إذا تبع المجني عليه مرتكبها، أو تبعته العامة مع الصياح إثر وقوعها، أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو متاع أو أشياء يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها، أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك).

وباستقراءنا لنص المادة السابقة، يتضح لنا بأن المشرع قد حدد صور التلبس بالجريمة حصراً لا على سبيل المثال فلا يجوز القياس عليها^(١). فإذا كنا أمام صورة من الصور السابقة فعندها نكون أمام جريمة متلبس بها.

وينقسم التلبس إلى نوعين إما حقيقي وإما حكمي، فالتلبس الحقيقي أو الفعلي هو مشاهدة الجريمة حال ارتكابها أو بعد ارتكابها ببرهنة يسيرة. وأما التلبس الحكمي أو الاعتباري فهو لا يكون بمشاهدة الجريمة وإنما مشاهدة آثارها، ويتحقق ذلك إذا تبع المجني عليه أو العامة مرتكبها بالصياح إثر وقوعها أو وُجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً أشياء تفيد أنه مساهم فيها أو إذا وجدت به آثار أو علامات تفيد ذلك. والمشرع يساوي بين التلبس الحقيقي والتلبس الحكمي سواء فيما يتعلق بالشروط أو الآثار المترتبة عليه.

وقد نصت المادة ٥٥ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على (لمأمور الضبط القضائي في الجنايات والجنح المتلبس بها التي تزيد مدة الحبس فيها على ثلاثة أشهر أن يقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه...).

يلاحظ أنه في حالة التلبس بارتكاب جريمة وكانت الجريمة المتلبس بها جنائية أو جنحة تزيد مدة الحبس فيها على ثلاثة أشهر جاز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم. فإذا كان التلبس يجيز ذلك - أي القبض عليه - فإنه يجيز له أيضاً تفتيشه تطبيقاً للقاعدة

١. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص ٨٧.

العامّة التي نص عليها المشرع في المادة ٦٦ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني والتي قضت بأن (في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانونا على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه). لأن إعطاء القائم بالتحقيق حق القبض يعني ضمناً إعطاءه الحق في تفتيش المتهم لضبط ما يحمله من أشياء تفيد في الوصول إلى الحقيقة، وهذا ما أكدته المادة السابقة وما ذهبت إليه محكمة التمييز في الطعن رقم ٢١٦ جنائي لسنة ٢٠١٢ بجلسة ٢٢ أكتوبر ٢٠١٢ بالقول: (المقرر أن التلبس صفة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها وتوافره يبيح لمأمور الضبط القضائي في الجنايات والجنح التي تزيد مدة الحبس فيها على ثلاثة أشهر القبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه دون حاجة إلى صدور إذن النيابة العامة بذلك عملاً بنص المادة ١/٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية).

الفرع الثاني

تفتيش الأشخاص في غير حالة التلبس

ونتداول هذه المسألة في حالتين وهما: حالة وجود أمارات قوية على أن التفتيش يفيد في كشف الحقيقة (أولاً) وحالة تفتيش من يجوز القبض عليه (ثانياً) على النحو التالي:

أولاً: وجود أمارات قوية على أن التفتيش يفيد في كشف الحقيقة:

تنص المادة ٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه (في غير الأحوال في المادة السابقة إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية ، أو جنحة سرقة أو نصب أو اعتداء جسيم أو حيازة أو إحراز مواد مخدرة في غير الأحوال المصرح بها قانونا جاز لمأمور الضبط القضائي القبض عليه).

وباستقراءنا المادة السابقة، نجد أنه يحق لمأمور الضبط القضائي القبض على أي شخص يشك بأنه قد ارتكب جريمة معينة، ومتى جاز القبض جاز التفتيش استناداً للمادة ٦٦ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية^(١)، وعليه فإن لمأمور الضبط القضائي أن يقبض ويفتش كل من يشك فيه بأنه قد ارتكب جريمة جنائية أو جنحة سرقة أو نصب أو اعتداء جسيم أو حيازة أو إحراز مواد مخدرة في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

أما فيما يخص استنتاج وتقدير تلك الدلائل الكافية لاتهام شخص بارتكاب جريمة معينة، فإن محكمة التمييز قد ذهبت في الطعن رقم ٥٣ جنائي لسنة ٢٠٠٥ في جلسة ٢٧ فبراير ٢٠٠٦ بالقول: (وإذ كانت الدلائل الكافية المشار إليها في المادة ٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ليست دليلاً بل هي مجرد استنتاج على سبيل الاحتمال بما يسمح لمأمور الضبط القضائي اتخاذ إجراء تحقيق من أجل تمحيص هذا الاستنتاج وتحري ما إذا كان يمكن أن يتحول استنتاج على سبيل الجزم من عدمه، وكان تقدير تلك الدلائل ومبلغ كفايتها يكون بداءة لرجل الضبط القضائي على أن يكون تقديره هذا خاضعاً لرقابة سلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع). وعلى ذلك فإن الاستنتاج ليس لوجود دليل وإنما هو على سبيل الاحتمال،

١. تنص المادة ٦٦ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه.

أي يكفي الاحتمال بأن الشخص قد ارتكب جريمة معينة للقبض عليه وتفتيشه، ويخضع تقدير استنتاج مأمور الضبط القضائي لرقابة سلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع.

أما فيما يتعلق بنص المادة ٦٨ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني والتي تنص على (إذا قامت أثناء تفتيش منزل متهم قرائن قوية ضد المتهم أو شخص موجود فيه على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة جاز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه). وعليه يحق لمأمور الضبط القضائي تفتيش الأشخاص بمناسبة تفتيش المنازل، ويلزم لذلك توافر ما يلي:

١- أن يكون هناك حالة من الحالات التي تبيح تفتيش المنزل لمأمور الضبط القضائي وأن يكون التفتيش بحضور المتهم إن أمكن ذلك. فإذا لم يكن المتهم حاضراً فلا يجوز تفتيش المنزل إلا إذا أناب المتهم شخصاً عنه أو جرى التفتيش بحضور شاهدين كلما أمكن ذلك ويفضل أن يكون الشاهدان من أقاربه البالغين أو الساكنين معه أو الجيران، على أن يثبت ذلك في المحضر وهذا ما تأكده لنا المادة ٧٠ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني^(١).

وهذا ما أكدته أيضاً محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٨٩ جنائي لسنة ٢٠٠٥ في حكمها الصادر بجلسة ٢ يناير ٢٠٠٦ إلى أنه: (وكان الحكم المطعون فيه قد عرض لدفع الطاعنين بشأن بطلان إجراءات تفتيش مخازن الشركة لعدم حضور أصحابها وأطرحه في قوله أن حصول التفتيش بغير حضور المتهم لا يترتب عليه البطلان وأن الثابت من الأوراق أن صاحب الشركة المجني عليها والموظف المسؤول حضرا اجراءات التفتيش، لما كان ذلك، وكان مفاد نص المادة ٩١ من قانون الإجراءات الجنائية أنه "يجري التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه إن أمكن وإذا حصل التفتيش في منزل غير المتهم يدعى صاحبه للحضور بنفسه أو بواسطة من ينيبه عنه إن أمكن ذلك" وكان البين من الأوراق ومما أورده الحكم المطعون فيه رداً على دفاع الطاعنين أن الطاعن من أصحاب المنزل الذي جرى تفتيشه فان الحكم المطعون فيه باطراحه هذا الدفع يكون قد التزم صحيح القانون، هذا إلى أنه ويفرض أن أحد أصحاب المحل الذي جرى تفتيشه لم يحضر إجراء التفتيش فإنه لا يجوز الطعن ببطلان الدليل المستمد من التفتيش بسبب عدم مراعاة الأوضاع المقررة إلا ممن شرعت هذه الأوضاع لحمايته وهو من جرى التفتيش على شخصه أو مسكنه أو محله، لما كان ذلك، وكان حضور المجني عليه اجراءات التفتيش لا يترتب عليه بطلانه فإن ما أثاره الطاعنان في هذا الخصوص يكون غير مقبول).

٢- أن توجد قرائن قوية على أن المتهم يخفي معه أشياء تنيد في كشف الحقيقة. والمقصود هنا أن تكون القرائن القوية متعلقة بذات الجريمة التي يجري مأمور الضبط القضائي التفتيش بشأنها لا أن تكون قرائن قوية على جريمة أخرى.

فإذا ما تحقق الشرطين السابقين جاز عندها تفتيش المتهم بمناسبة تفتيش المنازل، والكلام بغير ذلك يصبح إجراء باطلاً.

١. تنص المادة ٧٠ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه، وإلا جرى بحضور شاهدين كلما أمكن ذلك، ويكون هاذان الشاهدان بقدر الإمكان من أقاربه البالغين أو من القاطنين معه بالمنزل أو من الجيران، ويثبت ذلك في المحضر.

أما فيما يتعلق بتفتيش غير المتهم فنجد أن المشرع البحريني قد تطرق لهذه الحالة في المادة ٦٨ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني سالفه الذكر، وعليه فتفتيش غير المتهم عملاً بنص هذه المادة مشروط بشرطين:

١- أن يجري تفتيش منزل المتهم طبقاً للقانون، وسبق لنا وأن تطرقنا لهذا الشرط بالتفصيل عند كلامنا عن تفتيش المتهم في حالة وجود أمارات قوية على أن التفتيش يفيد في كشف الحقيقة.

٢- أن تتوافر قرائن قوية ضد الشخص الموجود في المنزل على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة. وإذا لم يتوافر هذان الشرطان فإن تفتيش غير المتهم وإن كان أحد الزوجين يكون باطلاً^(١).

وتجدر الإشارة أن المشرع اشترط في حالة تفتيش غير المتهم أن يكون التفتيش بإذن صادر من قاضي المحكمة الصغرى الجنائية بعد اطلاعه على الأوراق وتقدير جدية الاستدلالات وكفائتها، إذا كان عضو النيابة هو الذي يباشر التحقيق، وهذا ما أكدته المادة ٩٢ الفقرة ب من قانون الإجراءات الجنائية البحريني^(٢)، وأكدته أيضاً محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٢٠١١ بجلسة ٤ يونيو ٢٠١٢ بالقول أن: (المقرر أن تقدير جدية التحريات وكفائتها لإصدار إذن التفتيش هو من المسائل الموضوعية التي يوكل الأمر فيها إلى سلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع ومتى كانت المحكمة قد اقتنعت بجدية الاستدلالات التي بنى عليها إذن التفتيش وكفائتها لتسويغ إصداره وأقرت النيابة العامة على تصرفها في شأن ذلك وردت على شواهد الدفع ببطلانه فلا معقب عليها فيما ارتأته لتعلقه بالموضوع لا بالقانون).

ولكن يختلف الأمر إذا كان قاضي التحقيق هو الذي يباشر إجراء التفتيش فهو بخلاف عضو النيابة لا يحتاج إلى إذن من قاضي المحكمة الصغرى الجنائية وذلك لأنه يتمتع بصلاحيات قاضي المحكمة الصغرى عند مباشرته التحقيق^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يشترط القانون شكلاً معيناً لإذن التفتيش، وأكتفى بوجود مراعاة بعض الأمور الشكلية والتي اوضحتها محكمة التمييز في الطعن رقم ١٣٩ جنائي لسنة ٢٠١٠ بجلسة ١٢ أبريل ٢٠١٠ بالقول: (القانون لم يشترط شكلاً معيناً لإذن التفتيش، وكل ما

١. د. إدوارد غالي، الذهبي في الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، ١٩٩٠، ص ٣٦٣.

٢. تنص المادة ٩٢ الفقرة ب من قانون الإجراءات البحريني على أنه ولا يجوز له تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله إلا إذا اتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة ويشترط لاتخاذ هذا الإجراء الحصول مقدماً على إذن من قاضي المحكمة الصغرى. ويصدر القاضي هذا الإذن بعد إطلاعه على الأوراق.

٣. تنص المادة ١٧٠ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه يكون لقاضي التحقيق لدى مباشرته التحقيق سلطات قاضي المحكمة الصغرى، وإختصاصات المحكمة فيما يتعلق بنظام الجلسة.

تطلبه القانون أن يكون الإذن واضحاً ومحددًا بالنسبة إلى تفتيش الأشخاص والأماكن المراد تفتيشها وأن يكون مصدره مختصاً مكانياً بإصداره ومدوناً بخطه وموقعاً عليه بإمضائه). فمتى توافرت تلك المتطلبات في إذن التفتيش كان الإذن صحيحاً ومطابقاً للقانون، وبمجرد تخلف إحداها كان الإذن مشوباً وتعرض للبطلان.

ثانياً: تفتيش من يجوز القبض عليه:

نص المشرع البحريني على قاعدة عامة في المادة ٦٦ الفقرة أ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه (في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه).

ويشترط لإعمال هذا النص أن تكون شروط القبض متوافرة وإلا بطل القبض والتفتيش معاً، ولهذا فإنه لا يجوز لمأمور الضبط القضائي ولا لغيره أن يقوم بالتفتيش في أحوال التحفظ أو الإستيقاف لأنها لا تعتبر قبضاً في المعنى القانوني، فإذا قام به رغم ذلك يقع التفتيش باطلاً مع كل ما أسفر عنه.

ومن الواضح من النص السابق أن المشرع لم يلتزم بترتيب معين، فيجوز أن يسبق التفتيش القبض. وهذه القاعدة العامة تكمن حكمتها في أن إجراء التفتيش هو أقل خطورة من القبض، وما دام القانون قد أباح لمأمور الضبط القضائي إجراء القبض فلا غضاضة في منحه حق التفتيش نظراً لما فيه من قيمة بالنسبة للتحقيق، وذلك بالكشف عن جسم الجريمة أو الأدوات التي استخدمت فيها حتى لا يتمكن المقبوض عليه من إخفائها أو إعدامها أو العبث بها بوجه عام^(١).

ومن المتفق عليه فقهاً وقضياً أن القانون وإن كان يبيح لمأمور الضبط القضائي تفتيش شخص المتهم في الأحوال التي يجوز له فيها القبض فإن تلك الإباحة لا تتعدى شخص المتهم. فلا يجوز أن تمتد لمنزله ولو كان مأمور الضبط القضائي قد قبض على المتهم في منزله، أي كان دخوله المنزل بوجه قانوني^(٢).

ويعتبر الأمر بالضبط والإحضار في حقيقته قبضاً وبالتالي يجوز التفتيش بناءً عليه مادام الأمر بالضبط قد صدر صحيحاً ممن يملك إصداره قانوناً^(٣).

وإذا صدر أمر النيابة العامة بالتفتيش دون القبض فيجب أن يكون القبض في حدود القدر

١. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص ١٠٥.

٢. د. محمود عبدالعزيز محمد، التفتيش (الإذن - الإجراء)، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٩، ص ٤٢.

٣. د. محمود عبدالعزيز محمد، المرجع نفسه، ص ٤٣.

اللازم لإجراء التفتيش، لأن - كما أسلفنا سابقاً - التفتيش أقل خطورة من القبض.

المطلب الثاني حدود تفتيش الأشخاص

وستتناول هذا المطلب في فرعين: الأول: حدود تفتيش الشخص فيما يتصل به. أما الثاني: حدود تفتيش الشخص فيما هو خارج عنه، على النحو التالي:

الفرع الأول حدود تفتيش الشخص فيما يتصل به

أن موضوع تفتيش الأشخاص هو في الأصل يتناول جسم المتهم، فيطال هذا التفتيش كامل جسده كاليدين والقدمين والبطن والظهر والفم والأنف، ويجوز كذلك أن يطال مواطن العورة منه إذا توافرت دلائل وأمارات كافية يستشف منها أن المتهم يخفي دليل الجريمة فيها.

وعلى ذلك يجوز فض يد المتهم أثناء تفتيشه أو فتح فمه لإخراج ما يخفيه فيه. والتفتيش هنا أيضا يطال ملابس المتهم سواء الخارجية أو الداخلية، بالإضافة لما يحمله من لفائف وحقائب.

وقد يشمل التفتيش كذلك أعضاء المتهم الداخلية إذا كان التعرض لها لا يمس الحقوق التي يقرها القانون للمتهم، فيجوز إجراء غسيل المعدة المتهم لاستخراج محتوياتها إذا كان قد ابتلع مادة مخدرة على سبيل المثال، أو أخذ عينة من دم المتهم للتعرف على ما إذا كان في حالة سكر مثلاً، ويجوز كذلك استخراج المادة المخدرة من الموضع الحساس في جسمه^(١).

وكما أسلفنا، يجوز أن يطال التفتيش مواطن العورة في جسم المتهم، فيجوز تفتيش منطقة الألية وما بين الفخذين، بحيث يلجأ بعض الأشخاص وبخاصة المسجونين بإخفاء الممنوعات المحظور دخولها للسجن كالمخدرات في هذه المنطقة وتحت الإبطين وبين الفخذين بواسطة شريط لاصق، وقد يتم إخفاء أدلة الجريمة ومنها المخدرات برفعها بفتحة الشرج أو داخل المهبل أو بإبتلاعها ثم إنزالها بعد تناول المليينات، وهذا الأسلوب متبع في السجون سواء من جانب الرجال أو النساء، وفي هذه الحالة الأخيرة لا بد وأن يستعين رجل السلطة أو مأمور الضبط برجال الخبرة وهم الأطباء في التحصل على تلك الأدلة^(٢).

١. د. إيهاب عبدالمطلب، المرجع السابق، ص ١٩.

٢. د. محمود عبدالعزيز محمد، المرجع السابق، ص ٤٢.

وعلى الرغم من خلو القانون من نص يبيح أخذ إدرار المتهم وفحصه (الدم والبول) في القضايا المختلفة، إلا أنه يمكن الرجوع إلى الفقه والقضاء لبيان حكم هذه المسألة. فيرى جانب من الفقه أن فحص الدم والبول يدخل في نطاق التفتيش وأنه إجراء جائز. فالتفتيش بطبيعته يحوي إكراها. بيد أن هذا الإجراء يجب أن لا يكون ضاراً بالمتهم من الناحية الصحية، ولذلك فلا يجوز أن يقوم به سوى طبيب^(١). بينما يرى فريق آخر من الفقه أن التفتيش لا يجيز الإعتداء على جسم الإنسان دون نص قانوني صريح، ومن ثم فلا يصح تحليل دم المتهم أو بوله كإجراء من إجراءات التفتيش^(٢).

وبما أن التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق فإن تنفيذه ليس متروكاً لخير المتهم، فإذا لم يخضع له طواعية أكره على ذلك، فالتفتيش بهذا المعنى قد يتطلب قدراً مناسباً من الإكراه يقع على المتهم من أجل الوصول إلى أدلة الجريمة. ولكن يشترط أن يكون هذا الإكراه بالقدر المناسب لمنع مقاومة التنفيذ أو عدم الرضوخ لمن يباشر هذا الإجراء أو لمنع محاولة المتهم من الهرب. ويخضع مدى تناسب القوة أو الإكراه المستخدم للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع^(٣).

الفرع الثاني

حدود تفتيش الشخص فيما هو خارج عنه

إذا قلنا أن الأصل في تفتيش الأشخاص أن يتناول التفتيش جسم المتهم وما يحمله من حقائب وأمتعة وما يرتديه من ملابس، فنحن بهذا أخرجنا من نطاق تفتيش الأشخاص كل ما يخرج عن إطار جسم المتهم. وعلى هذا سنتناول بشيء من التفصيل حدود تفتيش الشخص فيما هو خارج عنه، وذلك في ثلاث نقاط رئيسية كالآتي:

أولاً: تفتيش الأمتعة والمنقولات:

لم ينص قانون الإجراءات الجنائية البحريني صراحةً على حكم تفتيش أمتعة الأشخاص. وقد ترجع العلة في ذلك إلى أن المنقولات التي في حوزة الأشخاص وتحت سيطرتهم تستمد حرمتها من حائزها، سواء أكانت حيازة قانونية كاملة أو ناقصة أو حتى حيازة مادية.

لذلك يجوز تفتيش الأمتعة متى صح تفتيش حائزها، وذلك لأنها امتداد لشخصه ومن توابعه، وإذا كانت في مسكن أو أحد ملحقاته، فلها حرمة المسكن، ويباشر تفتيشها بضمانات تفتيشه - أي المسكن - لأنها من محتوياته التي ينصب عليها التفتيش^(٤).

١. د. مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٤٠.

٢. د. مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٤٢.

٣. د. محمود عبدالعزيز محمد، المرجع السابق، ص ٣٤.

٤. د. مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٤٣.

وعليه فإذا قامت شروط تفتيش الشخص كان للقائم بالتفتيش الحق بان يبحث في أمتعة الشخص ومنقولاته، بل أنه إذا كان - أي الشخص - يقود دابة أو جمل أو يركبها فإن تفتيشها يصح .

ولكن السؤال الذي يثار هنا هو هل يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتش المنقولات التي ليست بحيازة أحد ؟ وبمعنى آخر إذا ما رأى مأمور الضبط القضائي منقولات ولا يوجد حائز لها هل يمكنه تفتيشها ؟ والجواب هنا هو أن لمأمور الضبط القضائي إذا ما رأى منقولات في غير حيازة أحد فلا يجوز له تفتيشها ولكن يمكن له الإطلاع عليها، ويعد هذا الإطلاع من قبيل التحري وجمع الإستدلالات فهو يعتبر معاينة عادية لا تفتيشاً .

وعليه فقد قضت محكمة النقض المصرية في نقض ٦ يناير ١٩٣٦ بأن " بحث البوليس في محتويات سلة بعد سقوطها في الطريق العام لا يعد تفتيشاً بالمعنى الذي يريده القانون إنما هو ضرب من ضروب التحري عن مالكةا عله يهتدي إلى معرفته بشيء من محتوياتها ولا جناح عليه في ذلك . فإذا هو وجد في هذه السلة مخدراً (حشيشاً) وأدانة المحكمة صاحب هذه السلة في تهمة إحراز الحشيش الموجود بها كان حكمها في محله " (١) .

ثانياً: تفتيش المساكن:

لقد أجاز المشرع البحريني في قانون الإجراءات الجنائية تفتيش منزل المتهم أو أي مكان يخصه في المادة ٩٠ من هذا القانون، والتي تنص على (للنيابة العامة أن تأمر بتفتيش منزل المتهم بناءً على اتهام موجه إليه بارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس أو باشتراكه في ارتكابها، كما لها أن تأمر بتفتيش أي مكان يخص المتهم لضبط الأسلحة والآلات والأشياء وكل ما يحتمل أنه استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها أو وقعت عليه وكل ما يفيد في كشف الحقيقة . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون أمر التفتيش مسبباً) .

والملاحظ من النص السابق، أن هناك شروط يجب توافرها من أجل تفتيش المساكن وهي:

١ . أن يوجه للشخص اتهام بارتكاب جريمة، ويعد هذا الشرط أساس يقوم عليه تفتيش المساكن، فلا يجوز تفتيش منزل شخص إذا لم يوجه له اتهام، ويستوي هنا أن يكون الشخص متهما بوصفه فاعلاً أو شريكاً .

٢ . أن تكون الجريمة المتهم بارتكابها جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس، فلا يمكن تفتيش منزل متهم بارتكاب مخالفة، وعليه فإذا وجهت تهمة إلى شخص بأنه متهم بارتكاب جريمة ما وكانت عقوبتها هي الحبس جاز لمأمور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم مع مراعاة الشروط الآتية أيضاً .

٣ . يجب أن تتوافر قرائن قوية على وجود أشياء لها علاقة بالجريمة أو تقييد في كشف

١ . د. محمود عبدالعزيز محمد، المرجع السابق، ص ٢٢٨ .

حقيقتها، وبناءً على ذلك لا يكفي مجرد الإتهام بارتكاب جريمة جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس وإنما يشترط توافر قرائن قوية على وجود أشياء تتعلق بالجريمة أو تفيد في كشف حقيقة هذه الجريمة.

٤. وأخيراً، يجب الحصول على أمر بالتفتيش وأن يكون الأمر مسبباً، وهذا شرط أساسي لصحة التفتيش وهو وجود أمر تفتيش صادر من النيابة العامة على أن يكون هذا الأمر مسبباً، فإن خلو التفتيش من هذا الأمر يعد إجراء التفتيش باطلاً لمخالفته صحيح القانون، وحتى وإن كان أمر التفتيش موجوداً ولكن غير مسبباً عد الإجراء كذلك باطلاً، فالتسبب ركناً أساسياً لصحة أمر التفتيش وبالتالي لصحة إجراء التفتيش ككل.

أما ما يخص تفتيش مسكن غير المتهم فنجد أن المشرع البحريني نص في المادة ٩٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (لعضو النيابة العامة أن يفتش المتهم. ولا يجوز له تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله إلا إذا اتضح من أمارات قوية انه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة ويشترط لإتخاذ هذا الإجراء الحصول مقدماً على إذن من قاضي المحكمة الصغرى. ويصدر القاضي هذا الإذن بعد اطلاعه على الأوراق).

ومن خلال استقراءنا للنص السابق نجد أن المشرع البحريني أجاز تفتيش منزل غير المتهم ولكن قيده بشروط أكثر من الشروط التي إشتراطها لتفتيش منزل المتهم ويمكن لنا ذكر هذه الشروط على النحو التالي:

١. وجوب توافر قرائن قوية على وجود أشياء تتعلق بالجريمة، فإذا ما أراد عضو النيابة العامة أن يقوم بتفتيش منزل غير المتهم فلا يمكن له ذلك إلا إذا توافرت قرائن قوية على أن منزل هذا الشخص يوجد به أشياء تتعلق بالجريمة.

٢. وجوب الحصول على إذن من قاضي المحكمة الصغرى مقدماً، وعليه اشترط المشرع هذا الشرط من أجل حماية حرية الأشخاص ومن أجل إضفاء ضمانات قوية لعدم التعرض لغير المتهم فتفتيش منزل غير المتهم لا يصح إلا بوجود إذن من قاضي المحكمة الصغرى الجنائية صادراً منه بعد الإطلاع على الأوراق المقدمة من النيابة العامة، كما يشترط أن يكون هذا الإذن صادراً قبل إجراء التفتيش أي مقدماً عليه، فإذا قام عضو النيابة العامة بتفتيش منزل غير المتهم ومن ثم حصل على إذن فإن هذا الإجراء وقع باطلاً.

٣. وأخيراً، هناك شرط مشترك بين الحالة الأولى - أي حالة تفتيش منزل المتهم - وهو أن يكون هناك أمر بالتفتيش وأن يكون الأمر مسبباً، فيجب أن يصدر أمر مسبب من النيابة العامة بتفتيش منزل المتهم لكي يصح عندها إجراء تفتيش منزل غير المتهم بالشروط التي

ذكرناها^(١).

ويخضع تفتيش المساكن بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق للقواعد العامة، بحيث يجب اتخاذها من السلطة التي حولها القانون ذلك، ووجوب تدوينه في محاضر أصولية، وتمكين الخصوم من الحضور أثناء إجراءه. واشترط المشرع أيضاً أن يكون التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه إذا كان ذلك ممكناً. وكذلك الحال إذا جرى التفتيش في منزل شخص آخر غير المتهم حيث ينبغي دعوة صاحبه للحضور بنفسه أثناء التفتيش أو بواسطة من ينيبه إذا كان ممكناً^(٢).

ثالثاً: تفتيش المركبات:

إن المشرع البحريني لم يفرد نصوصاً خاصة بتفتيش المركبات ولكن من المستقر عليه فقهاً وقضياً وما يقضي به العقل والمنطق انه طالما أبيض تفتيش الأشخاص والمسكن فإنه يجوز تفتيش المركبات بأنواعها المختلفة الخاصة منها والأجرة والعامة وأيضاً الدراجات النارية وغيرها مما يندرج تحت مفهوم المركبات، وذلك وفق ضوابط وأحكام معينة يتولى القضاء تنظيمها، وسوف نتناول في ما يلي حكم تفتيش كل نوع من أنواع المركبات:

١. حكم تفتيش المركبات الخاصة:

أن المركبات الخاصة تتمتع بالحرمة بلا جدال وهذا مستقر عليه فقهاً وقضياً، ولكن أمر تفتيشها لا يخرج عن الفروض التالية:

- الفرض الأول: أن تكون المركبة الخاصة في الطريق العام في حوزة صاحبها أو قائدها:

وهنا تتمتع السيارة بالحرمة الشخصية لصاحبها أو قائدها وتتنطبق عليها حينئذ ضمانات تفتيش الأشخاص، وعليه فإذا صدر إذن من سلطة التحقيق لأحد رجال الضبط القضائي لتفتيش المتهم أو توافرت دلائل كافية على إتهامه بجريمة في حالة تلبس وفقاً للمادة ٥١ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني جاز في الحال تفتيش المتهم كما صح تفتيش سيارته، سواء كان يسير في المركبة في الطريق العام أم كان في موقف عام، لأن تفتيش الشخص يشمل بالضرورة ما يكون متصل به، كما وضحنا سابقاً، والمركبة الخاصة هنا تعد من تابعه.

وتأكيداً على ذلك فقد ذهبت محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٥٣ جنائي لسنة ٢٠٠٥ في الجلسة المنعقدة بتاريخ ٢٧ فبراير ٢٠٠٦ إلى أنه: (أما السيارات الخاصة وقوارب الصيد فلا يمكن القول ببطالان تفتيشها إلا على اعتبار اتصالها بشخص صاحبها أو مسكنه ومادام لمأمور الضبط القضائي أن يفتش المتهم لتوافر الدلائل الكافية على ارتكابه جريمة حيازة مواد مخدرة فإنه يجوز تفتيش قاربه).

١. د. سعيد حسب الله عبدالله، المرجع السابق، ص ١٩٢.

٢. أنظر المادة ٩١ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني.

وأيضاً أكدت على ذلك في الطعن رقم ٣٦ جنائي لسنة ٢٠٠٨ بجلسة ٤ مايو ٢٠٠٩ حيث قالت: وكانت المحكمة قد أقرت مأمور الضبط القضائي على توافر الدلائل الكافية لديه على اتهام الطاعن بارتكاب جريمة حيازة واحراز مخدر فإن القبض عليه يكون قد تم صحيحاً وفقاً للمادة سالف الذكر ويجوز تفتيشه عملاً بالمادة ١/٦٦ من القانون سالف الذكر وبالتالي تفتيش سيارته الخاصة باعتبار أن حرمتها مستمدة من اتصالها بشخص صاحبها أو حائزها فكلما جاز تفتيشه فإن ذلك يشمل ما يكون متصلاً به والسيارة الخاصة كذلك).

- الفرض الثاني: أن تكون المركبة مستقرة بالمسكن أو في أحد ملحقاته:

وذلك كأن تكون المركبة موجودة في المرآب (الكراج) أو في الحديقة الملحقة بالمسكن، وهنا فإنه يجب مراعاة كافة القواعد المتصلة بتفتيش المسكن ذاته بشأن تفتيشها، كوجوب - مثلاً - أن يصدر أمر قضائي مسبب بالتفتيش. ومخالفة ذلك كالقيام بتفتيش المركبة دون وجود إذن بتفتيش المسكن فإن الإجراء يقع باطلاً لمخالفته الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية بشأن تفتيش المساكن.

- الفرض الثالث: أن يتخلى صاحب المركبة أو حائزها عنها باختياره:

وفي هذا الفرض يحصل هذا التخلي لأي سبب من الأسباب حتى ولو تركها صاحبها أو حائزها مغلقة، وكان ظاهر الحال يشير إلى تخليه عنها، ففي هذه الحالة لا تكون المركبة في حيازة أحد ويترتب على ذلك سقوط مالها من حرمة، وعليه يجوز لمأمور الضبط القضائي معاينتها بفتحها والأطلاع على ما بداخلها وذلك كإجراء من إجراءات التحري الذي ليس فيه اعتداء على حرية الأفراد الشخصية، فقد يكون بداخلها مواد خطيرة على الأمن العام وقد يكون فيها ما يستدل به على صاحبها، فإذا وجد بها شيء مما تعد حيازته جريمة جاز ضبطه، وفي حالة التلبس يكون على مأمور الضبط القضائي الذي شهدها أن يباشر ما يخوله له القانون في هذا الشأن.

وتطبيقاً لما سبق فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦٣ بأن " القيود الواردة على التفتيش تنصرف إلى السيارة الخاصة بالطرق العامة فتحول دون تفتيشها إلا في الأحوال الإستثنائية التي رسمها القانون، طالما أنها في حيازة اصحابها، فإذا ما كانت خالية وكان ظاهر الحال يشير إلى تخلي صاحبها عنها سقطت هذه الحماية وجاز تفتيشها، وأن هذا لا يعد تفتيشاً بالمعنى الذي يبتغيه القانون، وإنما ضرب من ضروب التحري عن مالك السيارة أو قائدها عله يهتدي إلى معرفة شيء من محتوياتها، ولا جناح على الشرطة في ذلك" (١).

ويؤكد ذلك أيضاً حكم آخر لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٧٤٧ جلسة ٤ أبريل لسنة ١٩٦٠ بأن " لا يجوز تفتيش السيارات الخاصة بالطرق العامة بغير إذن من سلطة التحقيق، وفي غير أحوال التلبس، إلا إذا كانت خالية وكان ظاهر الحال يشير إلى تخلي

١. د. محمود عبدالعزيز محمد، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

صاحبها عنها " (١).

٢. حكم تفتيش مركبات الأجرة:

تعتبر مركبات الأجرة في حيازة سائقها وركابها على حد سواء، وبالتالي فلا يجوز تفتيشها إلا إذا كان أحدهم ممن يجوز تفتيشه. بيد أنه يجوز لرجال الشرطة لدواعي الأمن أن يقوموا بالتحري عن المتهمين الهاربين وذلك بإيقاف هذه السيارات وفتحها للاستدلال عمن بها دون التعرض لحرياتهم الشخصية، فإذا تبين لهم وجود متهم هارب جاز لهم اتخاذ الإجراءات التي يخولها لهم القانون، أما إذا وجد في إحدى سيارات الأجرة أمتعة أنكر الموجودين بالسيارة صلتهم بها جاز ضبطتها وتفتيشها، بناءً على أنها متروكات يجوز لرجال الشرطة التحري عما بها لدواعي الأمن، فإذا وجد فيها أشياء تعد حيازتها جريمة، قامت حالة التلبس وجاز لمأمور الضبط القضائي الذي شهد الواقعة أن يتخذ الإجراءات التي خوله القانون إياها.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٤ مارس سنة ١٩٦٨ بأن " لما كان مجرد إيقاف مأمور الضبط لسيارة معدة للإيجار وهي سائرة في طريق عام بقصد مراقبة تطبيق القوانين واللوائح في شأنها أو إتخاذ إجراءات التحري كالبحث عن الجرائم في دائرة اختصاصه لا ينطوي على تعرض لحرية الركاب الشخصية، ولا يمكن أن يعتبر في ذاته قبضاً في صحيح القانون، فإن الحكم يكون قد أصاب فيما إنتهى إليه - للأسباب السائغة التي أوردها - من رفض الدفع ببطلان القبض والتفتيش، وفي واقعة هذه الدعوى كان قد صدر إذن نيابة أسيوط بتفتيش السيارة بأنها تنقل المخدرات إلى المراجعة " (٢).

٣. حكم تفتيش المركبات العامة:

المركبات العامة هي تلك المركبات التي يجوز لأي فرد من الجمهور إستقلالها نظير أجر محدد، وذلك كمركبات النقل العام والقطارات، فإنها تأخذ حكم المحلات العامة فيجوز لمأمور الضبط القضائي أن يستطلع ما بها، ويعتبر ذلك من قبيل المعاينة لا التفتيش، وعليه إذا وجد بها أمتعة ليست في حيازة أحد، وأنكر الركاب صلتهم بها، جاز تفتيشها، فإن وجدت بها أشياء تعد حيازتها جريمة جاز ضبطها وقامت حالة التلبس بناءً على ذلك (٣).

المبحث الثالث

الأحكام المتعلقة بتفتيش الأشخاص

والإستثناءات الواردة عليها

وسنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة الأحكام المتعلقة بتفتيش بعض الأشخاص الذين خصهم غالبية المشرعين بأحكام و ضمانات خاصة. فسنفرد المطلب الأول لمناقشة أحكام تفتيش الأنثى

١. المرجع نفسه، ص ٢٣٤.

٢. د. محمود عبدالعزيز محمد، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

٣. د. مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٤٠.

في القانون المقارن وكذلك في القانون البحريني. بينما سيكون النقاش في المطلب الثاني عن الأشخاص المستثنون من أحكام التفتيش وهم ثلاث فئات: القضاة وأعضاء البرلمان وأعضاء السلك الدبلوماسي، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول أحكام تفتيش الأنثى

وستكون مناقشة هذا المطلب على فرعين: الأول: أحكام تفتيش الأنثى في القانون المقارن. والثاني: أحكام تفتيش الأنثى في القانون البحريني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول تفتيش الأنثى في القانون المقارن

وقد نصت المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري (في فقرتها الثانية) على أنه " إذا كان المتهم أنثى، وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي"^(١).

وهذه القاعدة تتعلق بالنظام العام، ولا تملك الأنثى نفسها التنازل عنها أو الرضاء بما يغيرها، ويترتب على مخالفتها البطلان المطلق، بل أن مخالفتها من القائم بالتفتيش تعد جناية أو جنحة حسب الأحوال^(٢). فعلى هذا الشرط صيانة الآداب العامة وحماية القيم الأخلاقية، وصيانة عرض المرأة ولو كانت متهمة. ويتصل هذا بالأفكار الحديثة للإجراءات الجنائية، وهي وجوب أن تنحصر هذه الإجراءات في المجال الذي لا يمس كرامة الإنسان، ولا يسلبه حقوقه التي لا يجرده منها تعرضه للإتهام.

ويحظر على مأمور الضبط القضائي أن يفتش المرأة بمعرفته في الأماكن التي تعتبر عورة لها، ويعزى ذلك لاعتبار أن تفتيش عورات المرأة بحضور مأمور الضبط القضائي يخدش حيائها، حتى وإن كان القائم بالتفتيش امرأة، فبمجرد لمس القائم بالتفتيش لأماكن العورة أمام مأمور الضبط القضائي يخدش الحياء لدى المرأة، فإذا كان موضع التفتيش لا تتوافر فيه تلك الصفة كان التفتيش صحيحاً.

ويتحدد مفهوم العورة وفق مدلول عري، وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كانت المتهمة تخفي المخدر في صدرها، وقام مأمور الضبط القضائي بمد يده إلى صدرها وأخرج المخدر منه، عُد ضبطه

١. د. إيهاب عبدالمطلب، تفتيش الأشخاص والأماكن، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٩، ص ١٩.

٢. د. مجدي محب حافظ، اذن التفتيش، شركة ناس للطباعة، ٢٠٠٢، ص ٣٢.

باطلاً^(١).

وكما أسلفنا أن المشرع المصري لم ينص صراحةً على ضرورة تحليف اليمين للأنتى القائمة بالتفتيش، وعليه يمكن القول أن المشرع المصري قد أجاز تثبيت أقوالها أيضاً دون تحليفها اليمين قبل التفتيش. ومع ذلك يجوز لمأمور الضبط القضائي تحليفها اليمين إذا خيف ألا يستطاع بعد ذلك سماعها أمام المحكمة أو النيابة العامة وذلك إعمالاً للقاعدة العامة في تحليف اليمين وإستثناءاتها بالنسبة لمأمور الضبط القضائي في أحوال معينة^(٢).

وقد اختلف الفقه في مدى جواز تكليف طبيب لتفتيش الأنتى، فقد ذهب جانب من الفقه إلى إجازة هذا التفتيش إذا اتخذ صورة عمل طبي يحتاج لخبرة طبية خاصة، بدعوى أنه خبير وما يقوم به لا يمكن للأنتى أن تقوم به، ومثاله إخراج المخدر من موضع حساس من جسمها كفتحة الشرج أو المهبل^(٣).

بيد أن هناك رأي راجح في الفقه يرفض هذا التدخل الطبي ويرى أنه حتى لو كان الطبيب متخصصاً في الولادة و أمراض النساء، فإن ذلك لا ينفي عنه كونه رجلاً، وأن صفته كطبيب لا تبيح له المساس بجسم المرأة^(٤).

كما لا يجوز تفتيش الأنتى بمعرفة زوجها بدعوى أن قيامه بهذا الإجراء لا يمس حياتها، فمثل هذا العمل فيه خزي له وإهانة، فضلاً عن أنه غير مختص في ذلك ولا يمكن إجباره على الشهادة أمام المحكمة على زوجته^(٥).

غير أنه إذا لم يتوافر في التفتيش الواقع على الأنتى شرط من الشروط التي استلزمها المشرع لصحته كان هذا التفتيش باطلاً، ويجب على صاحب المصلحة فيه الدفع به أمام محكمة الموضوع ولا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. وإذا كانت المتهمه أنتى ولم يقع التفتيش بمعرفة أنتى فإن ذلك يتعلق بالنظام العام فضلاً عن أنه لا يصححه رضاء الأنتى بوقوعه.

وفي النظام القانوني الأمريكي، فقد استقر الرأي على قاعدة تفتيش الأنتى بمعرفة أنتى. ومن المتعارف عليه أن جهاز الشرطة يستخدم عدداً من النساء يلازمهن رجل الشرطة لمجرد تفتيش

١. د. إيهاب عبدالمطلب، الرجوع السابق، ص ٢٠.

٢. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص ١١٦.

٣. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥٧٦.

٤. د. حسن صادق المرصفاذي، المرجع السابق، ص ٣١٠.

٥. د. مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٣٥.

الأنثى وقت القبض عليها^(١).

أما المشرع الإيطالي فقد بين في المادة ٢/٢٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية بأن تفتيش الأنثى يتم بمعرفة أنثى كلما كان ذلك ميسوراً ، ولا يترتب عليه تأخير التحقيق أو الإضرار بسيره. معنى ذلك أن أعمال هذه القاعدة ليس وجوباً طالما أنه قد يتبدى من إتمام التفتيش بمعرفة أنثى تأخير التحقيق أو المساس بسيره^(٢).

وفي تشريع الإتحاد السوفيتي قضت المادة ١٧٢ من قانون الإجراءات الجنائية بضرورة تفتيش الأشخاص بمعرفة أشخاص من نفس الجنس، وبحضور شهود من ذات الجنس^(٣).

كما إستلزم التشريع الإجرائي لدولة الإمارات العربية المتحدة أن يتم تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى يندبها لذلك عضو الضبط القضائي بعد تحليفها يمينا بأن تؤدي أعمالها بالأمانة والصدق، وأن يكون شهود التفتيش من النساء^(٤).

الفرع الثاني

تفتيش الأنثى في القانون البحريني

لقد أخضع المشرع البحريني تفتيش الأنثى لشرط خاص. فقد نصت المادة ٦٦ الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجنائية (وإذا كان المتهم أنثى وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي بعد أن تحلف يمينا بأن تؤدي مهمتها بالصدق والأمانة).

وأكدت هذه المادة عدم جواز تفتيش أنثى إلا من قبل أنثى، حيث يندب القائم بالتحقيق إحدى النساء التابعين للشرطة النسائية وتكون مهمتها تفتيش المرأة المتهمة، وإذا ما تعذر ذلك، يحق لمأمور الضبط القضائي أن يندب أي أنثى كانت، وبعد تدوين هويتها في المحضر وتحليفها اليمين بأن تؤدي عملها بالصدق والأمانة تباشر ما كلفت به وهو تفتيش المرأة المتهمة^(٥).

هذا ولم يحدد المشرع البحريني شروطاً خاصة في الأنثى التي يتولى انتدابها مأمور الضبط القضائي لإجراء تفتيش أنثى. فيجوز له إنتداب أي أنثى على أن يثبت اسمها وهويتها في

١. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص ١١٧.

٢. د. مصطفى مجدي هرجه، المرجع السابق، ص ١٣٢.

٣. المرجع نفسه، ص ١٣٢.

٤. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص ١١٨.

٥. د. سعيد حسب الله عبدالله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٥، ص ١٩٢.

محضر الضبط. والجدير بالذكر أن المشرع البحريني قد نص صراحة على ضرورة تحليفها اليمين بأن تؤدي مهمتها بالصدق والأمانة على عكس المشرع المصري الذي لم يذكر ذلك صراحة كما أسلفنا.

ويؤخذ على المشرع البحريني أنه أغفل النص على ضرورة أن تكون شهود التحقيق جميعهم من النساء، كما ذهب إليه المشرع الإماراتي، من أجل مراعاة المرأة المتهمة، وعدم خدش حياتها عند تعرضها للمس في أماكن العورة.

المطلب الثاني

الأشخاص المستثنون من أحكام التفتيش

هناك بعض الفئات تتمتع بحصانة خاصة تحول دون تفتيشهم إلا بعد إتباع إجراءات محددة. وبحسب الأصل أنه طالما توافرت شروط التفتيش الصحيح كأن يصدر به إذن من السلطة المختصة أو توافرت حالة التلبس بإرتكاب جريمة أو في حالات القبض الصحيح جاز إجراؤه وصولاً للحقيقة في الجريمة محل التحقيق.

إلا أن المشرع ورعاية منه لمصالح يرى أنها أولى بالرعاية من مصلحة التحقيق قد إستثنى بعض الفئات من إتخاذ هذا الإجراء تجاههم ومنحهم حصانة خاصة بهم طالما يتمتعون بالسبب الذي من أجله منحوا الحصانة، ويزيلها عنهم طالما زال عنهم ذلك السبب ومن هذه الفئات القضاة وأعضاء المجلس الوطني وأعضاء السلك الدبلوماسي وهذا ما سنتناوله بشيء من الإيجاز على النحو الآتي:

الفرع الأول

أعضاء السلطة القضائية

تهدف الحصانة القضائية الممنوحة لأعضاء السلطة القضائية إلى ضمان استقلالهم وحمايتهم من الإجراءات الكيدية أو التعسفية التي قد توجه لهم من قبل رجال السلطة العامة أو غيرهم بهدف التأثير على مجرى العدالة والتدخل في شؤون السلطة القضائية.

ومن هذا المنطلق، ولكي يتمكن أعضاء السلطة القضائية من تأدية وظيفتهم على أحسن وجه، كان لا بد أن يتمتعوا بحصانة معينة فيما يتعلق ببعض الإجراءات الجنائية. فقد نصت المادة ٤٣ فقرة ١ من قانون السلطة القضائية البحريني على أنه: (في غير حالات التلبس بالجريمة، لا يجوز القبض على القاضي وحسبه احتياطياً إلا بعد الحصول على إذن بذلك من المجلس الأعلى للقضاء بناءً على طلب النائب العام)^(١).

١. راجع المادة (٤٣) من المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن السلطة القضائية.

وبمفهوم المخالفة للمادة السابقة نجد أنه يمكن القبض على عضو السلطة القضائية في حالة التلبس بالجريمة دون أخذ إذن مسبق من المجلس الأعلى للقضاء، ولكن أوجبت المادة على النائب العام رفع الأمر إلى المجلس الأعلى للقضاء عند القبض على القاضي وحسبه احتياطياً في حالة التلبس بالجريمة خلال الأربعة والعشرين ساعة التالية للقبض عليه، والأمر متروك للمجلس في أن يقرر استمرار حبسه أو الإفراج عنه، وإذا ما قرر استمرار حبسه وجب عليه تحديد مدة الحبس في القرار الذي يصدره^(١).

ونجد أن المشرع البحريني في تنظيمه لمسألة تفتيش القاضي في غير حالة التلبس لم ينص عليها في قانون السلطة القضائية، وبالتالي أحالنا لقانون الإجراءات الجنائية، حيث أشار في المادة ٦٦ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه).

والمستفاد من النص السابق أنه لا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش أي شخص إلا من يجوز القبض عليه قانوناً، حتى ولو كان قاضياً، وهذا ما نلاحظه أيضاً من المادة ٤٣ فقرة ١ سالف الذكر من قانون السلطة القضائية البحريني، وحيث أن المشرع البحريني أجاز التفتيش في حالة القبض فإنه لا يجوز تفتيش الأشخاص دون وجود إذن بالقبض، وعند مخالفة ذلك يصبح إجراء التفتيش باطلاً.

ولكي يجوز تفتيش القاضي في غير حالة التلبس يجب أن يكون هناك إذن بالقبض عليه صادر من المجلس الأعلى للقضاء وذلك بطلب من النائب العام^(٢).

أما فيما يخص حالة التلبس بالجريمة، فقد أجاز المشرع البحريني تفتيش القاضي دون إذن سابق بالقبض وذلك للوضعية التي يكون عليها القاضي، وأكتمى المشرع باشتراط الحصول على قرار من المجلس الأعلى للقضاء بعد رفع الأمر إليه من قبل النائب العام، وفيما عدا ذلك فقد أحال المشرع البحريني تنظيم هذه الحالة التي يكون عليها المتهم في حالة التلبس بالجريمة إلى قانون الإجراءات الجنائية، والذي نص في المادة ٦٧ منه على أنه: (لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا إتضح له من أمارات قوية أنها موجودة فيه). ونص أيضاً في المادة ٦٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (إذا قامت أثبات تفتيش منزل المتهم قرائن قوية ضد المتهم أو شخص موجود فيه على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة جاز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه).

وباستقراء المواد السابقة نلاحظ أنه يجوز تفتيش الأشخاص دون الحصول على إذن بالقبض في حالة التلبس بإرتكاب جريمة، ويستفاد أيضاً من نص المادة ٤٣ فقرة ١ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر أنه يمكن تفتيش القاضي دون الحصول على إذن من قبل المجلس الأعلى للقضاء إذا ما وجد في حالة تلبس بإرتكاب جريمة، والجريمة التي يجب أن يكون في صدها لكي يجوز تفتيشه هي أما جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ٣ أشهر، أما فيما عدا ذلك فلا يجوز تفتيش القاضي ويقع تفتيشه مخالف للقانون.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد اشترط عند حبس القاضي وتنفيذ العقوبات المقيدة للحرية بأن تتم في أماكن مستقلة عن الأماكن المخصصة للمحبوسين الآخرين^(٣)، ويعزى ذلك

١. راجع المادة (٤٣) فقرة ٢ و٣ من قانون السلطة القضائية.

٢. راجع المادة (٤٣) فقرة ٤ من قانون السلطة القضائية.

٣. راجع المادة (٤٣) فقرة ٥ من قانون السلطة القضائية.

إلى أن المشرع قد أراد تجنب القاضي للمواجهة المباشرة مع المحكومين، فقد يوجد محكوم قد سبق وأن حكم عليه ذات القاضي، وأيضا لمنع حدوث أي اعتداء عليه، ودرءا للفوضى في مكان الحبس.

الفرع الثاني

أعضاء المجلس الوطني^(١)

تنص قوانين بعض الدول على حصانات لبعض الأشخاص تميزهم بأحكام خاصة، ومن هؤلاء الأشخاص أعضاء المجلس الوطني بمجلسيه الشورى والنواب. حيث أن هذه الحصانة قررتها المادة (٨٩) من دستور مملكة البحرين في الفقرة (ج) بحيث نصت على ما يلي: (لا يجوز أثناء دور الإنعقاد، في غير حالة الجرم المشهود، أن تتخذ نحو العضو إجراءات التوقيف أو التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحبس أو أي إجراء جزائي آخر إلا بإذن المجلس الذي هو عضو فيه. وفي غير دور إنعقاد المجلس يتعين أخذ إذن من رئيس المجلس. ويعتبر بمثابة إذن عدم إصدار المجلس أو الرئيس قراره في طلب الإذن خلال شهر من تاريخ وصوله إليه. ويتعين إخطار المجلس بما قد يتخذ من إجراءات وفقا للفقرة السابقة أثناء إنعقاده، كما يجب إخطاره دوماً في أول إجتماع له بأي إجراء أتخذ أثناء عطلة المجلس السنوية ضد أي عضو من أعضائه).

وعلى ذلك نجد أن هذه الحصانة المقررة لأعضاء المجلس الوطني هي حصانة إجرائية. ومن ثم فهي لا تبيح الفعل الذي يرتكبه عضو المجلس ولا تعفيه من المسؤولية أو العقاب وإنما يقتصر على الإجراءات الجنائية ومن بينها التفتيش والذي لا يصل إلى حد منع هذه الإجراءات وإنما تعليق إتخاذها على موافقة المجلس أو رئيسه حسبما إذا كان في دورة إنعقاد أو لا. بمعنى آخر أنه يمكن إجراء التفتيش بناءً على موافقة المجلس أو رئيسه كما ذكرنا.

وتزول هذه الحصانة بمجرد الحصول على الإذن باتخاذ الإجراءات. ولكن حكم الإذن يختلف باختلاف ما إذا كان المجلس في دور الإنعقاد أم لا، ففي الحالة الأولى يجب أن يصدر الإذن من المجلس، أما في الحالة الثانية فإن الإذن يصدر من رئيس المجلس. ويجب على النيابة العامة إخطار المجلس إذا كان في دور الإنعقاد بما أتخذ من إجراءات جنائية في مواجهة العضو. أما إذا اتخذت الإجراءات في أثناء العطلة السنوية للمجلس فيجب إخطاره بذلك في أول إجتماع له^(٢).

وتسقط الحصانة الممنوحة لأعضاء المجلس الوطني بقوة القانون في حالة التلبس بالجريمة، فقد استثنى الدستور من الحصانة حالة التلبس بالجريمة، وكما أسلفنا بأن هذه الحصانة إجرائية وبمجرد التلبس بالجريمة تسقط عن العضو، فيصبح التفتيش قانوني في هذه الحالة

١. يتألف المجلس الوطني البحريني من مجلسين هما: مجلس الشورى ويتألف من أربعين عضواً يعينون بأمر ملكي، ومجلس النواب ويتكون من أربعين عضواً ينتخبون بطريق الإنتخاب العام السري المباشر. أنظر المواد (٥١، ٥٢، ٥٦) من دستور مملكة البحرين.

٢. د. سعيد حسب الله عبدالله، المرجع السابق، ص ٧٩.

ولا يحتاج لإذن أو موافقة من المجلس أو رئيسته. وتبدو العلة في هذا الإستثناء في انتفاء العلة التي قصدها المشرع، بمنحه الحصانة، لأنه في حالة التلبس بالجريمة تكون الأدلة واضحة وقوية وتتنفي حالات التعسف أو الكيد.

الفرع الثالث

الممثلون الدبلوماسيون

تقضي قواعد العرف الدولي بتقرير حصانة لأشخاص المبعوثين الدبلوماسيين، وذلك لتمكينهم من أداء مقتضيات ووظائفهم في الدول الموفدين إليها، وليست هذه الحصانة سبب من أسباب الإباحة، ولكنها مانع من إتخاذ الإجراءات الجنائية.

وعلى ذلك، فبموجب المادة ٣٧ من إتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة سنة ١٩٦١م، يتمتع أعضاء الهيئة الدبلوماسية للدول الأجنبية، وممثلو المنظمات الدولية والإقليمية، أو المنظمات المتفرعة عن الأمم المتحدة، وكذا أعضاء بعثاتها بحصانة فيما يصدر عنهم من أفعال مجرمة، سواء تعلقت بوظائفهم، أو كانت خارجة عنها تجاه قانون الدولة التي يحلون بها مالم يكونوا حاملين جنسية تلك الدولة، لأنه عندئذ لا يعد خضوعهم لقانونها انتقاصاً من سيادة أي دولة أخرى^(١).

ومن ثم، فإن المستقر عليه في العرف الدولي أن الحصانة الدبلوماسية تعني عدم المساس بالحريات الشخصية لأعضاء البعثة الدبلوماسية، وعدم تطبيق قواعد الإجراءات الجنائية عليهم، بالنسبة للقبض والتفتيش وما يستتبعها من إجراءات خاصة بالتحقيق، ومن باب أولى عدم التعرض لحرياتهم الشخصية عند إجراء الإستدلالات.

وتشمل الحصانة الدبلوماسية أفراد أسرة المبعوث الدبلوماسي، كما تشمل رئيس الدولة إذا كان في زيارة لدولة أخرى، كما تمتد إلى أفراد أسرته وحاشيته، فلا يجوز اتخاذ أي إجراءات جنائية حيال أي منهم إذا وقعت منهم جريمة^(٢).

ولا يجوز لعضو البعثة الدبلوماسية أن يتنازل عن الحصانة التي يتمتع بها لكونها لم تمنح له لشخصه، وإنما منحت له بسبب وظيفته، وتقرر لمصلحة الدولة التي ينتمي إليها ومن ثم لا يمكنه أن يتنازل عن تلك الحصانة إلا بتصريح من رئيس البعثة الدبلوماسية^(٣).

١. د. محمد شنه، قانون العقوبات البحريني، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٦، ص ٤٥.

٢. د. مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٤٧.

٣. د. محمود عبدالعزيز محمد، المرجع السابق، ص ٧٠.

ولما كان القبض على المبعوث الدبلوماسي غير جائز في أية صورة من الصور، فلا يجوز بالتالي تفتيشه، وإلا وقع ذلك مخالفاً لقواعد العرف الدولي.

والأمر يختلف في حالة تلبس عضو السلك الدبلوماسي بارتكاب جريمة، فإن النيابة العامة تقوم بمخاطبة البعثة الدبلوماسية التي ينتمي إليها المتهم، ويكون الأمر بيد البعثة الدبلوماسية حيث تقرر إما رفع الحصانة عنه، وإما أن تتبع إجراءاتها وتقوم بإعادته الى دولته التي قد ترى حينئذ محاكمته.

الخاتمة

بعد أن تناولنا موضوع تفتيش الأشخاص في القانون البحريني بشكل دقيق، وتعرضنا فيه لماهية تفتيش الأشخاص وعرفنا التفتيش بأنه: الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة لضبط ما عسى أن يكون فيه مما يفيد في كشف الحقيقة عن جريمة معينة، وقد يكون محل التفتيش ذات الشخص أو مسكنه أو مكان آخر أضفى عليه القانون حمايته.

وتعرضنا على أهمية هذا التفتيش ومدى مساعدته للوصول إلى الحقيقة، وأنه يعتبر من أخطر إجراءات التحقيق لما ينطوي عليه من مساس بالحريات الشخصية وامتثالها في بعض الحالات، وبيننا أيضاً أن الحالات التي يتم فيها تفتيش الأشخاص هي إما في حالة التلبس أو في غير حالة التلبس، وتناولنا شروط كل حالة على حدة، ومن ثم إنتقلنا إلى دراسة حدود تفتيش الأشخاص فيما يتصل بالشخص نفسه أو فيما هو خارج عنه، كتفتيش الأمتعة والمنقولات وتفتيش المساكن والمركبات. وناقشنا الأحكام المتعلقة بتفتيش بعض الأشخاص والاستثناءات الواردة عليها، والذي من خلاله تعرفنا على شروط تفتيش المرأة، وأيضاً أحكام تفتيش القضاة وأعضاء المجلس الوطني والممثلون الدبلوماسيون.

النتائج:

وبدراستنا للموضوع من جميع الجوانب نجد أن المشرع البحريني لم يضع ضمانات كافية تحمي الحريات الشخصية للأفراد، خصوصاً فيما يتعلق بتفتيش الأشخاص كإجراء من إجراءات التحقيق. بإعتباره من أخطر الإجراءات التي تمس حريات الأفراد وكراماتهم. ووضع من الضمانات ما هو قليل بالنسبة لغيره من المشرعين كالمصري الذي وضع من الضمانات والحدود ما يكفل للأفراد صيانة حرياتهم وكراماتهم. خصوصاً بالنسبة لتفتيش الأنثى وتفتيش المركبات.

وكذلك ذهب المشرع المصري إلى النص على الضمانات التي تكفل حريات الأفراد في الدستور، أي أنه أعطى ضمانات تفتيش الأشخاص قوة وحصنها من المساس بنصه عليها في أعلى وثيقة وهي الدستور، ومن المعروف أن النصوص الدستورية تتميز بجمودها بشكل نسبي عن نصوص القانون العادي وأن إجراءات تعديلها أكثر صعوبة من تعديل نصوص القانون

العادي، وقد غاب ذلك عن المشرع البحريني، حيث أكتفى بالنص عليها في القانون دون أن يوردها في الدستور.

وأيضاً نجد أن المشرع البحريني لم يبين حدود تفتيش الشخص فيما يتصل به، وأكتفى فقط بالنص على التفتيش دون التعرض لحدوده، كحكم تفتيش مواطن العورة لدى الشخص، بالإضافة لعدم اشتراطه أن يكون أخذ الإدراج من المتهم وفحصه بمعرفة طبيب، كإجراء من إجراءات التفتيش. والأمر كذلك بالنسبة لحدود تفتيش المركبات بمناسبة تفتيش الشخص، حيث لم يوضحها المشرع البحريني.

التوصيات:

وعليه، نهيب بالمشرع البحريني أن يضع من الأحكام ما يكفل ضمان حريات الأفراد وكرامتهم فيما يتعلق بتفتيش الأشخاص. وندعو المشرع كذلك إلى إضافة بعض الأحكام المتعلقة بتفتيش الأنثى كأن يشترط - بالنص صراحة - أن يكون شهود التفتيش جميعهم من الإناث، وأن يشترط أيضاً تفتيش المرأة إذا اضطرت من قبل طبيب أن يكون الطبيب أنثى.

كما نوصي المشرع فيما يخص الأحكام المتعلقة بحدود تفتيش الأشخاص على وجه الخصوص أن ينص صراحة على حكم تفتيش الأمتعة والمنقولات التي في حوزة الأشخاص وتحت سيطرتهم أثناء إجراء التفتيش وأن ينص أيضاً على حدود تفتيش المركبات بمناسبة تفتيش الأشخاص.

قائمة المراجع

١. د. إدوارد غالي، الذهبي في الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، ١٩٩٠ .
٢. د. إيهاب عبدالمطلب، تفتيش الأشخاص والأماكن، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠٠٩ .
٣. د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢م.
٤. د. سعيد حسب الله عبدالله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٥ .
٥. د. صلاح الدين جمال الدين، الطعن في إجراءات التفتيش، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠٠٥ .
٦. د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، ضوابط التفتيش في الشريعة المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥ .
٧. د. مجدي محب حافظ، اذن التفتيش، شركة ناس للطباعة، ٢٠٠٢ .
٨. د. محمد شنه، قانون العقوبات البحريني، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٦ .
٩. د. محمود عبدالعزيز محمد، التفتيش (الإذن- الإجراء) ، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٩ .
١٠. د. محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الثاني، ١٩٧٨م.
١١. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ .
١٢. د. مصطفى مجدي هرجه، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفوع والبطالان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠ .

دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية

دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة

الدكتور/ رمزي هيلات

أستاذ القانون الإداري المشارك
جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين

المقدمة:

تقوم السلطة الإدارية بالعديد من المهام والصلاحيات، والتي إزدادت وتنوعت بعد أن تخلت الدولة عن موقفها الحيادي ازاء نشاطات الأفراد (الدولة الحارسة) والذي كان يقتصر على حفظ الأمن والدفاع الخارجي والقضاء بين الأفراد إلى الدور التدخلي (الدولة التدخلية) في ميادين الحياة الإقتصادية والإجتماعية كافة، ويتمثل هذا الدور في العمل بشكل رئيسي على تنفيذ القوانين وإشباع حاجات الأفراد ورعاية مصالحهم وتحقيق رفاهيتهم والمحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب والأخلاق العامة.

ومن أجل تمكين السلطة الإدارية من القيام بهذا الدور والوصول به إلى غايته المطلوبة وهو تحقيق النفع العام، أعترف لها المشرع بالكثير من الإمتيازات، ووضعها في مركز يسمو على مراكز الأفراد، والذي يقصد من ورائه المصلحة العامة بالدرجة الأولى، حيث تجلت هذه الإمتيازات في إمكانية الإدارة إصدارها للعديد من القرارات الإدارية المنفردة والملزمة، والعمل على تنفيذها ولو أدى إلى إستخدام القوة المادية دون اللجوء إلى القضاء، مما جعلها في إحتكاك يومي ومباشر مع الأفراد الأمر الذي زاد من إحتماالية تعديها على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة، من هنا كان لابد من تقرير ضمانات كافية لحماية الأفراد في مواجهة الإدارة ذات الإمتيازات الخطيرة، وتتجلى أولها في خضوع الإدارة للقانون كأفراد أو مايسمى بمبدأ المشروعية الذي أصبح سائداً في الدول الديمقراطية.

وبقصد بمبدأ المشروعية سيادة حكم القانون في الدولة، ويؤخذ بالقانون هنا بمعناه العام والشامل لكافة القواعد القانونية المكتوبة (الدستورية والعادية واللوائح الإدارية) وغير المكتوبة (العرفية والمبادئ القانونية العامة) مع مراعاة مبدأ التدرج في قوتها وقيمتها القانونية.

ولضمان إحترام هذا المبدأ وعدم الخروج عليه، ولتطبيقه على أرض الواقع، تقررت الرقابة على أعمال الإدارة، وأخذت صوراً متعددة، فهناك الرقابة السياسية التي يتولاها نواب الأمة والأحزاب السياسية والرأي العام ووسائل الإعلام، وكذلك الرقابة الإدارية التي تمارسها الإدارة على نفسها بشكل تلقائي أو بناءً على تظلم، وأخيراً الرقابة القضائية التي تتولاها المحاكم المتعددة في الدولة.

وعلى الرغم من تنوع وتعدد الرقابة، تبقى الرقابة القضائية هي الأجدى والأكثر فعالية لما

يتمتع به القضاء من الحياد والاستقلالية والموضوعية،^(١) وذلك لصعوبة تحقيق العدالة إذا ما كان الخصم والحكم ينتميان إلى جهة واحدة.

ومملكة البحرين كغيرها من الدول الديمقراطية، تأخذ بكافة أنواع الرقابة على أعمال السلطة الإدارية، السياسية والإدارية والقضائية، مع إعطائها الأولوية بشكل أساسي للرقابة القضائية. ومما يؤكد ذلك المبادئ الدستورية الهامة التي نص عليها ميثاق العمل الوطني والتي اعتبرت من أهم الدعائم الرئيسية لإحترام مبدأ المشروعية، وهي أن الشعب مصدر السلطات جميعاً، ومبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ سيادة القانون، وإستقلال القضاء، وحق الشعب في المشاركة في الشؤون العامة، وكذلك مانص عليه الدستور البحريني في المادة (٢٠) فقرة (و) من أن حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون.

وتنقسم دول العالم بشأن تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الى نظامين رئيسيين هما : نظام القضاء الواحد (النظام الأنجلو سكسوني) ونظام القضاء المزدوج (النظام اللاتيني)^(٢).

وقد تبنى المشرع البحريني نظام القضاء الواحد، حيث يختص القضاء العادي بالنظر في كافة المنازعات القضائية سواء كانت مدنية او تجارية او جزائية او ادارية.

ويمكن ملاحظة ذلك من خلال ما جاء في المادة (١١) من المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧١ بشأن تنظيم القضاء في مملكة البحرين (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، ولها أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة، عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك).

وبالنظر الى هذا النص يتبين لنا أنه اعتبر المنازعات التي تكون الحكومة طرفاً فيها منازعات مدنية، ويبدو أن النظام القانوني البحريني في تلك الفترة لم يكن يعرف هذا النوع من المنازعات، وكانت جميعها يتم النظر فيها من قبل القضاء وتطبق عليها قواعد القانون الخاص^(٣). ولكن من جهة أخرى يمكن القول أن المشرع البحريني لم يضع قيوداً على ولاية القضاء في المنازعات الادارية الا ما يتعلق بأعمال السيادة.

كما جاءت احكام المحاكم البحرينية مؤكدة على ذلك^(٤) وتأكدت ولاية القضاء العادي للنظر في المنازعات الادارية بصدر المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث نصت المادة (٦) منه على (أن المحاكم المدنية تختص بالفصل في جميع المسائل التي ترفع اليها طبقاً للقانون في المواد المدنية والتجارية والادارية،).

١. فيما يتعلق بخصائص الرقابة القضائية وأفضليتها على الأنواع الأخرى أنظر د. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩٠ وما بعدها.

٢. لمعرفة التفاصيل حول هذين النظامين، انظر، د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، د. فاروق احمد خماس، القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٩٠ وما بعدها، د. سالم بن راشد الطوي، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩. د. محمد عبدالكريم ابو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص وما بعدها.

٣. د. محمد عبدالله حمد الدليمي، القضاء الإداري في مملكة البحرين، منشورات جامعة العلوم التطبيقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ١٦٦.

٤. انظر، حكم محكمة التمييز البحرينية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣، جلسة ١٩٩٣/٥/٢ المختار من الاحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة، دائرة الشؤون القانونية، سنة ٢٠٠٠، قاعدة (٨٢) ص ١٣١. وكذلك حكم محكمة الاستئناف العليا المدنية، رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٩٤، جلسة ١٩٨٥/٤/٣٠، المختار، المرجع السابق، قاعدة رقم (٥٣) ص ٨٤.

وكذلك المادة ٧ من المرسوم والتي نصت على أنه (فيما عدا أعمال السيادة، تختص المحكمة الكبرى المدنية بدائره ادارية بالفصل في المنازعات الادارية التى تنشأ بين الأفراد وبين الحكومة او الهيئات او المؤسسات العامة عدا الحالات التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك). اذن واستناداً الى النصوص القانونية السابقة يمكن القول وبما لا يدع مجالاً للشك أن النظام القضائي البحريني هو من أنظمة القضاء الواحد، الأ أنه وعلى الرغم من ذلك فالقاضي البحريني عندما ينظر في المنازعة الإدارية واعترافاً منه بخصوصيتها وتميزها عن المنازعة المدنية، يطبق عليها قواعد القانون العام، ويستحضر في فكره بعض المبادئ والنظريات التى يأخذ بها القاضي الإداري في الدول ذات النظام القضائي المزدوج، مما جعل البعض يصف طبيعة النظام القضائي البحريني بأنه يقوم على وحدة القضاء وازدواجية القانون^(١) وعلى هذا الاساس ولمعرفة دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية سيتم تقسيم هذه الدراسة الى أربعة مباحث رئيسة، ندرس في المبحث الأول دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية قبل انشاء الدائرة الادارية، وندرس في المبحث الثاني، دور القاضى البحريني في حماية مبدأ المشروعية بعد انشاء الدائرة الادارية، وندرس في المبحث الثالث مدى تطبيق القضاء البحريني للمبادئ التي أخذ بها القضاء الاداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة على أن نخصص المبحث الرابع لدراسه حدود سلطة القاضي البحريني في المنازعات الإدارية، وأخيراً خاتمة البحث نبين فيها النتائج التى خلصت إليها هذه الدراسة والتوصيات التى يعتقد الباحث أنها تعمل على تقوية دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية.

المبحث الأول

دور القاضي البحريني في ترسيخ مبدأ المشروعية قبل إنشاء الدائرة الإدارية

تقررت ولاية القضاء البحريني بالنظر في المنازعات الإدارية بصدر المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧١ حيث نصت المادة ١١ منه على أن " ليس للمحاكم أن تتظر في أعمال السيادة، ولها أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك".

وبناءً على هذا النص أخذ القضاء البحريني يمارس رقابته على كافة المنازعات الإدارية بإستثناء أعمال السيادة. وقد أتضح لنا هذا الأمر من خلال الأحكام القضائية الصادرة عنه، فمن حيث التأكيد على مبدأ المشروعية وحق كل مواطن في اللجوء إلى القضاء قضت محكمة الإستئناف العليا المدنية بمايلي " ... وحيث أنه لما كان لكل حق دعوى تحميه وهي وسيلة صاحب الحق لمقاضاة من يتعدى على حقه ولا بد للدعوى من قاضي يختص بالفصل فيها وقد كفل الدستور للمواطنين حق التقاضي بإعتباره من الحقوق العامة يمارسونه وفقاً للقانون - ولم ينشئ المشرع البحريني قضاءً مستقلاً يختص بنظر المنازعات التى أصطلح الفقه القانوني الحديث على تسميتها بالمنازعات الإدارية ومنها المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية التى تصدرها الجهات الإدارية وتؤثر في حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية.

و ولاية المحاكم المدنية على تلك المنازعات ثابتة بمفهوم المخالفة لنص المادة ١١ من قانون تنظيم القضاء على أنه ليس لهذه المحاكم أن تتظر في أعمال السيادة وهي نوع من القرارات الإدارية تحيط بها إعتبرات خاصة إستشاهها المشرع لهذه الإعتبرات الخاصة دون غيرها من القرارات الإدارية التى لم يضع قيدها على ولاية المحاكم بشأنها، ومقتضى ذلك هو إختصاص

١. د. محمد عبدالرحمن الدليمي، المرجع السابق، ص ٩٠.

المحاكم بنظر سائر المنازعات المتعلقة بها سواء اقامت طلب إلغائها إذا افتقدت شروط صحتها أن يطلب تعويض الأضرار الناشئة عنها، ولايسوغ القول بعد ذلك بأن إختصاص المحاكم قاصر فقط على قضاء التعويض دون قضاء الإلغاء طالما أنه لا يوجد نص تشريعي بهذا الخصوص وبناءً على ذلك لا يكون هناك شك في إختصاص محاكم البحرين المدنية بإلغاء القرارات غير الصحيحة" (١)

فهذا الحكم يؤكد سلطة القاضي في مراقبة أعمال الجهات الإدارية للتأكد من مدى مشروعيتها وإصداره الحكم النهائي والقابل للنفاذ يمثل ضماناً أكيدة لإقرار مبدأ المشروعية وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة.

وفيما يتعلق بطلب وقف تنفيذ القرار الإداري ومدى توافر شروطه من حيث الجدية، بمعنى أن يرى القاضي من خلال المستندات والأوراق أن هناك أسباب ترجح مخالفة المشروعية وتوحي للوهلة الأولى بإلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه، إضافة إلى شرط الإستعجال، ومعناه أن تنفيذ القرار الإداري سيترتب عليه نتائج لا يمكن تداركها فيما لو تم إلغاء القرار، فقد قضت المحكمة المدنية الكبرى "..... وحيث أنه عن الطلب المستعجل بوقف تنفيذ القرار مثار النزاع فإنه لما كان المقرر أن القضاء المستعجل يختص بوقف القرارات الإدارية ظاهرة البطلان، وله في سبيل ذلك أن يتناول موضوع الحق ببحث عرضي يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه ويبقى الموضوع محفوظاً سليماً يتنازل فيه ذوي الشأن لدى محكمة الموضوع..... وإذا كان القرار سالف الذكر قد جاء تطبيقاً لنص هذه المادة مشتتلاً على الأسباب التي دعت لإصداره فإنه ومن ثم يكون قد أستوفى الشكل الصحيح للقرار الإداري ولايسعف ظاهر أوراق الدعوى ومستنداتها المحكمة إلى القول ببطلانه بل إن الأمر يحتاج إلى تحقيق موضوعي يضيّق عنه إختصاص القضاء المستعجل وتعين تركه للقضاء الموضوعي... (٢)"

كما أخذ القضاء البحريني بالتعريف القضائي الإداري المصري للقرار الإداري وكذلك بأوجه الإلغاء جميعها وفي ذلك قضت المحكمة الكبرى المدنية " حيث أنه لما كان المقرر قانوناً أن القرار الإداري هو عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة وكان يشترط لصحة القرار الإداري توافر خمسة شروط إذا تخلف إحداها بطل القرار وهذه الشروط:

١- الشكل أي شكل القرار وهو كأصل عام لا يوجد شكل معين للقرار الإداري فقد يصدر بمجرد السكوت كالإمتناع عن إجابة طلب إعطاء ترخيص.

٢- الإختصاص فالقرار الإداري لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر من مختص بإصداره فكل وزارة أو مصلحة أو هيئة إختصاص معين وارد في قانون أو لائحة بل إن من اللوائح مايوزع الإختصاص بين الموظفين في جهات معينة فيجعل الإختصاص بإصدار قرار معين للوزير دون وكيل الوزارة وقد يجعله لجهتين مجتمعيتين أو لأكثر من جهة ومن ثم ينبغي أن يصدر القرار الإداري ممن جعله القانون مختصاً بإصداره فإذا صدر من غيره كان باطلاً.

٣- مشروعية المحل، والمحل في القرار الإداري هو الأثر القانوني الذي يهدف مصدره إلى

١ . حكم محكمة الإستئناف العليا المدنية رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٨٤ تاريخ ٣٠/٤/١٩٨٥، قاعدة (٥٦) المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة، الإصدار الأول، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠م، ص ٨٧.

٢ . حكم المحكمة المدنية الكبرى، رقم ١٥٥٠ لسنة ١٩٩٨، تاريخ ٤/١١/١٩٩٨ قاعدة رقم (٣٤)، المختار، المرجع السابق، ص ٥٨.

إحداثه وإذا تخلف المحل في القرار الإداري فإن ذلك يعد إهداراً لركن من أركانه ويترتب على ذلك إنعدامه فإن وجد المحل فإنه يتعين أن يكون مشروعاً وهو لا يعد كذلك إذا خالف قانوناً بمعناه الأعم فلا يجوز أن يخالف نصاً تشريعياً أو لائحة أو حكماً قضائياً.

٤- السبب إذ أنه يتعين أن يستند القرار الإداري إلى سبب صحيح ومشروع يتفق وأحكام القانون ذلك أن الجهة الإدارية وهي تصدر قراراً إدارياً فإنما تبتغي به المصلحة العامة ولا يكون ذلك إلا بالالتزام بحدود القانون واللوائح.

٥- الغاية فالسلطة الإدارية تستهدف عند إصدار القرار الإداري غاية محددة سواء أكانت ظاهرة في القرار الإداري أو مفهومه من الظروف والملابسه لإصداره وينبغي أن تكون الغاية مشروعة لا يقصد بها مضار من يتناوله القرار لأن الغرض من القرارات الإدارية أن تصدر لتحقيق مصلحة عامة وليس مصلحة شخصية فإذا حاد القرار الإداري عن هذا الهدف فقد شرطاً من شروط صحته وهو ما يعبر عنه بإساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بها^(١)

ونجد هنا في هذا الحكم أن القضاء البحريني قد رتب إنعدام القرار عند تخلف ركن المحل فقط ولم يرتب ذلك عند تخلف بقية الأركان حيث أنه من المتبع أمام القضاء الإداري أنه عند تخلف أي ركن من أركان القرار الإداري فإنه يترتب على ذلك إنعدام القرار أما إذا أصابه أحد العيوب فإنه يؤدي به إلى البطلان، وهناك إختلاف كبير بين إنعدام القرار الإداري وبطلانه^(٢) من حيث النتائج والآثار.

كما نجد الخلط الواضح لدى القضاء البحريني بين سبب القرار وغايته، فسبب القرار هو وجود حالة من الواقع أو القانون تسبق صدور القرار تدفع رجل الإدارة إلى إتخاذ القرار بشأن تلك الحالة، أما غاية القرار فهي الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من إصدار القرار، فسبب صدور قرار تأديبي بحق الموظف هو المخالفة الوظيفية، أما الهدف منه فهو مصلحة المرفق العام.

أما فيما يتعلق بشرط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء، فقد قضت المحكمة الكبرى المدنية ".... وحيث أن المصلحة هي مناط الدعوى فيشترط فيمن يتدخل في دعوى الإلغاء أن يكون له مصلحة شخصية ومباشرة ولو كانت مصلحة معنوية شريطة أن تكون قائمة يقرها القانون ..."^(٣)

وأما فيما يتعلق بسلطة القضاء البحريني في مراقبة ملاءمة القرار الإداري فقد قضت المحكمة الكبرى المدنية ".... وحيث أن القضاء لا يستطيع أن يبسط رقابته على الجانب التقديري للإدارة ما لم تستعمل تلك السلطة لتحقيق غرض غير مشروع أو لم يجعله المشرع في نطاق إختصاصها مما تكون قد تجاوزت ماترك لها من تقدير وبالتالي فإن القضاء لا يتصدى للقرار الإداري بالإلغاء ما لم يختل ركن من أركانه الخمسة المتمثلة في السبب والشكل والإختصاص والمحل والغاية..."^(٤)

١. حكم المحكمة المدنية الكبرى رقم ١٩٥٠ لسنة ١٩٩٩ تاريخ ١٩٩٩/٥/٢٩، قاعدة رقم (٣٥) المختار، المرجع السابق، ص ٦٠.

٢. لتفاصيل ذلك، أنظر د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة- ط ٢، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.

٣. حكم المحكمة الكبرى المدنية رقم ١٦٨٠ لسنة ١٩٧٨ تاريخ ١٩٨٠/١/١٣، قاعدة رقم (٥) المختار، المرجع السابق، ص ١٦.

٤. حكم المحكمة الكبرى المدنية رقم ٣٤٤٨ لسنة ١٩٩٩ تاريخ ١٩٩٩/٧/١٠، قاعدة رقم (٣٧) المختار، المرجع السابق، ص ٦٥.

المبحث الثاني

دور القاضي البحريني في حماية مبدأ المشروعية بعد

انشاء الدائرة الادارية

بصدور المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بتنظيم السلطة القضائية في مملكة البحرين، تم الغاء المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧١، حيث شكّل هذا المرسوم تأكيداً واصراراً للمشرع البحريني على تبنيه نظام القضاء الواحد وذلك استناداً الى المادتين السادسة والسابعة منه. السابق ذكرهما، وعلى أثر ذلك تم انشاء الدائرة الادارية في كنف المحكمة الكبرى المدنية للنظر في كافة المنازعات الادارية وذلك بموجب القرار رقم ٣ لسنة ٢٠٠٣ والذي حدد اختصاصها بموجب الفقرة الثانية من المادة الاولى من القرار بالآتي :

النظر بالدعاوى المتعلقة بالغاء القرارات الادارية والتعويض عنها.

- الدعاوى المتعلقة بالعقود الادارية.

- دعاوى الجوازات الناشئة عن قوانين الجنسية و الجوازات والهجرة.

ويشير بعض الفقه هنا الى أن هذه الاختصاصات قد جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، فالتحديد جاء بقرار وهو بدون شك أدنى مرتبة من القانون، فالمادة السابقة من القانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ والسابق ذكرها لم تحدد ولاية القضاء باختصاصات محددة، وإنما جاء شاملاً بجميع أنواع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والحكومة ولم يستثن منها سوى أعمال السيادة^(١).

ومن الملاحظ كذلك على هذا القرار النقص الواضح في قواعد المنازعة الادارية من حيث اوجه الطعن بالقرارات الادارية والمدة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى الالغاء واجراءات رفعها وآثار حكم الالغاء وغيرها من القواعد، كما أن تنظيم اختصاصات الدائرة الادارية بموجب قرار اداري امر يتنافى مع الاسس التي تقوم عليها الرقابة القضائية فالقرار الاداري يجعل بيد السلطة الادارية التي تستطيع بمشيئة ارادتها أن تضيق الرقابة القضائية الى أضيق نطاق خصوصاً في ظل سكوت الدستور البحريني عن تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الادارة، وكذلك في ظل عدم وضع قانون السلطة القضائية ضوابط اساسية لتلك الرقابة^(٢).

وعلى الرغم من انشاء الدائرة الادارية بموجب القرار السابق ذكره للنظر في المنازعات الادارية، يبقى النظام القضائي البحريني من أنظمة القضاء الواحد وذلك لعدم وجود محاكم ادارية مستقلة للنظر في المنازعات الادارية، فالدائرة الادارية تم تشكيلها ضمن المحكمة الكبرى المدنية، وقضااتها هم انفسهم الذين ينظرون في النزاع الاداري، حيث لا يوجد القاضي الاداري المختص والملم في طبيعة وخصوصية المنازعة الادارية كما أن احكام هذه الدائرة تستأنف امام محكمة الاستئناف العليا المدنية، وتميز امام محكمة التمييز، إلا أنه يمكن القول في هذا الخصوص، أن انشاء هذه الدائرة لهو اعتراف اكيد من قبل المشرع البحريني بخصوصية المنازعة الادارية واختلافها عن المنازعة المدنية بأن تطبق عليها قواعد ونظريات القانون

١. د. فاروق احمد خماس، بحث بعنوان " ولاية القضاء البحريني للمنازعات الادارية، مجلة الحقوق، المجلد السابع، جامعة البحرين، ص ١٤.

٢. د. سعيد الشتيوي، بحث بعنوان " ولاية المحاكم المختصة بالغاء القرارات الادارية في دول مجلس التعاون الخليجي"، "الاطار الدستوري والتنظيم التشريعي" مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، جامعة الكويت، العدد ١٣٧، السنة ٣٦، ص ٣٦٥.

الاداري التي قال بها القضاء الاداري. وهذا ما سوف نلاحظه من خلال الاحكام القضائية التي صدرت عن هذه الدائرة بمناسبة نظرها للمنازعات الادارية وللتدليل على ذلك نستعرض بعض القضايا التي شهدها القضاء البحريني على النحو التالي :

- فمن حيث تعريف القرار الإداري، قضت المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - " بأنه عمل قانوني يصدر بإرادة منفردة للجهة الإدارية، يتعين لصحته أن يكون صادراً من مختص بإصداره وأن يستند إلى سبب صحيح مشروع يتفق وأحكام القانون ذلك أن الجهة الإدارية وهي تصدر قراراً إدارياً فإنما تبغي المصلحة العامة، ولا يكون ذلك إلا بالتزام حدود القانون واللوائح".^(١)

- وفيما يتعلق بشرط توافر ركن الإختصاص في القرار الإداري قضت المحكمة الكبرى المدنية " بأنه لما كان البين من مطالعة نصوص لائحة الموظفين الإداريين بجامعة البحرين أنها قد ناظت بالسيد رئيس الجامعة إصدار قرار الإستغناء عن الخدمة بناءً على قرار المجلس التأديبي حسبما جاء بنص المادتين ٤٧، ٤٨ من اللائحة، وإذا كان ذلك وكان البين من مطالعة القرار المطعون عليه انه لم يصدر من رئيس الجامعة كما تقضي بذلك نصوص لائحة الموظفين، وإنما صدر عن غيره، ومن ثم فإن القرار يكون قد صدر من غير مختص بإصداره مما يجعله باطلاً، وتنتهي المحكمة تبعاً لذلك القضاء بإلغائه"^(٢).

- وفي شأن رقابة المحكمة لعنصر السبب قضت المحكمة الكبرى المدنية - " أنه لما كان من المقرر أن الإدارة وفي جميع الأحوال خاضعة لرقابة القضاء الإداري حال تطبيقها للقواعد القانونية للتحقق من الوجود المادي للوقائع، وللتأكد من أن هذه الوقائع كافية لتبرير إصدار القرار، إذ تنصب رقابة القضاء على الإدارة في هذه الحالة على التحقق من انها قد أستندت في إصدار قرارها إلى وقائع موجودة من الناحية المادية وصحيحة سواء أكانت الإدارة حسنة النية أي أعقدت بقيام الوقائع التي تدعيها، أم كانت تعلم بعدم توفرها، كما أنه يتعين أن يكون الجزء الواقع من جهة الإدارة متناسب مع الجرم الذي وقع من الموظف كشرط لمشروعية قرار الجزاء، كما وأن القرار الإداري يشترط لصحة سببه أن يكون السبب قائماً وموجوداً فعلاً لايشوبه غموض أو شك".^(٣)

- وعن وجوب توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء والوقت اللازم لتوافرها قضت المحكمة الكبرى المدنية - بدائرتها الإدارية " وكان من المستقر عليه أن دعوى الإلغاء هي دعوى عينية تنصب على مراقبة القرار الإداري ومدى مشروعيته حال وجوده - ولما كان الثابت أن المدعى عليها قامت بسحب القرار الطعين إستجابة لطلبات المدعي وبالتالي صار القرار لاوجود له ووضحت الدعوى على غير ذي موضوع مما يتعين معه القضاء بعدم قبولها ولاينال من ذلك ما أثارته المدعى عليها من إنتفاء

١. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية، الدعوى رقم ٨٤٤٣ لسنة ٢٠٠٦، تاريخ ٢٨/٣/٢٠٠٦، أشار إليه د. بدر محمد عادل محمد، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٠٨

٢. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - الصادر بتاريخ ٢٨/٣/٢٠٠٥ في الدعوى رقم ٢/٢٠٠٤/٤٩١٠، أشار إليه، د. إبراهيم عبدالعزيز شبحا، الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لأراء الفقه وأحكام القضاء البحريني - الكتاب الثاني، المرجع السابق ص ٣٣

٣. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - الدعوى رقم ٧٢٧٥ لسنة ٢٠٠٤ تاريخ ٢٨/٣/٢٠٠٥، أشار إليه د. بدر محمد عادل، المرجع السابق، ص ٤٤٥

مصلحة المدعي سيما وأن مصلحته كانت قائمة ومتوفرة وقت إقامتها وذلك ما أشرطه القانون لإقامة الدعوى"^(١)

- وأما عن إشتراط القضاء الإداري البحريني التظلم من القرار قبل اللجوء إلى القضاء، قضت المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - " ومن ثم فإنه وبناءً على ما جاء بنص هذه المادة، فإنه يتعين على المدعي أن يلجا أولاً وقبل اللجوء إلى هذه المحكمة للجنة التظلمات، أما وأنه لم يفعل ذلك ولجأ مباشرة إلى هذه المحكمة بالمخالفة لنصوص القانون ومن ثم فإن دعواه تكون غير مقبولة...."^(٢)

- وفي شأن التكييف القانوني للوقائع المكونة لسبب القرار، قضت المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - " إن المستقر عليه أنه إذا تعددت المخالفات المنسوبة للموظف والصادر إستناداً إليها قرار مجازاته، فإن تخلف بعض هذه المخالفات لايؤثر على صحة القرار التأديبي الصادر بمجازاته، مادام أن الباقي من المخالفات الثابتة في حقه تكفي لحمل قرار الجزاء محمل الصحة.... وبغض النظر عن مدى ثبوت المخالفات الأخرى المنسوبة إليها والمستند إليها ذلك القرار لكون ما ثبت في حقها من مخالفات على نحو ماسلف بيانه كافية لحمل القرار على سببه الصحيح"^(٣)

- وفي مجال التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، قضت المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - " إن إلغاء القرار الصادر بمجازاة المدعي بالتوقف عن العمل والراتب لمدة عشرة أيام وما ترتب على ذلك من أثار وقيام جهة الإدارة بتنفيذ ذلك على النحو سالف البيان فيه جبر لأية أضرار مادية أو أدبية تكون قد لحقت بالمدعي من جزاء ذلك القرار لما يحققه ذلك الإلغاء من رد لإعتباره أمام زملائه في العمل والمتعاملين معه وحصوله على قيمة الراتب المقتطع منه كأثر من أثار إلغاء قرار مجازاته، الأمر الذي لا يكون معه محل للقضاء بالتعويض النقدي وبما يتعين معه القضاء برفض الدعوى"^(٤)

وفيما يتعلق بشروط صحة القرار الإداري، قضت المحكمة الكبرى المدنية الدائرة الإدارية بإلغاء القرار الصادر من إدارة الهجرة والجوازات والقاضي برفض إصدار جواز لابن المدعي، وقد أقامت المحكمة حكمها على عيب السبب، حيث جاء في الحكم " وإذا كان كذلك، وكانت الإدارة المدعى عليها بإصدار جواز سفر لنجله قد صادف صحيح الواقع والقانون وتنتهي المحكمة لإجابته لطلبه..."^(٥)

١. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - الدعوى رقم ٧٢٧٥ لسنة ٢٠٠٤ تاريخ ٢٨/٣/٢٠٠٥، أشار إليه د. بدر محمد عادل، المرجع السابق، ص ٤٤٥
٢. حكم المحكمة الكبرى - الدائرة الإدارية، رقم ٢٥٥٢٢ لسنة ٢٠٠٣ تاريخ ٣١/٥/٢٠٠٤، أشار إليه، د. بدر محمد عادل، المرجع السابق، ص ٩٣
٣. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية، قضية رقم ٤١٣ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٩/٦/٢٠١٠ - غير منشور
٤. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - قضية رقم ١١٠١٨، لسنة ٢٠٠٩، تاريخ ٢٩/٦/٢٠١٠، غير منشور
٥. أشار إليه، د. فاروق أحمد خماس، بحث بعنوان ولاية القضاء البحريني للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٤

المبحث الثالث

مدى تطبيق القضاء البحريني للمبادئ التي أخذ بها

القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة

تتطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة يوماً بعد يوم للعمل على توسيع نطاق المشروعية والتضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة، حماية لحقوق الأفراد وحرية العامة من جهة، وتمكين الإدارة من القيام بواجباتها من جهة أخرى، وتمثل نقطة التوازن المشلكة الأساسية في القانون الإداري بحسب أن هذه النقطة ليست ثابتة ولا جامدة، بل متحركة باستمرار، يحركها القاضي الإداري متأثراً بكل العوامل والاعتبارات القانونية والعملية والسياسية المحيطة به، وبحياة الأفراد في الدولة الحديثة^(١).

وبناء على ذلك اتسعت رقابة القاضي الإداري تدريجياً، فبعد أن كانت تقف أولاً عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع، تطورت لتشمل التكييف القانوني لها إلى أن امتدت أخيراً لتشمل عنصر الملاءمة في القرارات الإدارية، بعد أن كان يعتبر خطأ أحمر لا يحق للقاضي الاقتراب منه كونه يعد تدخلاً سافراً من قبله في شؤون الإدارة، وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات وقد أدى ذلك بالقضاء الإداري إلى ابتداء العديد من النظريات والمبادئ لمواجهة السلطة التقديرية للإدارة والحد من مجالها، ومن أهمها، نظرية التناسب، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، ولتوضيح هاتين النظريتين، وبيان موقف القضاء البحريني منهما، سيتم دراستها ضمن المطلبين التاليين.

المطلب الأول

نظرية التناسب

التناسب فكرة أساسية من أفكار القانون الإداري، وهو يعني إختيار الاجراء الذي يتوافق ويتكافأ مع أهمية الوقائع التي بعثت على اتخاذ القرار^(٢).

وبمعنى آخر هو صفة لعلاقة منطقية منسقة تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري أو العمل القانوني^(٣).

والأصل أن تقف رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهميته وخطورة هذه الوقائع وتناسبها مع القرار الصادر بناءً عليها^(٤).

وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري المصري والاردني وكذلك القضاء البحريني فترة من الزمن. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية "إذا كان للقضاء الإداري أن يراقب صحة

١. د. عبدالعالي حاصه، د. امال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحل في دعوى الالغاء، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة خيضر بسكرو، ص ١٣٥.

٢. د. خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب)، ص ٣ الموقع الإلكتروني:

<http://khalifasalem.wordpress.com>

٣. د. بدر محمد عادل محمد، المرجع السابق، ص ٧٤٩.

٤. د. بدر محمد عادل محمد، المرجع السابق، ص ٧٥١.

الوقائع التي تكون ركن السبب وصحة تكييفها القانوني الأ أن لجهة الادارة حرية تقدير أهمية الحالة والخطورة الناتجة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها^(١).

وقضت محكمة العدل العليا الاردنية بهذا الخصوص " بأن تقدير مقدار العقوبة الواجب فرضها على المشتكي عليه متروك امره للمجلس التأديبي دون رقابة عليه من محكمة العدل العليا"^(٢).

كما اكدت على ذلك المحكمة الكبرى المدنية البحرينية الغرفة الثانية وقضت " وحيث أن القضاء لا يستطع أن يبسط رقابته على الجانب التقديري للادارة مالم تستعمل تلك السلطة لتحقيق غرض غير مشروع او لم يجعله المشرع في نطاق اختصاصها مما تكون قد تجاوزت ما ترك لها من تقدير وبالتالي فإن القضاء لا يتصدى للقرار الإداري بالإلغاء ما لم يختل ركن من اركانه الخمسة المتمثلة في السبب والشكل والاختصاص والمحل والغاية، وإذ أن القرار موضوع الدعوى قد صدر مستوفياً لركانه طبقاً لما تبين به المستندات الغير منازع فيها من قبل المدعيه مما تضحى معه طعون المدعية متفية مما يتوجب الحكم برفضها"^(٣).

ويعلق بعض الفقه^(٤) على هذا الموقف من قبل القضاء الإداري فيما يتعلق بإسطة التقديرية للإدارة، أنه يجاء في قواعد العدل والانصاف ولايتفق مع مصلحة العمل ايضاً كونه لا يأخذ بالحسبان مصلحة الموظف المجازي تأديبياً، فإذا ما صدر بحقه قرار جائر فيه مساس بحق وظيفي له، فإنه يفقده الحماس والرغبة في العمل لشعوره بالظلم الأمر الذي يؤثر سلباً على حسن سير العمل خلافاً لما توخاه القضاء من اطلاق يد الادارة في ايقاع العقاب دون رقيب او حسيب، فقد تصدر الادارة قراراً تأديبياً فيه غلو وشطط ولا يتناسب على الاطلاق مع المخالفة التي ارتكبها الموظف، فهل يعقل ان أن يستمر القضاء على موقفه هذا ويعد القرار مشروعاً رغم غلوه وعدم تناسبه مع المخالفة المرتكبة، ويضيف كذلك لا يعقل أن المشرع عند ادراجه الجزاءات على شكل درجات متفاوتة قد قصد ترك الأمر بيد الادارة بشكل مطلق لتختار أية عقوبة حتى ولو كانت في منتهى الشدة لانزالها بحق موظف ارتكب مخالفة في منتهى البساطة ولا تستدعي ابداً فرضها عليه.

وبناءً على ذلك وعندما لاحظ القضاء المفارقات الصارخة التي نجمت احياناً عن امتناعه عن أعمال رقابته على درجة الجزاء الموقع من الادارة ومدى تناسبه مع المخالفة المرتكبة، عدل عن موقفه وطور من رقابته لتشمل تناسب الجزاء مع المخالفة المرتكبة بصدد نوعين من القرارات هما : قرارات الضبط الإداري، وقرارات تأديب الموظفين في مجال الوظيفة العامة.

ففيما يتعلق برقابته على قرارات الضبط الإداري، فقد عمل القضاء الإداري في فرنسا ومصر على تعدي الحدود الطبيعية لرقابة السلطة التقديرية للادارة وامتد ليشمل تقدير ملاءمة اصدار هذه القرارات وذلك حفاظاً على حقوق الأفراد وحياتهم العامة التي تمسها

١ . حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ٩ قضائية الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٢/٢٥، مشار اليه، د. بدر محمد عادل، المرجع السابق، ص ٧٥١.

٢ . حكم محكمة العدل العليا رقم ٦٧/٥٧، مجلة نقابة المحامين، عدد (١٠) سنة ١٥، ص ١٠٦٨، مشار اليه، د. مصلح الصرايره، المرجع السابق، ص ١٨٨.

٣ . حكم المحكمة الكبرى المدنية، الغرفة الثانية، في الدعوى رقم (٤٣٥) لسنة ١٩٨٨ جلسة بتاريخ ١٩٩٠/١/٢، المحتار، المرجع السابق، قاعدة رقم (٣٩)، ص ٦٥.

٤ . د. عبد المهدي مساعدة، الرقابة القضائية على قرارات تأديب الموظفين في ظل قانون الخدمة المدنية البحريني، منظور مقارن، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة اسبوط، العدد ٣٤ ديسمبر لعام ٢٠١٣، ص ٨٤ - ص ٨٥.

هذه القرارات بطريق مباشر، وأول المبادئ الأساسية في هذا الصدد أرساها مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الشهير بنجامين "Benjamin"^(١) (الصادر بخصوص حرية المواطنين في عقد الاجتماعات بأن الغى القرار الصادر من عمدة مدينة (Neves) بمنع عقد احد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام، وقد قام المجلس بفحص الظروف المحلية التي احاطت بالدعوة الى عقد الاجتماع، وتبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع استخدام قوات البوليس المتوفرة لديها للمحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع ولذلك حكم المجلس بالغاء قرار العمدة لأنه اتضح من التحقيقات أن الاضطرابات المحتملة التي تدرع بها العمدة لا ترقى في خطورتها الى الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس من المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع هذا وقد ساير مجلس الدولة المصري زمليه الفرنسي في هذا الاتجاه واخضع لملاءمة القرارات المتعلقة بالحرية العامة لرقابته وفي ذلك قررت المحكمة الادارية العليا المصرية^(٢) (وإن كانت الادارة تملك في الاصل حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيتها، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور وخصوصاً فيما يتعلق بالحرية العامة، وجب أن يكون تدخل الادارة لاسباب جديّة تبررة، فالمناط في هذه الحالة في مشروعية القرار الذي تتخذه الادارة هو : أن يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الامن والنظام باعتبار هذا الاجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر، وللقضاء الاداري حق الرقابة على قيام هذا المسوغ او عدم قيامه فإذا ثبت جديّة الاسباب التي تبرر هذا التدخل كان القرار بمنجاة من أي طعن، اما إذا اتضح أن الاسباب التي تبرر هذا التدخل لم تكن جديّة ولم يكن منها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات كان القرار باطلاً وتبعاً لذلك فإذا ما حدث ما يهدد الامن العام وتدخلت الادارة واصدرت قرارات الاعتقال وتحديد اقامة بعض الأفراد لضرورة رأتها لمواجهة الظروف القائمة، فإن رقابة القضاء الاداري بشأن هذه القرارات لا تقف عن حد التحقق من حدوث الاضطرابات المهددة لأمن الدولة، بل تمتد هذه الرقابة لتشمل درجة تناسب بين مضمون قرارات المتحدّة مع حضور الحالة الامنية، اي مدى ملاءمة هذه القرارات مع الظروف الواقعية التي سببت اصدار الادارة للقرار، فإذا وجد القضاء أن القرار لا يتناسب في شدته مع تلك الظروف قضى بالغاثة لعدم الملاءمة).

وقد فرضت محكمة القضاء الإداري رقابة أكثر تشدداً بشأن رقابة ملاءمة قرارات الاعتقال و اكدت "أن اجراءات الاعتقال وتحديد الإقامة يجب أن لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التي يستعصي فيها اللجوء الى الاجراءات العادية لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية وأن يكون ذلك بالقدر الضروري اللازم للمحافظة على الامن والنظام العام"^(٣)

ويبدو أن القضاء الاداري الأردني ومن خلال قضاء محكمة العدل العليا الأردنية لم يطبق مبدأ التناسب على قرارات الضبط الاداري، بل اقتصر فقط على القرارات المتعلقة بتأديب الموظفين وفي ذلك قضت (أن سلطة الادارة التي تهدف الى صيانة النظام العام والمحافظة عليه هي سلطة تقديرية منحها اياها القانون حفاظاً على امن الدولة وسلامتها وهذا الأمر وتقدير مناسبته والنتائج التي تترتب عليه هي من الجوانب التي تستقل الادارة بالترخص بها

١. أشار إليه د. عبدالعالي حاحة، د. أمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص ١٤٤.

٢. أشر إليه د. ابراهيم عبدالعزيز شيجا، الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في البحرين، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى ٢٠١٢ بدون دار نشر، ص ٢٨.

٣. مشار إليه، د. علي اسماعيل مجاهد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لحماية الحقوق والحريات العامة، القانونية، هيئة التشريع والافتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد الأول، السنة الأولى يناير ٢٠١٤، ص ١٠٣.

باعتبارها متروكة لتقديرها وقناعتها بما تراه متفقاً مع الصالح العام^(١) كما قررت (إن قرار فرض الإقامة الجبرية مدة ستة أشهر على المستدعي وتكليفه بتقديم تعهد على حسن السيرة يدخل في نطاق سلطة المحافظ التقديرية)^(٢) وفي مجال الأبعاد قضت (أن المشرع اعطى للمستدعي ضده سلطة تقديرية مطلقة في ابعاد الاجانب عن اراضي المملكة الأردنية الهاشمية ولا يحدها إلا قيد حسن استعمالها وعدم صدورها عن بواعث شخصية انتقامية)^(٣) اما عن موقف القضاء البحريني في تطبيقه لمبدأ التناسب بخصوص قرارات الضبط الإداري فعلى الرغم من البحث والتقصي حول ذلك لم يعثر الباحث على قرارات للمحاكم البحرينية تؤيد بسط رقابتها على هذه القرارات ومع ذلك فإن بعض الفقه^(٤) يؤكد أن القضاء البحريني قد ساير القضاء الاداي الفرنسي والمصري في هذا الاتجاه ومد رقابته لتشمل عنصر الملاءمة في قرارات الضبط الإداري.

اما فيما يتعلق بموقف القضاء الاداري المقارن والقضاء البحريني من رقابته على عنصر التناسب او الملاءمة في القرارات التأديبية المتعلقة بالموظفين، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي بداية وفي قضائه التقليدي رقابة خطورة الجزاء التأديبي ومدى تناسيه مع الخطأ المرتكب من قبل الموظف واستمر على ذلك حتى عام ١٩٧٨ حيث رأى ومنذ هذا التاريخ أنه قد آن الاوان لتقييد السلطة التقديرية للادارة في مجال التأديب ومد من رقابته بحيث تشمل مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة او الذنب الاداري الذي يرتكبه الموظف وكان ذلك في حكمة الشهير في قضية ليبون (Lebon) وتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد ليبون رفع دعواه امام محكمة تولوز الادارية مطالباً بالغاء القرار الصادر في ١٠ جويليه ١٩٧٤ من رئيس اكاديمية تولوز بإحالة الى المعاش بدون طلب، والغاء هذا القرار، ومنازعا ليس في ماديات الوقائع وانما في جسامه الجزاء، وقد استندت الاكاديمية في اصدار القرار المطعون فيه الى ارتكاب المدعي وهو معلم لافعال مخلة بالحياة مع تلميذاته في الفصل والتي ثبتت من وقائع التحقيق معه، ورفضت المحكمة الادارية طلب الغاء القرار، وذلك لكفاية السبب الذي قام عليه، وطعن المدعي في هذا الحكم امام مجلس الدولة، الذي وضع في حكمة أن الوقائع التي ارتكبتها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية لتبريره، وأن تقدير الادارة بشأنها لم يكن مشوباً بغلط بين وقد كانت هذه الوقائع ايضاً سبباً كافياً لرفض محكمة تولوز الادارية الغاء قرار الفصل^(٥) وقد تأيد هذا الحكم بحكم آخر^(٦) (من قبل المجلس في قضية فينولاي (vinolay) والذي يعتبر هذا الحكم اول تطبيق ايجابي لحكم (Lebon) والغي المجلس لأول مرة الجزاء التأديبي الموقع على مدير للخدمات بغرفة الزراعة وذلك لعدم تناسبه مع المخالفة المرتكبة.

أما القضاء الاداري المصري فقد باشر منذ نشأته الرقابة على عنصر الملاءمة في توقيع الجزاء التأديبي مسجلاً في ذلك سبقاً على مجلس الدولة الفرنسي ويقضي بابطال القرارات التأديبية اذا تضمنت غلواً شديداً او عدم ملاءمة بين الجرم التأديبي والجزاء الموقع على الموظف، وكان

١. حكم محكمة العدل العليا، رقم ٢٦٢/١٩٩٠ تاريخ ٢٦/٢/١٩٩٠، مجلة نقابة المحامين، عدد ١ - ٢، ص ٣٢٢.
٢. حكم محكمة العدل العليا رقم ٦٦/١٩٩٥ تاريخ ٢٠/٥/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين، عدد ١٢ ص ١٧٧٤.
٣. حكم محكمة العدل العليا رقم ٥٠/٢٠٠٦ تاريخ ٣/٣/٢٠٠٦ منشورات مركز عدالة.
٤. د. ابراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص ٢٦، د. علي اسماعيل مجاهد، المرجع السابق، ص ١٠٤.
٥. مشار اليه، د. عبدالعالي حاحة، د. أمال يعيش تمام مجاهد، المرجع السابق، ص ١٣٨.
٦. مشار اليه، د. عبدالعالي حاحة، د. أمال يعيش تمام مجاهد، المرجع السابق، ص ١٣٩.

بداية هذا القضاء في حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في "نوفمبر" ١٩٦١ حيث قضت (لئن كانت السلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها ك شأن اية سلطة تقديرية اخرى الا بشوب استعمالها غلو، ومن صور الغلو، عدم الملازمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملازمة الظاهرة مع الهدف الذي يقتضيه القانون، . فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي الى احجام عمال المرافق العامة من حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة، والافراط المسرف في الشفقة يؤدي الى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعا في هذه الشفقة المفرطة في اللين فكل من طرقت نقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمي اليه القانون من التأديب، وعلى هذا الاساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصور مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية الى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معيارا شخصيا وانما هو معيار موضوعي قوامه درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره)^(١)

ومن الملاحظ على هذا الحكم أن المحكمة قد صاغت نظرية متكاملة الجوانب فيما يتعلق بالتناسب بين الذنب الإداري والجزاء، ويعتبر بداية لإنطلاقة جديدة وتطورا ملحوظا في رقابة القضاء الإداري المصري على الجريمة التأديبية، وذلك من حيث الإمعان والغلو في الشدة والذي سيؤدي بالموظفين الى الإحجام عن حمل المسؤولية خشية التعرض لمثل هذا الجزاء، وبالمقابل الإفراط المسرف في الشفقة واللين بحيث يؤدي بهم الى الإستهانة بأداء واجباتهم فكلاهما يخرجان جزاء التأديب من دائرة المشروعية ويجعلانه قابلا للإلغاء.

وقد ساير القضاء الإداري الأردني الاتجاه الحديث في تطبيقه لمبدأ التناسب على القرارات الادارية المتعلقة بتأديب الموظفين، حيث اشترطت محكمة العدل العليا الاردنية لمشروعية القرارات التأديبية أن لا يكون غلو في توقيع العقوبة، أي أن يكون هناك تناسب بين الذنب الإداري والعقوبة الموقعة على مرتكبه وفي ذلك قضت (وإن كان للسلطة المختصة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، إلا أن مشروعية هذه السلطة التي هي سلطة تقديرية هو أن لا يشوب استعمال هذه السلطة غلو في ايقاع العقوبة، اذ يجب أن تكون هناك ملازمة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره ولمحكمة العدل العليا الحق في مراقبة مقدار العقوبة، وما إذا كانت تتلاءم والذنب الذي اقترفه الموظف)^(٢)

وقضت كذلك في موضع آخر (بأن فصل المستدعي من الجامعة مدة فصل دراسي واحد فيه مغالاة في فرض العقوبة وعدم تناسب بين الفعل المرتكب والعقوبة التأديبية المفروضة مما يستدعي الغاء القرارين منهما)^(٣)

أما عن موقف القضاء البحريني فقد أخذ بمبدأ التناسب في رقابته على قرارات تأديب الموظفين مسائرا في ذلك الاتجاه الحديث، واعتبره شرطا لمشروعية القرار التأديبي ويمكن

١. أشار إليه د. محمود سلامة جبر، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٣٥، العدد ١، القاهرة، ١٩٩١، ص ٩٧.

٢. حكم محكمة العدل العليا رقم ١٩٧٩/٨٥، مجلة نقابة المحامين، العدد (١٣) ص ٦٠٨ مشار إليه، د. مصلح الصرايره، المرجع السابق، ص ١٨٨.

٣. حكم محكمة العدل العليا رقم ٣١ / ١٩٨٦، مجلة نقابة المحامين، عدد ١ - ٢ - ٣ لسنة ١٩٨٧، ص ٥٠٠، مشار إليه د. مصلح الصرايرة، المرجع السابق، ص ١٨٨.

ملاحظة ذلك من خلال مراجعة العديد من احكامه ومن اولى احكامه في هذا المجال حكم المحكمة الكبرى المدنية رقم ١٠٠٤/٣٢١١/ الصادر بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٤ ومما جاء فيه (من المقرر وفقاً لاحكام القرار الإداري أن الادارة خاضعة لرقابة القضاء حال تطبيقها للقواعد القانونية للتحقق من الوجود المادي للوقائع وللتأكد من أن هذه الوقائع كافية لتبرير اصدار القرار الإداري إذ تنصب رقابة القضاء على الإدارة في هذه الحالة على التحقق من أنها قد استندت في اصدار قرارها الى وقائع موجودة من الناحية المادية وصحيحة من الناحية القانونية، فإذا انعدمت تلك الوقائع فإن القرار يكون مخالفاً للقانون ويقع باطلاً لإفتقاده الأساس القانوني وأنه يتعين أن يكون الجزاء الموقع من جهة الادارة يتناسب مع الجرم الذي يقع من الموظف كشرط لمشروعية قرار الجزاء، إذ أن السلطة التأديبية تتمتع بحرية تقدير الذنب وما يناسبه من الجزاء، بشرط الا يشوب هذا التقدير غلو ممثل في عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ونوع ومقدار الجزاء، لأن التناسب في العقاب يحقق هدف العقوبة التأديبية دون أن يؤثر في اداء الادارة لدورها^(١)) وأكدت محكمة التمييز على مبدأ التناسب في حكمها على الطعن رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٥ بقولها (... وغير ان سلطة التقدير التي تتمتع بها الجهة الادارية في شأن تقدير خطورة المخالفة، وما يناسبها من جزاء منوطة بالآل يشوب استعمالها غلو، وذلك بأن تبدو الملاءمة ظاهرة بين درجة خطورة المخالفة وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية الى عدم المشروعية وهو ما يخضع لرقابة القضاء، فإذا شاب توقيع الجزاء غلو في التقدير، للمحكمة أن تنزل بالجزاء الى القدر المناسب)^(٢).

ثم توالت المحاكم البحرينية في استخدام مصطلح التناسب في العديد من احكامها ومنها، حكم محكمة التمييز وما جاء فيه (..... وإذ رأت الطاعنة أن ما نسب الى المطعون ضده من اتهام له سنده في الاوراق ولكونه مريباً ومعلماً فإن مجازاته تأديبياً بالفصل تكون هي العقوبة المناسبة وقد خلت الاوراق مما يفيد تعسف الطاعنة او التفائها الكيد للمطعون ضده فإن القرار المطعون فيه يكون صحيحاً ويضحى طلب المطعون ضده الغاءه على غير سند من الواقع او القانون)^(٣)

وقد استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على انه (ولئن كان لجهة التأديب سلطة تقديرية الذنب الاداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، ألا ان مناط مشروعية هذه السلطة - شأنها كشأن اية سلطة تقديرية اخرى - ألا يشوب استعمالها غلو، والذي من صوره عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية الى نطاق عدم المشروعية، ومعيارها ليس شخصي، وإنما هي معيار موضوعي، قوامه ان درجة خطورة الذنب الاداري لا يتناسب مع نوع الجزاء ومقداره ومن ثم يخضع لرقابة القضاء)^(٤).

وكذلك ما جاء في حكم المحكمة الكبرى المدنية الاولى (..... وبناءً عليه يكون القرار المطعون

١. حكم المحكمة الكبرى المدنية، الدائرة الإدارية، في الدعوى رقم ٣٢١١ لسنة ٢٠٠٤ بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٤ مشار إليه، د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، المرجع السابق، ص ٣٢.
٢. حكم محكمة التمييز - الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٧/٦/٢٠٠٥، مشار إليه، د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، المرجع السابق، ص ٣٢.
٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠١١) في القضية رقم (٢٠٩) بتاريخ ٢٠١٢/٥ - غير منشور.
٤. يرى في الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٢٠٠٩ جلسه ٢٠١٠، منشور في مجموعة المكتب الفتى الصادرة التمييز في المواد المدنية التجارية والاحوال الشخصية لغير، الجزء الأول، لسنة (٢١) من يناير الى ديسمبر ٢٠١٠، ص ٧٠.

فيه بمجازاة المدعية بتوقيفها عن العمل والراتب لمدة عشرة أيام قد صدر ممن يملك سلطة اصداره وفي حدود النصاب القانوني المقرر للسلطة الادارية متناسبا مع ما اقترفته المدعية من مخالفة تأديبيه متفقا وصحيح حكم القانون بمنأى عن الالغاء عند الطعن عليه مما يتعين القضاء يرفض الدعوى^(١).

وقضت ايضا (.... الأمر الذي تستخلص منه المحكمة أن القرار المطعون عليه بمجازاة المدعي بالفصل من الخدمة قد صدر ممن يملك سلطة اصداره وبني على سبب حقيقي وكافي لحمله محل الصحة متناسبا مع ما اقترفه المدعي من مخالفة تأديبية متفقا وصحيح حكم القانون بمنأى عن الالغاء عن الطعن عليه، مما يتعين معه القضاء برفض الدعوى^(٢).

هذا عن موقف القضاء البحريني من مبدأ التناسب بين الذنب الاداري والجزاء الموقع على مرتكبه، وتخلص من ذلك أنه يساير الاتجاه الحديث في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة فيما يتعلق بتأديب الموظفين.

اما عن موقف الفقه البحريني من موضوع التناسب، فقد تناوله احد الفقهاء^(٣) في مملكة البحرين بشيء من التفصيل حيث وجد ومن خلال مراجعته لكتابات الفقه في القانون العام الانجليزي والمصري انهم قد اختلفوا حول طبيعة مبدأ التناسب أو الملاءمة أو الغلو الذي يعيب القرار بعدم المشروعية، وفي ذلك انقسم هؤلاء الى اربعة اتجاهات، فيرى اصحاب الاتجاه الأول أن التناسب يتصل بعيب الغاية، ويرى اصحاب الاتجاه الثاني أن التناسب يتصل بعيب السبب، ويرى اصحاب الاتجاه الثالث أن التناسب يتصل بعيب المحل، اما اصحاب الاتجاه الرابع فيرى أن التناسب يتصل بالعلاقة المتبادلة بين عيب السبب أو المحل أو الغاية وأنه يؤيد الاتجاه الرابع في رأيه جملة وتفصيلا، بقوله أن موطن عيب عدم المشروعية التي اصاب القرار الإداري المشوب بالغلو لا يتصل بأي من عناصر السبب أو المحل أو الغاية كل على حده وانما بالعلاقة المتبادلة بينهما، وخاصة بين عنصرى السبب والمحل، مما يؤدي أن العيب الذي يشوب القرار هو عيب مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، مع ملاحظة أن القانون الذي تمت مخالفته في هذه الحالة هو احد المبادئ القانونية العامة وهو مبدأ التناسب.

المطلب الثاني

نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

يعود الفضل في نشأة هذه النظرية لمجلس الدولة الفرنسي، وتعد مظهراً من مظاهر تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، وقد بدأت رقابة القضاء الاداري على الملاءمة أولاً في مجال الحريات العامة والضبط الاداري كما اوضحنا سابقاً، الى أن امتدت أخيراً الى مجال نزع ملكية الأفراد للمنفعة العامة.

أي أن القضاء الإداري اصبح يوازن بين المنافع التي ستحصل عليها الإدارة جرّاء قرار الإستملاك وبين الاضرار التي سيجدها القرار بالأفراد المستملكه عقاراتهم، فإذا ما رجحت كفة الاضرار على المنافع عندها يحكم بالغاء قرار الاستملاك، ومن التطبيقات القضائية لمجلس الدولة

١. حكم المحكمة الكبرى المدنية الاولى رقم ٢/٢٠١٣/٢٦٣٧٣/٢ بتاريخ ٢٦/١١/٢٠١٣ - غير منشور.

٢. حكم المحكمة الكبرى المدنية الاولى في الدعوى رقم ٢/٢٠١٠/٩٨٣٨/٩ الصادر بتاريخ ٢٠/١١/٢٠١٢ - غير منشور.

٣. د. بدر محمد عادل، المرجع السابق، ص ٧٥٣ وما بعدها.

الفرنسي في إعتادة لهذه النظرية (قضية المدينة الشرقية الجديدة)^(١)

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع والاضرار في قراره الصادر بتاريخ ١٩٧٢/١٠/٢٠ في قضية ملخصها أن الإدارة العامة قررت انشاء طريق سيارات شمال مدينة (نيس) بهدف ربط منطقة البر وفانس بايطاليا ومن شأن هذا الطريق والانشاءات المقترحة عليها الاعتداء على مستشفى سانت ماري للأمراض النفسية والعصبية وهو المستشفى الوحيد في المنطقة المتخصص بهذه الأمراض، وحرمان المستشفى من انشاء مبان جديدة اذا ما استلزمت المصلحة توسعته، حيث كان على مجلس الدولة الفرنسي أن يوازن بين مصلحتين، المصلحة الاقتصادية المتمثلة بربط منطقة نيس بايطاليا، ثم مصلحة المرضى والمستشفى، حيث قرر تغليب مصلحة المرض والمستشفى على تلك المصلحة الاقتصادية معتبراً أن حياة الإنسان ورعايته هي من أهم من المصالح الاقتصادية ومن ثم فقد قرر الغاء انشاء تلك الطريق^(٢).

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في مجالات أخرى خارج نطاق الاستملاك، مثل القرارات التي تتضمن مخالفة لقواعد التنظيم والقرارات المتعلقة بتوسعة البلدية، وانشاء مركز بلدي لمكافحة الحريق، وقوّارات انشاء ابراج خطوط الكهرباء وقرارات سحب التراخيص، وقرارات اقرار الأراضي داخل البلديات^(٣).

وقد لاحظ الفقه الفرنسي من خلال الاحكام التي اصدرها المجلس بناءً على فكرة الموازنة بين المنافع والاضرار انه لا يتردد في الغاء قرارات الاستملاك للمنفعة العامة اذا كان المشروع يتسم بالطابع المحلي وصادر عن جهات الإدارة المحلية، ولكنه يتشدد اذا كان المشروع يرجع الى الدولة وهي التي تقوم على تنفيذه مشيراً إلى أهمية هذه المشروعات التي تقام من اجل تنفيذ السياسة العامة للدولة، بل يرى البعض أن المجلس يرفض عادة الغاء القرارات المتعلقة بالمشايخ القومية اياً كانت الاضرار متجاهلاً في ذلك مبدأ الموازنة بين المنافع والاضرار^(٤)

وقد أخذ مجلس الدولة المصري بمضمون هذه النظرية في بعض احكامه دون أن يشير اليها صراحة او يذكر تبنيه لها ومن قبيل ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩١/٣/٩ في الطعن رقمي (١٨٧٥، ٣١/١٩١٤ ق) حيث قضت بأنه وإن كان من المسلم به قانوناً أن للجهة الإدارية حق ازالة ما يقع من تعديات على املاك الدولة بالطريق الإداري الآ أن سلطتها في ذلك وإن كانت سلطة تقديرية، فانها تخضع لرقابة القضاء الإداري.

اذ أن الأصل في نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام ويكون جوهر وظيفة الإدارة هو اشباع الحاجات العامة تحقيقاً لهذا الهدف، وبالتالي فإنه يجب على جهة الإدارة أن تصدر تصرفاتها بما يراعي الصالح العام ويناسبه، وإن استهدف القرار المطعون فيه مصلحة عامة لا ريب فيها قوامها الحفاظ على ملك الدولة، الآ أنه في الجانب الآخر، فإن القرار المطعون فيه قد ضحى بوجود مصلحة عامة أخرى، تتمثل في وجوب عدم تشريد عدد كبير من المواطنين بأسرهم ومنقولاتهم وممتلكاتهم، اذ سيجد ذلك العدد الضخم من المواطنين نفسه من جرّاء تنفيذ القرار، وقد فقد مأواه وحمل متاعه وساق اسرته الى غير مقرر .. ذلك أن عدم مشروعية

١ . حول تفاصيل هذه القضية انظر د. ابراهيم عبدالعزيز شبحا، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها، وكذلك د. مصلح

الصريرة، المرجع السابق ص ١٨١.

٢ . د. محمد وليد العبادي، د. أحمد عبدالكريم بوشنب، الرقابة القضائية على الاستملاك في القانون الإداري، مجلة دراسات، العلوم الشرعية والقانون، المجلد ٣٥، العدد (٢)، ٢٠٠٨، ص ٢٥١.

٣ . د. مصلح الصريرة، المرجع السابق، ص ١٨٣

٤ . د. ابراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص ١٠٥ - ص ١٠٦.

القرار الإداري لا يتحقق فقط بأن يتكبد غايات الصالح العام التي يحددها القانون وينحرف عنها، وإنما أيضاً يكون القرار الإداري غير مشروع، إذا استند إلى غايات من غايات الصالح العام يكون ظاهراً أو مؤكداً أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات ومصالح قومية اسمى واجدر بالرعاية.^(١)

إلا أن الباحث وبناءً على هذا الحكم يرى أن القضاء الإداري المصري قد تبنى نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، حيث وازن وبشكل صريح بين المنافع التي تعود على الدولة من هذا القرار وهو الحفاظ على أملاكها وبالمقابل الأضرار الناشئة عنه والمتمثلة في تشريد عدد كبير من المواطنين، واعتبر ذلك اسمى واجدر بالرعاية من الحفاظ على أملاك الدولة ومما يؤكد ذلك قرار محكمة القضاء الإداري المصري الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٣/٣ ومما جاء فيه (بأن الثابت من المذكرة الإيضاحية للقرار المطعون فيه أن وزارة الزراعة والآنماء الغذائي سبق وإن وافقت على تنفيذ مشروع المجاري للقاهرة الكبرى بعرض (٢٤٠) بالنواحي المذكورة في نطاق المحافظة وأن البادي من تقرير الخبير ومن المعاينة التي قام بها الجهاز التنفيذي لمشروعات تحسين الأراضي أنه من الممكن تحقيق المصلحة العامة التي يهدف إليها مشروع الصرف الصحي للقاهرة الكبرى دون مساس بالرقعة الزراعية وهي مصلحة عامة أيضاً حرص عليها المشرع بإن جعل القاعدة العامة هي حظر إقامة المباني على الأراضي الزراعية، ومتمى امكن تنفيذ المشروع في الأراضي البور فإن القرار المطعون فيه يكون يحسب الظاهر مخالفاً للقانون وقائماً على أسباب يرحج معها الحكم بالفائة^(٢))

أما القضاء الإداري الأردني والمتمثل بمحكمة العدل العليا فلم يأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار فيما يتعلق بقرارات الاستملاك للمنفعة العامة، على الرغم من اختصاص المحكمة بالنظر في الطعون المتعلقة بقرارات الاستملاك، واستندت في ذلك إلى المادة ٤/د من قانون الإستملاك الأردني رقم ١٢ لعام ١٩٨٧ والتي نصت على ما يلي (ينشر قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرسمية ويعتبر نشره بينة قاطعة على أن المشروع الذي يراد استملاك العقار من أجله مشروع للنفع العام، ومن أحكامها في ذلك قولها (أما الادعاء بأن قرار الاستملاك هو قرار منعدم وأن الطعن به لا يتقيد بمعياد بجهة أن القرار لم يصدر لتحقيق منفعة عامة وإنما لغاية استثمار الأرض المستملكة استثماراً تجارياً فقول غير وارد، ذلك لأن نشر قرار الاستملاك في الجريدة الرسمية يعتبر بينة قاطعة على أن المشروع الذي يراد استملاك الأرض من أجله هو مشروع للمنفعة العامة)^(٣)، كما قضت في موضع آخر (بأنه لا يسمع أي ادعاء بأن الاستملاك لم يكن للمنفعة العامة بعد أن افترن قرار الاستملاك بموافقة جلالة الملك وأعلن في الجريدة الرسمية لأن ذلك يعد بينة قاطعة على أن الاستملاك كان للمنفعة العامة ولا تسمع أن بينه ضد هذه البينة القاطعة)^(٤) وعلى الرغم من أن محكمة العدل العليا قد أخذت تخفف من اتجاهها هذا بعض الشيء في قراراتها اللاحقة^(٥) إلا أنها ما زالت تترك للادارة سلطة

١. د. خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة، (رقابة التناسب) الموقع الإلكتروني.

<http://khalifasalem.wordpress.com>

٢. قرار محكمة القضاء الإداري المصري رقم (٢٨٣٥) لسنة (٤٠ ق) الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٣/٣، مشار إليه، د. محمد وليد العبادي، د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، المرجع السابق، ص ٢٥٢

٣. حكم محكمة العدل العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٢/٢١، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٧، ص ٢٦٣.

٤. حكم محكمة العدل العليا رقم ٧٢/١٠٢، مجلة نقابة المحامين، عدد (٢،٤) لسنة ١٩٧٣، ص ٣٦٢

٥. انظر حكم المحكمة الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٥، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٤، ص ١٤٨٦، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٤/١٥، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٥، ص ١٨٦٨.

تقديرية واسعة في نزع املاك الأفراد دون رقابة من قبلها على مدى تعلق المشروع بالمنفعة العامة من عدمه، كونها تقييم قرار الاستملاك على قرينة الصحة والسلامة وتطلب من الأفراد ذوي المصلحة اثبات عدم توافر صفة النفع العام في المشروع وكذلك اثبات تعسف مجلس الوزراء في ممارسته لسلطته التقديرية في تقدير صفة النفع العام في هذا المشروع وما يرافق ذلك من استحاله على الطاعن وفي ذلك يؤيد الباحث ما قاله بعض الفقه^(١) أنه كان بالاولى للمحكمة أن تطلب من الادارة تقديم دراسة تثبت توفر صفة النفع العام في المشروع لتستطيع المحكمة من بسط رقابتها بهذا الصدد، كما انها ولغاية الآن لم تأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع والاضرار في المشروع المراد الاستملاك لأجله، كي تتمكن من خلاله الغاء قرار الاستملاك كلما كان الضرر المترتب عليه اكثر من نفعه، وذلك اقتداءً بالقضاء الأداري الفرنسي والمصري من اجل توفير حماية اكثر للملكية الفردية من اعتداءات جهة الإدارة.

اما عن موقف القضاء البحريني من هذه النظرية، فعلى الرغم من أن المشرع البحريني قد حدد حصرياً حالات المنفعة العامة^(٢) إلا أن الإدارة ما زالت تتمتع بحرية مطلقة في تقدير ملائمة العقار المراد استملاكه ومساحته وكذلك تقدير الاستيلاء المؤقت على املاك تلزم لخدمة المشروع الاصلي، وبناءً على ذلك لا يستطيع القضاء البحريني أن يبسط رقابته على ذلك حتى ولو عرض المالك عقاراً بديلاً للعقار المراد استملاكه، كما أنه لا يراقب جهة الادارة فيما اذا كان بإمكانها انشاء المشروع المطلوب اقامته على مساحة اقل من تلك الأرض المستملكة، وخلاصة القول أن هذه السلطة التقديرية للإدارة تتجو من رقابة القضاء ولا يقبل الطعن من الأفراد المنزوعة ملكيتهم للمنفعة العامة فيما إذا كان بإمكان الادارة أن تقيم المشروع على الأراضي المملوكة لها دون أن تلجأ الى نزع الملكية، او أنها لم تحسن اختيار المكان او أن المساحة المراد نزع ملكيتها اكبر مما يلزم لتحقيق الغرض الذي تهدف الادارة الى تحقيقه، وهذا ما انتهت اليه دائرة الشؤون القانونية البحرينية بقولها (..... وتمتتع الجهة القائمة على الاستملاك بحرية تامة في تقدير المنفعة العامة التي تبرر التجاؤها الى استملاك ملكية عقارات الأفراد وكذلك في تحديد المساحات اللازمة لتحقيق الغاية التي من اجلها لجأت الى الاستملاك، ولا يحد من هذه الحرية سوى التزام جهة الادارة بالاجراءات التي رسمها القانون للاستملاك، ويتعويض مالك العقار تعويضاً عادلاً سواء اكان التعويض تقديماً، او عينياً بأرض اخرى او بهما معا بحسب الاحوال)^(٣)

وعلى هذا الاساس تبقى رقابة القضاء البحريني مقتصرة فقط على عنصر المشروعية، كما لو قامت الادارة بنزع الملكية من اجل تحقيق مصالح خاصة، عندها يكون عملها قابلاً للإلغاء بسبب اساءة استعمال السلطة، وهذه الرقابة لا توفر الحماية الكاملة لحقوق الأفراد وفي مقدمتها حق الملكية، لذلك يدعو الباحث القضاء البحريني في هذا المجال (قرارات الاستملاك للمنفعة العامة) الأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع والاضرار، بحيث يضع المنافع التي يحققها المشروع في كفة والاضرار التي تنتج عنه في كفة أخرى، فإذا ما رجحت الكفة

١. د. محمد وليد العبادي، د. احمد عبد الكريم ابوشنب، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

٢. انظر : المادة (٣) من قانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة، والذي كان بديلاً للمرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الاراضي للمنفعة العامة، حيث تم الغاءه من قبل المحكمة الدستورية البحرينية بموجب حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ مارس ٢٠٠٧ في القضية رقم (د/٢٠٥) لمخالفته للمادة التاسعة فقرة (ج) من الدستور والتي اشترطت على المشرع البحريني تحديد حالات المنفعة العامة حصرياً، وتجاوباً من المشرع مع هذا الحكم اصدر قانون الاستملاك الجديد محدداً حصرياً حالات المنفعة العامة.

٣. الفتوى رقم ٣٢٦ لسنة ١٩٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/٧/٢٧ قاعدة رقم (٩) المختار من فتاوى دائرة الشؤون القانونية، الطبعة الاولى لسنة ٢٠٠٠، ص ٤٣.

الثانية على الأولى يقضى عندها بالغاء القرار، ويمكنه فعل هذا الشيء استناداً الى نص المادة (٢٨) من القانون المدني البحريني وعلى اعتبار ان الاستملاك هو حق لجهة الإدارة إلا أنه مقيد بأن لا تكون المصلحة المراد تحقيقها من ممارسته لا يتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ويمكن كذلك للقضاء البحريني أن يستند في الاخذ بهذا المبدأ الى ما قاله الدكتور عبد المهدي مساعده^(١) فيما يتعلق باضافة عنصر التناسب الى عناصر القرار التاديبى للموظف في أن القضاء البحريني غير مقيد كما هو القضاء المصري بنصوص قانونية تحدد عناصر صحة القرار الاداري، وعلى ذلك فباستطاعته أن يبتدع تأسيساً بالقضاء الإداري الفرنسي شروطاً أخرى لصحة القرار الأداري اذا ما وجد أن قواعد العدالة تستدعي ذلك ويعتبر عنصر التناسب من عناصر صحة القرار الداخلية الأخرى مستقلاً وقائماً بذاته ولا بد من توافره حتى يكون القرار صحيحاً ومنجماً لآثاره.

المبحث الرابع

حدود سلطة القاضي البحريني بالفصل في المنازعة الإدارية

كفل الدستور البحريني حق التقاضي^(٢) كما بين أن شرف القضاء واستقلاله ونزاهة القضاة وعدلهم اساس الحكم وضمان للحقوق والحريات^(٣) وجعل أمر ترتيب المحاكم ودرجاتها واختصاصاتها من إختصاص المشرع البحريني،^(٤) واستناداً الى ذلك صدر المرسوم بقانون الخاص بتنظيم السلطة القضائية رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢، حيث نصت المادة السابعة منه على إختصاص المحكمة الكبرى المدنية بدائرة إدارية بالفصل في كافة المنازعات الإدارية.

وعلى أثر ذلك مارست هذه المحكمة بدائلتها الإدارية إختصاصاتها وألغت العديد من القرارات الإدارية غير المشروعة وبالحكم بالتعويض كذلك حيث تتوافر شروطه كل ذلك جاء تأكيداً على مبدأ المشروعية وحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد.

إلا أن حماية هذه الحقوق لا تتوقف على مجرد منحهم الحق في اللجوء إلى القضاء، والحكم بإلغاء القرارات والأعمال غير المشروعة والتعويض عنها الصادره عن الإدارة، بل في إمكانية تنفيذ هذه الأحكام.

ومن المعروف أن صلاحية القاضي الإداري في مجال دعوى الإلغاء تتوقف عند حد إلغاء القرار عندما تثبت لديها عدم مشروعيتها، دون أن يكون لها الحق في توجيه أوامر للإدارة أو أن تحل محلها في تعديل القرار أو إستبداله بأخر، وهذا ما قضت به المحكمة الكبرى المدنية بقولها "..... أما بالنسبة للطلب الموجه إلى المدعى عليها الثانية الهيئة البلدية المركزية بإلزامها بإصدار إجازة بناء، فإنه ينطوي على أن تقوم السلطة القضائية بتوجيه أمر إلى السلطة التنفيذية. وهو الأمر الذي لا تملكه إستناداً إلى مبدأ فصل السلطات المنصوص عليه في الدستور، ومن ثم يتعين قبول الدفع بعدم إختصاص المحكمة بنظر هذا الطلب وبعدم إختصاصها"^(٥).

وقضت في موضع آخر كذلك بدائلتها الإدارية " أن المحكمة لا تحل محل الإدارة في تقدير درجات الإمتحانات ما لم يكن قد شاب التصحيح وتقدير الدرجات خطأ مادي أو ثبت لديها

١. د. عبد المهدي مساعده، المرجع السابق، ص ١٠٤ وما بعدها.
٢. انظر المادة (٢٠) فقرة (و) من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢ وتعديلاته الاخير له عام ٢٠١٢.
٣. انظر المادة (١٠٤) فقرة (١، ب) من الدستور البحريني
٤. انظر المادة ١٠٥ فقرة (أ) من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢
٥. الدعوى رقم ٧٩١ لسنة ١٩٨٨، المحكمة الكبرى المدنية، تاريخ ١٠/١٢/١٩٨٨، قاعدة رقم (١٥) المختار، المرجع السابق، ص ٣٣

إساءة استعمال السلطة" (١).

ألا أن هذا القيد ينحسر في الحالات التي تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة وليست تقديرية، وهذا ما قضت به محكمة التمييز البحرينية ومما جاء في حكمها ".... لما كان ذلك، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان دور المحاكم في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية وإنما يقتصر في الأصل على بحث شروط صحة تلك القرارات وإلغاء المعيب منها دون إصدار حكم بإلزام جهة الإدارة بإداء عمل أو الإمتناع عنه، لأنه لا يجوز للمحاكم أن تحل محل جهة الإدارة في إتخاذ قرار معين إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، إلا أنه ذلك لا يشمل الدعاوى التي يستمد صاحب الشأن حقه فيها من القانون مباشرة، لأن سلطة الإدارة فيها مقيدة وليست تقديرية..." (٢)

وأمام ذلك قد تمتع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بحقها مبررة ذلك بوجود اشكاليات في التنفيذ وغموض منطوق القرار القضائي أو عدم توفر الاعتمادات المالية أو خشية وقوع اضطرابات تمس النظام العام (٣)، وعندها يتضرر الأفراد في حقوقهم، فتتفقد الحكم هو حق للمحكوم له، فمثلاً عند صدور قرار إداري بفصل موظف، وتم إلغائه من قبل القضاء لعدم مشروعيته، بات على الإدارة أن تقوم بالتنفيذ وذلك بإعادة الحال إلى ما كانت عليه سابقاً وإعدام كل الآثار التي ترتبت عليه.

ومع احتمالية إمتناع الإدارة عن تنفيذ ذلك، تم إقرار بعض الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الإدارة لأحكام القضاء من قبل المشرع الفرنسي منها الغرامة التهديدية (٤) والدعوى التأديبية ضد الممتنع عن التنفيذ بموجب القانون رقم (١٦) جويليه ١٩٨٠ (٥) وكذلك حق الفرد المعني برفع دعوى إلغاء جديدة ضد قرار الإدارة بالإمتناع عن التنفيذ. إلا أن هذا الحق يؤدي إلى إضاعة المزيد من المال والجهد ويفرض عليه إنتظار لسنوات أخرى لصدور الحكم أمام الإجراءات المطولة والكثير من الدعاوى الموضوعية أمام المحكمة على قائمة الإنتظار للحكم فيها. لذا نجد بعض الدول قد تبنت إلى عملية البطء في الفصل في المنازعة ومنها مصر، حيث نصت المادة ٦٨ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على أن "التقاضي حق مضمون ومكفول للناس كافة، وتكفل الدولة سرعة الفصل في القضايا". كما تم إقرار مسؤولية الإدارة المدنية والجنائية عن عدم التنفيذ وكذلك مسؤولية الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء، ويترتب على ذلك توقيع نوعين من الجزاءات أحدهما مدني والآخر جنائي (٦).

١- الجزاء المدني:

أستقر القضاء الإداري على أن إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية بشكل خطأ يقضي بمسؤوليتها، سواء كان إمتناعاً جزئياً أو كلياً، وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري بقولها "إن إمتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشئ المقضي به وواجب النفاذ... هو مخالفة قانونية صارخة تستوجب مسؤولية الحكومة عن التعويضات، ذلك لأنه لا يليق بحكومة في بلد متحضر أن تمتنع عن تنفيذ الأحكام النهائية بغير وجه قانوني لما يترتب

١. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية- القضية رقم ٢٠٠٧/٩٤٢١ تاريخ ٢٠٠٨/٦/١٧، غير منشور.
٢. الطعان رقم ٤٩٣، ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦، تاريخ ٢٠٠٧/٦/٤، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز، الجزء الأول، لسنة الثالثة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٧، ص ٨٠١.
٣. د. حسينة شرون، امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجيدة، ٢٠١٠، ص ٦٧ وما بعدها.
٤. للمزيد من التفاصيل حول هذه الغرامة :- انظر، د. محمد باهي ابو يونس، الغرامة التهديدية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١.
٥. د. حسينة شرون، المرجع السابق، ص ٤٠.
٦. نواف كنعان، القضاء الاداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٦، ص ٣٩١.

على هذه المخالفة الخطيرة من إشاعة للفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون".^(١)

كما قضى مجلس الدولة المصري بمسؤولية الموظف الشخصية عند إمتناعه عن تنفيذ الحكم القضائي، حيث أرست محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ في حكمها الشهير ضد وزير الحربية لإمتناعه عن تنفيذ حكم الإلغاء بإعادة أحد كبار الضباط إلى عمله بالجيش على أساس أن ذلك الإمتناع يعتبر خطأ شخصياً يستوجب مسؤولية الوزير عن التعويض للمدعي بالإشتراك مع الحكومة.^(٢)

٢- الجزاء الجنائي:

بالإضافة إلى الجزاء المدني والذي سبقت الإشارة إليه يتعرض الموظف المكلف بتنفيذ الحكم الصادر بالإلغاء كذلك للجزاء الجنائي وذلك طبقاً لما نص عليه قانون العقوبات البحريني لعام ٢٠٠٢. حيث نصت المادة ٢١١ منه على " يعاقب بالحبس كل موظف عام إستعمل سلطة وظيفته في وقف أو تعطيل تنفيذ أحكام القوانين أو اللوائح أو القرارات أو الأوامر الصادرة من الحكومة أو أي حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية سلطة عامة مختصة أو في تأخير تحصيل الأموال أو الرسوم".

كما نصت المادة ٢١٢ من نفس القانون على مايلي " يعاقب بالحبس كل موظف عام أمتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر في المادة السابقة بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في إختصاص الموظف".

ويستفاد من هذه النصوص القانونية أن المشرع البحريني يجرم كل موظف يمتنع عن تنفيذ حكم قضائي أو يعطله عمداً وذلك من خلال دعوى جنائية يرفعها المحكوم له وتكون نتائجها الحبس ويشترط المشرع لإعمال هذا النص أن يكون الموظف مختصاً بتنفيذ هذا الحكم، بالإضافة إلى إنذاره على يد محضر وإنقضاء ثمانية أيام على هذا الإنذار دون أن يقوم بتنفيذ الحكم.

١. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بالقضية رقم ١١٨١ لسنة ٥ قضائية، مجموعة أحكام السنة السادسة، ص ١٢٨٣، أشار إليه د. عبدالله بسيوني عبدالله، منشأة المعارف بالإسكندرية لسنة ٢٠٠٦، ص ٧١٣

٢. أشار إليه د. عبدالله بسيوني عبدالله، المرجع السابق، ص ٧١٤

خاتمة

أتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن مملكة البحرين حرصت ومنذ إستقلالها على إحترام مبدأ المشروعية، حيث أخذت بكافة أنواع الرقابة على السلطة الإدارية، وعلى رأسها الرقابة القضائية، آخذة بأسلوب القضاء الواحد، حيث ناطت هذه الرقابة إلى القضاء. وذلك إستناداً إلى المادة ١١ من المرسوم بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧١ والخاص بتنظيم السلطة القضائية، ألا أنه ومع التطور الذي حصل في وظيفة الدولة المعاصرة، وتبنيها لسياسة الدولة التدخلية في كافة ميادين الحياة، ونظراً لإختلاف المنازعة الإدارية عن المدنية وحرصاً على حماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة، أخذت مملكة البحرين تتجه نحو الأخذ بأسلوب القضاء المزدوج في رقابتها على أعمال الإدارة، ومما يؤكد هذا الأمر المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بتنظيم السلطة القضائية والتي نصت على إنشاء دائرة إدارية في كنف المحكمة الكبرى المدنية للنظر في كافة المنازعات الإدارية، وعلى أثر ذلك صدر القرار رقم ٣ لسنة ٢٠٠٣ بشأن تشكيل هذه الدائرة وبيان إختصاصاتها، وعلى الرغم من الملاحظات التي أشرنا لها في سياق هذا البحث حول هذا القرار لانود ذكرها هنا منعاً للتكرار إلا أنه شكل نقلة نوعية في تطور القضاء الإداري البحريني وإعترافاً من المشرع البحريني بخصوصية المنازعة الإدارية وإختلافها عن المنازعة المدنية من حيث مراكز القوى والندية بين أطرافها، وذلك من خلال تطبيقها لقواعد القانون الإداري على العديد من المنازعات الإدارية إلغاءً وتعويضاً. حيث لاحظ الباحث أن القضاء البحريني قد طبق مبدأ التناسب في مجال القرارات الادارية الخاصة بتأديب الموظفين والضبط الإداري الا انه لم يأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع والاضرار في القرارات المتعلقة بالإستملاك للمنفعة العامة.

وأمام عدم تدخل القضاء في أعمال الإدارة وتوجيه أوامر إليها إنسجماً مع مبدأ الفصل بين السلطات - ولضمان تنفيذ هذه الأحكام، أقر المشرع البحريني بعض الوسائل القانونية لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام ومنها حق الأفراد برفع دعوى إلغاء جديدة، وإقرار مسؤولية الإدارة المدنية والجزائية عند عدم التنفيذ وكذلك مسؤولية الموظف المختص المتمتع عن تنفيذ حكم الإلغاء، وبعد هذا العرض الموجز لموضوعات هذه الدراسة وإستكمالاً لها يوصي الباحث بمايلي:

- إنشاء دائرة إدارية أخرى لدى محكمة الإستئناف العليا المدنية للنظر في إستئناف الأحكام الصادرة عن الدائرة الإدارية في المحكمة الكبرى المدنية.
- الحرص على أن يكون القضاة الذين ينظرون في المنازعات الإدارية من ذوي الإختصاص وعلى درجة عالية من الخبرة والكفاءة في قواعد القانون العام.
- تضمين المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ إجراءات خاصة تتبع أمام الدائرة الإدارية على خلاف الإجراءات المتبعة أمام المحاكم المدنية، على أن يتم تحديد ميعاد محدد لرفع دعوى الإلغاء وذلك حفاظاً على إستقرار المراكز القانونية للأفراد.
- العمل على إنشاء محكمة إدارية مستقلة إستقلالاً تاماً عن القضاء العادي يقومون عليها قضاة متخصصون، ولتكن مثلاً على غرار محكمة القضاء الإداري في عُمان.
- العمل على تبسيط إجراءات رفع دعوى الإلغاء وسرعة الفصل فيها حال كون العدالة البطيئة تشكل ظلماً أكيدا للمتقاضين ويؤثر سلباً على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة.
- أن يأخذ القضاء البحريني وكذلك القضاء الإداري الأردني بنظرية الموازنة بين منافع الاستملاك ومضاره، بحيث يقضي ببطلان الاستملاك إذا ما رجحت مضاره على منافعه.
- التخفيف من التطبيق الحرفي لمبدأ الفصل بين السلطات حتى لا يقف حائلاً دون تدخل القضاء في مواجهة الإدارة لتنفيذ احكامه.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والرسائل:

- ١- د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء البحريني، الكتاب الثاني، دون دار نشر، ٢٠١٢.
- ٢- د. بدر محمد عادل محمد، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٣- د. حسينة شرون، امتناع الإدارة عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
- ٤- د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
- ٥- د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، ٢٠٠٩.
- ٦- د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٧- د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ٢٠٠٨.
- ٨- د. فاروق أحمد خماس، القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين، منشورات جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- ٩- فهد عبدالكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- ١٠- محمد ساهيابو يونس، الغرامة التهديدية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١.
- ١١- د. محمد عبدالله حمود الدليمي، القضاء الإداري في مملكة البحرين، منشورات جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، ٢٠٠٨.
- ١٢- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.

ثانياً: الأبحاث:

- ١- د. خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثه في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب).
- ٢- د. سعد الشتيوي، ولاية المحاكم المختصة بإلغاء القرارات الإدارية في دول مجلس التعاون الخليجي، الإطار الدستوري والتنظيم التشريعي، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، جامعة الكويت، العدد ٣٧ لسنة ٢٠٠٦.
- ٣- د. فاروق احمد خماس، ولاية القضاء البحريني للمنازعات الادارية، مجلة الحقوق، المجلد السابع، جامعة البحرين.

- ٤- د. عبد العالي حاحة، د. آمال يعيش تمام مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس.
- ٥- د. عبد المهدي مساعده، الرقابة القضائية على قرارات تأديب الموظفين في ظل قانون الخدمة المدنية البحريني (منطور مقارن) مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، العدد ٣٤ ديسمبر ٢٠١٣.
- ٦- د. علي اسماعيل مجاهد، الرقابة القضائية على أعمال الادارة لحماية الحقوق والحريات العامة، القانونية، هيئة التشريع والافتاء القانوني، العدد الأول، السنة الاولى، يناير ٢٠١٤.
- ٧- د. محمد سلامة جبر، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٢٥ العدد (١) ١٩٩١.
- ٨- د. محمد وليد العبادي، د. احمد عبدالكريم ابوشنب، مجله دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٥، العدد (٢) ٢٠٠٨.
- ٩- د. مصلح الصرايره، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي اقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٥ العدد الاول، ٢٠٠٩.

ثالثاً- القوانين:

- دستور مملكة البحرين المعدل لعام ٢٠٠٢.
- الدستور المصري لعام ١٩٧١.
- قانون العقوبات البحريني لعام ٢٠٠٢.
- المرسوم بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧١ الخاص بتنظيم السلطة القضائية البحرينية.
- المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بتنظيم السلطة القضائية البحرينية.
- قانون رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة البحرين.

رابعاً- أحكام وقرارات:

- القرار رقم ٣ لسنة ٢٠٠٣ الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، الجزء الأول، السنة الثالثة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٧.
- مجموعة الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة منشورة في مجلة المختار الطبعة الأولى لعام ٢٠٠٠.

الرقابة البرلمانية على الموازنة العامة فى الإسلام (نموذج للإقتداء به فى العصر الحديث)

الدكتور محمود صبرى عبد العزيز

أستاذ مساعد المالية العامة والإقتصاد

كلية الحقوق جامعة العلوم التطبيقية بالبحرين

تقديم:

يتميز النموذج الاسلامى للرقابة البرلمانية على الموازنة العامة بأنه يصلح لأن يقاس عليه ، ما يجرى اتباعه من نظم برلمانية فى دولنا العربية ، تتعلق بالرقابة البرلمانية على الموازنة العامة للدولة فهو النموذج الذى أمرنا الله باتباعه عملاً بقوله تعالى : (وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا) (١) وهو ما قد نبه إلى اتباعه وعدم الخروج عليه الرسول ﷺ بقوله : (تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدى ابداً ، كتاب الله وسنتى) (٢) وقد وسع النبى ﷺ من سنته فألحق بها- فى ضرورة اتباعها- سنن الخلفاء الراشدين من بعده فقال: (عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى ، عضوا عليها بالنواجذ) (٣)

وعلى ذلك فإن ابراز هذا النموذج الاسلامى يتطلب بيانه فى عهد الرسول ﷺ ثم فى عهد الخليفتين الأول والثانى : أبى بكر الصديق ، وعمر بن الخطاب ، وذلك لنضرب بهم المثل الأعلى على مدى حسن تطبيق هذه الرقابة فى الدولة الاسلامية ، وهذا ما نوزعه على فصول ثلاثة نوضح فيها كلا من الرقابة البرلمانية المالية وحق الشعب فى هذه الرقابة على النحو التالى :

فصل تمهيدى : بين حق الشعب فى الرقابة البرلمانية المالية ومقوماتها .

المبحث الأول : حق الشعب فى الرقابة البرلمانية المالية .

المبحث الثانى : مقومات الرقابة البرلمانية المالية .

الفصل الأول : الرقابة البرلمانية فى العهد النبوي .

المبحث الأول : الرقابة البرلمانية للمهاجرين .

المبحث الثانى : الرقابة البرلمانية للأَنْصار .

١ . سورة الحشر من الآية (٧)

٢ . رواه الترمذى وقال حديث حسن

٣ . رواه البخارى ومسلم فى صحيحهما

الفصل الثانى : الرقابة البرلمانية فى العهد البكري.

المبحث الأول : الرقابة الإدارية فى العهد البكري.

المبحث الثانى : نموذج للرقابة البرلمانية فى العهد البكري.

الفصل الثالث : الرقابة البرلمانية فى العهد العمري.

المبحث الأول : إنجازات عمر فى مجال المالية العامة.

المبحث الثانى : نموذج للرقابة البرلمانية المالية فى العهد العمري.

الفصل التمهيدي

بين حق الشعب فى الرقابة البرلمانية المالية ومقوماتها

نصدر هذا الفصل بمبحث نتعرف فيه على مدى حق الشعب فى الرقابة البرلمانية على التصرفات المالية العامة للحاكم ، ثم نوضح مقومات هذه الرقابة البرلمانية المالية فى مبحث ثان ، وذلك بالقدر الذى يعين فى التعرض لها فى الاسلام فى عصوره الأولى منذ عهد النبى ﷺ ، وعهد الخليفة الأول أبى بكر الصديق ، وعهد الخليفة الثانى عمر بن الخطاب . رضى الله عنهما . ، وهذا على النحو التالى:

المبحث الأول: حق الشعب فى الرقابة البرلمانية المالية.

المبحث الثانى: مقومات الرقابة البرلمانية المالية.

المبحث الأول

حق الشعب فى الرقابة البرلمانية المالية^(١)

فى أوروبا خاصة فى القرون الوسطى ، لم يعرف الغرب مسألة الفصل بين أملاك الحاكم وأملاك الدولة ، إذ أنها كلها كانت مملوكة للحاكم (أى الملك) ، سواء فى إيراداتها أو فى نفقاتها ، يقتطع من أموال الناس بالضرائب وغيرها كيف يشاء ! وينفق منها على شئونة الشخصية وحاشيته حسبما أراد .

وكانت الكيفية التى ينفق بها هذه الأموال من الأسرار الملكية التى لا يجوز لأحد أن يتدخل فيها ولا أن يراقبها من نواب الشعب ، مهما أسرف فيها الملك وحاشيته .

وقد استخدم نواب الشعب فى أوروبا حيلاً كثيرة لفرض رقابتهم على الموازنة العامة للدولة ، وكان الأسلوب التدريجى فى تحقيق ذلك هو الأسلوب الأمثل والأجدى ، حيث بدأت بفصل أموال الحاكم عن أموال الدولة ، ثم قامت فى عام ١٦٢٨ فى إنجلترا بتقييد حق الملك فى فرض الضرائب وتحصيلها إلا بموافقة البرلمان ، ولكن حق البرلمان فى الرقابة على نفقات

١ . راجع : د.صبرى عبد العزيز ، المالية العامة .. مرجع سابق ص ٢٧٤ .

الملك تأخر لما يقرب من قرنين ، ولم يتقرر له إلا فى عهد الملكة فيكتوريا عام ١٨٣٧م ، ونفس الأمر حدث فى فرنسا وباقى دول أوروبا .

أما فى الاسلام فإن حق الشعب فى الرقابة على الميزانية العامة للدولة ، ولد مع مولد الدولة الإسلامية ، حيث استقلت الأموال العامة للدولة عن أموال الحاكم وهو الرسول ﷺ ، بل إن النبى ﷺ حرم جانباً هاماً من موارد الدولة الإسلامية على نفسه وعلى كل آل بيته وهى الزكاة قائلاً : (إن هذه الصدقات إنما هى أوساخ الناس ، وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد) ^(١)

وانحصر حقه فى باقى الموارد العامة للدولة فى موردين اثنين ، وذلك للانفاق منهما على نفسه وعلى أمور تسيير الحكم فى الدولة ، وهما أموال الفيء والغنائم ، إذ حدد القرآن نصيبه فيهما بخمس الخمس ، أى ١٠ ٪ فقط منهما ، وذلك بقوله تعالى فى الغنائم : (وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ) ((٢)) كذلك بقوله تعالى فى توزيع أموال الفيء : (مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ) ^(٣) ويلاحظ أن أموال الغنائم هى التى وردت إلى الدولة الإسلامية من الأعداء عنوة أى بعد حرب ، أما أموال الفيء فهى التى حصلت عليها صلحاً . ويلاحظ أن الباقي بعد توزيع الخمس فإنه يوزع على الجنود الغانمين أو الفاتحين .

ومع أن فترة النبوة كانت فترة تشريع إلهى بمقتضى القرآن المنزل من عند الله ، والسنة الموصى بها من رسوله ﷺ ، عملاً بقوله تعالى : (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ) . ^(٤) مع كل ذلك إلا أن القرآن قرر حق الشعب فى الرقابة على كل شئون الحكم ومنها الأمور المالية ، وذلك لما أمر النبى ﷺ أن يشاورهم فى كل ذلك بقوله له : (وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ) ^(٥)

بل إن النبى ﷺ لم يمنع الشعب من هذا الحق البرلمانى ، وقد حدث ذلك فى أكثر من واقعة ، منها لما جاءه ذلك الرجل - وهو يوزع تلك الأموال العامة وتداول على النبى ﷺ قائلاً له : (اعطنى يا محمد ، فإنك لا تعطنى من مالك ولا من مال أبيك !!) فلما أراد عمر أن ينال منه نهاه النبى ﷺ عن ذلك بقوله له : (لا يا عمر : مره بحسن القضاء ، ومرنى بحسن الأداء)

ما تقدم باختصار شديد هو التطور الذى مر على حق الشعب فى الرقابة البرلمانية على الميزانية العامة فى الفكرين الغربى والإسلامى ، ونتقل للمبحث التالى لبيان مقومات هذه الرقابة .

١ . رواه مسلم فى صحيحه

٢ . سورة الأنفال من الآية ٤١ .

٣ . سورة الحشر من الآية ٧ .

٤ . سورة النجم الآية (٣)

٥ . سورة آل عمران من الآية (١٥٩)

المبحث الثانى

مقومات الرقابة البرلمانية المالية

تدور الرقابة المالية مع المال العام وجوداً وهدماً ، فكلما زاد حجم الدولة واتسع نشاطها الإدارى والمالى ، كلما تطلب المزيد من الرقابة البرلمانية المالية الفعالة ، التى تكفل المحافظة على المال العام ، وتهدف مراقبة القائمين عليه فى مزاولتهم أعمالهم ومدى مطابقتها للقوانين واللوائح والقواعد المعمول بها ، ومحاسبتهم إذا خرجوا عنها .^(١)

وقد اتسع نشاط الدولة المالى والإدارى باتساع دورها ، من الدولة المحايدة وميزانيتها المحايدة التى كان يدع إليها الفكر المالى الكلاسيكى ، الذى كان يحصر دور الدولة فى القيام بالدور الحراسى الذى يقتصر على القيام بالدور الأمنى الداخلى والخارجى للمجتمع ، والدور القضائى داخليا ، والدبلوماسية خارجيا ، إلى الدولة المتدخلة والمنتجة وميزانيتها الوظيفية التى توظف لتحقيق أغراض متعددة إقتصادية واجتماعية وسياسية وغيرها ، التى دعا إليها الفكر المالى الحديث ، مما زاد ميزانيتها العامة ، ووسع من الرقابة المالية عليها ، وتدور مقومات هذه الرقابة المالية حول مضمونها وصورها وهما ما نورد المطلبين التاليين لبيانها .

المطلب الأول : مضمون الرقابة المالية .

المطلب الثانى : صور الرقابة المالية .

المطلب الأول

مضمون الرقابة المالية

يختلف مضمون الرقابة فى اللغة وفى القرآن وفى مجال القانون على النحو التالى :

الرقابة لغة^(٢):

تعنى الانتظار والرصد والرعاية والحفظ ، فيقال : رقبه يرقبه رقبة ورقبانا بالكسر فيهما ، وارتقبه أى انتظره ورصده ، ومنه ارتقب أى أشرف وعلا ، ولذلك قيل بأن الرقيب هو نجم من نجوم المطر يراقب نجماً آخر .

والرقابة فى القرآن^(٣):

يذكر لفظ الرقيب كاسم من أسماء الله الحسنى بمعنى الحافظ الذى لا يغيب عنه شيء^(٤) . وفيه يقول الله تعالى : (إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)^(٥)

وقوله : (وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ رَقِيبًا)^(٦) وقوله على لسان سيدنا عيسى عليه السلام :

- ١ . راجع د. عوف الكفرورى ، الرقابة المالية فى الاسلام ، الاسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٨٣ ص ١١ .
- ٢ . راجع ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ، ج ٤ ص ٢٠٨ .
- ٣ . انظر : محمد فؤاد عبد الباقي ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، القاهرة ، دار الحديث ، ١٩٩٦ ، ص ٣٩٧ .
- ٤ . جلال الدين المحلى ، جلال الدين السيوطى ، تفسير الجلالين الميسر ، القاهرة ، الشركة المصرية العالمية للنشر (لونجمان) ، ٢٠٠٣ .
- ٥ . سورة النساء من الآية (١)
- ٦ . سورة الأحزاب من الآية (٥٢)

(فَلَمَّا تَوَفَّيْتَنِي كُنْتَ أَنْتَ الرَّقِيبَ عَلَيْهِمْ) ^(١) فالرقيب عليهم هنا تعنى الحافظ لأعمالهم . ^(٢) وقد وردت بمعنى الرعاية فى قوله تعالى : (لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَّلَا ذِمَّةَ أُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ) ^(٣) فلا يرقبون يعنى أى لا يراعون ، كما ذكرت بمعنى الانتظار فى قوله تعالى : (وَارْتَقِبُوا إِنِّي مَعَكُمْ رَقِيبٌ) ^(٤) أى منتظر وقوله (إِنِّي خَشِيتُ أَنْ تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي) ^(٥) أى ولم تنتظر قولى . ^(٦)

الرقابة من الناحية القانونية: ^(٧)

هى عبارة عن حق دستورى يخول صاحبه سلطة إصدار القرارات اللازمة لانجاح مشروعات الخطة ، إذ هى تمثل نوعاً من الوصاية من جانب الدولة لفرض حدود وقيود معينة تؤدى إلى تحقيق أهداف التنظيم الإدارى الذى تتطلبه الدولة . وفى هذا يحكم تعريف الرقابة ثلاثة اتجاهات : وظيفية وإجرائية وإدارية ونوضحها تباعاً :

الاتجاه الأول : الاتجاه الوظيفى :

وهو يهتم بوجود عمليات معينة يلزم توافرها لإمكان تحقيق الرقابة ، ويتضمن تحديد الأهداف التى ينبغى تحقيقها ، وعلى ذلك فهو يركز على الأهداف المطلوب تحقيقها . وقد بين هنرى فويل Henri Fayol أن الرقابة تعنى التحقق من أن التنفيذ يتم وفقاً للخطة المقررة والتعليمات الصادرة والمبادئ المعتمدة . فهى عملية يقصد منها اكتشاف عما إذا كان كل شيء يسير حسب الخطة الموضوعية ، وذلك بهدف الكشف عن نقاط الضعف والأخطاء فى التنفيذ وذلك لعلاجها وتفادى تكرارها مستقبلاً . ومن هذا الاتجاه توجد ثلاث صور للرقابة : الإدارية وعلى الأداء وعلى الكفاية ^(٨) ونبينها على الترتيب :

- ١- الرقابة المالية : وتهدف إلى المحافظة على الأموال العامة من سوء التصرف فيها ، وذلك بالتأكد من مدى اتباع الإجراءات وقواعد العمل المحددة من قبل ، ومدى تنفيذها ، والتأكد من سلامة تحديد نتائج أعمال الوحدات ومراكزها المالية .
- ٢- الرقابة على الأداء : وتعمل هذه الرقابة على التأكد من تحقيق الإدارة أو الوحدة للأهداف الموضوعية وعدم الانحراف عن معدلات الأداء المنصوص عليها فى الخطة المرسومة .
- ٣- الرقابة على الكفاية : فغرض هذه الرقابة التوقف على فرص تحسين معدلات الأداء المرسومة ، وما يترتب على ذلك من تعديل فى الخطة الموضوعية .

١ . سورة المائدة من الآية (١١٧)

٢ . تفسير الجلالين ، ص ١٢٧

٣ . سورة التوبة من الآية (١٠)

٤ . سورة هود آية (٩٣)

٥ . سورة طه آية (٩٤)

٦ . تفسير الجلالين ، ص ٣١٨ .

٧ . عوف الكفراوى ، الرقابة المالية .. مرجع سابق ص ١٣ وما بعدها .

٨ . راجع د. عوف الكفراوى ، الرقابة المالية .. مرجع سابق ص ١٥ وما بعدها .

الاتجاه الثانى: الاتجاه الإجرائى :

ويعنى هذا الاتجاه بالتركيز على الإجراءات والخطوات اللازم إجراؤها للقيام بعملية الرقابة ، مثل: تقييم الكفاءة ، ومقارنتها بأهداف الخطة ، وتحليل الإنحراف عنها ، واتخاذ الإجراء التصحيحي لها ، ومتابعة تقييم فعاليته ، ومد عملية التخطيط بالحقائق اللازمة لتحسين مستويات الأداء فى المستقبل .

وقد وضع لوكير^(١) Locker الخطوات اللازم اتباعها فى نظام ميزانية الرقابة ، وفى كل نظم الرقابة الصناعية ، بأنها ينبغى أن تتضمن : وضع خطة أو ميزانية تقديرية ونشرها ، ووضع معايير تنفيذها ، والمقارنة بين مستويات التنفيذ الموضوعة والمخفضة ووضع التقارير اللازمة لذلك ، والقيام بالإجراءات التصحيحية اللازمة .

الاتجاه الثالث: الاتجاه الإدارى :

ويركز هذا الاتجاه على الأجهزة التى تتولى عملية الرقابة ، لتأكد من تحقيق الوحدات لأهداف الخطة بكفاءة ، واتخاذ القرارات المناسبة لتصحيحها .

وعلى ذلك فبينما يركز الاتجاه الأول الوظيفة على الهدف من الرقابة ، فإن الاتجاهين الثانى والثالث يهتمان بوسيلة الرقابة سواء الإجرائية أو الإدارية .

وبذلك فإن (الرقابة بوجه عام) تتضمن معانى الاشراف والوصاية والفحص والمراجعة ، من سلطة أعلى أو مستقلة ، وذلك للتعرف على تنفيذ الوحدة الإدارية للخطة الموضوعة وأهدافها حال تطبيقها ، وكشف أى انحراف أو خروج عليها بعد تنفيذها حتى يتم علاجه ومنع تكراره ومحاسبة المسئولين عن ارتكابه^(٢) .

مما تقدم يتضح أن الرقابة المالية هى جزء من الرقابة العامة، وانها تتعلق بالخطة أو الموازنة المالية بإيراداتها ونفقاتها العامة ، حال تنفيذها أو عقب تنفيذها ، وذلك للتحقق من أن تدفق أموالها النقدية دخولا وخارجا ، يتم طبقا للخطة أو الميزانية المالية^(٣) .

١. د. عوض الكفراوى ، وأشار إلى :

١- Lockyer : "production control in practice " , Pitman , London, 1967, P.5 .

٢. راجع د.أحمد الحصرى ، السياسة الاقتصادية ، والنظم المالية فى الفقه الإسلامى ، القاهرة ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٩٨٤ ص ٥٢٩ وما بعدها .

٣. نفس المرجع السابق .

المطلب الثانى صور الرقابة المالية

تتعدد صور الرقابة المالية وتختلف باختلاف الزاوية المنظور إليها :

أ- فبالنظر إلى توقيتها ^(١):

فإنه يتم التمييز بين ثلاثة أنواع من الرقابة على الموازنة العامة بنفقاتها وإيراداتها العامة هى :

١- الرقابة السابقة على تنفيذ الموازنة العامة :

تلائم الرقابة السابقة على تنفيذ الميزانية العامة للدولة جانب النفقات العامة ، لأنها تتطلب الحصول على إذن سابق بالصرف (أو الإنفاق) من الجهة الموكول إليها مراقبة تنفيذ الميزانية ، مثل موافقة المديرية المالية على الصرف فى مصر .

وتتميز هذه الطريقة بأنها تمنع الخطأ فى تنفيذ الميزانية قبل وقوعه . وتنتشر فى عدد من الدول الأوربية مثل إنجلترا وبلجيكا ، ولكن يؤخذ عليها أنها تؤدى إلى تعقيد إجراءات تنفيذ الميزانية وإطالتها ، مما يعرقل سير الأعمال الحكومية ، لما تتطلبه من فحص وإذن سابقين من جهة أخرى قبل الصرف .

بيد أنه يلاحظ أنه يعتبر فى حكم الرقابة السابقة ، ضرورة اعتماد الموازنة العامة من البرلمان قبل تنفيذها ، إذ فى هذه الحالة لا يمكن للسلطة التنفيذية أن تشرع فى تنفيذ الموازنة العامة للدولة إلا بعد عرضها على البرلمان ، ليقرر حقه فى مناقشتها وتعديلها فى حدود ما يسمح به الدستور والقانون ، وإصداره لقانون يربط الميزانية .

٢- الرقابة الحالية أو المعاصرة لتنفيذ الموازنة العامة :

تتولى جهات متعددة الرقابة على حسن تنفيذ الميزانية العامة للدولة ، كالسلطة التنفيذية ، حيث يختص جهاز معين هو عادة ما يتبع وزارة المالية ، بمراقبة الوزارات والدوائر الحكومية الأخرى أثناء تنفيذها للموازنة العامة للدولة . كما تشاركها فى ذلك السلطة التشريعية برقابتها الحالية لتنفيذ الميزانية على ما سيتضح فى النقطة التالية ، وتتميز هذه الطريقة بأنها كالرقابة السابقة ورقابة وقائية تحول دون وقوع المخالفة .

١. راجع : د.أحمد جامع ، علم المالية العامة ، مرجع سابق ص ٣٨٢ .

د.محمد حلمى مراد ، مالية الدولة ، مرجع سابق ص ٣٧٤

د.عزت البرعى، د.مصطفى حسنى ، محاضرات فى مبادئ الاقتصاد المالى ، بدون مكان نشر أو ناشر ٨٩ / ١٩٩٩ ص ٥٩١

٣- الرقابة اللاحقة لتنفيذ الميزانية :

وتعنى الرقابة اللاحقة مراقبة الميزانية العامة بعد تمام تنفيذها ، فهى لا تمنع وقوع المخالفة ولكنها تكشف عنها بعد حدوثها . ويعيب هذه الرقابة اللاحقة ليست بالحسم الذى عليه الرقابة السابقة والحالة ، إذ أنها تأتى بعد وقوع المخالفة ، فهى لا تمنع من وقوعها ولا تصححها ، ولكنها تعمل على ضبطها وتوقيع الجزاء على مرتكبيها ، وإن كانت لا تخل من فائدة لأنها تبعث فى نفوس القائمين على تنفيذ الميزانية الخوف من توقيع العقاب عليهم حال مخالفتهم ، مما يؤدى إلى احترامهم للانظمة المالية المقررة .

ب- وبالنظر إلى جهة الرقابة ^(١) :

فمن ناحية الجهة التى تتولى الرقابة على تنفيذ الموازنة العامة للدولة ، يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من الرقابة الإدارية والبرلمانية والمستقلة على النحو التالى :

١- الرقابة الإدارية :

وهى نوع من الرقابة الذاتية التى تتولاها الحكومة ، إذ تراقب نفسها بنفسها ، وتتولاها فى مصر وزارة المالية ، حيث ينتشر فى مختلف الوزارات والمرافق والهيئات ، جهاز مالى تابع لوزارة المالية ، يتولى موظفوه مراقبة كافة الجهات الحكومية لبنود الميزانية العامة للدولة ، وتتردد مراقبتهم بين نوعين من الرقابة هما :

الأولى : رقابة حالة :

ويتولاها موظفو وزارة المالية الموزعين على جميع المصالح الحكومية ، والمكونين للقسم المالى فى كل مصلحة ، ويراقبون التصرفات المالية للجهات الحكومية التى ينتشرون بها ، حيث يمنعون تنفيذ الجهة الحكومية لأى إجراء مالى يخالف قانون الميزانية ، ويخطررون الجهاز المركزى للمحاسبات بها .

الثانية : رقابة لاحقة :

وهى رقابة تأتى من قبل الجهة المالية الرقابية بعد تنفيذ الجهة الحكومية المتواجدين بها للموازنة العامة ، حيث يقومون بإعداد حسابات دورية شهرية وربيع سنوية ، للعمليات المالية التى تمت فى المصلحة الحكومية التى يتواجدون بها ، ثم يقومون بإرسال هذه التقارير إلى وزارة المالية ، مشفوعة بتقريرين من المراقب المالى عن مدى سلامة الموقف المالى لكل وزارة أو إدارة أو مصلحة حكومية يتواجدون بها .

١ . راجع : د.أحمد جامع ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢ .

- د.أحمد جمال الدين موسى ، المرجع السابق ، ص ٩٣ .

- د.صبرى عبد العزيز ، المرجع السابق ص ٣١١ .

٢- الرقابة البرلمانية:

وهذه الرقابة البرلمانية هى المقصودة بالبحث هنا ، وهى تمثل نوعاً من الرقابة السياسية لنواب الشعب فى برلمانه أى سلطته التشريعية ، وهى تعتبر من أهم وأخطر أنواع الرقابة ، لأنها قد يترتب عليها حل الحكومة أو سحب الثقة منها أو من رئيس الوزراء أو الوزراء .

وهى تتنوع كذلك إلى نوعين من الرقابة هى :

الأولى : رقابة حالة :

وتتحقق هذه الرقابة للجان الفنية للبرلمان أو لأحد نوابه ، إذ يحق لهم أن يطلبوا من الحكومة تقديم كافة البيانات والمستندات التى تدل على مدى حسن تنفيذهم للميزانية العامة للدولة ، مستخدمين فى ذلك كافة الأدوات الرقابية من : أسئلة وطلبات إحاطة واستجابات ، لمسؤولين ورؤساء المصالح والمحافظين والوزراء ورئيس الوزراء ونوابه .

الثانية : رقابة لاحقة :

وتتقرر لهم بعد تنفيذ الميزانية ، إذ ينبغى على وزارة المالية ورئيس الوزراء تقديم حساب ختامى للميزانية للبرلمان ، خلال مدة معينة يحددها الدستور أو القانون من تاريخ إنتهاء السنة المالية ، وذلك كى يعتمدها البرلمان ، وعادة ما يتولى مراجعة الحساب الختامى قبل عرضها على البرلمان ، جهة مستقلة كالجهاز المركزى للمحاسبات فى مصر .

٣- الرقابة المستقلة :

وتكون الرقابة المستقلة لجهاز مستقل عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ، يتخصص فى إجراء المراقبة المالية على كافة الدوائر الحكومية فى تنفيذها للميزانية العامة وإدارتها للأموال العامة . بحيث يتولى هذا الجهاز كشف المخالفات المالية التى تقع من الجهات الحكومية أثناء تنفيذها للموازنة العامة للدولة وتوجيههم نحو تلافى هذه المخالفات ذاتياً ، وإلا أحالهم إلى السلطة التشريعية لأعمال رقابتها البرلمانية عليهم .

ويختص بالقيام بهذه الرقابة المستقلة فى مصر والبحرين جهاز مستقل عن السلطة التنفيذية ، هو فى مصر : الجهاز المركزى للمحاسبات ، الذى أنشئ بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ ، ويعتبر أحد أجهزة مجلس الشعب (أو النواب) فى مصر منذ عام ١٩٧٥ ، ويتمتع بالاستقلال التام عن الحكومة ، حتى أن رئيسه لا يستطيع أن يعينه أو يعزله رئيس الجمهورية إلا بموافقة مجلس الشعب (أو النواب) ، وهذا الجهاز فى البحرين هو ديوان الرقابة المالية ، الذى أنشئ بالمرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٢ م ، وهو يتبع جلاله الملك .

بما تقدم نكون قد قدمنا بإيجاز للرقابة البرلمانية المالية سواء فيه مقوماتها أو فى مدى تطور حق الشعب فيها ، وهو ما يمهد بحق للولوج فى موضوعات هذا البحث المتعلقة

بالعهد البرلمانية الأولى النبوية والبكرية والعمرية .

الفصل الأول الرقابة البرلمانية فى العهد النبوي

عهد النبوة يزخر بمثل تلك الرقابة المالية للبرلمان الاسلامي على التصرفات المالية العامة للدولة ، والأمثلة على ذلك كثيرة ، ولكننا سنقتصر هنا على نموذجين ماليين بين الفقراء من المهاجرين والأغنياء من الأنصار ، قضى فيهما النبى   بقضائه كحاكم مسلم : مس أحدهما المهاجرين لما تعرض النبى   لظاهرة الربيع فى المدينة ، ومس الأمر الآخر الأنصار فى توزيعه لأراضى خيبر على المهاجرين دون الأنصار .

ونوزع هذين النموذجين على مبحثين بالترتيب التالي:

المبحث الأول : الرقابة البرلمانية للمهاجرين .

المبحث الثانى : الرقابة البرلمانية للأنصار .

المبحث الأول الرقابة البرلمانية للمهاجرين

من أبرز المواقف التى تدل على الرقابة البرلمانية للمهاجرين ، لما جاء المهاجرون يشكون أكثر من مرة إلى رسول الله   من الشروط الإيجارية الربعية التى كان كبار ملاك الأراضى من الأنصار يفرضونها عليهم عند استئجارهم لأراضيهم الزراعية . وهى كانت شروطاً مجحفة بهم ، فرضها زيادة الطلب على استئجار الأراضى الزراعية فى المدينة فى بداية الهجرة عن المعروض منها ، مما أدى إلى رفع قيمة إيجارها سواء النقدي أو العيني (بالمغالة فى شروط المزارعة) .^(١)

وقد عبر عنها البخارى بأنها كانت شروطاً استثنائية وهى تقابل فى الاقتصاد الشروط الربعية ، التى يستغل بها المؤجر حاجة المستأجر فيفرضها عليه مستولياً على جل دخل يحققه المستأجر منها . يروى ذلك البخارى فى صحيحه إلى واحد من أكبر ملاك الأراضى الزراعية فى المدينة هو وعائلته من الأنصار ، وهو رافع بن خديج ، بقوله : (كنا أكثر أهل المدينة مزدرعاً : كنا نكرى الأرض بالناحية منها مسمى لسيد الأرض ! فقال : فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، ومما يصاب الأرض ويسلم ذلك ، فنهينا) .^(٢) كما وضحها البخارى فى رواية رافع بن خديج بصورة أخرى من أنهم (كانوا يكرون^(٣) الأرض على عهد النبى   ، بما ينبت على الأربعاء ، أو شيء يستثنيه صاحب الأرض ، فنهى النبى   عن ذلك) .^(٤) والأربعاء هى مساقى مياه من ترع وغيرها .

١ . راجع تفصيل هذه الشروط الربعية وكيف عالج رسول الله   ظاهرة الربيع التى وقعت فى المدينة عند نشأة الدولة الإسلامية ، لدى د.صبرى عبد العزيز ، مبادئ الاقتصاد والتعاون فى الفكرين الوضعى والإسلامى ، المحلة الكبرى ، مكتبة الصفا ، ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ ص ٢٧٠ وما بعدها .

٢ . رواه البخارى فى صحيحه ، م س ، ج ٢ ص ٤٩

٣ . يكرون أى يؤجرون

٤ . رواه البخارى فى صحيحه ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٤٩

وقد روى أحمد عن سعد بن أبى وقاص ما يؤكد هذه الشروط الربعية التى شكها منها المهاجرون بقوله : (إن أصحاب المزارع كانوا يكرون مزارعهم ، بما يكون على السواقي وما سعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله ﷺ فاختموا بعد ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك ، وقال : أكرؤا بالذهب والفضة) .^(١)

بل إن النبى ﷺ استدعى رافع بن خديج وسأله فى ذلك ، يروى ذلك رافع بن خديج نفسه فيقول : (دعانى رسول الله ﷺ ، قال : ما تصنعون بمحافلكم ؟ قلت : نؤجرها على : الربيع وعلى الأوثق من التمر والشعير ، قال : لا تفعلوا إزرعوها أو أزرعوها أو أمسكوها ، قال رافع : قلت : سمعا وطاعة) .^(٢)

فلقد مثلت هذه المشكلة الربعية ، أكبر المشاكل الاقتصادية الخطيرة التى واجهت الدولة الإسلامية فى نشأتها . ومع كل تلك الحلول التى دعا إليها رسول الله ﷺ فإنها قد خففت فحسب من ظاهرة الربيع ، ولكنها لم تنه عنها نهائياً فى بداية الأمر ، لذلك عضدها النبى ﷺ بحل آخر خفف أكثر من ظاهرة الربيع ، إعتد فى عبيدة الأنصار وقوة إيمانهم ، وذلك لما رغب النبى ﷺ فى ثواب الآخرة ليكون حافظاً أساسياً لعلاج هذه المشكلة ، فدعى ملاك الأراضى من أغنياء الأنصار إلى أن يمنحوا أراضيهن أو شطراً منها لإخوانهم المهاجرين لفقرهم ، دون أن يأخذوا عليها إيجارا (أى خرجاً) معينا .

فاستجاب الأنصار لدعوة ﷺ فيما سمي بعد ذلك (بالمنيحة) ، التى هى جزء من عملية (المؤاخاة) التى أجراها النبى ﷺ بين الأنصار والمهاجرين فى المدينة ، ولم يشهد التاريخ لها مثالا . وذلك لما قال لهم النبى ﷺ : (أن يمنح أحدكم أخاه ، خير له من أن يأخذ عليه خرجاً معلوماً) .^(٣)

ولم يكتف النبى ﷺ بما تقدم بل عضدها بحل ناجع قضى به نهائياً على ظاهرة الربيع فى الدولة الإسلامية ، وذلك لما ملك الأراضى الفضاء بدون مقابل لمن يستصلحها ، فقال : (من أحيا أرضاً ميتة فهى له صدقة)^(٤) ولقد استخدم فى ذلك أسلوب الدعوة الاقتصادية والدعوة الإيمانية : الاقتصادية بتملك الأرض لمحبيها ، والإيمانية بوعده بالثواب عمن يأكل من الخارج منها . وهى مع إيمانيتها إلا أنها تتطوى فى حقيقتها على حافز له على العمل فيها بعد إحيائها حتى ينتفع بثمارها شخصياً ويستفيد إيمانياً بانتفاع غيره منها . فذلك الحل أدى على المدى الطويل إلى زيادة عرض الأراضى ليتوازى مع الطلب عليها ، مقضياً بذلك على أهم شروط قيام الربيع .

يدل ما تقدم على أن أول وأخطر المشاكل الاقتصادية والاجتماعية التى ظهرت فى مهد الدولة الإسلامية ، قد نوقشت فى البرلمان الإسلامى . حيث إستمع فيه النبى ﷺ إلى طرفى النزاع من المهاجرين والأنصار ، ووضع الحلول الاقتصادية الملائمة حتى قضى عليها .

١ . رواه البخارى فى صحيحه ، م س ، ج ٢ ص ٤٩

٢ . رواه البخارى فى صحيحه ، م س ، ج ٢ ص ٤٦

٣ . ذكره الشوكانى ، فى نيل الأوطار ، ج ٥ ص ٢٧٩ ، وذكر أن فى الفتح قيل أن رجاله ثقات

٤ . راجع : فيها البخارى فى صحيحه ، م.س. ج ٣ ، ص ١٥ .

المبحث الثاني الرقابة البرلمانية للأنصار

نتتقى من تلك الأمثلة للرقابة البرلمانية للأنصار ما حدث فى توزيع النبى ﷺ لأموال خيبر على المهاجرين فقط ، ولم يوزع على الأنصار منها أى شيء ، سوى على اثنين من الأنصار فقط لفقيرهم ، فاعترض الأنصار على ذلك ، فعقد النبى ﷺ اجتماعاً برلمانياً خاصاً بالأنصار وحدهم وفى مقر خاص بهم . ليس فى مقر البرلمان الإسلامى الرئيسى وهو المسجد ، ولكن فى مقر خاص عبر عنه مسلم فى صحيحه بأنه (قبة).

وما عقد النبى ﷺ هذا الاجتماع للأنصار وحدهم فى مقر خاص إلا ليبين لهم مدى إهتمامه بشكواهم من ناحية ، ثم لكى يعطى لهم الحرية الكاملة كى يتحدثوا عنها دون تدخل من الجناح الآخر للأمة الإسلامية وهم المهاجرون من ناحية أخرى . خاصة وأن هناك شبهة يمكن أن يدخل منها الشيطان وأعدائه من المنافقين كى يحدثوا الوقيعة بين جناحى الأمة من المهاجرين والأنصار ، نظراً لأن المهاجرين هم أقارب رسول الله ﷺ وإيثاره بهم وحدهم بالتوزيع يثير شبهة محاباته لهم على حساب الأنصار ، وحاش له أن يفعل ذلك فهو منزه عن الهوى ، وفقاً لقوله تعالى (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ) (١)

يشير إلى هذه الواقعة مسلم فى صحيحه ، الذى رواه عن أنس بن مالك بقوله : (وأصاب رسول الله ﷺ غنائم كثيرة فقسم فى المهاجرين والطلقاء ، ولم يعط الأنصار شيئاً ، فقال الأنصار : إذا كانت الشدة فنحن ندعى ، وتعطى الغنائم غيرنا ، فبلغه ذلك ، فجمعهم فى قبة فقال : يا معشر الأنصار ما حديث بلغنى منكم ؟ فسكتوا ، فقال يا معشر الأنصار أما ترضون أن يذهب الناس بالدنيا ، وتذهبون بمحمد تحوزونه إلى بيوتكم ؟ قالوا : بلى يا رسول الله رضينا (٢)

فيلاحظ هنا أن النبى ﷺ لم يترك المشكلة تستفحل ، بل بادر فوراً بمواجهتها ، فعقد الاجتماع فى قبة وهى مقر مستدير مقوس مجوف ، مثل المقرات البرلمانية الحديثة (٣) ، وسمح لهم بأن يناقشوه ، ولكنهم لاحترامهم لرسول الله ﷺ ، أبوا أن يناقشوه فى الأمر . رغم قوة حججهم . فخيرهم بين الدنيا (أى الأموال) وبين ما هو أغلى من أموال الدنيا كلها وهو رسول الله ﷺ ، فاختاروا الفوز برسول الله ﷺ .

ورغم أن الجائزة التى أعطاها رسول الله ﷺ للأنصار وأرضاهم بها هى جائزة معنوية ، وهى حب رسول الله ﷺ ومجاورته ، وقد رضوا وفرحوا بها وفضلوها على الأموال التى وزعها على المهاجرين دونهم . إلا أن النبى ﷺ عوضهم عنها بجائزة مالية أخرى ، تتمثل فى أنهم لما استجابوا لدعوة رسول الله ﷺ لهم بأن يمنحوا جزءاً من أراضيهم الزراعية لإخوانهم الفقراء من المهاجرين ، دون أن يأخذوا عليها خرجاً معلوماً ، أى دون مقابل إيجارى معين (فيما سُمى بالمنيحة).

لما فعل الأنصار ذلك واستجابوا لدعوة الرسول ﷺ فى موضوع المنيحة ، ثم لما استجابوا له مرة أخرى فى توزيعه لأراضى الفتح على المهاجرين فقط دون الأنصار ، هنا أجرى الرسول

١ . سورة النجم الآية (٣)

٢ . رواه مسلم فى صحيحه ، طبعة دار التحرير ، مرجع سابق ، ج ٣ ص ١٠٧

٣ . راجع : المعجم الوجيز ، مرجع سابق ، ص ٤٨٧ .

عملية إعادة توزيع الثروة القومية بين الأنصار والمهاجرين كانت هى الجائزة التى منحها للأنصار . وهى أنه أمر المهاجرين أن يردوا إلى الأنصار من أراضيهم التى أخذوها منهم دون مقابل . يروى هذا البخارى عن أنس بن مالك : (أن النبى ﷺ لما فرغ من قتل أهل خيبر ، فانصرف إلى المدينة ، رد المهاجرون إلى الأنصار من أراضيهم التى كانوا منحهم من ثمار ، فرد النبى ﷺ إلى أمه عذاقها ^(١) وأعطى رسول الله ﷺ أم أيمن مكانهن من حائطه) .^(٢)

بذلك تكون مشاكل الأنصار المالية قد نوقشت تحت قبة البرلمان الإسلامى ، وأجرى النبى ﷺ الحلول الملائمة لها ، ليحقق بذلك عدالة اقتصادية واجتماعية بين جناحى الأمة الإسلامية فى ذلك الوقت من الأنصار والمهاجرين .

جملة ما تقدم ينطوى على وقائع برلمانية حدثت فى عهد النبى ﷺ ، تدل على أن حق الشعب فى الرقابة البرلمانية المالية ، كان مكفولاً لهم منذ ميلاد الدولة الإسلامية . وكانت الواقعة البرلمانية الأولى لما استجاب النبى ﷺ لشكاوى المهاجرين من الشروط الربعية التى فرضها عليهم كبار ملاك الأنصار ، ليستمع إلى طرفى النزاع ويضع الحلول الاقتصادية الكفيلة بالقضاء على ظاهرة الربيع أخطر المشاكل الاقتصادية التى واجهت الدولة الإسلامية فى المدينة . وكانت الواقعة البرلمانية الثانية لما استمع النبى ﷺ داخل البرلمان إلى شكوى الأنصار المالية ، واعتراضهم المبدئى على إنفاق جانب من الأموال العامة للدولة على المهاجرين فقط دون الأنصار ، ومع إقناعه لهم إلا أنه استجاب لدعواهم بأن أعاد توزيع الثروة القومية لصالحهم محدثاً توازناً فى توزيع الدخول والثروات بين الفئات الاجتماعية من الأنصار والمهاجرين ، مما حقق العدالة الاقتصادية والاجتماعية بينهم .

الفصل الثانى

الرقابة البرلمانية فى العهد البكرى

تميزت فترة خلافة أبى بكر الصديق ، بأنها شهدت رقابة إدارية أو ذاتية شديدة ونظراً لوجود كبار الصحابة كعمر وعلى وعثمان حوله ، فكانوا يردوه فى العديد من قراراته المالية ! فضلاً عما واجهه فى عهده من أخطر القضايا التى تعرضت لها الدولة الإسلامية وهى قضية الردة عن الإسلام ، وما افتقرن بها من قضية الردة المالية المتمثلة فى الإمتناع عن دفع الزكاة ، وما دار حولها من مناقشات برلمانية كبيرة .

لذلك فسيتم التعرض لهاتين الرقابتين : الرقابة الإدارية فى عهد أبى بكر الصديق من ناحية ، ونموذج الرقابة البرلمانية المالية فى عهده من ناحية أخرى ، وذلك فى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الأول : الرقابة الإدارية المالية فى العهد البكرى .

المبحث الثانى : نموذج الرقابة البرلمانية المالية فى العهد البكرى .

١ . العزق كل غصن له شعب ، راجع المعجم المفهرس ص ٤١١ .

٢ . رواه البخارى فى صحيحه ، ج ٢ ص ٩٧ .

المبحث الأول

الرقابة الإدارية المالية فى العهد البكري

تعرضنا فى الفصل التمهيدي لأنواع الرقابة المالية بالنظر إلى جهة الرقابة ، وأنها تتمثل فى ثلاثة أنواع من الرقابة هى : الرقابة الإدارية والرقابة البرلمانية ، والرقابة المستقلة^(١).

فالرقابة الإدارية : تتولاها الحكومة على نفسها بنفسها ، حيث تقوم بها إدارة تابعة للسلطة التنفيذية ، ممثلة فى وزارة المالية ، لتراقب الأداء المالى لغيرها من الوزارات أو المصالح الحكومية الأخرى ، وذلك عن طريق قسمها المالى المنتشر فى كل الوزارات والمصالح^(٢).

وفى عهد أبى بكر الصديق كان قد ولى عمر بن الخطاب هذه المهمة ، ليقوم بالرقابة على التصرفات المالية للحكومة ، فيراجعها ويعتمدها بخاتم الدولة الذى كان عهدته وحده.

وكما أشرنا سلفاً فإن فترة خلافة أبى بكر الصديق تميزت بنشاط هذه الرقابة الإدارية أو الذاتية، بسبب كثرة كبار الصحابة حوله ، وتميزه باشراكهم فى الحكم ، فكانت الرقابة الإدارية من أبرز أنواع الرقابة المالية التى ظهرت فى عهد أبى بكر ، لذلك تعددت وقائعها التى ننتقى منها واقعتين ، لنرى مدى التزام أبى بكر الصديق برأى المنتقدين له فيها ، وهما :

الأولى : قضية إقطاع الأرض :

كانت الأراضى القديمة التى لا مالك لها منذ عهد (عاد) ، تسمى بعبادى الأرض ، وفيها روى أبو عبيد بسنده إلى ابن طاووس عن أبيه قال : (قال رسول الله ﷺ : عبادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم ، قال قلت : وما يعنى ؟ قال : تقطعونها للناس)^(٣) . ويعنى ذلك أن هذه الأراضى هى مما يدخل فى الأموال العامة العقارية المملوكة للدولة (أى أموال الدومين العقارى) . ولكن نظراً لأنها تتطلب رعاية خاصة لاستصلاحها وإحيائها واستزراعها ، فى الوقت الذى لم تكن الدولة لديها عمال يكفونها ذلك ! لذلك فإن النبى أجاز لولى الأمر أن يقطعها للأفراد الذين يمكنهم أن يستغلونها بدلاً من تركها بلا استثمار وهو ما يشبه الخصخصة اليوم .^(٤)

وقد سار على نفس النهج أبو بكر الصديق فى خلافته ، وهذا ما رواه أبو عبيد قال : (أقطع أبو بكر طلحة بن عبيد الله أرضاً ، وكتب له بها كتاباً وأشهد له ناساً فيهم عمر ، فأتى طلحة عمر بالكتاب ، فقال : اختتم على هذا ! فقال : لا اختتم ، أهذا كله لك دون الناس ؟ قال : فرجع طلحة مغضباً إلى أبى بكر ، فقال : والله ما أدرى ، أنت الخليفة أم عمر ؟ فقال : بل عمر ، ولكنه أبى)^(٥).

١ . راجع : د. شوقي عبده الساهى ، مراقبة الموازنة العامة للدولة فى ضوء الإسلام ، القاهرة ، بدون ناشر ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م ص ٣١ وما بعدها

٢ . نفس المرجع السابق

٣ . أبو عبيد ، الأموال ، القاهرة ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ودار الفكر ، ١٤٠١ هـ . ١٩٨١ م ، ص ٤٥٣ - ٤٥٧ .

٤ . راجع فى معنى الخصخصة : د. أحمد جمال الدين موسى ، قضية الخصخصة ، دراسة تحليلية ، المنصورة ، مجلة كلية الحقوق جامعة المنصورة ، عدد إبريل ١٩٩٣ .

٥ . أبو عبيد ، الأموال ، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ ورواه عن معاذ وأزهر السمان .

وقد تكرر هذا الأمر مع عيينه بن حصن ، فيما رواه أبو عبيد : أن أبا بكر قطع لعيينه بن حصن قطعة ، وكتب له بها كتابا ، فقال له طلحة - أو غيره - إنا نرى هذا الرجل سيكون من هذا الأمر بسبيل - يعنى عمر - فلو أقرأته كتابك ، فأتى عيينه عمر ، فأقرأه كتابه ، ثم ذكر مثل حديث ابن عوف ، وزاد فيه ، أنه بصق فى الكتاب ومجاه ، قال : فسأل عيينه أبا بكر أن يجدد له كتابا ، فقال : والله لا أجدد شيئا رده عمر^(١) .

فهاتان الواقعتان تدلان على أنه كانت هناك رقابة ذاتية (أو إدارية) من داخل الحكومة الإسلامية على تصرفات الحاكم المالية ، وأن عمر بصفته مسئولاً عن اعتماد مثل هذه التصرفات بخاتم الدولة ، فقد ردها ، ولم يجزها . ولعل فى موقف أبى بكر الصديق ، وموافقته على رأى عمر المخالف لرأيه ما يدل على أن هذه الرقابة الإدارية كانت فعالة ، وأن الشورى وحرية التعبير عن الرأى كانت متاحة ، وأن الشورى وحرية التعبير عن الرأى ولو فى مواجهة الحاكم ، كانا سائدين ومعمولا بهما لدى الخلفاء الراشدين .

الثانية : قضية المؤلفه قلوبهم :

المؤلفه قلوبهم يستحقون نصيبهم من الصدقات بموجب قوله تعالى : (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ)^(٢) وفى إطار هذه الآية فإن المؤلفه قلوبهم يستحقون نصيباً من أموال الزكاة^(٣) ، ولكن الذى حدث فى عهد أبى بكر الصديق ، أن بعضا منهم أرادوا أن يتجاوز ذلك بالحصول على أرض والأراضى ليست من أموال الزكاة ، فكتب لهم أبو بكر خطابا فتناوله عمر بن الخطاب ومزقه ! وقال (هذا شيء كان رسول الله ﷺ يعطيكموه ليتأنفكم على الإسلام ، والآن وقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم ، فإن ثبتم على الإسلام ، وإلا بيننا وبينكم السيف ، فأقر أبو بكر عمر على رأيه)^(٤) .

ويلاحظ فى هاتين القضيتين ، أن الرقابة هنا كانت رقابة داخلية من داخل الحكومة الإسلامية ، من المكلف باعتماد مثل تلك النفقات المالية العامة وهو عمر ، وفيهما لم يرد الخليفة (أو الحاكم) رأى عمر المخالف لرأيه .

أما الرقابة البرلمانية على التصرفات المالية العامة ، فتتعرف عليها من خلال المطلب التالى ، وعمما إذا كان الحاكم قد اقر المعارضة البرلمانية بقيادة عمر على رأيه كما أقر رقابته الإدارية هنا من عدمه .

المبحث الثاني

نموذج الرقابة البرلمانية المالية فى العهد البكري

من أبرز القضايا التى نوقشت فى البرلمان الاسلامى فى عهد الخليفة الأول أبى

١ . أبو عبيد ، الأموال ، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ .

٢ . سورة التوبة آية ٦٠ .

٣ . راجع فى سهم المؤلفه قلوبهم والخلاف بين الفقهاء فىمن يستحقونه منهم ، هل هم فقراؤهم فقط ، أم لغيرهم ، إما لدفع أذاهم أو لتبنيهم على الإسلام ، د.يوسف القرضاوى ، فقه الزكاة ، بيروت . لبنان . ج ٢ ص ٦٢٠ .

٤ . راجع : ابن جرير الطبرى ، تاريخ الأمم والملوك ، القاهرة ، المطبعة الحسينية المصرية ج ٣ ص ٢٧٥ .

بكر الصديق ، قضية مانعى الزكاة ، فالزكاة هى أحد أهم الموارد المالية العامة الدورية فى الاسلام ، حتى أنه إذا ما ذكرت الصلاة إلا وذكرت الزكاة ردفها ، وقد ورد ذلك فى القرآن فى سبع وعشرين آية اقتترنت بها فى آية واحدة ، وثلاث آيات أخرى ذكرت مع الصلاة ولكن فى سياقها ، فذكرت الزكاة ثلاثين مرة فى القرآن وذكرت الصدقة والصدقات فى إثنتى عشرة مرة^(١).

فهناك من القبائل من ارتدت إرتداداً جزئياً ، إذ بقوا على عقيدتهم الإسلامية ، ولكنهم أبوا أن يؤدوا الزكاة لأبى بكر ، ومن أبرزهم قبائل عبس وذبيان وغطفان وذى الفضة ، وكانت حجتهم التى ذكرتها وفودهم التى حضرت إلى المدينة ، أن الله تعالى أمر بإداء الزكاة إلى النبي ﷺ كى يطهرهم بها فى قوله تعالى : (خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلْ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)^(٢) فقالوا لا نرضى بطهارة أبى بكر بديلاً عن طهارة النبي ﷺ وامتنعوا عن أداء الزكاة .

وإلى جانب قضية مانعى الزكاة فقد برزت قضية الردة وهى من أكبر القضايا التى واجهت الخليفة الأول بعد وفاة الرسول ﷺ^(٣) ، إذ ما لبثت بعض القبائل العربية أن علموا أن المدينة بلا غطاء عسكري بعد أن ارسل أبو بكر الصديق ﷺ جيشاً كبيراً بقيادة أسامة بن زيد على الروم ، حتى بدأوا يتمردون عليه ، وظهر بينهم مدعوا النبوة مثل مسيلمة فى بنى حنيفة ، وطلحة فى بنى أسد^(٤) .

وحتماً كان لابد من أن يواجهه أبو بكر الصديق هذا التمرد من الفريقين المرتدين كلياً أو جزئياً ، فجمع أبو بكر كبار الصحابة فى البرلمان الإسلامى ، كى يشاورهم فى الامر ، إذ لو ترك الفريقين دون مواجهة وهدانهم حتى يرجع جيش أسامة ، فإن أمرهم سيستفحل ويتسع ليشمل باقى الجزيرة العربية ، خاصة وأن الله تعالى قال فيهم : (الْأَعْرَابُ أَشَدُّ كُفْرًا وَنِفَاقًا)^(٥)

فاتفق الطرفان على قتال المرتدين ارتداداً كلياً ، ولكنهم اختلفوا فى قتال مانعى الزكاة إلى طائفتين ، أكثرهم بقيادة عمر بن الخطاب ؓ ورأوا عدم قتالهم ، والطائفة الثانية بقيادة أمير المؤمنين أبى بكر الصديق وذهبت إلى قتالهم .

وكانت حجة الكثرة حجة كبيرة ، إذ قال عمر لأبى بكر : (يا خليفة رسول الله ، تألف الناس وارفق بهم ، كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، فمن قالها عصم منى ماله ودمه إلا بحقها وحسابهم على الله)^(٦) . ولكن رد ابى بكر كان حاسماً وحجته هو الآخر كانت قوية ، إذ قال : (والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ، فإن الزكاة حق الله فى المال ، وقد قال : إلا بحقها)^(٧) . وكان أبى بكر التقط حجة عمر فى الحديث الذى استشهد به من أن قتال المسلمين لا يكون إلا بحقه ليقول بأن حقه هو منعهم لحق الله فى المال وهو الزكاة ! وليعضد ذلك ابو

١ . راجع : د. يوسف القرضاوى ، فقه الزكاة ، بيروت ١٤٠٦ هـ . ١٩٨٥ م ، ص ٤٢ .

٢ . سورة التوبة من الآية ١٠٣

٣ . أبو الحسن الندوى ، ردة ولا أبو بكر لها القاهرة ، المختار الإسلامى ، ١٣٩٨ هـ . ١٩٧٨ م .

٤ . محمد حسين هيكل ، أبو بكر الصديق ، ١٤٠٢ هـ . ١٩٨٢ م ، ص ٤٩ .

٥ . سورة التوبة من الآية ٩٧

٦ . عباس العقاد ، عبقرية الصديق ، ١٣٨٥ هـ . ١٩٦٥ م ص ١٣٢

٧ . نفس المرجع السابق

بكر الصديق بحجة أخرى قائلاً : (والله لو منعونى عقلاً . وفى رواية عناقاً . كانوا يؤدونه لرسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعه) والعقل هو الحبل الذى يربط به رأس البعير ، أما العناق فهو ولد الماعز الصغير ^(١) ، وكلاهما لا تؤخذ منه للزكاة ، ومع ذلك فهو قد ضرب بهما أبو بكر المثل فى عدم التهاون فى حق الله فى المال وهو الزكاة ، التى من أهميتها اقترنت بالصلاة . رأس العبادات . فى القرآن فى هذه المواضع الكثيرة ! والتى من خطورة منع إيتائها اعتبرها الله تعالى فى قرآنه نوعاً من الشرك فقال (وويل للمشركين ، الذين لا يؤتون الزكاة ...)^(٢)

وهنا علت حجة فريق أبى بكر ، واقتنع الفريق الآخر برأيهم فى قتال مانعى الزكاة ، ويؤكد ذلك عمر بن الخطاب ؓ إذ أتى على رأي أبى بكر قائلاً : (فوالله ما هو إلا أن رأيت الله شرح صدر أبى بكر للقتال ، فعرفت أنه الحق)^(٣)

وهنا استقر الرأى على قتال مانعى الزكاة ، التى هى أحد أهم الموارد المالية الهامة للدولة الإسلامية ، لتكون الدولة الإسلامية هى الدولة الوحيدة فى التاريخ التى قاتلت من أجل الفقراء .

وانتصرت الدولة الإسلامية ، وتكالبت كل القبائل العربية الممتعة وغير الممتعة عن أداء الزكاة إلى المدينة ، ليؤدوا فروض الطاعة والولاء ، وهنا يسجل عمر بن الخطاب صواب رأى أبى بكر وفريق القتال ، ليقبل رأس أبى بكر أمام المجتمعين فى البرلمان الإسلامى .

يصور ذلك أبو رجاء البصرى قائلاً : (دخلت المدينة فرأيت الناس مجتمعين ^(٤) ، ورأيت رجلاً يقبل رأس رجل ويقول له : أنا فداؤك ولولا أنت لهلكنا ! قلت : من المقبل ، ومن المقبل ؟ قالوا : هو عمر يقبل رأس أبى بكر فى قتال أهل الردة ، إذ منعوا الزكاة حتى أتوا بها صاغرين) .^(٥)

ولعل ما تقدم يدل على نموذج برلمانى حول مورد من موارد الميزانية العامة للدولة ، إحتدم النقاش حوله ، وانتهت بإقرار رأى القلة ، الذى ثبت بعد نفاذه صحته ، مدلاً على أن الرقابة المالية فى الدولة الإسلامية كانت فعالة فى العهد البكرى ، فهل هى كانت على ذلك فى العهد العمري ؟! هذا ما سنجيب عليه فى سطور الفصل التالى .

الفصل الثالث

الرقابة البرلمانية فى العهد العمري

القضايا البرلمانية المالية فى عهد عمر بن الخطاب كثيرة جداً ، بسبب كثرة الفتوحات واتساع الدولة الإسلامية فى عهده ، مما انعكس على موازنتها العامة بإيراداتها ونفقاتها العامة ، فضلاً عن اجتهادات عمر بن الخطاب المالية ، التى ثار النقاش حولها بين كبار الصحابة فى عصره .

وتتعرض هنا لأهم إنجازات عمر بن الخطاب المالية فى عهده ، ثم نبرز أحد أهم القضايا

١ . راجع : ابن منظور ، لسان العرب ، مجلد ٦ ص ٣٧٥ ، ص ٤٧٨ ، والمعجم الوجيز ص ٤٢٩ ، ٤٧٨ .

٢ . سورة فصلت من الآيتين ٦ ، ٧

٣ . حامد الجوهري ، الصديق أبو بكر تحليل ودراسة ، مؤسسة اخبار اليوم ، كتاب اليوم ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م ص ٥١

٤ . لاحظ قوله : مجتمعين ، ويعنى أنه كان اجتماعاً برلمانياً على مستوى الأمة

٥ . عباس العقاد ، عبقرية الصديق ، مرجع سابق ص ١٣١ .

المالية البرلمانية التى نالت نقاشاً وجدلاً كبيراً فيه داخل البرلمان الإسلامى ، ونوزع ذلك على مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول : أهم إنجازات عمر فى مجال المالية العامة.

المبحث الثانى : نموذج الرقابة البرلمانية المالية فى العهد العمري.

المبحث الأول

أهم إنجازات عمر فى مجال المالية العامة

إنجازات عمر بن الخطاب المالية العامة فى عصره كثيرة جداً ، ويصعب الإحاطة بها جميعاً فى هذه المساحة الضيقة من البحث مما قد يعرضه إلى عدم التوازن فى عرض موضوعاته ، لذلك ومن هذا المنطلق فسنركز على أهم تلك الإنجازات وهى المتعلقة بأمرين هما:

١- تدوين الموازنة العامة للدولة.

٢- إتخاذ خزانة عامة للدولة (بيت المال).

ونوضحهما تباعاً فى مطلبين على الترتيب.

المطلب الأول

تدوين الموازنة العامة

وجود ميزانية عامة للدولة الإسلامية ، ولد بمولد الدولة الإسلامية^(١) ، فى عهد النبى ﷺ ، حيث كانت للدولة الإسلامية ، مواردها المالية العامة ، منها ما هو دورى ، مثل دخل أملاك الدولة والزكاة ، والضرائب (كالجزية / هى ضريبة شخصية) والضرائب على الاموال ، كالخراج والعشور (التى هى ضريبة جمركية) والتى فرضت فى عهد عمر بن الخطاب ﷺ ، ومن هذه الإيرادات العامة ما هو غير دورى مثل : أموال الفئى التى حصلت عليها الدولة الإسلامية صلحاً ، وأموال الغنائم التى اكتسبتها من الأعداء عنوة أى بعد قتال .

وفى المقابل فإن ميزانية الدولة الإسلامية كانت تتضمن إلى جانب إيراداتها العامة نفقاتها العامة، التى تتفقه على الشئون العامة المدنية للمسلمين أو العسكرية (فى سبيل الله) ، أو مصارف الزكاة والفئى والغنائم المحددة حصراً فى القرآن الكريم ، وغيرها من النفقات العامة^(٢) .

ولكن يلاحظ أن الموازنة العامة للدولة الإسلامية ، لم تدون كتابة بإيراداتها ونفقاتها العامة فى عهد الرسول ﷺ ، وذلك لأن الإيرادات العامة للدولة كانت توزع أولاً بأول بصفة يومية ، ولا يزد حفظها فى بيت مال المسلمين دون أن توزع على مستحقيها على ثلاثة أيام ، وهو ما

١ . راجع د. صبرى عبد العزيز ، المالية العامة دراسة مقارنة إسلامياً ، المحلة الكبرى ، مكتبة الصفا ، ٢٠١٠ ص ١١٥ وما بعدها ، ص ٢٧٩

٢ . راجع هذه النفقات تفصيلاً لدى : د. عوف الكفراوى ، سياسة الإنفاق العام فى الإسلام وفى الفكر المالى الحديث ، دراسة مقارنة ، الإسكندرية ١٩٨٣ ، مؤسسة شباب الجامعة .

حدث كذلك فى عهد أبى بكر الصديق t .

ولكن التاريخ أثبت أن أول ميزانية عامة للدولة الإسلامية مكتوبة ، وجدت فى عهد عمر بن الخطاب ^(١)، حيث أنه أول من دون الدواوين فى الإسلام ، خاصة ديوان بيت مال المسلمين ، حسبما استدل على ذلك أبو يوسف فى كتابة الخراج ^(٢).

فعمر أول من حرر ميزانية عامة للدولة الإسلامية ، وهو أول من أخذ بمبدأ الموازنة العامة ، هذا ما ذكره أبو يوسف فى الخراج بقوله : (إن عمر بن الخطاب جمع أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ - لاحظ فى هذا فكرة الشورى والبرلمان فقال : ما ترون ، فإنى أرى أن أجعل عطاء الناس فى كل سنة ، وأجمع المال ، فإنه أعظم للبركة ، قالوا اصنع ما رأيت فإنك إن شاء الله موفق . قال : ففرض الأعطيات..) ^(٣).

ومما يدل كذلك على وجود ميزانيه فى وثيقه مكتوبة فى عهد عمر بن الخطاب ﷺ ، ما ذكره النووي المتوفى سنة ٧٣٣هـ فى كتابه الإرب فى فنون الأدب ، من أن كاتب ديوان بيت المال فى عهد عمر بن الخطاب ، كان يلتزم برفع حسابات سنوية يوضح فيها جملة الإيرادات مخصوصاً منها جملة المصروفات ، وعماً إذا كان هناك عجز أو فائض ^(٤).

فقيامه بعمل هذا الحساب الختامي ، ليتولى رفعه إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ ، يدل دلالة واضحة على وجود ميزانية مكتوبة فى عهده ، وهذا ما دفع بعض المعاصرين إلى صياغة بنود وأرقام هذه الموازنة وتقديرها ^(٥).

ولم يكتف عمر بصياغة الموازنة العامة للدولة بل إنه اتخذ لها خزانة عامة على النحو الذى نوضحه فى المطلب التالى .

المطلب الثانى

اتخاذ خزانة عامة (بيت المال)

على الرغم من أن النبى ﷺ اتخذ بيتاً لمال المسلمين وسار على ذلك أبو بكر الصديق ﷺ فى عهده ، إلا أنه يلاحظ أن الأموال العامة لم تكن تحفظ لفترة طويلة فى بيت المال فى العهدين النبوي والبكرى ، إذ كانت توزع فى مصارفها أول بأول ولا يحتفظ بها إلا لأيام معدودة .

ولكن يحسب لعمر بن الخطاب ﷺ أنه مع توسع الدولة الإسلامية فى عهده ، فقد اتسعت الميزانية العامة للدولة وبدأ يحتفظ بالأموال العامة لمدة سنة ، ينفقها خلال السنة ليرسى بذلك مبدأ السنوية للميزانية العامة .

١. راجع : د.بدوى عبد اللطيف ، الميزانية الأولى فى الإسلام ، القاهرة ١٩٩٠ سلسلة الثقافة الإسلامية ص ١٨
٢. راجع : أبى يوسف ، الخراج ، بيروت . لبنان ، دار المعرفة ، بدون عام نشر ، ص ٤٥ ، كذلك : الماوردى ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، القاهرة ، دار النصر ، ١٩٨٣ ، ص ١٧٢ .
٣. راجع : أبى يوسف فى الخراج ، مرجع سابق ص ٤٤ .
٤. راجع : شوقى عبده الساهى ، مراقبة الموازنه العامه للدولة فى ضوء الإسلام ، القاهرة ، بدون ناشر ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م ص ٢٩٧ .
٥. أنظر : بدوى عبد اللطيف ، الميزانية الأولى فى الإسلام ، القاهرة ، سلسلة الثقافة الإسلامية ، ١٣٧٩ - ١٩٩٠ م .
- كذلك : قطب إبراهيم ، النظم المالية فى الإسلام ، القاهرة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ص ١٨٠ .
- كذلك قطب إبراهيم ، النظم السياسية الماليه لعمر بن الخطاب ، القاهرة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٤ .

يروى أبو يوسف ما يدل على ذلك بقوله : (وحدثنا المجالد بن سعيد عن الشعبي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : لما فتح الله عليه وفتح فارس والروم ، جمع أناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما ترون فإنى أرى أن أجعل عطاء الناس فى كل سنة وأجمع المال فإنه أعظم البركة قالوا : إصنع ما رأيت فإنك إن شاء الله موفق)^(١)

كما يروى أبو يوسف ما يفصل ذلك فيما رواه عن أبى هريرة رضي الله عنه قال : (قدمت من البحر بخمسائة ألف درهم ، فأنتيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه ممسياً ، فقلت يا أمير المؤمنين إقبض هذا المال ، قال : وكم هو ؟ قلت : خمسمائة ألف درهم ، قال وكم تدرى كم خمسمائة الف ؟ قال قلت : نعم مائة الف خمس مرات ، قال : أنت ناعس ، أذهب فبت الليلة حتى تصبح ، فلما أصبحت أتيت فقلت إقبض منى هذا المال ، قال وكم هو ؟ قال قلت خمسمائة ألف درهم ، قال : أمن طيب هو ؟ قال قلت : لا أعلم إلا ذلك ، فقال عمر رضى الله عنه : أيها الناس ، إنه قد جاء مال كثير فإن شئتم أن نكيل لكم كلنا ، وإن شئتم أن نعد لكم عددنا ، وإن شئتم أن نزن لكم وزنا لكم ، فقال رجل من القوم : يا أمير المؤمنين ، دون للناس دواوين يعطون عليها ، فاشتهد عمر ذلك : ففرض للمهاجرين خمسة آلاف و للأنصار ثلاثة آلاف ولأزواج النبى صلى الله عليه وسلم إثني عشر ألفاً...^(٢) وقد تكرر ذلك الموقف مع أبى موسى الأشعري .^(٣)

وهنا أنشأ عمر بن الخطاب ما يمثل الخزانة العامة للدولة حديثاً ، وسمى بالديوان ، لذلك قال الماوردي : (وأول من وضع الديوان فى الإسلام عمر بن الخطاب رضى الله عنه)^(٤)

وقد تم التوسع فى الدواوين فى عهد عمر حيث قسمها إلى أربعة دواوين هى : ديوان الجيش ، وديوان الأعمال ، وديوان العمال ، وديوان بيت مال المسلمين من دخل وخراج ، الذى قسمه إلى أربعة أقسام هى : الزكاة ، الجزية ، والخراج ، والخمس ، وآخرها للضوائع ومن لا وارث له .^(٥) تلك باختصار كانت أهم إنجازات عمر بن الخطاب t فى مجال المالية العامة للدولة ، وهو ما يمهد لبيان النموذج العمري للرقابة البرلمانية على هذه الميزانية ، والذي يمكن أن يستدل به بحق على مدى احترام عمر لرأى ورقابة نواب الشعب على التصرفات المالية للحاكم والحكومة الإسلامية .

المبحث الثاني

نموذج الرقابة البرلمانية المالية فى العهد العمري

القضايا البرلمانية المالية فى عهد عمر بن الخطاب كثيرة جداً ، بسبب كثرة الفتوحات فى عهده ، واتساع بالتالى الأحوال العامة والميزانية العامة للدولة الإسلامية ، فضلاً عن اجتهادات عمر بن الخطاب المالية العقلانية ، التى ثار النقاش حولها فى عصره بين كبار الصحابة من نواب

- ١ . أبو يوسف ، الخراج ،
- ٢ . أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ص ٤٤ ، ٤٦ .
- ٣ . أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ص ٤٤ ، ٤٦ .
- ٤ . الماوردي ، الاحكام السلطانية ، مرجع سابق ، ص ١٧٢ .
- ٥ . راجع الماوردي ، المرجع السابق ، ود . عوف الكفراوى ، الرقابة المالية فى الإسلام ، مرجع سابق ص ٩٩ .

الأمة . (١)

ومن أخطر تلك القضايا المالية توزيع أراضي الفيء على الفاتحين ، إذ أن القرآن يقضى بتوزيع أربعة أخماسها على الجنود الذين فتحوا تلك البلاد صلحاً ، بعد أن يوزع خمسها على المصارف التى حددتها الآية الكريمة فى قوله تعالى : (مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ) (٢)

فظاهر الآية واضح الدلالة على أن أموال الفيء يقسم خمسها على تلك المصارف ، والأربعة أخماس على الفاتحين ، وهذا ما فعله الرسول ﷺ فى توزيعه لأرض خيبر ، إذ أعطى الأربعة أخماس للفاتحين (٣) .

ولكن تأويل الآية يقود إلى أن يتم وقف الأربعة أخماس كفيء عام أو أموال عامة تملك للدولة الإسلامية بدلاً من الفاتحين ، ويخصص خراجها (أى دخلها) ، كمرور عام يصرف على الشؤون العامة للمسلمين ! هذا التأويل يحتاج إلى اجتهاد ومشورة لأعضاء البرلمان الإسلامى (٤) .

وقد بدأت المشكلة مع الفتوحات الإسلامية الكبيرة ، خاصة فتح العراق على يد سعد بن أبى وقاص ، وفتح مصر على يد عمرو بن العاص (٥) .

وقد حذر معاذ بن جبل ؓ عمر لما قدم الجابية ، وأراد عمر أن يقسم الأرض على الفاتحين ، فقال له معاذ : (والله إذن ليكونن ما تكره ، إن قسمتها صار الريع العظيم فى أيدي القوم ، ثم يبيدون ، فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة الواحدة ، ثم يأتى من بعدهم قوم يسدون من الإسلام مسدا وهم لا يجدون شيئاً ! فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم) . (٦) .
وقد انقسم الصحابة من نواب الشعب من توزيع هذا الفيء إلى فريقين (٧) :

- ١ . راجع فى ذلك :
- أحمد التاجى ، سيرة عمر بن الخطاب الخليفة الرائد ، القاهرة ، مكتبة الحلبي ، ١٤٠٤ هـ ، ١٩٨٤ م .
- خالد محمد خالد ، بين يدى عمر ، القاهرة ولبنان ، دار المعارف ، بدون عام نشر .
- د.سليمان الظماوى ، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٦ .
- عباس العقاد ، عبقرية عمر ، ١٣٩٩ هـ ، ١٩٧٩ م .
- عبد العزيز دنيا ، العدالة العمرية ومبادئ الإسلام ، القاهرة ، مجمع البحوث الإسلامية ، سلسلة البحوث الإسلامية ، ١٤٠٨ هـ ، ١٩٨٨ م ، السنة ١٩ .
- قطب إبراهيم ، السياسة المالية لعمر بن الخطاب ، القاهرة ، المكتبة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٤ م .
- الشيخ محمد المدنى : نظرات فى فقه الفاروق عمر بن الخطاب ، القاهرة ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، ١٤٢٨ هـ ، ٢٠٠٧ م .
- ٢ . سورة الحشر من الآية ٧
- ٣ . راجع : أبى عبيد ، كتاب الأموال ، مرجع سابق ص ٥٨ وما بعدها
- ٤ . راجع فى معنى الخراج : د. محمد ضياء الدين الرئيس ، الخراج لنظم المالية للدولة الإسلامية ، القاهرة ، مكتبة دار التراث ، ١٩٨٥ ص ٨٥ .
- ٥ . راجع فى ذلك : أبى عبيد ، المرجع السابق ص ٦٠ ، وأبى يوسف : كتاب الخراج ، مرجع سابق ص ٢٤ وما بعدها .
- ٦ . أبو عبيد ، الأموال ، مرجع سابق ص ٦١ ، وهو رأى سبق به معاذ بن جبل عصره ، فى إشارة بليغة إلى ظاهرة الإقطاع بآثارها السلبية ، التى سبب فيها تقسيم الأراضى الزراعية على عدد محدود من الجنود .
- ٧ . راجع : أبى يوسف ، فى الخراج ، مرجع سابق ص ٣٥ ، أبى عبيد : الأموال ، مرجع سابق ص ٦٢

أحدهما : بقيادة بلال بن رباح : ومعه عدد من كبار الصحابة أمثال : عبد الرحمن بن عوف ، والزبير بن العوام ، ويروا تخميسها وقسمة الباقي على الفاتحين .

والآخر : بقيادة عمر بن الخطاب : يعضده هو الآخر عدد من كبار الصحابة أمثال : عثمان وعلى وطلحة وابن عمر ، ومعاذ بن جبل ، وعمرو بن العاص ، وسعد بن أبي وقاص رضى الله عنهم أجمعين .

وهنا لا ينفرد عمر برأيه بل يبدأ في استشارة كبار الصحابة ، ويعقد جلسات برلمانية موسعة ومصغرة ، للوصول إلى الرأي الصحيح ، مستعيناً بالله تعالى وتوفيقه ، وكان يدعو الله قائلاً : (اللهم اكفني بلالا وأصحابه^(١))

وبدأ هذه المناقشات بين الفريقين ، خاصة من عمر تدل على منتهى الديمقراطية وعدم التعصب للرأي من رجل هو رئيس الدولة ، قائلاً : (إنى دعوتكم لتشاركونى أمانة ما حملت من أموركم ، فإنى واحد كأحدكم ، وأنتم اليوم تقررون بالحق ، خالفنى من خالفنى ، ووافقنى من وافقنى ، ولست أريد أن تتبعوا هواى ، فمعكم من الله كتاب ينطق بالحق ، فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريده ، فما أريد به إلا الحق)^(٢)

وقد لخص بلال وصحبه حجتهم بقوله لعمر: إقسمها بيننا أى بين الجنود وخذ خمسها على اعتبار أن تلك البلاد فتحت عنوة ، وهى غنائم توزع على الجنود بعد تخميسها ، عملاً بقوله تعالى : (وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ)^(٣) وعملاً بعمل الرسول ﷺ فى تخميسه لأرض خيبر .

وعمر وفريقه يرون أن الذى يفرق وفقاً لرأى بلال ومن معه هى أموال الفىء المنقولة، أما الأموال (العقارية) فتظل فيئاً عاماً لجميع المسلمين . لذلك رد عمر على بلال قائلاً له : (لا ، هذا عين المال ، ولكنى أحبسه فيما يجرى عليهم وعلى المسلمين) .^(٤) ويستدل عمر بأية الفىء ، فيرد عليه بلال إقسمها بيننا وخذ خمسها ، فيرد عمر بدعاء الله قائلاً : (اللهم اكفنى بلالا وذويه)^(٥) .

وتحتمد حدة النقاش بين عمر وعبد الرحمن بن عوف، فيقول عمر : (فكيف فمن يأتى من المسلمين فيجدون الأرض بعلاجها^(٦) قد قسمت وورثت عن الآباء وحيزت ، ما هذا برأى) ، فيرد عليه عبد الرحمن بن عوف : (فما الرأى؟ ما الأرض والعلاج إلا مما أفاء الله عليهم) ، وهنا يرد عليه عمر : (ما هو إلا كما تقول ولست أرى ذلك ، والله لا يفتح بعدى بلد فيكون فيه كبير نيل ، بل عسى أن يكون كلاً على المسلمين ، فإذا قسمت أرض العراق بعلاجها ، وأرض الشام بعلاجها ، فما يسد به الثغور ، وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق)

وهنا أكثر الفريق الآخر على عمر وقالوا له : (أتقف ما أفاء الله علينا بأسياقنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا ، ولأبناء قوم ولأبناء أبنائهم ولم يحضروا ؟ فكان عمر لا يزيد على أن

١ . أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ص ٣٥

٢ . انظر : خالد محمد خالد ، بين يدى عمر ، مرجع سابق ، ص ١٠٩

٣ . سورة الأنفال : من الآية ٤١

٤ . أبو عبيد ، الأموال ، مرجع سابق ، ص ٦٠

٥ . نفس المرجع السابق

٦ . العلق : نبت أخضر مظلم الخضرة ليس فيه ورق ، راجع : ابن منظور مجلد ٦ ص ٣٩٤

يقول : هذا رأى ، قالوا : فاستشر) .

وهنا يوسع عمر بن الخطاب من دائرة النقاش البرلماني عملاً بحق الشعب بكل أطيافه وفئاته فى أعمال الرقابة المالية على الميزانية العامة للدولة ، فيبدأ فى استشارة جناحى الأمة الإسلامية المهاجرين والانصار .

فيبدأ عمر بالمهاجرين الأولين ولكنهم اختلفوا ، منهم من أيده مثل عثمان وعلى وطلحة وابن عمر ، ومنهم من عارضه مثل عبد الرحمن بن عوف وبلال ، فيعقد اجتماعاً برلمانياً مع الجناح الآخر للأمة وهم الانصار ، فأرسل إلى عشرة من الانصار : خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج من كبارهم وأشرفهم .

قدا شرع عمر جلسته البرلمانية مع الانصار ، بالحمد لله والثناء عليه بما هو أهله ، ثم قال : (إنى لم أزعجكم إلا لأن تشتركوا فى أمانتى فيما حملت من أموركم ، فإنى واحد كأحدكم ، وأنتم اليوم تقرون بالحق ، خالفنى من خالفنى ، ووافقنى من وافقنى ! ولست أريد أن تتبعوا هذا الذى هوأى ! معكم من الله كتاب ينطق بالحق ، فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريده ما أريد به إلا الحق) . وهنا يرد عليه نواب الانصار : (قل نسمع يا أمير المؤمنين) (١)

ويبدأ عمر فى عرض وجهة نظره قائلاً : (قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أنى أظلمهم حقوقهم ، وإنى أعوذ بالله أن ارتكب ظلماً ، لئن كنت ظلمتهم شيئاً هو لهم وأعطيتهم غيرهم ، لقد شقيت ! ولكن رأيت أنه لم يبق شيء يفتح بعد أرض كسرى ، وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم وعلوجهم ، فقسمت ما غنموا من أموال بين أهله ، وأخرجت الخمس فوجهته وجهه وأنا فى توجيهه ، وقد رأيت أن أحبس الأرضين بلعوجها ، وأضع عليهم فيها الخراج وفى رقابهم الجزية يؤدونها ، فتكون فينا للمسلمين ، المقاتلة والذرية ولمن يأتى بعدهم . أرايتم هذه الثغور ، لا بد لها من رجال يلزمونها ، أرايتم هذه المدن العظام كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر ، لا بد لها من أن تشحن بالجيوش وإدراار الطعام عليهم ، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج ؟)

وهنا وبعد هذا العرض المستفيض لعمر لرأيه بعد أن عرض رأى الآخرين ، كون الانصار رأيهم وأيدوه فى رأيه قائلين : الرأى رأيك ، فتعم ما قلت وما رأيت . إن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجرى عليهم ما يتقوون به ، رجع أهل الكفر إلى مدنهم . وهنا يثنى على رأيهم عمر بن الخطاب قائلاً : (قد بان لى الأمر) . (٢) أى قد وضع الأمر واستقر .

وظل عمر يستشير الناس ويعقد الاجتماعات البرلمانية لعدة أيام (٣) . ثم عقد اجتماعاً أخيراً حاسماً مع أصحاب الفريق المعارض ، وقال لهم : (إنى وجدت حجة : قال الله تعالى فى كتابه : [وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ] (٤) حتى فرغ من شأن بنى النضير فهذه عامة فى القرى كلها ، ثم قال تعالى : (مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ) وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ

١ . أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ص ٢٤ ، ص ٢٥

٢ . أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ص ٢٤ ، ص ٢٥

٣ . أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ص ٢٥ ، ص ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨

٤ . سورة الحشر آية ٦

فَخَذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ (١) ثم قال تعالى : (لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضلاً مِّنَ اللَّهِ وَرِضْوَاناً وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ۚ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ) (٢) ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال : (وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ۚ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) (٣) فهذا فيما بلغنا . والله أعلم .

ويضيف عمر معضداً رأيته بقوله : ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال : (وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ) (٤) يقول عمر : (فكانت هذه عامة لمن جاء بعدهم ، فقد صار هذا الشيء بين هؤلاء جميعاً ، فكيف نقسمه لهؤلاء ونُدع من تخلف بعدهم بغير قسم؟) (٥).

وبعد هذا العرض المستفيض من عمر لرأيه على من عارضوه فإن الذين عارضوه استدلوا بآية الغنائم ، واستدل هو بآيات الشيء ، حيث اعتبر هذه الأراضي العقارية وقفا عاما لصالح جميع المسلمين ، وأن خراجها هو فيء لعامة المسلمين حاضرهم ومستقبلهم ، وهنا أصدر الجميع قرارا بالإجماع بتأييد رأى عمر ، وترك هذه الأراضي ملكا عاما للمسلمين وجمع خراجها ، وفي هذا يقول أبو يوسف : (فاجمع على تركه (٦) وجمع خراجه) (٧).

ويوفق أبو عبيد بين الرأيين : فيقول معقباً عليهما معتبراً أن رأى بلال اتبع فعل النبي ﷺ في تقسيم أرض خيبر ، وكلا الحكمين فيه قدوة ومنبع من الغنيمة والفيء إلا أن الذي اختاره من ذلك : يكون النظر فيه إلى الإمام ، كما قال سفيان ، وذلك أن الوجهين جميعاً داخلان فيه ، وليس فعلى النبي ﷺ يراد لفعل عمر (٨)، ولكنه ﷺ اتبع آية من كتاب الله تبارك وتعالى فعمل بها (٩)، واتبع عمر آية أخرى فعمل بها (١٠)، وهما آيتان محكمتان فيما ينال المسلمون من أموال المشركين ، فيصير غنيمة وفيئاً (١١).

كما علق الدكتور سليمان الطماوى : على رأى عمر ، قائلاً (١٢) : فكان عمر يبنى اجتهاده على ثلاثة أمور مصلحية :

أولاً : منع الملكية الكبيرة : إذ أن أراضي العراق تعد بألوف الألوف من الأفدنة ، وسوف تقسم

١ . سورة الحشر آية ٧

٢ . سورة الحشر آية ٨

٣ . سورة الحشر آية ٩

٤ . سورة الحشر آية ١٠

٥ . أبو يوسف : الخراج ، مرجع سابق ص ٢٧

٦ . فاجمع على تركه أى على ترك أراضي الفيء وجمع خراجه .

٧ . أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ص ٢٧

٨ . يقصد بذلك أن الفريق الآخر استدل بفعل النبي ﷺ في تقسيم أرض خيبر غنيمة على المقاتلين .

٩ . وهى آية الغنيمة

١٠ . وهى آية الفيء

١١ . أبو عبيد ، الاموال ، مرجع سابق ص ٦١ ، ٦٢

١٢ . د. سليمان الطماوى : عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة ، مرجع سابق ص ٢٢٣ .

على عشرات الألوف من الناس ، وبذلك يكون احتكاراً للأرض الزراعية .
وثانيها : أن خراج هذه الأراضي إذا منعت قسمتها يكون لمصالح الدولة والجهاد فى سبيل الله .
وثالثها : أنها لو قسمت ما كان مال ينفق منه على الضعفاء من اليتامى والأرامل والمساكين .
هذا هو النموذج العمرى الذى يدل بحق على أنه أول صياغة مكتوبة للموازنة العامة للدولة فى العالم وليس فى الإسلام فحسب ، كما يدل على مدى احترامه لنواب الشعب ولحقهم فى الرقابة البرلمانية على التصرفات المالية للحاكم المسلم والحكومة الإسلامية الذى تقترب فيه المبادئ بالتطبيق فى نموذج لم يصل إليه الغرب إلا مؤخراً فى العصر الحديث .

ختام البحث

فى ختام ما تقدم فقد ثبت أن حق الشعب فى الرقابة البرلمانية على الموازنة العامة للدولة ، مقرر فى الإسلام قبل ظهوره فى النظم الغربية ، حيث شهد العصر النبوى أسساً لهذه الرقابة البرلمانية، أرساها النبى ﷺ ، وظهرت تطبيقاتها العملية مع جناحى هذه الأمة : الأنصار والمهاجرين .

وهو ما قد سار عليه خليفته الأول أبو بكر الصديق ﷺ فيما أرساه فى عهده من أسس للرقابة المالية الإدارية واحترامه للمعارضين فى تصرفاته المالية العامة فى واقعتى : إقطاعه لبعض الأراضي العامة المهجورة لمن يربها ويستصلحها ويستزرعها من المسلمين ، وكذلك فى قضية تخصيصه جزءاً من الاموال العامة العقارية للمؤلفة قلوبهم ، ليؤلفهم على الإسلام . حيث اعترض عليه فيهما عمر بن الخطاب ﷺ فأقره وتراجع عن رأيه نزولاً على رأى عمر . ومع ذلك فإنه فى نموذجه البكرى لم ينزل على رأى عمر فى واقعة رفض عمر لقتال مانعى الزكاة ، حيث وافق أبو بكر على رأى من ذهبوا إلى قتالهم حتى لا يؤدى ذلك إلى ارتداد كثير من أهل الجزيرة العربية عن الإسلام ، وفقدان الموازنة العامة الإسلامية لواحدة من أهم مواردها المالية وهى الزكاة .

وقد ضرب عمر بن الخطاب ﷺ فى عهده المثل الأعلى فى هذا المجال بإنجازاته فيه : بتدوينه المبكر للموازنة العامة للدولة فى وثيقة مكتوبة قبل أن يعرفها الغرب ، واتخاذة لخزانة عامة للدولة ، وفى نموذجه الفريد الذى احترم فيه رأى معارضيه فى البرلمان الإسلامى بقيادة بلال بن رباح ﷺ ، حين رفض عمر أن يوزع أراضى الفتي على الفاتحين ، ليتجنب بحق ظهور الإقطاع بمساوئه المعروفة فى الدولة الإسلامية ، وهو ما لم يصل إليه إلا بعد نقاش طويل مع معارضيه حتى توصل الجميع إلى رأى واحد عن اقتناع .

وهو ما نعتقد فى ختام هذا البحث بأن النموذج الإسلامى فى الرقابة البرلمانية على الموازنة العامة للدولة ، بعهوده الثلاثة الأولى النبوية والبكرية والعمرية ، يصلح فعلاً لأن يقاس عليه وتقتدى به النظم البرلمانية المعاصرة .

قائمة المراجع

- ١- ابن جرير الطبرى ، تاريخ الأمم والملوك ، القاهرة ، المطبعة الحسينية المصرية ج ٣ .
- ٢- ابن منظور ، لسان العرب ، مجلد ٦ ص
- ٣- أبو الحسن الندوى ، ردة ولا أبو بكر لها القاهرة ، المختار الإسلامى ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .
- ٤- أبو عبيد ، الأموال ، القاهرة ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ودار الفكر ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- ٥- أبو يوسف ، الخراج ، بيروت - لبنان ، دار المعرفة ، بدون عام نشر
- ٦- أحمد التاجى، سيرة عمر بن الخطاب الخليفة الرائد ، القاهرة ، مكتبة الحلبي، ١٤٠٤ هـ ، ١٩٨٤ م .
- ٧- أحمد الحصرى ، السياسة الاقتصادية ، والنظم المالية فى الفقه الإسلامى ، القاهرة ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٩٨٤ ص ٥٢٩ وما بعدها .
- ٨- أحمد جامع ، علم المالية العامة ،
- ٩- أحمد جمال الدين موسى ، قضية الخصخصة ، دراسة تحليلية ، المنصورة ، مجلة كلية الحقوق جامعة المنصورة ، عدد إبريل ١٩٩٣ .
- ١٠- بدوى عبد اللطيف ، الميزانية الأولى فى الإسلام ، القاهرة ١٩٩٠ سلسلة الثقافة الإسلامية
- ١١- بدوى عبد اللطيف ، الميزانية الأولى فى الإسلام، القاهرة، سلسلة الثقافة الإسلامية، ١٣٧٩-١٩٩٠ م
- ١٢- جلال الدين المحلى ، جلال الدين السيوطى ، تفسير الجلالين الميسر ، القاهرة ، الشركة المصرية العالمية للنشر (لونجمان) ، ٢٠٠٣ .
- ١٣- خالد محمد خالد ، بين يدى عمر ، القاهرة ولبنان ، دار المعارف ، بدون عام نشر .
- ١٤- سليمان الطماوى : عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة
- ١٥- سليمان الطماوى ، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٦ .
- ١٦- شوقى عبده الساهى ، مراقبة الموازنة العامة للدولة فى ضوء الإسلام ، القاهرة ، بدون ناشر ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م
- ١٧- شوقى عبده الساهى ، مراقبة الموازنه العامه للدولة فى ضوء الإسلام ، القاهرة ، بدون ناشر ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م
- ١٨- الشيخ محمد المدنى : نظرات فى فقه الفاروق عمر بن الخطاب ، القاهرة ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، ١٤٢٨ هـ ، ٢٠٠٧ م .

- ١٩- صبرى عبد العزيز ، المالية العامة دراسة مقارنة إسلامياً ، المحلة الكبرى ، مكتبة الصفا ، ٢٠١٠
- ٢٠- صبرى عبد العزيز ، مبادئ الاقتصاد والتعاون فى الفكرين الوضعى والإسلامى ، المحلة الكبرى ، مكتبة الصفا ، ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ .
- ٢١- عباس العقاد ، عبقرية الصديق ، ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م .
- ٢٢- عباس العقاد ، عبقرية عمر ، ١٣٩٩ هـ ، ١٩٧٩ م .
- ٢٣- عبد العزيز دنيا ، العدالة العمرية ومبادئ الإسلام ، القاهرة ، مجمع البحوث الإسلامية ، سلسلة البحوث الإسلامية ، ١٤٠٨ هـ ، ١٩٨٨ م ، السنة ١٩ .
- ٢٤- عزت البرعى، د.مصطفى حسنى ، محاضرات فى مبادئ الاقتصاد المالى ، بدون مكان نشر أو ناشر ٨٩ / ١٩٩٩ ص ٥٩١
- ٢٥- عوف الكفراوى ، الرقابة المالية فى الاسلام، الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٨٣ ص ١١
- ٢٦- عوف الكفراوى ، سياسة الإنفاق العام فى الإسلام وفى الفكر المالى الحديث ، دراسة مقارنة ، الإسكندرية ١٩٨٣ ، مؤسسة شباب الجامعة .
- ٢٧- قطب إبراهيم ، النظم السياسية المالىة لعمر بن الخطاب ، القاهرة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٤ .
- ٢٨- قطب إبراهيم ، النظم المالية فى الإسلام ، القاهرة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب .
- ٢٩- الماوردى ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، القاهرة ، دار النصر ، ١٩٨٣
- ٣٠- الماوردى، المرجع السابق ، ود. عوف الكفراوى ، الرقابة المالية فى الإسلام ، مرجع سابق ص ٩٩ .
- ٣١- محمد حسين هيكل ، أبو بكر الصديق ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م
- ٣٢- محمد حلمى مراد ، مالية الدولة ،
- ٣٣- محمد ضياء الدين الرئيس، الخراج لنظم المالية للدولة الإسلامية، القاهرة ، مكتبة دار التراث ، ١٩٨٥
- ٣٤- محمد فؤاد عبد الباقي ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، القاهرة، دار الحديث، ١٩٩٦ .
- ٣٥- يوسف القرضاوى ، فقه الزكاة ، بيروت - لبنان - ج ٢

مبادئ وضمانات التقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الموريتاني

د/ محمد فال محمد محمود السالك

أستاذ الفقه وأصوله بجامعة العيون للعلوم الإسلامية ، بلعيون ، موريتانيا

مقدمة:

يشكل العدل قيمة إنسانية نبيلة تواترت عليها سائر الملل والنحل وسعت مختلف المنظومات القانونية الوضعية إلى تجسيدها .

ولعل أخطر مفردات تحقيق العدل حفظ مرحلة التقاضي من كل ما من شأنه أن يؤثر على مسارها العادي فهي مرحلة حرجة في حق المتقاضي مدعياً أو مدعى عليه طرفاً مدنياً عادياً في مواجهة الند أو طرفاً مدنياً في مواجهة الإدارة أو حتى مداناً أمام الحق العام .

ويبدو الحرج في هذا السياق واضحاً نظراً لما تنطوي عليه إجراءات ومسارات التقاضي من حقوق وحرقات معرضة للانتهاك بالنيل منها أو سلبها أو تشويهها خاصة إذا كان المركز القانوني للمتقاضي في وضع أدنى من خصمه .

ومن البدهي القول إن كلا من الفقه الإسلامي بمختلف روافده ومقاصده وكذلك القوانين الوضعية من خلفياتها المتباينة كل هذه المرجعيات تسعى لسلامة وصحة منظومة التقاضي مهما اختلفت التصورات والآليات عن طريق وضع مجموعة من المبادئ الرامية لتحسين مركز المتقاضي من الشطط والحيف مجسدة في رزمة من الضمانات هي لب ومحتوى تلك المبادئ .

ولعل هذا العنوان بصيغته الثائية يوحي بشيء من التنافر والتضاد في مقاربة تكريس عدالة التقاضي ولكن الحقيقة غير ذلك إذ أن تقابلهما من باب التكامل كمبدأ عام إلا ما كان من استثناءات مرتبطة بمستوى الإجراءات والأجال، وتفصيل ذلك أن موريتانيا على غرار بلدان المغرب العربي تدين الله بفروع المذهب المالكي فضلاً عن كون منظومتها القانونية في المجمل لا تخرج عن قواعد الشرع باعتبارها مصدراً أصلياً يرجع إليه عند نهاية المدونات القانونية وبالمقابل فإن القوانين الفرنسية التي هي مصدر تاريخي للقانون الموريتاني متأثرة إلى حد بعيد في جانبها المدني بفروع المذهب المالكي عندما انفتح بعض مفكري فرنسا على مدونة سحنون وعندما أولع بعض الفقهاء الفرنسيين بالطابع الفني لمختصر خليل .

من ناحية أخرى وفي ضوء هذا التعالق بين النص القانوني والآراء الفقهية فإن المبادئ والقواعد الإدارية ليست سوى مجموعات من الاستثناءات الواردة على الأحكام المدنية وقد غلب فيها جانب الإدارة وتمتعت بسلطات قوية لم يتمتع بها المتقاضي العادي في مقابل المصلحة العامة التي تسهر من أجل تحقيقها خلافاً للمتقاضي العادي الذي يقصد مجرد مصلحته الشخصية .

وبناء على ما سبق يمكن أن يوجد المتقاضي في وضعيات عدة : جنائية وإدارية ومدنية...

ومهما اختلفت هذه الوضعيات فهو جدير بحفظ وصون حقه ومركزه .

ويسعى هذا البحث إلى الكشف عن مستويات صون الحق في التقاضي كركيزة من ركائز

القضاء العادل انطلاقاً من المرجعية الفقهية الإسلامية التي هي مقوم من مقومات هذا البلد الدينية والحضارية.

وإنطلاقاً كذلك من المستجدات القانونية التي أفرزتها الدولة الحديثة، وقد انطلقنا في محاولة الكشف هذه من اعتماد المنهج المقارن وقصدنا من ذلك الشمولية وإظهار مدى التكامل والانسجام بين المرجعيتين الفقهية والوضعية وذلك حسب الخطة التالية:

المبحث الأول: مبادئ التقاضي في الشريعة والقانون
المطلب الأول: مبدأ التقاضي من خلال النصوص الشرعية
المطلب الثاني: المبادئ القضائية في القانون المقارن
المبحث الثاني: ضمانات التقاضي في الشريعة والقانون
المطلب الأول: ضمانات التقاضي في الشريعة الإسلامية
المطلب الثاني: ضمانات التقاضي في القانون
خاتمة

المبحث الأول

مبادئ التقاضي في الشريعة والقانون

نتطرق في هذا المبحث لمبدأ التقاضي في الشريعة (المطلب الأول) وفي القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مبدأ التقاضي من خلال النصوص الشرعية

تعد النصوص الشرعية الحاضرة على العدل، من واضح الدلالة الشرعية، سواء منها ما كان حاضراً على العدل بالمفهوم الواسع، أو كانت متعلقة بالقضاة، وعبارة لظلمتهم ووعداً لعدولهم، ومن المعلوم أن العدل شامل ومطلوب في كل حال قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁾

”فالعدل: مساواة بين الناس أو بين أفراد أمة: في تعيين الأشياء لمستحقها، وفي تمكين كل ذي حق من حقه، بدون تأخير، فهو مساواة في استحقاق الأشياء وفي وسائل تمكينها بأيدي أربابها، فالأول هو العدل في تعيين الحقوق، والثاني هو العدل في التنفيذ،

وليس العدل في توزيع الأشياء بين الناس سواء بدون استحقاق.

فالعدل وسط بين طرفين، هما: الإفراط في تخويل ذي الحق حقه، أي بإعطائه أكثر من حقه، والتفريط في ذلك، أي بالإجحاف له من حقه، وكلا الطرفين يسمى جوراً، وكذلك الإفراط والتفريط في تنفيذ الإعطاء بتقديمه على وقته، كجعل المال بيد السفينة، أو تأخيره كإبقاء المال

بيد الوصي بعد الرشد، ولذلك قال تعالى: «ولا تَوْتُوا السّفهاء أموالكم»^(١)

وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بالبينة على المدعى واليمين على من أنكر»^(٢) وهذا خطاب للولادة والأمراء والحكام، قال القرأفي وغيره: «أجمعت الأمة على أن الصالح التقى مثل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لو ادعى على أفسق الناس درهما واحدا لا يصدق فيه وعليه البينة فهذا مما قدم فيه الأصل على الغالب لأن الغالب أن الصالح التقى لا يدعى إلا حقا»^(٣)، ويدخل في ذلك بالمعنى جميع الخلق، فمعرفة طرائق الإثبات ومستندات الأحكام لا بد منها لأن الفصل بين المتخاصمين من الأمانات، ولأن القاضي إذا أفتى حكم وقضى وفصل بين الحلال والحرام والفرض والندب، والصحة والفساد، فجميع ذلك أمانة تؤدي وحكم يقضى.^(٤)

فالعدل قيمة مطلقة، تجب لجميع الناس حتى الأعداء منهم، قال تعالى:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ)^(٥)

فالعدل طريق التقوى، وهو مطلوب في كل حال.

قال العلامة: **محمد جمال الدين بن محمد**: «مقتضى إيمانكم الاستقامة، فكونوا مبالغين في الاستقامة باذلين جهدكم فيها لله. وهي إنما تتم بالنظر في حقوق الله وحقوق خلقه فكونوا شهداء بالقسط أي: العدل. لا تتركوه لمحبة أحد ولا لعداوة أحد ولا يجرمكم أي: لا يحملكم شنان أي: شدة عداوة قوم على ألا تعدلوا في حقهم. قال المهايمي: أي: فإننا لا نأمركم به من حيث ما فيه من توفية حقوق الأعداء. بل من حيث ما فيه من توفية حقوق أنفسكم في الاستقامة أعدلوا هو أي: العدل - أقرب للتقوى أي: لحفظ النفس أن تتجاوز حد استقامتها واتقوا الله أي: أن تبطلوا حقوقه أو حقوق عباده ولو بطريق توهمون فيه العدل إن الله خبير بما تعملون من الأعمال فيجازيكم بذلك»^(٦).

قال الزمخشري: «فيه تنبيه عظيم على أن وجود العدل مع الكفار الذين هم أعداء الله إذا كان

١. التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، لمحمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: ١٣٩٣هـ)، ج ٥، ص ٩٤، الناشر: دار التونسية للنشر - تونس، سنة النشر: ١٩٨٤م.

٢. - مسلم كتاب الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث رقم: ١٧١١، أبو داود: كتاب الأفضية باب: في اليمين على المدعى عليه، حديث رقم: ٣٦١٩، سنن الترمذي، كتاب الأفضية، باب ما جاء في أن البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه، حديث رقم: ١٣٤١، سنن ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب: البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، حديث رقم: ٢٣٢١، - ٢٣٢٩. سنن الدارقطني: كتاب في الأفضية والأحكام، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ٢١٨/٤، البينة على المدعى واليمين على من أنكر، حديث رقم: ٥٣.

٣. البيهجة في شرح التحفة، للعلامة: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسولي (ت: ١٢٥٨هـ)، المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، ج ١ ص ٥٤، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٤. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، ج ٥، ص ٢٥٥. تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط. دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م

٥. سورة المائدة الآية رقم ٨

٦. - محاسن التأويل، محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي (ت: ١٣٣٢هـ)، المحقق: محمد باسل عيون السود، ج ٤ ص ٧٨، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٨هـ

بهذه الصفة من القوة، فما الظن بوجوبه مع المؤمنين الذين هم أولياؤه وأحباؤه^(١). وقال ابن تيمية: "العدل واجب لكل أحد على كل أحد في كل حال. والظلم محرم مطلقاً، لا يباح قط بحال. قال تعالى: (ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى)"^(٢).

وقال ابن القيم: "ويل لديان من في الأرض من ديان من في السماء، يوم يلقونه، إلا من أمر بالعدل، وقضى بالحق، ولم يقض على هوى، ولا على قرابة، ولا على رغب ولا رهب، وجعل كتاب الله مرآة بين عينيه"^(٣).

المطلب الثاني

المبادئ القضائية في القوانين الموريتانية

وهذه المبادئ تتعلق بعملية التقاضي التي قررها المشرع كفالة لعدالة العملية وحماية لحقوق ومراكز المتقاضين، ومن تلك المبادئ ما يتعلق بهرمية السلطة القضائية وتعدد درجاتها والطعن في أحكامها (فقرة أولى) ومنها ما يتعلق بتكفل الدولة بتكاليف المرفق ومجانبة خدماته (فقرة ثانية) إضافة إلى مبدأ الشفافية المعبر عنه في علانية الجلسات والنطق بالأحكام (فقرة ثالثة) ثم حق المتقاضي في الدفاع عن نفسه (فقرة رابعة). سياسات قضائية إجرائية (فقرة خامسة) الإسراع في حسم المنازعات (فقرة سادسة).

الفقرة الأولى: درجات التقاضي والطعن في الأحكام:

١- درجات التقاضي

يقصد بمبدأ التقاضي على درجات إتاحة الفرصة للخصم الذي حكم لغير صالحه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة لتفصل فيه من جديد، ويعد مبدأ التقاضي على درجات من المبادئ الهامة التي تكمل حسن سير العدالة، كما أنه يسمح للخصوم بتصحيح ما قد يقع فيه القاضي من أخطاء ويمكنهم من تدارك ما فاتهم من أوجه الدفاع، كما يشبع غريزة العدالة في نفس المحكوم عليه بإتاحة الفرصة أمامه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى حيث يفترض أن يكون القاضي أكثر خبرة وتجربة.

وقد نص التنظيم القضائي الموريتاني في مادته الأولى على أنه: "تقام العدالة على تراب الجمهورية الإسلامية الموريتانية، وفقاً لأحكام هذا الأمر القانوني، بواسطة: المحكمة العليا ومحاكم الاستئناف ومحاكم الولايات والمحاكم الجنائية والمحاكم التجارية ومحاكم الشغل ومحاكم المقاطعات وكل محكمة أخرى تنشأ بقانون.

١. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، ج ١، ص ٦١٣، ط. دار الكتاب العربي - بيروت. الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ.

٢. منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: ٧٢٨هـ)، ج ٥، ص ١٢٦. تحقيق: محمد رشاد سالم ط. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين، للعلامة: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ج ١ ص ٣٠، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.

تنظر هذه المحاكم في كل القضايا المدنية والتجارية والإدارية والجزائية وفي نزاعات الشغل وتبت فيها طبقاً للقوانين والنظم المعمول بها^(١).

ثم أردفت المادة (٢) يحدد مقر ودائرة اختصاص المحاكم بواسطة مرسوم صادر عن مجلس الوزراء، بناء على تقرير من وزير العدل باستثناء المحكمة العليا التي يوجد مقرها بنواكشوط ويمتد اختصاصها على كامل التراب الوطني.

ومن أجل ضمان حسن سير المحاكم تنشأ ضمنها تشكيلة ليس لها طابع تنازعي تدعى الجمعية العامة^(٢).

٢- الطعن في القانون الموريتاني:

وقد خصص المشرع الموريتاني الكتاب الرابع من ق.إ.م.ت.إ. لطرق الطعن وقسمه إلى بابين:
الباب الأول: تناول فيه الطعون العادية:

سميت هذه الطرق بطرق الطعن العادية، لأن الطعن من خلالها هو الأصل ولا يحتاج إلى توافر شروط معينة والمشرع قسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: طريق طعن عادي يرمي من خلاله الطرف الذي خسر الدعوى بعد صدور الحكم الابتدائي إلى طرح النزاع من جديد أمام محكمة الاستئناف^(٣)
وتترتب على تقديم الاستئناف بطريقة صحيحة أثران أثر واقف وأثر ناقل^(٤).

الفصل الثاني المعارضة:

المعارضة طريق طعن عادي منحه المشرع الموريتاني للخصم الذي صدر الحكم في غيابه^(٥).
ويترتب على تقديم المعارضة إيقاف تنفيذ الحكم بالإضافة إلى فتح باب مناقشة الحكم من جديد^(٦).

الباب الثاني: طرق الطعن غير العادية:

قسم المشرع هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: اعتراض الغير:

يهدف اعتراض الغير إلى مراجعة الحكم أو تعديله لصالح الغير القائم بالطعن^(٧).

الفصل الثاني طلب المراجعة:

يهدف الطعن بالرجوع إلى العدول عن حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أجل البت

١. الأمر القانوني رقم ٢٠٠٧-١٢ الصادر بتاريخ ٨ فبراير ٢٠٠٧ والمتضمن للتنظيم القضائي.

٢. المادة ٩ من قانون ٢٠٠٧/١٢ المتضمن التنظيم القضائي مرجع سابق.

٣. المادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية رقم ٩٩-٣٥ المعدل ب(الأمر القانوني رقم ٢٠٠٧-٣٥ بتاريخ ١٠ أبريل ٢٠٠٧) المعروف اختصاراً ب(ق.إ.م.ت.إ.).

٤. المواد من ١٦٧ إلى ١٨٦ من ق.إ.م.ت.إ. مرجع سابق.

٥. المادة ١٩٠ من ق.إ.م.ت.إ. مرجع سابق

٦. المواد: من ١٨٩ - ١٩٣ ق.إ.م.ت.إ. مرجع سابق

٧. المواد من ١٩٤ إلى ١٩٦ ق.إ.م.ت.إ. مرجع سابق

من جديد من حيث الوقائع والقانون^(١).

الطعن بالنقض:

يهدف الطعن بالنقض إلى إثبات المحكمة العليا عدم مطابقتها الحكم المطعون فيه للقواعد القانونية^(٢)

وتجدر الإشارة إلى أن طرق الطعن غير العادية منها ما يهدف إلى تعديل الحكم ومنها ما يهدف إلى الرجوع عن الحكم.

الفقرة الثانية: مجانية التقاضي:

تعني مجانية التقاضي عدم دفع المتقاضين أجور قضاتهم وأنها تدفع من خزينة الدولة، وتعد المجانية من أهم المبادئ في ظل النظم القضائية الحديثة باعتبارها خدمة عامة.

وقد انقسم الفقه على نفسه بصدد فكرة الرسوم القضائية فذهب البعض إلى ضرورة تبني المجانية الكاملة حتى لا يكون القضاء حكرا على القادرين على دفع الرسوم فقط^(٣)، فيما ذهب آخرون إلى القول بأن المجانية قد تشجع على الالتجاء إلى القضاء في كل صغيرة وكبيرة مما سيؤدي إلى تكديس القضاء بالمنازعات الكيدية^(٤)، لكن أغلب التشريعات استقرت على نظام المساعدة القضائية لمن يحتاجونها بدءا بدفع رسوم التقاضي وانتهاء بتوفير المحامين لهم لكن ذلك بناء على الشرطين التاليين:

- عدم قدرة الخصم على دفع الرسوم أو جزء منها.
- احتمالية كسب الدعوى^(٥).

الفقرة الثالثة: علانية الجلسات:

تقرر المادة(٥) من القانون ٢٠٠٧/٠١٢ المتضمن التنظيم القضائي أن تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا كان في ذلك خطر على الأمن العام أو الأخلاق الحميدة أو إذا كان محظورا قانونا، وفي هذه الحالات يقرر رئيس المحكمة المعنية عقد جلسات مغلقة، وفي جميع الحالات فإن الأحكام والقرارات يجب أن ينطق بها بصفة علنية وأن تكون مسببة وإلا كانت باطلة^(٦).

ويقصد بعلانية الجلسات أن يتم تحقيق الدعوى والمرافعة فيها من خلال جلسات علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص وأن ينطق بالحكم في جلسة علنية ويسمح بإعطاء نسخة منه لكل من يطلبها ولو لم يكن طرفا في الدعوى.

١. المواد من ١٩٧ إلى ٢٠٢ ق.م.ت. إ. مرجع سابق
٢. المواد من ٢٠٣ إلى ٢٣٠ ق.إ.م.ت. إ. مرجع سابق
٣. القانون المغربي، الظهير الشريف المؤرخ ب ٣١-١٢-١٩٨٦ المتعلق بتنظيم المصاريف القضائية في الميدان الجنائي.
٤. العدالة مجانية باستثناء حقوق الطابع والتسجيل وأتعاب أعوان القضاء والمصاريف التي تتفق في بحث القضايا وتنفيذ القرارات القضائية.
٥. المادة ٥ من القانون ٢٠٠٧/٠١٢ المتضمن تنظيم القضاء، مرجع سابق.
٦. المادة ٦ من القانون ٢٠٠٧/٠١٢ المتضمن تنظيم القضاء، مرجع سابق.

ويمكن للقاضي أن يأمر بنظر القضية في جلسة سرية وذلك استثناء من مبدأ العلانية ولكن يشترط أن ينطق بالحكم في جلسة علنية^(١).

ويعد مبدأ العلانية من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التنظيمات القضائية الحديثة وهي إلى ذلك تضمن حسن أداء القاضي لعمله^(٢).

الفقرة الرابعة: الحق في الدفاع:

لكل شخص يتهم بارتكاب فعل جنائي الحق في أن يدافع عن نفسه بشخصه أو من خلال محام، وله الحق في الحصول على مساعدة من محام يختاره بنفسه أو يُنتدب لمساعدته من أجل مصلحة العدالة بدون مقابل، إذا كان غير قادر على أن يدافع أتعابه، وله الحق في أن يتصل بمحاميه في إطار من السرية^(٣).

ولكي يكون الحق في الدفاع مجدياً يجب أن يكون من حق المتهم حضور محاكمته وأن يدافع عن نفسه شخصياً، ويجب أن يحصل المتهم ومحاميه، إن وجد الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه وعلاوة على ذلك، يجب أن يمنح المتهم فرصاً متكافئة مع الفرص المتاحة للدعاء لبسط دعواه، ويشمل ذلك الحق في استدعاء الشهود واستجوابهم^(٤).

الفقرة الخامسة: سياسات قضائية إجرائية:

إضافة إلى المبادئ ثمة سياسات إجرائية تكملها وتضيف مستوى من احترام الحريات والحقوق الأساسية وتضمن النفاذ للعدالة وسرعة سريان أحكامها (فقرة أولى) ونفاذها (فقرة ثانية) وديمومة القدرة على الولوج إليها (فقرة ثالثة) بالإضافة إلى وضع القضاء في مكانة مادية تحصنهم من الانجراف عن تحقيق العدالة (فقرة رابعة).

الفقرة السادسة: الإسراع في حسم المنازعات:

تنفيذ الحكم:

عندما ننظر إلى مدونة الالتزامات والعقود الموريتانية نجد أنها أحالت إلى الفقه المالكي في المادة ١١٧٦ من ق.إ.ع.م كما ذكره المشرع الموريتاني في الباب السابع تحت عنوان طرق التنفيذ من المادة ٢٨٣ إلى المادة ٤٣٩ من القانون رقم ٩٩-٣٥ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية وهو بالنسبة للقاضي يمكن أن يقع في المسائل التالية :

١. المادة ٥ من قانون ٢٠٠٧/١٢ المتضمن التنظيم القضائي، مرجع سابق.
٢. المادة الخامسة : تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا كان في ذلك خطر على الأمن العام أو الأخلاق الحميدة... قانون ٢٠٠٧/١٢ المتضمن التنظيم القضائي، مرجع سابق.
٣. انظر المادة (٠٧) من القانون ٢٠٠٧/١٢ المتضمن التنظيم القضائي، والتي تقول في فقرتها الأولى "لا تجوز محاكمة أي شخص ما لم يمكن من تقديم وسائل دفاعه. ويعتبر الدفاع حراً وكذلك اختيار المدافع"، مرجع سابق.
٤. الباب السابع الدستور الموريتاني الصادر بتاريخ ٢٠ / يوليو / ١٩٩١م والمعدل بتاريخ ٢٦ يونيو ٢٠٠٦م و٨ مارس ٢٠١٢م. المادة : ٨٩ (جديدة) و ٩٠ و ٩١ الصادر ١٩٩١ .

- ١- إيداع الكفالة وتلقيها وذلك بنص المادة ٢٨٣-٢٨٥
- ٢- في تصفية الغلات بنص المادة ٢٨٦ بإحالة إلى المواد ٢٨٧.
- ٣- تقديم الحسابات بنص المادة ٢٨٧ إلى ٢٩٥
- ٤- التنفيذ الجبري للأحكام والعقود الموثقة بنص المادة ٢٩٦ إلى المادة ٣٢٧
- ٥- في أنواع الحجوز بنص المادة ٣٢٨ إلى المادة ٤٠٥
- ٦- في التوزيع بالمحاصة والترتيب بنص المادة ٤٠٦ إلى المادة ٤٢٠
- ٧- في الإكراه البدني بنص المادة ٤٢١ إلى ٤٩٣

وقد أوردته في مدونة الإجراءات الجنائية في الكتاب الخامس تحت عنوان في إجراءات التنفيذ من المادة ٦٣٢ إلى المادة ٧١٠

وقد نصت المادة ٦٣٢ على أن النيابة العامة والأطراف يتابعون التنفيذ في كل ما يخصه غير أن المتابعة من أجل تحصيل الغرامات تقع من طرف الخزينة العامة باسم وكيل الجمهورية وفي المادة ٦٣٣ يقع التنفيذ بطلب من النيابة العامة عندما يصبح الحكم نهائياً.

فمن مقتضيات العدالة سرعة الفصل في النزاع وبالتالي يكون القضاة أكثر عدالة إذا حصل الأفراد على الحماية القانونية في وقت وجيز وقد سطر المشرع في قوانين المرافعات جملة من الوسائل من أجل سرعة الحسم في المنازعات ومن ذلك إلزامه المحكمة بالفصل في الدعوى إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه متى كانت صالحة للحكم فيها.

ومما لا شك فيه أن دور القضاء لا يقتصر على صدور الأحكام، بل يمتد إلى تنفيذها وذلك بموازرة السلطة العمومية، وفي حقيقة الأمر تثير فاعلية الأحكام العديد من العقبات في الواقع العملي، حيث إن الخصم يستخدم كافة الوسائل لتعطيل الحكم تحت ستار إشكالات التنفيذ، لذلك سن المشرع قواعد للتنفيذ الجبري.

كما تعدد المبادئ والأحكام التي يقررها الدستور الموريتاني^(١) لضمان النفاذ إلى العدالة واستقلاليتها، ويمكن تلخيصها في الضمانات المتعلقة باستقلالية القضاء والتي يقصد بها أن لا تتدخل أي سلطة أخرى تنفيذية أو تشريعية في الوظيفة القضائية (المادة ٨٩ من الدستور "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية") وأن يتمتع القاضي بالاستقلال التام وهو يمارس مهامه (المادة: ٩٠ لا يخضع القاضي إلا للقانون وهو محمي في إطار مهمته من كل أشكال الضغط التي تمس نزاهة حكمه)، مما يكفل نزاهة التقاضي ويسمح بتحقيق العدالة، ذلك أن السلطة المختصة في تطبيق القانون هي السلطة القضائية ممثلة في المحاكم حيث إن وظيفة المحاكم هي تطبيق القانون وتحقيق العدالة إذ لا يكفي تطبيق القانون وحده دون الوصول إلى الغرض الأساسي منه وهو العدل والعدالة.

ثم إن من مقتضيات الفصل بين السلطات أن لا تقوم السلطة التشريعية بفض النزاعات أو عرقلة سير العدالة أو التدخل في القضايا المعروضة أمام القضاء، كما لا تقوم السلطة القضائية بإصدار قرارات لها قوة القانون أو تعديل أو إلغاء قانون معين.

ولهذا نص الدستور الموريتاني على أن "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية

١. الدستور الموريتاني الصادر بتاريخ ٢٠ / يوليو / ١٩٩١م، مرجع سابق.

والسلطة التنفيذية" وأحال إلى "قانون نظامي، يحدد النظام الأساسي للقضاء، وتكوين وسير وصلاحيات المجلس الأعلى للقضاء"^(١).

المبحث الثاني

ضمانات التقاضي في الشريعة والقانون

هناك ضمانات تؤمن المحاكمة العادلة، يقتضي البحث بيانها في الشريعة الإسلامية وذلك في المطلب الأول والقانون في المطلب الثاني.

المطلب الأول

ضمانات التقاضي في الشريعة الإسلامية

لقد حدد الشرع شروطاً للقاضي تؤهله للمهام المنوطة به وذلك لأن القضاء كما قال عمر رضي الله عنه: " القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمدا ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ في العذر وأجلى للعماء، ولا يمنعك قضاء..."^(٢)

ويتناول هذا المطلب شروط القاضي مقسمة إلى ثلاثة أقسام:

أولاً : شروط الصحة:

وتعني تلك الأوصاف التي إذا انتفت في شخص لم يصح نصبه قاضياً ووجب عزله وبطل حكمه ، فلا يرفع الخلاف ، وهذه الشروط منحصرة في أربعة أوصاف على الأصح :

١ - العدالة^(٣) : وتعني هنا العقل والبلوغ والحرية والسلامة من الفسق فالعدالة هي وازع عن الجور في الحكم والتقصير في تقصي النظر في حجج الخصوم^(٤)

٢ - الذكورة ، فلا يجوز نصب الأنثى خلافاً للحنفية إلا في الأموال، لأنها تجوز شهادتها

١ . المادة ٨٩ الدستور الموريتاني، مرجع سابق.

٢ . مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، المؤلف: محمد حميد الله الحيدر آبادي الهندي (ت: ١٤٢٤هـ) ص ٤٣٣، الناشر: دار النفائس - بيروت، الطبعة: السادسة - ١٤٠٧.

٣ . الشامل في فقه الإمام مالك، المؤلف: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدُميرِيّ الدُمِيّاطِيّ المالكي (ت: ٨٠٥هـ)، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج ٢ ص ٨٣٦ ، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، وكذلك موسوعة الفقه الإسلامي، لمؤلفها: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوجري، ج ٥ ص ٢١٨، الناشر: بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

٤ . محمد الطاهر بن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام ١٤٢٥هـ ٢٠٠٥م تأليف محمد تأليف الشيخ محمد الحبيب خوجة، ص ٥١٣.

فيها، وكذا الخنثى، لأن وصف الأنوثة يمنع من زجر الظالمين، وإنصاف المظلومين^(١).
 ٣ - الفطنة وهي : ملكة في الإنسان تتألف من التعميل، والفطين لا ينخدع بتحسين الكلام، ولا يفوت عليه مقتضى الإقرار أو الإنكار، ولا التعارض في حجج الخصوم، (قال ابن عبد السلام: والمراد من الفطنة بحيث لا يستزل في رأيه ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم^(٢)).

٤ - العلم فلا تصح تولية جاهل على الراجح، والمقصود بالعلم هنا أن يكون القاضي مجتهدا إن وجد، وإلا فأمثل المقلدين^(٣)، قال ابن راشد: وأشار المازري واللخمي إلى أن الجاهل يتفق على بطلان حكمه؛ لأن تحكيمه خطر وغرر^(٤).

ثانياً : شروط يقتضي عدمها الفسخ مع صحة الحكم، وتتحصر هذه الشروط في سلامه الحواس فتجوز تولية الأصم أو الأكم، أو الأعمى، لأن عدم الحواس يمنع من معرفة المقضي عليه أو له. كما يمنع من سماع حجج الخصوم وإدراك حقيقتها.

فلو طرأت على القاضي هذه الموانع وجب عزله فهي إذن موانع ابتداء ودوام، لكن لو حكم القاضي معها اعتبر حكمه نافذا^(٥)، وهذا معنى كونها ليست شروط صحة، وذهب بن عبد السلام إلى بطلان التولية وإلغاء الحكم إذا اتصف القاضي باثنين مما ذكرنا، وإليه ذهب بن عاصم في الشاهد^(٦).

ثالثاً : شروط كمال:

وهي تعني الأوصاف المستحبة في القاضي، وهي كثيرة نذكر بعضها فقط ومنها:

- ١ - الورع : وهو ترك الشبهات خوفاً من الوقوع في المحرمات .
- ٢ - الغنى : لأنه مظنة التزهد وترك الطمع خصوصاً إذا انضم له وصف الورع، كما يستحب أيضاً أن يكون غير مدين لانحطاط رتبة المرء بذلك عند الناس.
- ٣ - الحلم : وهو طيب الخلق والعقل والأناة، لأن سوء الخلق مظنة الظلم، وإذاية الناس

١ - شرح مختصر خليل للخرشي، بالمؤلف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت: ١١٠١هـ) ج ٧ ص ١٣٩

الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت

٢ - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ) ج ٦ ص ٨٨، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، وكذلك: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِذَهَبِ الإمام مالك)، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوّتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ) ج ٤ ص ١٨٧، الناشر: دار المعارف.

٣ - شرح مختصر خليل للخرشي، ج ٧ ص ٢٠٧، مرجع سابق.

٤ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٨ ص ١٠٠، مرجع سابق.

٥ - التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت: ٨٩٧هـ) ج ٨ ص ٨١، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م

٦ - البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، ج ١٧، ٥٩٠. تحقيق: د محمد حجي وآخرون ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

، لكن ينبغي أن لا يصل في حلمه ولين عريكته إلى حد الضعف ، عن أخذ الحقوق ، والإقدام على أهل الباطل ، وإنما المطلوب ” رحمة في غير ضعف وقوة في غير عنف ” كما قال الفاروق رضي الله عنه ^(١) .

٤ - كمال المروءة : بحيث لا يقترب ما لا يليق بأهل الفضل ، وخيار الناس ، فلا يجلس مجالس السوء ، ولا يتعاطى محقرات الأمور^(٢) .

٥ . الجمع بين الفقه والحديث : وذلك لتتسع معارفه وتقل مآخذه ، لذا نقل عن مطرف وابن الماجشون ” لا يولي اليوم القضاء صاحب رأي لا حديث عنده ولا صاحب فقه لا حديث عنده ”^(٣)

وقال بن عاصم في تحفته :

ويستحب العلم فيه والورع مع كونه الحديث للفقه طمع^(٤)

وينبغي التنبه إلى أن الشروط المذكورة إنما هي بحسب الإمكان، لذا يجب نصب القاضي ولم لم يستكمل الشروط إذا تعذر وجود من تتوفر فيه، لأن خطة القضاء من ضروري الحياة، الذي لا يمكن إقامتها سليمة دونه ، وقد نقلوا عن إمامنا مالك . رحمه الله . قوله : ” لا أرى خصال القضاء تجتمع اليوم في واحد ، إذا اجتمع منها خصلتان ولي القضاء : العلم والورع ”^(٥)

قال ابن حبيب : ” فإن لم يكن علم وورع فعقل وورع ، فبالورع يقف ، وبالعقل يسأل ، وهو إذا طلب العلم وجده فإذا طلب العقل لم يجده ”^(٦) .

ونص بن أبي زيد في النوادر ” أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم ، وأقلهم فجورا ، للشهادة عليهم ، ويلزم من ذلك في القضاة وغيرهم لثلاث تضيع المصالح ”^(٧)

قال القرافي في الذخيرة مرتضيا هذا الرأي : ” وما أظنه يخالف أحد في هذا فإن التكليف مشروط بالإمكان إلى أن قال : لا شك أن قضاة زماننا لو كانوا في العصر الأول ما ولوا ولا حرج ... فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان ”^(٨) .

١ . مناهجُ التحصيلِ ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مُشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجرجي (ت ٦٣٣هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي، ج ٨ ص ٦٤، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

٢ . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٨ ص ٨٧، مرجع سابق.

٣ . الشامل في فقه الإمام مالك، بهرام بن عبد الله، ج ٢، ص ٥٣٥، مرجع سابق.

٤ . - البهجة في شرح التحفة، المؤلف: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن الشُّنولي، ص ٣٨، مرجع سابق.

٥ . مناهجُ التحصيلِ ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مُشكلاتها، أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي، ج ٢٠، ص ١٥١، مرجع سابق.

٦ . البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج ١٧، ص ٥٩٠، مرجع سابق.

٧ . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٦، ص ٩٠، مرجع سابق.

٨ . الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ) ج ١٠ ص ٤٦

المحقق: محمد حجي و سعيد أعراب و محمد بو خيزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م

”وينبغي أن يكون خبيراً بلغة بلاده، ناصحاً لله ورسوله وعباده“^(١).

الإعذار والنقض:

١- الإعذار:

ويقصد بالإعذار قطع عذر المدعي عليه في البينة وذلك كقول القاضي له ألك عذر أو مطعن في الشهود فإن ادعى العذر وإلا حكم عليه.

قال العلماء: ”ولا يحكم على أحد إلا بعد الإعذار إليه فإذا أعذر إليه فيما ثبت عليه فإن ادعى أن له مدفعا أو مقالا كتجريح الشهود أو عداوة بينه وبينهم أو غير ذلك مكن من الدفع وضرب له أجل في ذلك فإن اعترف أن ليس له مدفع ولا مقال أو عجز بعد التمكين من الإعذار إليه قضى عليه“^(٢)

أما في القانون فيقصد به جملة من الأسباب المقررة بنص قانوني يؤدي إلى الإعفاء من العقاب بحيث ينزع المشرع المسؤولية القانونية على الجاني رغم ثبوت إدانته في الجريمة ولا يكون هذا الإعفاء بسبب الخطأ وإنما لاعتبارات تدخل ضمن السياسة الجنائية ذات الصلة بالمصلحة الاجتماعية.

والشهود أو الشهادة من الأدلة المهمة في القانون شهادة الشهود سواء شهود نفي أو شهود إثبات لذلك المشرع نظمها في حالتين:

- الحالة الأولى: أمام القاضي التحقيق في المواد من ٨٨ إلى ٩٩.

- الحالة الثانية: الشهادة أمام المحكمة من ٢٢٠-٢٣٤.

أولاً: الشاهد هو شخص ليس طرفاً في الخصومة فإن كان طرفاً في الخصوم نزعته عنه صفة الشاهد ويشهد على ما اكتشف بإحدى الحواس: البصر أو السمع أو الشم.

ثانياً: شاهد سماع: أن يذكر الشخص الذي سمع منه ويمكن الاعتماد على شهادة السماع إذا انعدمت الأدلة لأي شخص ليس طرفاً في الخصومة ويكون أهلاً للشهادة فالشخص في ١٦ سنة مميز تسمع شهادته على سبيل الاستدلال وكل شخص يرى قاضي التحقيق أن لشهادته فائدة فهو ملزم بالحضور ولو بالقوة العمومية، والشاهد ملزم بالحضور إن كان الحق يضيع بعدم شهادته، وغرم إن غاب بغير سبب بغرامة ٥٠,٠٠٠ أوقية.

وقاضي التحقيق ينتقل في بعض الأحيان لسماع الشاهدين كما إذا كان الشاهد في المستشفى مثلاً وهذا طبقاً للمادة ٩٩ من أ.ج.

(إذا تعذر على الشاهد الحضور انتقل إليه قاضي التحقيق لسماع شهادته أو اتخذ لهذا

١. تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، للمؤلف: أبي عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة الكفائي الحموي الشافعي، بدر الدين (ت: ٧٣٣هـ)، المحقق: قدم له: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، تحقيق ودراسة وتعليق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، ص ٩٠،

الناشر: دار الثقافة بنقويص من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر - قطر/ الدوحة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

٢. القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبى الغرناطي (ت: ٧٤١هـ) ص ١٩٨..

الغرض طريق الإنابة القضائية فإذا تحقق من أن شاهدا قد ادعى كذبا عدم استطاعة الحضور جاز له أن يتخذ ضده الإجراءات القانونية طبقا لأحكام المادة (٩٧) .
ولا يحكم القاضي على أحد إلا بعد أن يسأله أبقيت لك حجة؟ فيقول لا^(١)، ولا يحكم على عدوه كما لا تجوز شهادته عليه^(٢)

٢- : النقض:

قال القرافي: قال جماعة من العلماء ضابط ما ينقض من قضاء القاضي أربعة في جميع المذاهب ما خالف الإجماع أو النص أو القياس الجليين أو القواعد مع سلامة جميع ذلك عن المعارض الراجح^(٣)

و نقل المواق عن عبد الملك: إذا قضى بخلاف السنة المشهورة، وإن كان فيها نقض قضاؤه مثل القضاء لذوي الأرحام بالميراث والشفعة للجار وشهادة أهل الذمة.^(٤)

وقال ابن جزى رحمه الله: (الفصل الرابع) في نقض القضاء إذا أصاب الحاكم لم ينقض حكمه أصلا

وإن أخطأ فذلك على أربعة أوجه ((الأول)) أن يحكم بما يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فينقض هو حكم نفسه بذلك وينقضه القاضي الوالي بعده ويلحق بذلك الحكم بالقول الشاذ (الثاني) أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهاد فينقضه أيضا هو ومن يلي بعده (الثالث) أن يحكم بعد الاجتهاد، ثم يتبين له الصواب في خلاف ما حكم به، فلا ينقضه من ولي بعده. واختلف هل ينقضه هو أم لا؟

(الرابع) أن يقصد الحكم بمذهب فيذهل ويحكم بغيره من المذاهب فيفسخه هو ولا يفسخه غيره^(٥)

مبدأ السهولة والتيسر:

من المبادئ العظيمة في الإسلام مبدأ السماحة التي تعني سهولة المعاملة في اعتدال وتوسط بين التضييق والتساهل، والسماحة وصف من الأوصاف القطعية للشريعة الإسلامية قال تعالى: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ)^(٦). وقال سبحانه: (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)^(٧). وقال سبحانه (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ)^(٨). وفي السنة قوله

١. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (ت: ٧٩٩هـ)، ج ١ ص ٩٧، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م/١/٩٧.
٢. تبصرة الحكام، ج ١ ص ٩٦، مرجع سابق.
٣. الذخيرة للعلامة أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي، ج ١٠ ص ١٣٩، مرجع سابق.
٤. التاج والإكليل شرح مختصر خليل، ج ٨ ص ١٣٨، مرجع سابق.
٥. القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن ابن جزى الكلبى الغرناطي، ص ١٩٥، مرجع سابق.
٦. سورة البقرة: من الآية ١٨٥.
٧. سورة الحج: من الآية ٧٨.
٨. سورة المائدة: من الآية ٦.

: (إن الدين يسر ..) (١). يقول الشاطبي رحمه الله : (إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع) (٢)، ومن هذا المبدأ العام في الشريعة ، أحكام المرافعات في القضاء الإسلامي ، فقد بني على التيسير في إجراءاته والتسهيل في طريقه ، بما يوصل إلى مقصوده الأصلي ، وهو : إحقاق الحق وإنصاف المظلوم ورد الحقوق إلى أهلها ، ولهذا كانت طرق المرافعات في عهد النبوة وما يليه بسيطة جداً .

وقد ذكر العلماء رحمهم الله أن الوعد والوعيد لا يكفيان لتحقيق العدالة لذلك ،

وقد قال الإمام الجويني رحمه الله : ”لم ينحجز معظم الناس عن الهوى بالوعد والوعيد، والترغيب والتهديب، فقيض الله السلاطين وأولي الأمر وازعين، ليوفروا الحقوق على مستحقيها، ويبلغوا الحظوظ ذوبها، ويكفوا المعتدين، ويعضدوا المقتصدین، ويشيدوا مباني الرشاد، ويحسموا معاني الغي والفساد، فتتنظم أمور الدنيا، ويستمد منها الدين الذي إليه المنتهى“ (٣).

المطلب الثاني

ضمانات التقاضي في القانون

إن المنظومة الدستورية الموريتانية تقرر مجموعة من المبادئ تعد ضمانات للمتقاضين هي: مبدأ سيادة القانون (فقرة أولى) وحق الولوج إلى العدالة (فقرة ثانية) ثم مبدأ المساواة أمام القانون (فقرة ثالثة).

بالعودة للإطار التشريعي الموريتاني المتعلق بتنظيم السلطة القضائية (٤) نلاحظ أن المشرع لم يكتف بالمبادئ المقررة والضمانات والحقوق الممنوحة في الدستور وإنما تضمن مبادئ وسياسات تشكل ضمانات أساسية لعدالة عملية التقاضي واقتربها من المواطن والمقيم ونفاذ أحكامها وقراراتها .

الفقرة الأولى: مبدأ سيادة القانون:

يقتضي مبدأ سيادة القانون بمفهومه الجوهرى وجود قانون ينص على قاعدة قانونية تحكم موضوعاً معيناً، وفق مبادئ ومعايير وقيم تعتبر أساسية في المجتمع، ” فالقانون هو التعبير الأعلى عن إرادة الشعب ويجب أن يخضع له الجميع“ (٥)، وتعتبر القيم والمعايير التالية جزءاً لا يتجزأ من مبدأ سيادة القانون بمفهومه الجوهرى في أيامنا :

أولاً: أن يكون القانون و تفسيره ثابتين وأكيدین بقدر المستطاع، ولهذا المبدأ أهمية خاصة في القانون الجنائي حيث تقرر مكانة خاصة للقاعدة ”لا مخالفة بدون قانون“.

١. أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة في كتاب الإيمان الحديث ، باب الدين يسر رقم (٣٩) ١ / ٢٩ ، والنسائي في السنن الصغرى في كتاب الإيمان وشرايعه ، باب الدين يسر رقم (٥٠٣٤) ٨ / ١٢١ - ١٢٢ ، وفي السنن الكبرى رقم (١١٧٦٥) ٦ / ٥٣٧ ، وابن حبان رقم (٣٥١) ٢ / ٦٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى رقم (٤٥١٨) ٣ / ١٨ .

٢. الموافقات، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج١ ص ٣٠٢، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م .

٣. الغيائي غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، المحقق: عبد العظيم الديب، ص ١٨٢، الناشر: مكتبة إمام الحرمين، الطبعة: الثانية، ١٤٠١هـ .

٤. - مثل القانون رقم ٢٠٠٧/٠١٢ الصادر بتاريخ: ٠٨/فبراير/٢٠٠٧ المتضمن التنظيم القضائي والقانون رقم: ٩٤/٠١٢ الصادر بتاريخ: ١٧/فبراير/١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩٥/٠١٠ الصادر بتاريخ ٠٥/فبراير/١٩٩٥م المتضمن النظام الأساسي

٥. المادة (٠٤) من القانون ٢٠٠٧/٠١٢ المتضمن قانون التنظيم القضائي، مرجع سابق.

ثانياً: علانية القانون: إذ أن لنشر القانون بطريقة تضمن وصولاً إلى علم أفراد المجتمع الذين سيسري عليهم أهمية كبيرة، وذلك حتى يتمكن أفراد المجتمع من تكييف سلوكهم وتصرفاتهم وفقاً للقانون،

وبنشر القانون في الجريدة الرسمية تصبح أحكامه سارية بحق الجميع دون أن يقبل عدم العلم به عذراً يعفى من العقوبة.

ثالثاً: لا تجوز معاقبة إنسان ولا يجوز سلبه حريته أو تقييدها أو المساس بممتلكاته دونما إجراء قانوني سليم وعادل يتم أمام محكمة علنية، هي جزء من جهاز قضائي مستقل غير خاضعة لتأثير أي سلطة أخرى، ولا بد أن تتوفر في هذه المحاكمة كافة شروط المحاكمة العادلة (٩١ من الدستور "لا يعتقل أحد ظلماً فالسلطة القضائية الحامية للحرية الفردية، تضمن احترام هذا المبدأ في نطاق الشروط التي ينص عليها القانون).

ثم إن للسلطة القضائية دوراً أساسياً في تثبيت سيادة القانون وفي الحفاظ على حقوق أعضاء المجتمع ومنع انتهاكها من قبل السلطة أو من قبل الأفراد^(١).

الفقرة الثانية: حق الولوج إلى العدالة:

يعتبر كل شخص بريئاً حتى تثبت إدانته من قبل هيئة قضائية شرعية، ولا يتابع أحد، أو يوقف، أو يعتقل، أو يعاقب، إلا في الحالات وطبق الإجراءات التي ينص عليها القانون^(٢).

وقد نصت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"^(٣).

ويقصد بحق التقاضي أن لكل شخص حق المطالبة أمام القضاء بالحماية القانونية وكذلك له حق الدفاع عن حقوقه في مواجهة خصم هو حق التقاضي من المبادئ الأساسية في علم المرافعات وهو مكفول لكل الناس مواطنين ومقيمين ويقتضي تقريب القضاء من المواطنين ومجانبة التقاضي لغير القادرين على دفع رسومه، كما أنه يمنح تحصين أي حكم أو قرار من الرقابة القضائية.

ولأن حق التقاضي يكيف على أنه من حقوق الإنسان العامة فإنه:

- لا تجوز مساءلة الشخص عن استعماله إذا أحدث ضرراً إلا إذا كان عن طريق إساءة استعمال أو تعسف.
- لا يجوز التنازل عنه.
- أي مساءلة له تعد غير مشروعة وأي نص تشريعي يمس منه يعد غير دستوري.

الفقرة الثالثة: مبدأ المساواة أمام القضاء:

يقصد بالمساواة أمام القضاء أن يكون لكل مواطن الحق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي دون تمييز بين المتقاضين، والواقع أن مبدأ المساواة أمام القضاء من أهم أسس النظام القضائي، كما أن مقتضيات المساواة أمام القضاء، تقتضي أن يطبق على جميع المتقاضين نفس الإجراءات ونفس الضمانات، مع الملاحظة أن لا تعارض بين مبدأ المساواة ووجود محاكم جزائية أو مدنية أو تجارية حسب الموضوع...

١ - المادة ٩١ من الدستور الموريتاني "لا يعتقل أحد ظلماً فالسلطة القضائية الحامية للحرية الفردية، تضمن احترام هذا المبدأ في نطاق الشروط التي ينص عليها القانون، مرجع سابق.

٢ - المادة ١٣ من الدستور الموريتاني، مرجع سابق.

٣ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ: ١٠ / ديسمبر / ١٩٤٨م.

وقد جاء في المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية ما يلي:

١ - جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء، ولكل فرد الحق بإقامة -الدعوى ضد أية تهمة جنائية موجهة إليه أو ما يمس حقوقه والتزاماته في إحدى المحاكم المختصة والمستقلة وفق محاكمة حيادية وعادلة استناداً إلى القانون.

٢ - لكل فرد متهم بتهمة جنائية الحق في أن يعتبر بريئاً ما لم تثبت إدانته طبقاً للقانون.

ثم أضافت المادة فقرات أخرى تخص ضمانات المتهم في الحصول على محاكمة عادلة من مرحلة القبض على الشخص والتحقيق معه إلى مرحلة إصدار الحكم وإذا حصلت الإدانة والحكم وجب أن تنفذ العقوبة عليه بما يتناسب والقيمة العليا للإنسان، فللحبس والتوقيف قواعد وأسس ومعايير دولية لا يجوز الإخلال بها.

ثم إن فلسفة العقاب في الأنظمة التي تحترم القانون وتلتزم بالمعايير الدولية ليست تدمير الإنسان وأهانيته وإنما هي إصلاحه وإعادةه إلى المجتمع كإنسان صالح ونافع.

خاتمة

يمكن من خلال ما سبق استعراض أهم المبادئ الشرعية، والقانونية التي تشكل موجهاً سياسياً للمشرع ومصدراً للقواعد الدستورية القانونية ويشكل الإلتزام بها المؤشر الأول لقياس مدى التأسيس القانوني لضمانات التقاضي ومن تلك المبادئ:

أولاً: على المستوى الشرعي:

- إكبار شأن العدل والحرص على تحقيقه.
- المساواة بين المتخاصمين أمام القضاء.
- الحرص على نزاهة وكفاءة القاضي.
- إعطاء الفرصة للمحكوم عليه من خلال:
- الاعذار والنقض .

ثانياً: على مستوى القانون:

- المتهم برئ حتى تثبت أدانته.
- للمتهم الحق في توكيل محام.
- للمتهم الحق في المطالبة بالمساعدة القضائية.
- جميع المواطنين متساوون في الحقوق.
- لا يجوز القبض على أي شخص أو توقيفه إلا بمقتضى القانون.
- محاكمة المتهم أمام قاضيه حق طبيعي.
- عدم جواز تشكيل محكمة استثنائية.
- الطعن في قرارات وأحكام المحاكم أمام محاكم الاستئناف، أو المحكمة العليا.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
١. الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (ت: ٢٥٤هـ) ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت: ٧٣٩هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ م.
٢. أضواء البيان، بقلم تلميذ الشيخ عطية محمد سالم (وهي ملحقة في آخر الجزء التاسع)، نشر دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، دون ذكر رقم الطبعة.
٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١.
٤. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، بدون تاريخ.
٥. البهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (ت: ٢٥٨هـ)، المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
٦. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، تحقيق: د محمد حجي وآخرون ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ م.
٧. التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
٨. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م/١/٩٧.
٩. تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، للمؤلف: أبي عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة الكناني الحموي الشافعي، بدر الدين (ت: ٧٣٣هـ)، المحقق: قدم له: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، تحقيق ودراسة وتعليق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار الثقافة بتفويض من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر - قطر/ الدوحة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٠. التحرير والتتوير «تحرير المعنى السديد وتتوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: ١٣٩٣هـ)، الناشر: الدار التونسية للنشر - تونس، سنة النشر: ١٩٨٤م.
١١. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط. دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م. حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الانرؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ١١٠١هـ)، ط. دار الفكر للطباعة - بيروت.
١٢. الخرشني على مختصر خليل لمحمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، ط. دار الفكر للطباعة - بيروت.
١٣. الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ).
١٤. سنن ابن ماجه: لابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ.
١٥. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السُّجِسْتَانِي (ت: ٢٧٥هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت بدون تاريخ.
١٦. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: ٢٧٩هـ)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
١٧. سنن الدارقطني: لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)
١٨. السنن الكبرى، : لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوَجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م رقم (٤٥١٨) ١٨ / ٣
١٩. الشامل في فقه الإمام مالك، المؤلف: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَمِيرِي الدَمِيَّاطِي المالكي (ت: ٨٠٥هـ)، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٢٠. الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، المحقق: عبد العظيم الديب، الناشر: مكتبة إمام الحرمين، الطبعة: الثانية، ١٤٠١هـ
٢١. القانون المغربي، الظهير الشريف المؤرخ ب ٣١-١٢-١٩٨٦ المتعلق بتنظيم المصاريف القضائية في الميدان الجنائي.

٢٢. القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ).
٢٣. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، ط. دار الكتاب العربي - بيروت. الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ.
٢٤. مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، المؤلف: محمد حميد الله الحيدر آبادي الهندي (ت: ٤٢٤هـ)، الناشر: دار النفائس - بيروت، الطبعة: السادسة.
٢٥. محاسن التأويل، محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي (ت: ١٣٣٢هـ)، المحقق: محمد باسل عيون السود، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٨ هـ.
٢٦. محمد الطاهر بن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام ١٤٢٥هـ ٢٠٠٥م تأليف محمد تأليف الشيخ محمد الحبيب خوجة.
٢٧. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون تاريخ.
٢٨. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجرجي (ت ٦٢٣هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن علي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م
٢٩. منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد رشاد سالم ط. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
٣٠. الموافقات، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م
٣١. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٣٢. موسوعة الفقه الإسلامي، لمؤلفها: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، الناشر: بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
٣٣. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ: ١٠ / ديسمبر / ١٩٤٨م.
٣٤. الأمر القانوني رقم ٢٠٠٧-٠١٢ الصادر بتاريخ ٨ فبراير ٢٠٠٧ والمتضمن للتنظيم القضائي.
٣٥. الدستور الموريتاني الصادر بتاريخ ٢٠ / يوليو / ١٩٩١م والمعدل بتاريخ ٢٦ يونيو ٢٠٠٦م و٨ مارس ٢٠١٢م.

دور الحوكمة والحماية الجنائية في تعزيز الثقة والإئتمان المصرفي

دراسة تطبيقية على جرائم الإئتمان أو الإعتداء على المنظومة المصرفية

د. محمد نصر القطري

جامعة طيبة - بالمدينة المنورة

يلعب النشاط المصرفي دوراً رئيسياً في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لأي بلد فالبنك يختص بالخدمات المالية والنقدية ، ويقدم خدمات متنوعة لعملائه ويساهم كوحدة خدمية في خلق الإئتمان وتوزيعه من أجل دفع عملية التنمية الاقتصادية ، وتمويل المشروعات التجارية والخدمية المختلفة التي تعود بالفائدة على المجتمع ككل ، إذ لا تخلو عملية تجارية من تدخل البنوك ولا غنى عن هذا التدخل في إتمامها ، وفي سياق التطور الاقتصادي توسع النشاط المصرفي واحتل تدرجياً مكاناً متفوقاً معتمداً في ذلك على الثقة والإئتمان⁽¹⁾، فضلاً عن الخبرة في المجال الاقتصادي، إلى أن أصبح هذا النشاط يعني عدداً هائلاً سواء بالنسبة للفرد العادي أو من الشركات، ثم أضحت البنوك بذلك معتبرا بالنسبة للتجارة الداخلية والخارجية، حيث تجلت إدارة الدولة في هذا الإطار من خلال عدة محاور، كان أهمها إطلاق الحافز الفردي وتدعيم ثقة الأفراد في المؤسسات الاقتصادية التي تضطلع بدور في خدمة الاقتصاد، وقد ألقى ذلك بظلاله على وظيفة الدولة، فتخلت عن مبدأ الدولة الحاكمة وجنحت صوب فكرة الدولة الحارسة، بل وتقلص إلى حد كبير مفهوم السيادة الاقتصادية للدولة⁽²⁾، بل إن حماية المؤسسات الائتمانية ومنها البنوك كان موضع اهتمام القضاء حيث قررت المحكمة العليا الفرنسية أن مجرد رفض تقديم المعلومات المطلوبة في المادة ٥٦٣-١ من قانون النقد والمالية ، موجب لتوقيع الجزاء⁽³⁾ ، ودون التذرع بحسن النية⁽⁴⁾.

1. V. M. Vasseur, « Droit et économie bancaires », Maîtrise, Fasc. I-A, « Institutions bancaires », Les cours de droit, 1985-1986, p. 303 sq. Adde, T. Bonneau, Droit bancaire, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 9e éd., 2011, n° 131, p. 94 ; J.-P. Kovar et J. Lasserre Capdeville, Droit de la régulation bancaire (préf. C. Noyer), Revue Banque éd., 2012, n° 107, p. 64 sq.

٢. أ. دينا جلال ، جرائم الائتمان المصرفي في فترة الانفتاح رؤية تشريحية للمناخ العام و السياسات الاقتصادية، المجلة الجنائية القومية، عدد خاص عن الجرائم المتعلقة بنشاط الائتمان في البنوك، ص ٦٧.

3. CE, 31 mars 2004, no 256355, Nextup SA,

4. Sur l'inadéquation des procédures de contrôle interne et de maîtrise des risques, la société Nextup SA tente de se justifier en invoquant sa bonne foi. Le Conseil d'État considère cependant qu'à supposer la bonne foi établie, cette circonstance n'était pas de nature à entacher d'illégalité la décision attaquée, dans la mesure où la décision de la Commission bancaire est fondée sur la méconnaissance, par la société Nextup SA, des dispositions de l'instruction du 18 octobre 2000. Il était en outre reproché à la société d'avoir modifié sa dénomination sociale alors qu'elle n'avait pas reçu l'agrément préalable émanant du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

أهمية البحث:

تأتي الأنظمة المصرفية - فى الوقت الراهن - على رأس الأولويات الرامية إلى زيادة النشاط التجاري في اقتصاد الدولة ، بيد أن هذه الأنظمة قد تطورت - خلال النصف الثانى من القرن الماضى - تطوراً عكس الفلسفة السياسية التى سادت كل حقبة زمنية ، ففى البداية عرفت المملكة نظام الصرف منذ مئات السنين ، فقد كان متمركزاً في كل من جدة ومكة والمدينة المنورة بهدف إستبدال العملات المختلفة التى يجلبها الحجاج والمعتمرون معهم خلال موسم الحج والعمرة .

كان النظام المصرفي السعودي قد تبلور عام ١٩٥٠ م من ثلاث فئات ، هم :

- ١- فئة الصيرفة .
 - ٢- فرع للشركة التجارية الهولندية (الذى تحول بعد ذلك الى البنك السعودي الهولندي).
 - ٣- شركة صالح عبد العزيز الكعكي وسالم بن محفوظ (التي تحولت بعد ذلك إلى البنك الأهلي التجاري).
- وفي عام ١٩٥٢ تم إنشاء مؤسسة النقد العربي السعودي لتتولى أعمال بنك الدولة (البنك المركزي) وتقوم بدورها فى دعم الإقتصاد الوطني من خلال قيامها بالمهام الآتية :
- ١- إصدار النقد السعودي ودعمه وتوطيد قيمته .
 - ٢- القيام بأعمال بنك الحكومة (إيرادات ومدفوعات ونقد أجنبى).
 - ٣- الترخيص للبنوك التجارية والمشتغلين بأعمال الصرافة^(١).
 - ٤- الاحتفاظ بالأرصدة النقدية الإحتياطية .
 - ٥- ممارسة أعمال المقاصة بين البنوك .
 - ٦- تحديد نسبة الإحتياطي القانوني (وعدم المساس به لأنه الغطاء للعملاء وللاستثمارات)^(٢).
 - ٧- الموافقة على تغيير شكل رأس المال و فتح الفروع للبنوك المحلية .

1. Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, n° 0615074-، Crédit municipal de Nantes (à propos d'une question de compétence juridictionnelle) : Bull. civ. I, n° 73, p. 64 (rejet) ; JCP G 2007, IV, 1637 ; AJDA 2007, 932 ; RJDA 2007, n° 1174 ; D. 2007 Act. Jurispr., p. 794, obs. X. Delpech ; D. 2008, Pan. p. 871, obs. H. Synvet - Cass. com., 9 déc. 2008, n° 06-20526 [rejet], Guy Legris c/CMP Banque (nullité d'une ouverture de crédit consentie par une caisse de crédit municipal à son directeur général) : Juris-Data n° 2008046220- ; Banque et droit mars-avr. 2009, n° 124, p. 27, obs. T. Bonneau ; RD bancaire et fin. 2009, comm. 79, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

2. Le 21 septembre 2002, Mme A... a souscrit auprès de la banque Rives de Paris un contrat «Réserve Pro» pour un montant initial de sept mille euros (7.000).Le 28 mai 2004, la banque, invoquant des incidents de paiement, a bloqué temporairement l'utilisation de la «Réserve Pro».Par courrier recommandé avec avis de réception du 25 juin 2004, la banque Rives de Paris a fait connaître à Mme A... qu'elle mettrait fin aux concours accordés à l'expiration d'un délai de soixante jours.Le 30 septembre 2004, Mme A... a été radiée du registre du commerce.Par courrier recommandé avec avis de réception du 12 octobre 2004, la banque Rives de Paris a fait connaître à Mme A... qu'elle procédait à la clôture de son compte courant. CA Paris 201121746/09 21-01-.

٨- التفتيش على البنوك. (١)

٩- تدريب العاملين بالقطاع المصرفي على الأعمال المصرفية.

ففي عام ١٩٥٧ تم تأسيس بنك الرياض، وفي عام ١٩٦٦ تم تنظيم العلاقة بين مؤسسة النقد العربي السعودي (كبنك مركزي) والبنوك التجارية، ووضع القواعد العامة للرقابة والإشراف على هذه البنوك في مجال الإئتمان. (٢)

في عام ١٩٧٦ إتجهت الدولة إلى سعودة البنوك الأجنبية عن طريق إنتقال الجزء الأكبر من رأس مالها وكذلك إدارتها إلى المواطنين السعوديين، وقد أصدر المشرع المصري القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٧ الذي تخلص أحكامه إلى "تمصير" البنوك الأجنبية العاملة في مصر دون تأميمها، ثم أعقب ذلك صدور القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ الذي أحكم الرقابة الحكومية المباشرة على البنوك وعهد إلى البنك الأهلي المصري بأعمال البنك المركزي للدولة، وفي عام

١. «وقد تم تعديل تشكيل لجنة مؤسسات الائتمان وشركات الاستثمار في فرنسا والمسئولة عن الرقابة عن البنوك وغيرها من المؤسسات المالية بتشكيل لجنة يرأسها محافظ بنك فرنسا، رئيس اللجنة المصرفية أو من ينوب عنه إلى هذه اللجنة: المادة L. ٦٢١-٣. ويشمل كذلك مدير الخزانة أو من ينوب عنه (أو رؤساء السلطات الذي وافق برنامج النشاط الشخص الذي ترى اللجنة بطلب الموافقة) رئيس لجنة الأوراق المالية والبورصات رئيس مجلس الأسواق المالية أو ممثليهم، والمدير التنفيذي لصندوق الضمان المشار إليها في المواد L. ٣١٢-٤ إلى L. ٣١٢-١٨، أو أحد أفراد ممثل التنفيذي و(سنة) ثمانية أعضاء أو نوابهم، عين بأمر من وزير الاقتصاد لمدة ثلاث سنوات، وهي عضو مجلس الدولة، المستشار في محكمة النقض، وهو ضابط مؤسسة الائتمان وضابط شركة استثمار، وهو ما يمثل رابطة مؤسسات الائتمان وشركات الاستثمار الفرنسية (أ) اثنين من ممثلي النقابات التي تمثل موظفي الشركة أو المنشأة الإدلاء بالبيانات تخضع لموافقة اللجنة وعضوين عن اختصاصها. ويتم اختيار أعضاء كاملتي العضوية من المجلس الوطني للائتمان والأوراق المالية.»

Article 20 modifiant les articles L. 6123- et L. 6117- du Code monétaire et financier (C.M.F.) dans les termes suivants :Article L. 6213- : « Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement est présidé par le gouverneur de la Banque de France, président de la Commission bancaire, ou son représentant à cette Commission. Il comprend, en outre, le directeur du Trésor ou son représentant (le ou les présidents des autorités qui ont approuvé le programme d'activité de la personne dont le Comité examine la demande d'agrément) le président de la Commission des opérations de bourse, le président du Conseil des marchés financiers ou leur représentant, le président du directoire du fonds de garantie mentionné aux articles L. 3124- à L. 31218-, ou un membre du directoire le représentant, ainsi que (six) huit membres ou leurs suppléants, nommés par arrêté du ministre chargé de l'Économie pour une durée de trois ans, à savoir : un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation, un dirigeant d'établissement de crédit et un dirigeant d'entreprise d'investissement, représentant l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, (un) deux représentants des organisations syndicales représentatives du personnel des entreprises ou établissements soumis à l'agrément du Comité et deux personnalités choisies en raison de leur compétence. Les membres titulaires sont choisis au sein du Conseil national du crédit et du titre ». LA LOI DU 15 MAI 2001 RELATIVE AUX NOUVELLES REGULATIONS ECONOMIQUES

2. CE, 28 juill. 2004, 6e et 1re ss-sect. réunies, n° 261301, Caisse de crédit municipal de Strasbourg, [rejet] : Rec. CE, tables, p. 595 ; JCP E 2004, Pan. 1305 ; CE, 28 déc. 2005, 6e et 1re ss-sect. réunies, n° 265089 Caisse de crédit municipal de Reims, [rejet] : Rec. CE, p. 595. D. 2007, Pan. p. 754, obs. H. Synvet ; AJDA 2006, 621 ; RFDA 2006, 201 ; JCP E 2006, Pan. 1150 ; RD bancaire et fin. 2006, comm. 150, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

١٩٦٠ صدر القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٠ بتأميم البنك الأهلي المصري.

أما عام ١٩٦١، فقد شهد إحتكار الدولة بالكامل للقطاع المصرفي، بإصدار القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ الذي أمم جميع البنوك العاملة في مصر تجارية كانت أم متخصصة.

ولم يأت عام ١٩٧٤ في مصر إلا وتغيرت ملامح السياسة الاقتصادية للدولة، فأصدر المشرع المصري قانون إستثمار رأس المال العربي والأجنبي القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذي فتح الباب أمام الاستثمارات العربية والأجنبية في المجال المصرفي، وسمح لها بإنشاء بنوك تجارية تشارك الدولة في ملكيتها^(١)، وفي التسعينات توالى إصدار قوانين الخصخصة، التي وسعت إلى حد بعيد من قاعدة مشاركة القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي ولاسيما المصرفي، وفي فترة تالية دخلت مصر عصر الانفتاح الاقتصادي ثم مرحلة الخصخصة، فظهر الاتجاه نحو التضييق من نطاق المال العام، بإصدار العديد من التشريعات كان آخرها القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المعدل بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠٤ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، الذي أعلى الحرية الفردية، فسمح بإنقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح مع عميل البنك مقابل رد هذا الأخير لكافة ما يكون قد استولى عليه من أموال^(٢).

والواقع أن الحماية الجنائية للنشاط المصرفي لم تتل قسطاً وثيراً من الدراسة في الفقه المصري، ولعل ذلك يرجع إلى عوامل ثلاثة^(٣).

أولها: يتصل بذاتية أعمال البنوك من حيث كونها ذات طبيعة تجارية، ومن ثم نظرية العقد وما يتولد عنها من مسئولية -عقدية - أساساً لها، أو مسئولية تقصيرية بحسب الأحوال.

وثانيها: يتعلق بذاتية نصوص التجريم والعقاب التي تأبى القياس والتوسع في التفسير، خلافاً للأعمال المصرفية التي تتسم بقدر كبير بأنها ذات طبيعة مالية^(٤)، الأمر الذي يدعو المضرورة إلى التفكير أولاً في كيفية إصلاح ما حاق به من ضرر مادي قبل الحكم بعقوبة مقيدة على المتهم، ومن ثم ما يشغله أساساً هو المسئولية المدنية للبنك وإستثناء البنك لحقوقه

١. أ. أحمد فتحى عبد العزيز، الجوانب القانونية لأعمال المصرفية في صور أحكام القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة، مجلة المحاماة، العدد الثالث ٢٠٠٣، ص ٥٥٥.
٢. د. أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، ماهيته والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٥، ص ٤١٨ وما بعدها.
٣. د.غادة عماد الشربيني، المسئولية الجنائية عن الأعمال البنكية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق عين شمس، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ٤٤٤ - ٤٤٥.

4. ancien article 48, I, de la loi bancaire du 24 janvier 1984 modifiée, devenu l'article L. 61323- du Code monétaire et financier avant son abrogation par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010. Comme un auteur l'a justement relevé, la loi ne faisait ici « que reconduire et énoncer de manière expresse la solution que, dans le silence ou l'ambiguïté des textes, le Conseil d'État avait consacrée à propos de la Commission de contrôle des banques ». V. M. Vasseur, « Droit et économie bancaires », Maîtrise, Fasc. I-B, Institutions bancaires, Les cours de droit, 1985/1986-, p. 619.

المالية وليس المسئولية الجنائية لأحد موظفيه^(١).

مشكلة البحث:

من المعلوم أن المسئولية الجنائية هي الإعتداء أو الغش أو العمل على زعزعة الائتمان المصرفي بوصفه جوهر الوظيفة المصرفية ، وقد أدلى الفقه بتعريفات عديدة لفكرة الائتمان المصرفي، وهى وإن كانت كذلك إلا أنه يمكن تأصيلها إلى عدة ضوابط تحكم العلاقة بين البنك والعميل، ولاشك أن الهاجس الأكبر هو أن تكون البنوك وسيطا لعمليات غسل الأموال ، وهو ما شددت عليه القوانين المقارنة^(٢).

أما الضابط الأول فهو الثقة، فالائتمان علاقة عقدية تبادلية بين البنك والعميل قوامها أمران: **أولهما** رغبة أكيدة للعميل فى الوفاء بالتزاماته فى تاريخ استحقاقها مقترنة بمركز مالي متين^(٣)، **وثانيهما** إيمان البنك بفاعلية الضمان الذى يوفره للعميل فى نجاح مشروعه.

1. La Cour italienne considère en l'espèce qu'une responsabilité extracontractuelle de la banque est envisageable dans la mesure où son employé a manqué à l'obligation de diligence « proportionnée » à la nature de l'activité exercée. Le niveau de diligence qui doit être pris en compte pour la constatation de la faute professionnelle est indiqué à l'article 1176, alinéa 2, du Code civil italien, aux termes duquel la diligence doit être évaluée par rapport à la nature de l'activité exercée. Corte supreme di cassazione (Cour de cassation italienne), 30 janv. 2006, n° 1865, M. Vasile contre Deutsche Bank SpA, Corte supreme di cassazione (Cour de cassation italienne), 30 janv. 2006, no 1865, M. Vasile contre Deutsche Bank SpA, V. B. Martin Laprade, « Les orientations et attentes de la commission des sanctions de l'ACP » : RTDF 20122/, p. 12 sq., spéc. p. 13.
2. Mais ne pas exécuter une opération, c'est prendre alors le risque d'exposer sa responsabilité civile. En témoignent deux décisions récentes. La première a été rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 janvier 2004 dans une espèce où l'émetteur de bons de capitalisation refusait de les rembourser en se prévalant des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux. La Cour de cassation décide que la seule circonstance que le porteur n'agit pas pour son propre compte et refuse de fournir les renseignements requis par l'article L. 5631- du Code monétaire et financier ne l'autorise pas à s'exonérer de son obligation de remboursement. La seconde a été rendue par la cour d'appel de Paris le 9 avril 2004 qui juge que les articles L. 5611- et suivants du Code monétaire et financier ne prévoient pas qu'un établissement bancaire puisse de sa propre initiative refuser d'effectuer une opération¹⁷. Quant à la déclaration de soupçons, elle devient de fait, quasiment systématique, dans la mesure où doivent être déclarées toutes les opérations complexes dont la preuve de l'origine licite n'est pas rapportée.

Le constat s'impose alors : celui d'une incohérence du dispositif de prévention et de lutte contre le blanchiment d'argent à laquelle il est urgent de remédier. La proposition de directive du Parlement et du Conseil « relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux y compris le financement du terrorisme » présentée par la Commission européenne le 30 juin 2004, appelée à se substituer à la directive de 1991 en vigueur, telle que modifiée en 2001, qui serait abrogée, devrait être l'occasion d'appréhender de manière globale le dispositif pour en assurer la cohérence, condition sine qua non de sa pertinence et de son efficacité.

٣. د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للائتمان المصرفي من الخداع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٦.

وعن الضابط الثاني فهو الزمن ، فلا محل للحديث عن الإئتمان ما لم تفصل فترة زمنية بين البنك الدائن من تسهيل مالى للعميل المدين ، وما يحصل عليه من هذا الأخير من فائدة ، لأن الزمن هو الذى سيكشف عن مدى صحة عملية الإئتمان⁽¹⁾.

خطة البحث:

يتبع الباحث المنهج الإستقرائي لبيان ما يخل بالثقة والإستقرار المصرفي ، ثم تعرض للمنهج الوصفي لجريمة الامتناع عن أداء بعض الإلتزامات القانونية واللائحية وذلك في (المبحث الأول)، ولجريمة الإعتداء على الإحتكار المصرفي في (المبحث الثاني)، ثم للمنهج التحليلي لبيان جريمة ممارسة المهنة المصرفية دون الترخيص في (المبحث الثالث)، ولجريمة الإستعمال غير المشروعة للمصطلحات المصرفية في (المبحث الرابع)، ولجريمة الإدعاء بالقيود فى قائمة البنوك فى (المبحث الخامس).

المبحث الأول

جريمة الإمتناع عن أداء بعض الإلتزامات القانونية واللائحية

ذهب جانب من الفقه الألماني إلى القول بعدم جدوى مكافحة أنماط السلوك الماسة بالإئتمان بالطريق الجنائي، ويرجع ذلك فى رأيهم إلى أمرين⁽²⁾: **أولهما**: ما قدر يكتنف ملاحقة هذه الأفعال جنائياً من صعوبة بالغة ترجع إلى أشخاص مرتكبيها ، إذ كثيرا ما يكون هؤلاء ممن يعتلوا مواقع سياسية ومالية مرموقة، **وثانيها**: أن الضرر الذى يصيب المجتمع من جراء ملاحقة هذه الأفعال جنائياً يعلو فى رأيهم على المنفعة المتولدة من مباشرتها ، فقد صور البعض إدخال الأفعال الماسة بسلامة الإئتمان المصرفى تحت نطاق التجريم على أنه ردة عن مبدأ الإقتصاد الحر ، وإخلال بفرص الاستثمار ، وإضعاف لسمعة الدولة الاقتصادية.

غير أن الرد على الحجتين السابقتين ليس من الصعوبة بمكان: فلا يصح من ناحية أولى التعلل بصعوبات الواقع العملي لحصر التجريم والعقاب عن أنماط معينة من السلوك تهدر مصالح قانونية يحميها الشارع ، وإنما يتعين البحث عن آليات تفعل مضمون التجريم والعقاب، ومن ناحية ثانية ، فإن مبدأ النفعية ذاته هو الذى يبرر تأثيم الاعتداء على الإئتمان المصرفي ، فهذا الاعتداء يخلف ضررا كبيرا بحركة التداول التى تعد عصب الحياة الاقتصادية والنقدية

١. د.علي محمود علي حموده، تحديد المسؤولية الجنائية للعاملين في البنوك عن عمليات الائتمان المصرفي الخاطيء، بحث منشور ضمن أبحاث المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق - جامعة حلوان خلال الفترة من ١٢ إلى ١٣ مايو ٢٠٠٤، ص ٢٢.

٢. د. أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص ٣-٤.

Dégonflement des bilans et recentrage sur le cœur demétier L'incidence du deleveraging sur le total des actifs bancaires allemands n'est pas aisément décelable dans les statistiques monétaires agrégées et les bilans comptables. D'abord, les instruments financiers dérivés, comptabilisés en juste valeur (à l'actif lorsque leur valeur de marché est positive, au passif lorsqu'elle est négative), brouillent généralement l'analyse des comptes. Ensuite, les bilans des exercices 2010 et 2011 sont difficilement comparables avec ceux des années précédentes, la loi de modernisation du droit comptable allemand de 2010 ayant conduit à une augmentation

artificielle de leur taille (notamment en modifiant les règles de comptabilisation des instruments dérivés détenus à des fins de trading). En témoigne la multiplication par 5 du poste 'autres actifs' du bilan agrégé des banques allemandes entre les mois de novembre et de décembre 2010. Par ailleurs, les portefeuilles cédés par certains établissements ont pu être acquis par d'autres banques. <http://economic-research.bnpparibas.com>. DTE 23Mar2017.

في الدولة^(١).

بل إن المشرع الفرنسي وسع من اختصاص اللجنة المصرفية للرقابة المالية حتى على مؤسسات الائتمان وضم إليها المؤسسات الائتمانية بموجب المادة ٦١٣-١ من قانون النقد والمالية: "إن اللجنة المصرفية مسؤولة عن رصد امتثال المؤسسات الائتمانية للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها إليهم ومعاقبة الفشل". أنه بموجب المادة ٦١٣-٢ من قانون: "كما وتحرص اللجنة المصرفية الامتثال للقوانين والأنظمة (...) من قبل مقدمي خدمات الاستثمار (...). الولايات المتحدة عقوبات على القصور التي تم تحديدها وفقا للمادة ٦١٣-٢١ "في الأول من المادة ٦١٣-٢١ على ما يلي: "إذا كان مؤسسة ائتمان أو الشخص المذكور في الفقرة الأولى من المادة ٦١٣-٢ انتهك قانون أو لائحة تتعلق نشاطها، (...) والمصري، يخضع لصلاحيات مجلس الأسواق المالية، قد فرض واحد من العقوبات التأديبية التالية: ١. إنذار، ٢. اللوم، ٣. حظر أداء بعض العمليات وغيرها من القيود على ممارسة هذا النشاط، ٤. تعليق مؤقت واحد أو أكثر من الأشخاص المذكورين في المادة ٥١١-١٣، والمادة ٥٢٢-٢ مع أو بدون تعيين مدير مؤقت؛ ٥. من مكتب واحد أو أكثر من نفس هؤلاء الناس مع أو بدون تعيين مدير مؤقت؛ ٦. إلغاء مؤسسة الائتمان أو قائمة الشركات أو شركات الإستثمار أو المؤسسات الائتمانية مع أو بدون تعيين مصف". وفقا لأحكام المادة ٦١٣-٢٣^(٢)

١. لستر ثارو، "الصراع على القمة: مستقبل المنافسة الاقتصادية بين أمريكا واليابان"، عالم المعرفة، العدد ٢٠٤، ١٩٩٥، ص ٥٣.

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 6131- du Code monétaire et financier : « La Commission bancaire est chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés » ; qu'aux termes de l'article L. 6132- du même code : « La Commission bancaire veille également au respect des dispositions législatives et réglementaires (...) par les prestataires de services d'investissement (...). Elle sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 61321- » ; que le I de l'article L. 61321- dispose : « Si un établissement de crédit, ou une des personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 6132- a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité, (...) la Commission bancaire, sous réserve des compétences du Conseil des marchés financiers, peut prononcer l'une des sanctions disciplinaires suivantes : 1° l'avertissement ; 2° le blâme ; 3° l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité ; 4° la suspension temporaire de l'une ou de plusieurs des personnes mentionnées à l'article L. 51113- et à l'article L. 5322- avec ou sans nomination d'administrateur provisoire ; 5° la démission d'office de l'une ou de plusieurs de ces mêmes personnes avec ou sans nomination d'administrateur provisoire ; 6° la radiation de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement de la liste des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement agréées avec ou sans nomination d'un liquidateur » ; qu'aux termes de l'article L. 61323- du même code : « Lorsque la Commission bancaire statue en application de l'article L. 61321-, elle est une juridiction administrative » ;

Sur la régularité de la procédure suivie par la Commission bancaire : Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 6136- du Code monétaire et financier : « Le secrétariat général de la Commission bancaire, sur instruction de la Commission bancaire, effectue des contrôles sur pièces et sur place » ; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par une décision en date du 24 janvier 2002, la Commission bancaire a décidé d'inscrire la société Etna Finance Transmission, ultérieurement dénommée Etna Finance Securities, au programme des enquêtes devant être effectuées sur le fondement de l'article L. 6136- ; que la date à laquelle a été établi l'ordre de mission par lequel le secrétaire général de la Commission bancaire a chargé un inspecteur de la Banque de France de procéder à la vérification de la société est sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que l'enquête n'a débuté que le 29 janvier, postérieurement à la décision de la Commission ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'enquête aurait été déclenchée dans des conditions irrégulières ne peut qu'être écarté ;

وفضلاً عن ذلك فإن الاعتداء واسع النطاق من حيث الأشخاص ، وتوضيح ذلك أن التسهيلات الائتمانية التي يقدمها البنك المجنى عليه للجاني ، ما هي في النهاية إلا أموال المودعين الذين يزيد عددهم على الآلاف^(١) أضف إلى ذلك أن هذا النوع من الجرائم يؤثر سلباً على مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات التجارية^(٢) ، كما أنه يخل بقواعد المنافسة المشروعة بتوفيره جدارة ائتمانية وهمية للجاني، تفضي إلى تمتعه بملاءة مالية تفوق غيره من المتنافسين في السوق رغم أنه لا يستحقها، وأخيراً تتجلى علة تجريم المساس بالإئتمان المصرفي إذا ما لاحظنا اتصاله بعدد كبير من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، تأتي على رأسها جرائم الفساد الزظيفي ألى الرشوة وما يلحق بها ، إذ عادة ما يكون الاستيلاء غير المشروع على أموال البنوك باسم الائتمان مستندا إلى الاتجار غير المشروع بأعمال الوظيفة المصرفية^(٣).

يلقى المشرع على عاتق البنوك، سواء مباشرة أو عن طريق تعليمات لأئحية تصدر عن مؤسسة النقد السعودية ، أو عن البنك المركزي المصري ، بحسب الأحوال ، مجموعة التزامات يتعين عليها مراعاتها، بحيث يعتبر الإخلال بها مكوناً للسلوك الإجرامى المعاقب عليه ، وتقع هذه الجريمة بإحدى صورتين:

الأولى: الإخلال بتعليمات مؤسسة النقد ، أو البنك المركزي^(٤):

يقرر المشرع لمؤسسة النقد السعودي، ولبنك المركزي المصري حق تحديد نسبة الأموال السائلة التي يجب على البنوك التجارية الاحتفاظ بها ، كذلك يحدد البنك المركزي مجالات معينة يحظر على تلك البنوك الاستثمار فيها. فإذا خالفت البنوك هذه الإلتزامات يكون للبنك المركزي توقيع الجزاء الذي يقرره القانون ، وهو يتمثل إما فى خصم جزء من رصيد البنك المخالف لديه ، أو حل مجلس الإدارة و تعيين مفوض لإدارة البنك فى الحالات الجسمية .

ففى المادة الثالثة، من وظائف مؤسسة النقد العربي السعودي بالنسبة لعمليات النقد ومراقبة المصارف التجارية هي كما يلي:

(١) تثبيت ودعم القيمة الداخلية والخارجية للعملة،

(أ) العمل على تقوية غطاء النقد .

(ب) حفظ الأموال الاحتياطية المرصدة لأغراض النقد على أساس أنها أموال لا يجوز تشغيلها إلا بالعمليات المتعلقة بالنقد فقط .

(ج) سك وطبع و إصدار النقد السعودي وكافة الأعمال الأخرى المتصلة بذلك طبقاً لنظام النقد السعودي رقم ٢٤ .

١ . د. محمد حافظ الرهوان، حماية أموال البنوك، مجلة كلية الدراسات العليا بأكاديمية مبارك للأمن، العدد السابع يوليو ٢٠٠٢، ص ٢٥٢.

2. V. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, coll. Domat droit public, Montchrestien, 12e éd., 2006, n° 113, p. 113114- écrivant : « on est fondé à apprécier comme une contre-indication excluant le caractère juridictionnel d'un organisme, sa qualification d'autorité administrative indépendante ».

٣ . د. أشرف توفيق شمس الدين ، المرجع السابق ، ص ٧.

٤ . د.غادة عماد الشربيني ، المرجع السابق ، ص ١٨١ وما بعدها.

(د) مراقبة المصارف التجارية والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات ووضع التعليمات الخاصة بهم كلما رُئي لزوم لذلك.

وعلى كل بنك تجاري يعمل في المملكة أن يقدم إلى مؤسسة النقد العربي السعودي في كل شهر بياناً عن مركزه المالي وذلك طبقاً للنماذج التي تعدها المؤسسة لهذا الغرض^(١).

وكذلك عليه أن يقدم للمؤسسة البيانات التي تطلبها والتي من شأنها إيضاح أو تكملة البيانات السابقة ولا يجوز أن تكون في البيانات التي تطلبها المؤسسة من البنوك إفضاء عن حسابات العملاء الخاصة^(٢).

(هـ) تكليف المصارف التجارية بالاحتفاظ في مؤسسة النقد العربي السعودي برصيد دائم بنسبة معينة مما لديها من الودائع، وتحدد هذه النسبة من وقت إلى آخر بحسب الأحوال بقرار يصدره وزير المالية بناء على اقتراح المؤسسة، وعلى كل مصرف أن ينفذ بدقة التعليمات الصادرة في هذا الشأن من المؤسسة.

ونص المنظم السعودي في المادة الثانية عشرة على الجزاء على مخالفة الإلتزامات القانونية واللائحية المقررة في النظام: يعاقب بغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف ريال سعودي كل من إمتنع عن المصارف والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات عن إعطاء المعلومات التي تطلبها منه المؤسسة طبقاً للبند (د) من المادة الثالثة، أو إمتنع عن الاحتفاظ في المؤسسة من الرصيد المنوه عنه في البند (هـ) من تلك المادة بالنسبة التي يقررها وزير المالية، ويجوز للحكومة في حالة العودة فضلاً عن تطبيق العقوبة السابقة الذكر إيقاف المحل مرتكب المخالفة أو غلقه.

والثانية: الإحجام عن تقديم بيانات معينة:

أوجب المنظم على البنوك المختلفة مد مؤسسة النقد السعودي^(٣) والبنك المركزي المصري بالقرارات التي تصدر بتعيين أعضاء مجالس الإدارة والمديرين العاملين للبنوك المسؤولين عن الائتمان أو الاستثمار، وما يتعلق بهم من بيانات، فقد استشعر المنظم ضرورة تمتع هؤلاء بقدر من الكفاءة والخبرة يتناسب مع خطورة المهنة التي يضطلعون بمهامها. أضف إلى ذلك أن هناك من هم ممنوعون قانوناً من مباشرة مثل هذه الأعمال، ومن ثم لا يمكن التحقق من ذلك إلا بالنص على الإلتزام بالنص المذكور.

وقد تضمن النظام السعودي في المادة العاشرة أن "المحافظ هو الذي يدير شئون المؤسسة وينوب عنها أمام القضاء، ويعين نائب المحافظ بمرسوم ملكي بناء على اقتراح وزير المالية، وموافقة مجلس الوزراء، ويحل محل المحافظ أثناء غيابه في جميع اختصاصاته وينحى عن

١. د. صالح بكر الطيار، المؤتمر العربي لمكافحة الفساد (المحور الرابع): جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١ ط، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م، ص ٩.

2. V. B. Martin Laprade, « Réflexions sur la nature juridique de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) », in Mélanges en l'honneur de Philippe Bissara, éd. ANSA, 2013, p. 189, Contra : J.-P. Kovar, « La Commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? [Brèves remarques sur la qualification de juridiction administrative spéciale de la Commission des sanctions de l'ACP] » : LPA 9 nov. 2012, n° 225, p. 29.

٣. نص المنظم السعودي في المادة الثانية عشرة على الجزاء على مخالفة الإلتزامات القانونية واللائحية المقررة في النظام: يعاقب بغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف ريال سعودي كل من إمتنع عن المصارف والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات عن إعطاء المعلومات التي تطلبها منه المؤسسة طبقاً للبند (د) من المادة الثالثة.

عمله بنفس الطريقة، ويحدد راتب المحافظ ونائب المحافظ ومكافآت أعضاء مجلس الإدارة بقرار من مجلس الوزراء و بناء على اقتراح وزير المالية، ويكون تعيين باقي موظفي المؤسسة غير المحافظ ونائب المحافظ وترقيتهم وفصلهم بواسطة المحافظ طبقاً لللائحة يقرها مجلس الإدارة وتراعى فيها بصفة عامة القواعد والأنظمة الصادرة في هذا الشأن بالنسبة لموظفي ومستخدمي المملكة من السعوديين والأجانب، وللمحافظ أن يحدد راتب هؤلاء الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومدد وشروط خدماتهم وواجباتهم ومسئولياتهم بما لا يتعارض مع تلك اللائحة.

وقد أعطى المشرع المصري لرئيس الوزراء المصري بعد استشارة محافظ البنك المركزي الحق في استبعاد أى من أعضاء مجالس الإدارة أن المديرين المذكورين إذا كان ثمة شك في قدرتهم على القيام بمهام الوظيفة أو توافر لديهم مانع قانوني يحول دون ذلك، وفي نفس المعنى ينص المشرع الفرنسي على معاقبة مدير البنك الذي يسمح بإدراج أسماء أشخاص غير مسموح بظهورهم في سجلات البنك وأوراقه⁽¹⁾ فالمادة ٤٣٣/١٨ من قانون العقوبات الفرنسي تقرر عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على ست سنوات والغرامة التي لا تتجاوز ٧٥٠٠ يورو لمن يرتكب هذا السلوك ، شريطه أن يكون الأشخاص السابق ذكرهم من بين أعضاء طائفة معينة حددها المشرع على سبيل الحصر ، وأن يذكر هؤلاء في أوراق البنك بصفتهم الوظيفية ، وتتمثل هذه الطائفة في الأشخاص الآتي ذكرهم:

- أعضاء الحكومة الحاليين و السابقين سواء كانوا من الوزراء أم وكلائهم.
- أعضاء البرلمان سواء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ.
- أعضاء المجلس الأوروبي.
- أعضاء المجلس الدستوري.
- قضاة مجلس الدولة ومحكمة النقض ، حاليين كانوا أم سابقين.
- أعضاء المجلس الأعلى للقضاء.
- أعضاء مجلس إدارة البنك المركزي .
- الحاصلون على أوسمة من الدولة .

وتقترب جريمة الإمتناع عن أداء بعض الإلتزامات القانونية من تلك المنصوص عليها في المادة ٢٠١ من قانون النقد والتسليف اللبناني^(٢) فتتص هذه الأخيرة على مسئولية كل شخص معتمد للتوقيع أو عضو مجلس إدارة أو مدير أو مستخدم في البنك أو المؤسسة المالية ، إذا قدم للبنك المركزي بيانات حسابية أو معلومات أو شروحا ناقصة أو مخالفة للحقيقة بقصد الغش، وتكون العقوبة الحبس الذي لا يقل عن ثمانية أيام ولا يزيد على ثلاثين يوماً والغرامة من مائة إلى ألف ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين. كذلك نص المشرع اللبناني في المادة ٢٣ من القانون سالف الذكر على جريمة ممارسة محافظ البنك المركزي أو نوابه مهام قبل مرور عامين على تركهم العمل، فهؤلاء ممنوعون بحكم القانون لفترة زمنية محددة من مباشرة أى وظيفة

1. F. Stasiak, Droit pénal des affaires, L.G.D.J., 2005, p. 178 – 179

٢. د. غسان رباح، قانون العقوبات الاقتصادي، الجرائم الاقتصادية والقضاء المالي في التشريعات العربية، منشورات الثقافة، بيروت ١٩٩٠، ص ١٦١.

مصرفية ، وهو ما يفسر لنا الإلتزام بضرورة إخطار البنك المركزي في لبنان بأسماء أعضاء مجالس إدارات البنوك والمديرين فيها كما هو الحال في القانون المصري.

وفى القانون الفرنسي تنص المادة ٢٤١/١ من قانون التجارة على معاقبة من يمتنع عن ذكر البيانات الحقيقية الخاصة بأنصبة الشركاء في السجل التجاري للبنك^(١)، بشرط أن يكون الامتناع قد وقع بسوء نية^(٢) وقد قرر المنظم لهذه الجريمة عقوبة الحبس الذي لا يزيد على ست سنوات والغرامة التي لا تزيد على ٩٠٠٠ يورو.

المبحث الثاني

جريمة الإعتداء على الإحتكار المصرفي

تخضع إمكانية مباشرة العمل المصرفي لترخيص بذلك من السلطة المختصة ، ويبرر ذلك خطورة الأعمال المصرفية ليس فقط على المصلحة الاقتصادية للدولة^(٣)، وإنما أيضا على المصلحة الخاصة للأفراد^(٤) ويدخل في ذلك الممارسات غير القانونية للمهنة المصرفية^(٥).

عاقب المنظم السعودي أي شخص طبيعي أو معنوي في نظام مراقبة البنوك الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢ هـ

ويعاقب المشرع الفرنسي على هذه الجريمة بمقتضى القانون الصادر في ١٣ يونيو ثم ١٩٤١ ثم بالقانون الصادر في ٢٤ يناير سنة ١٩٨٤، وباستقرار هذه القوانين يمكن تأصيل أركان الجريمة محل البحث إلى ركنين مفترض ومادى ثم عن العقوبة المقررة.

1. P. Conte et W. Jeandier, Droit pénal des sociétés commerciales, Litéc, 2004, no 31, p. 31.
2. F. Dominguez, Le Droit pénal de sociétés commerciales, Tome I, édition JG, p. 45.
3. M. Cabrillac et B. Teysie, Etablissement de crédit. Monopole, Nullites, (Com. 19 nov. 1991, Lejeune c/ DPM), RTD Com. 1992, p. 426
٤. د. مدحت صادق «أدوات وتقنيات مصرفية - دار غريب بالقاهرة - ٢٠٠١ ص ١١.
5. Aucun auteur n'avait, en effet, relevé l'existence de cette disposition pourtant déterminante dans la discussion. V. T. Bonneau, « Un nouveau 2 décembre 1804 ? A propos de la décision du 13 mai 2011 de la commission des sanctions de l'ACP » : JCP E 2011, 1704 ; du même, Banque et droit n° 139, sept.-oct. 2011, p. 13 et les obs. ; A. Couret et B. Dondero, « La commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance » : JCP E 2011, 1544 ; Y. Paclot, « De la nature de la Commission des sanctions de l'ACP » : RD bancaire et fin., sept.-oct. 2011, Alertes 26, p. 2 ; M.-A. Frison-Roche, « The Autorité de contrôle prudentiel's sanctions Commission rules itself to be a Court of Law, concluding that is competent to hear a Question Prioritaire de Constitutionnalité » : Journal of Regulation, II-622- ; LEDB févr. 2012, p. 3, n° 4, obs. J.-P. Kovar. Adde, J.-P. Kovar, « La Commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? [Brèves remarques sur la qualification de juridiction administrative spéciale de la Commission des sanctions de l'ACP] : LPA 9 nov. 2012, n° 225, p. 29 sq.

أولاً: الركن المفترض:

كان فى التشريعات الصادرة فى الأربعينيات من القرن الماضى، لا يرتكب هذه الجريمة إلا شخص طبيعى، وقد نص المشرع الفرنسى صراحة على ذلك فى المادة ٢١ من القانون الصادر سنة ١٩٤١، التى تعاقب كل شخص يصدر عنه السلوك الإجرامى ولو كان ذلك لحساب الشركة التى يعمل لديها، وبصدور قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤، تبنى المنظم فكرة إمكانية ارتكاب الجريمة عن طريق الشخص المعنوي أيضاً.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسى قد وضع شرطاً يلزم توافره فى الجاني، فيتعين أن يكون هذا الأخير من ضمن المقيدى فى قائمة البنوك لدى اللجنة المصرفية، ومع ذلك يخرج من نطاق التجريم العاملين فى البنوك التى يسمح لها القانون بتلقى أموال أيا كانت طبيعتها ولو لم تكن مقيدة بالقائمة المذكورة، وتلك هى البنوك ذات الطابع الخاص مثل البنوك الشعبية *Les Basques Popularizes* وبنك الائتمان الزراعى *Le Credit Agricole*، وكلها تخضع للرقابة المباشرة من قبل الدولة ممثلة فى وزارة الاقتصاد أو المالية أو الزراعة.

وقد حدد المشرع طائفة معينة من الأفراد لا يستطيع أى من أعضائها أن يضطلع بمهمة عضوية مجالس إدارة البنوك أو إدارتها أو التوقيع نيابة عنها^(١) وتشمل هذه الطائفة: **أولاً:** كل من حكم عليه بعقوبة جنائية، أو أى من جرائم التزوير أو استعمال المحررات المزورة أو الرشوة و استغلال النفوذ أو تهريب موظف عام، أو السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة أو إخفاء الأشياء المتحصلة من أى من هذه الجرائم. **ثانياً:** كل من حكم عليه بعقوبة الحبس لمدة أكثر من شهرين فى أى من جرائم الشيك. **ثالثاً:** كل من حكم عليه فى الخارج بعقوبة حاز الحكم بها قوة الأمر المقضى واعتبر حكماً بالإدانة فى جنائية أو جنحة وفقاً لأحكام القانون الفرنسى. **رابعاً:** كل من حكم بشهر إفلاسه^(٢).

ثانياً: الركن المادي:

يدور الركن المادي لجريمة الاعتداء على الاحتكار المصرفي حول فكرة إيداع مال لدى الغير، غير أن المشرع الفرنسى لم يرد حصر هذه الأخيرة فى النطاق الضيق الذى تنص عليه المادة ١٩١٥ وما بعدها من القانون المدني الفرنسى. فقد مد نطاق فكرة ”الإيداع المجرم“ بمقتضى المادة الرابعة من القانون الصادر فى ١٣ يونيو ١٩٤١ سالف الذكر، لتشمل كل تلقى للأموال يتم فى جوهره على غرار العمليات المصرفية.

وعلى ذلك يعاقب المشرع على كل إيداع غير مشروع للأموال أياً ما كانت تسميته، وأياً ما كان

1. F. Ghelfi-Tastevin, Banques et établissement financiers, Rep. Pen. Dalloz, fevrier 2002, no 12, p. 3.
2. Le rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France, établi par M. Bruno Deletré en 2009 (Inspection générale des finances n° 2008-M-06902-), proposait de « supprimer le statut de juridiction administrative attribué à la Commission bancaire lorsqu'elle prononce des sanctions » (proposition n° 10, p. 37). V. Q. Epron, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs » : RFDA 2011, p. 1007.

سببه، فيستوي في نظر المشرع أن يتم بناء على طلب المودع^(١)، أو ترغيب من الجاني لديه، كما يستوي في نظر المشرع أن يكون هذا الإيداع قد تم بمقابل من عدمه، ومن ثم فلا يكفى انتفاء الفائدة على الأموال المودعة لإباحة السلوك^(٢).

ولكن يلزم في جميع الأحوال أن يكون الجاني قد قام بمباشرة السلوك الإجرامى على نحو معتاد، ويستشف ذلك من عدد حركات الإيداع فضلاً عن قيامه بذلك خلال عدة سنوات^(٣).

العقوبة:

يعاقب المشرع الفرنسي على هذه الجريمة بوصفها جنحة، فتتص المادة ٢١ من القانون الصادر في ١٣ يونيو ١٩٤١ على عقوبة الغرامة أو الحبس، كما يجوز للمحكمة أن تحكم بعقوبة تكميلية جوازياً، هي نشر منطوق الحكم الصادر بالإدانة في الجريدة الرسمية وإعلانه في الجريدة والأماكن التي تعينها المحكمة^(٤).

أما في القانون الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤، فقد ميز المشرع بين حالتى ارتكاب الجريمة بمعرفة شخص طبيعى أو شخص معنوي^(٥) فبالنسبة للحالة الأولى، ينص المشرع على معاقبة كل من يعتدي على الاحتمار المصرفى بعقوبتين أصليتين هما الحبس لمدة ثلاث سنوات والغرامة التي تبلغ ٣٧٥٠٠٠ يورو، كما نص على جملة عقوبات تكميلية يمكن الحكم بها تتمثل في نشر منطوق الحكم الصادر بالإدانة في الجريدة الرسمية وإعلانه في الأماكن التي تعينها المحكمة وفقاً لما جاء بالمادة ١٣١/٣٥ من قانون العقوبات الفرنسية. وبالنسبة للحالة الثانية

١ . وعادة ما تثار جريمة الاعتداء على الاحتمار المصرفى من المقترض لما لذلك من ضرر مباشر يقع عليه يتمثل في إلغاء القرض، انظر في ذلك:

- D. Legeais, Exercice illégal de la profession de banquier Prêteur se prévalent de la violation du monopole, *BTD. Com.*, 2004, p. 795.

2. V. not. *Cass. com.*, 4 juin 2002, n° 0016915- – *Cass. com.*, 2 juill. 2002, n° 0021404- : *JCP E* 2003, 396, obs. J. Stoufflet – *Cass. com.*, 7 janv. 2004, n° 0102481- : *RD bancaire et fin.* mars 2004, comm. n° 4 note F.-J. Crédot et Y. Gérard. Cette question sous l'empire des textes actuels n'a jusqu'à présent donné lieu qu'à un seul arrêt de la chambre criminelle, rendu dans des circonstances de fait très différentes de la présente espèce : v. *Cass. crim.*, 22 sept. 2010, n° 0985665- – En application de la loi du 28 déc. 1966, la Cour avait jugé que l'infraction à la législation française sur les prêts était constituée en France dès lors que les offres de prêts avaient été proposées et acceptées en France : *Cass. crim.*, 28 nov. 1996, n° 9580168-*Cass. crim.*, 30 mai 1972 : *Bull. crim.*, n° 180. V. en matière de délit d'initié, *Cass. crim.*, 26 oct. 1995, n° 9483780- ; I. Fadlallah, « Point de vue sur l'affaire Péchiney : la localisation du délit d'initié » : *RCDIP* 1996, p. 621 – ou encore en matière de blanchiment de capitaux, *Cass. crim.*, 17 nov. 2010, n° 0988751- : *Gaz. Pal.* 26 févr. 2011, p. 43, note J. Morel-Maroger.

3. R. Ottenhof, L'affaire Milesi ou << l'escroquerie du siècle >> Destination de l'abus de confiance et de l'escroquerie. Exercice illégal de la profession de banquier, *Rev. Sc. Crim.*, 1995, p. 352

4. *BJB* juill. 2012, n° 125, p. 282, note T. Samin ; *D.* 2012, Pan. p. 1908, obs. H. Synvet ; *LEDB* juin 2012, p. 7, n° 081, obs. J.-P. Kovar. Adde, Y. Paclot, « La régulation des activités bancaires et le respect du droit » : *JCP G* 2012, 1091

٥ . F. Ghelfi-Tastevin, op. cit., no ١٦ - ١٧, p. ٤

- حيث يكون الجاني شخصاً اعتبارياً- فينص على عقوبة الغرامة التي يصل حدها الأقصى إلى ١٨٧٥٠٠٠ يورو، فضلاً عن العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة ٣٩/١٣١ من قانون العقوبات التي نذكر منها على سبيل المثال: حظر ممارسة نشاط مهني أو اجتماعي، الوضع تحت المراقبة القضائية، الغلق سواء بصفة مؤقتة لمدة خمس سنوات أو بصفة نهائية، ومصادرة الأشياء التي استخدمت في ارتكاب الجريمة أو تحصلت عنها.

المبحث الثالث

جريمة ممارسة المهنة المصرفية دون ترخيص

نص المشرع الفرنسي على هذه الجريمة في المادة ١٢ و ٢١ من القانون الصادر في ١٢ يونيو ١٩٤١ والقانون الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤، كما حدد مدلول المهنة المصرفية في المادة الأولى من ذات القانون^(١)، فقد لوحظ خلال الربع الأخير من القرن الماضي ظهور ما اصطلح على تسميته بشركات "توظيف الأموال". ولا ريب أن هذه الظاهرة قد رتبت ضرراً بالغ الجسام لم يقتصر نطاقه على المصالح الخاصة للأفراد، وإنما امتد إلى مصلحة المجتمع ككل^(٢) فالأصل أن تجميع رؤوس الأموال يكون بغرض استثمارها في المشروعات الصناعية الكبرى وتحسين الأداء الاقتصادي للدولة، لا في مشروعات استهلاكية فردية غير مدروسة، وتجدر الإشارة إلى عدم كفاية النصوص التقليدية لقانون العقوبات - سواء في مصر أو في فرنسا في جرائم النصب وخيانة الأمانة، فقد يتخلف عنصر من عناصر الركن المادي في جريمة النصب كالأكاذيب أو الوسائل الاحتيالية، وبالتالي تنتفي جريمة النصب، كما يقوم الجاني باستغلال الأموال الموضوعة في حيازته في بعض العمليات المصرفية دون أن تتوافر لديه نية تملكها، وهو ما يتناقض مع النموذج القانوني لجريمة خيانة الأمانة.

أولاً: الركن المادي:

ألقي المنظم الفرنسي على عاتق المؤسسات المصرفية التزاماً بضرورة القيد في قوائم معينة تشرف عليها اللجنة المصرفية المختصة بالرقابة على النشاط المصرفي، فإن أخلت أي من هذه

1. France d'un délinquant des chefs d'abus de confiance et d'exercice illégal de la profession de banquier, alors que l'argent versé par la victime venait d'une banque suisse et était destiné à une société située au Luxembourg susceptible d'avoir été constituée aux Îles vierges britanniques par l'intermédiaire d'un compte bancaire situé à Londres, la Cour de cassation relève que tous les éléments préalables et accords ayant conduit au transfert ont eu lieu en France et que cet argent a été détourné notamment au profit de sociétés et activités en France, alors que les personnes de nationalité française concernées habitaient en France. Cass. crim., 8juill.2015,no1388557-, ECLI:FR:CCASS:2015:CR02328, M. Michel X (rejet pourvoi c/ ch. corr. CA Bordeaux, 26 nov. 2013), M. Guérin, prés. ; Me Ricard, SCP Waquet, Farge et Hazan, av. Un responsable d'une agence bancaire a été condamné du chef de complicité d'abus de confiance et d'exercice illégal de la profession de banquier par la cour d'appel de Bordeaux. L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 8 juillet 2015 confirme la condamnation dans des conditions assez discutables au regard du champ d'application dans l'espace et de la prescription du délit d'exercice illégal de la profession de banquier réprimé par l'article L. 5713- du Code monétaire et financier.
2. B. Bouloc, Les infractions pénales commises lors de la constitution des sociétés commerciales, Rev. Int. dr. Pen., 1985 - 1986, p. 81.

المؤسسات بهذا الالتزام، بأن قامت بمباشرة أى من العمليات المصرفية قبل القيد فى قوائم البنوك^(١)، جاز تحريك الدعوى الجنائية فى مواجهتها .

وقد قام المشرع الفرنسى بتعريف البنوك فى المادة الأولى من القانون الصادر فى ١٣ يونيو ١٩٤١ والقانون الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٨٤ بأنها "المشروعات والمؤسسات التى تباشر على نحو معتاد مهنة تلقى أموال من الجمهور فى شكل إيداعات أو غيره، بهدف توظيفها لحساب أصحابها فى عمليات الخصم النقدي والائتمان والعمليات المالية"^(٢).

وعلى ذلك، يتطلب المنظم لقيام الركن المادي فى الجريمة شروطاً أربعة هي^(٣):

- ١- عدم القيد فى القوائم.
- ٢- ممارسة المهنة على نحو معتاد .
- ٣- تلقى أموال من الجمهور .
- ٤- توظيف ما يتلقاه من أموال فى عمليات الخصم النقدي، والائتمان والعمليات المالية.

١ - عدم القيد فى القوائم المصرفية:

استشعاراً من المشرع بأهمية الانتظام الذى يجب أن يسود النشاط المصرفي، فقد أخضع مباشرته لرقابة قانونية واقتصادية وفنية، تمارسها اللجنة المصرفية، فهذه الأخيرة هى المنوط بها - منذ قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ - تسجيل مشروع معين أو شطبه من قائمة البنوك، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون قرارها قابلاً للطعن أمام القضاء الإداري.

وتتضمن قائمة البنوك فى فرنسا فى الوقت الراهن أكثر من أربعمائة مؤسسة مصرفية، ما بين بنوك وطنية وفروع لبنوك أجنبية فى فرنسا . بيد أن المشرع الفرنسى لا يأتى على البنوك قاطبة التزاماً بالقيد دون استثناء، فهناك بنوك تتمتع بوضع قانونى خاص، فلا تقيد فى قائمة البنوك، ومع ذلك يتيح لها القانون مباشرة المهنة المصرفية على النحو الذى بينته المادة الأولى من القانون الصادر فى ١٣ يونيو ١٩٤١، دون أن يعد ذلك سلوكاً يقوم به الركن المادي فى الجريمة محل البحث، مثال ذلك البنوك الشعبية وصناديق التوفير والصناديق التعاونية للودائع والتسليف والأمانات وبنك الائتمان الزراعي.

٢ - ممارسة المهنة على نحو معتاد:

تفترض ممارسة المهنة بصفة عامة أن يباشر صاحبها أعمالاً متكررة تكفى من حيث الكم لتوفير مقابل مالي يسمح له بمواجهة أعباء الحياة ، أما ما يتطلبه المشرع فى المادة الأولى من القانون الصادر فى ١٣ يونيو ١٩٤١ والمادة العاشرة من القانون الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٨٤ من كون الجاني يمارس المهنة المصرفية "على نحو معتاد" فلا يقصد منها سوى إبراز فكرة تكرار الأعمال المهنية أو التأكيد عليها ، ويلاحظ أن تقدير مدى ممارسة الجاني للمهنة المصرفية على نحو معتاد هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع. وعلى ذلك،

1. P. Conte et W. Jeandidier, op. cit., no 35, p. 33.

2. J. Cosson, Les délits en matière de banques et d'établissement Financiers, R.S.C., 1973, p. 2.

3. M. Cabrillac et C. Mouly, Droit pénal du banquet et du crédit, Masson, 1982, no 41, p. 40.

لا يشترط أن تكون الأعمال المهنية كثيرة من حيث العدد، أو تزيد على قدر معين، فيمكن الاكتفاء بأقل عدد من الأعمال طالما كان ذلك كافياً في نظر المحكمة لتوافر هذا الشرط⁽¹⁾.

٣- تلقي أموالاً من الجمهور:

إيماناً من الشارع بضرورة محاربة كافة الصور غير المشروعة لتجارة النقود، نص على مفهوم واسع لفكرة "تلقي" الأموال بوصفها أحد عناصر الركن المادي للجريمة، فالمادة الأولى من القانون الصادر في ١٣ يونيو ١٩٤١ تقرر أن جوهر المهنة المصرفية يتمثل في "تلقي أموال من الجمهور في شكل إيداعات أو غيره" وعلى ذلك يجوز لمحكمة الموضوع أن تعول على أي تلقي للأموال ولو لم يأخذ هذا الأخير شكل عقد إيداع بالمعنى القانوني⁽²⁾.

ويلاحظ أن الجريمة لا تقوم إلا بتلقي الجاني لأموال سائلة، أما غير ذلك من الأموال التي يكون قوامها مختلف عن هذه الأخيرة، فلا تقوم بتلقيها الجريمة، مثال ذلك القيم المنقولة وحقوق الدائنية لدى الغير والعقارات، فكلها من الأموال التي لا يجوز توظيفها لحساب أصحابها في العمليات المصرفية.

وتجدر الإشارة أن مفهوم "الجمهور" ليس مرادفاً لـ"الغير"، إذ يفترض أن تكون بين هذا الجمهور والجاني رابطة تعاقدية تكفي لإعتبار الأول عميلاً لدى الثاني، أو عميلاً محتملاً على أقل تقدير. ومن هنا ينحصر مفهوم "الجمهور" عن طائفتين من الأفراد: **أولاهما** الموظفين بأجر الذين يعملون لدى الجاني. فقد نص المشرع الفرنسي في المادة ٣/٢ من قانون ١٣ يونيو ١٩٤١ على أن "تعتبر في حكم الإيداعات التي تتم من الجمهور، تلك التي يتلقاها المشروع من العاملين لدى الجاني. **وثانيهما** المساهمين في رأس المال، إذ من غير المتصور أن يتسع مفهوم "الجمهور" ليشمل كل من تربطه علاقة مالية أو قانونية أو اقتصادية، تسمح له بتكوين كل أو بعض من رأس مال المشروع في صورة إيداعات نقدية.

٤- توظيف ما يتلقاه من أموال في عمليات الخصم النقدي، والإئتمان والعمليات

1. F. Ghelfi-Tastevin, Banques et Etablissement Financiers, op. cit., no 25, p. 5.
2. La Cour de justice de l'Union européenne, interrogée à plusieurs reprises sur l'interprétation de l'article 5, § 5, du règlement Bruxelles 1, a toujours considéré que les notions visées par ce texte devaient faire l'objet d'une interprétation autonome⁴. Elle retient une définition purement matérielle et non juridique de l'« établissement », reposant sur deux critères cumulatifs⁵ : l'établissement doit à la fois être dépendant de la maison mère⁶ – ce qui ne pose évidemment pas de difficulté en l'espèce – mais aussi disposer d'une autonomie suffisante vis-à-vis de la société mère. Cette qualification implique un centre d'opérations durable pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier ou conclure des affaires avec des tiers. Pour contester la compétence des juridictions françaises, la banque se fondait justement sur cette absence d'autonomie de son bureau parisien, affirmant que toutes les demandes étaient transmises au siège à Riga et exécutées en Lettonie, le bureau parisien ne disposant ainsi d'aucune autonomie de gestion, d'aucun pouvoir décisionnel et ne pouvant conclure aucune opération de banque. Sur la spécificité des succursales en matière bancaire, v. Gavalda C., « Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire », Dr. prat. com. int. 1985, p. 427. Stoufflet J. et Gauvin A., « Le bureau de représentation, bras séculier des banques étrangères en France », RD bancaire et fin. 2005, art. 19.

المالية:

قلنا فيما سبق أن العمليات المصرفية قرينة الخطر، وهو ما يتطلب إتاحة السبيل أمام البنك لتقدير هذا الأخير لأنه هو الذى سيتحمل مغيبته^(١)، والأصل أن البنك يتاجر بأموال المودعين ، أما الربح فيذهب إلى البنك الذى وظف هذه الأموال وتحمل المخاطرة، ومن ثم فالبنك يستثمر أموال عملائه ولكن لحسابه وليس لحساب هؤلاء.

وقد يحاول البعض دفع المسؤولية الجنائية الناشئة عن جريمة ممارسة المهنة المصرفية دون ترخيص^(٢)، بالقول أن العمليات التى يباشرها، استثماراً للمال الذى تلقاه، كانت لحساب أصحاب هذا المال وليس لحسابه، بيد أن المحاكم لا تأخذ بهذا الدفع ، وإنما تنظر إلى مدى قيام الجانى بالتصرف الفعلي فى الأموال التى تلقاها ، فإن ثبت لديها ذلك ، كان ذلك بمثابة قرينه على أن الجانى قد قام بتوظيف هذه الأموال لحسابه.

ويلزم أن يكون الجانى قد قام باستغلال الأموال المتلقاه فى مجالات الخصم النقدى والائتمان مثل الافتراض والكفالات، والعمليات المالية ك شراء أوراق مالية^(٣).

وجدير بالذكر أن المشرع اللبنانى أورد فى المادة ١٩٥ من قانون النقد والتسليف^(٤)، فنص على إنزال عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة من خمسين إلى خمسائة ليرة، على كل شخص حقيقى أو معنوى لا يمارس المهنة المصرفية و تلقى ودائع، وعلى أية مؤسسة تمارس عملاً مصرفياً دون أن تكون مسجلة فى لائحة المصارف.

ثانياً: الركن المعنوي:

لم ينص المشرع الفرنسى على القصد الجنائى صورة للركن المعنوى في الجريمة محل البحث، ومن ثم يكفي أن يقيم القاضي الدليل على توافر الإهمال أو عدم مراعاة القوانين واللوائح لثبوت المسؤولية الجنائية.

العقوبة:

يعاقب المشرع الفرنسى على هذه الجريمة باعتبارها جنحة، ويقرر لها - وفقاً لأحكام القانون الصادر فى ١٣ يونيو ١٩٤١ - عقوبة الحبس الذى لا يقل عن شهر ولا يزيد على سنتين ، والغرامة التى لا تقل عن ٣٦٠٠ يورو ولا تزيد على ٠٠٠.٨٠ يورو أو أى من هاتين العقوبتين، ويكون للمحكمة أن تنطق بعقوبة تكميلية جوازياً هى نشر منطوق الحكم الصادر بالإدانة وإعلاناً فى الجريدة الرسمية والأماكن التى تعينها المحكمة. أما فى القانون الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٨٤، فقد عاقب المنظم على الجريمة بالحبس لمدة ثلاث سنوات والغرامة التى تبلغ قيمتها ٣٧٥٠٠٠ يورو، فضلاً عن العقوبة التكميلية السابق ذكرها.

١. د.علي محمود علي حموده ، المرجع السابق ، ص ١٠.

2. Le principe de vigilance a été mis en lumière par : C. Cass. 28 janv. 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 550 ; R.T.D. Civ. 1930, p. 369, obs. Demogue. Il n'est pas fait mention, dans la présente étude, du délit de banqueroute pour recours à des moyens ruineux dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture d'une procédure collective (art. 197 de la loi du 25 janv. 1985), pour lequel la complicité de la banque pourrait être retenue.

3. F. Ghelfi-Tastevin, op. cit., no 22, p. 5; J. Cosson, op. cit. p. 3.

٤. د.عسان رباح، قانون العقوبات الاقتصادي، المرجع السابق، ص ١٥٨

المبحث الرابع

جريمة الإستعمال غير المشروع للمصطلحات المصرفية

عادة ما تلجأ المؤسسات التي تمارس نشاطاً مصرفياً غير مشروع إلى تعمد إخفاء تعبير "المصرف" في كل أعمالها، خوفاً من إثارة حفيظة الجهات الرقابية⁽¹⁾، أما المؤسسات أو المشروعات التي تستخدم تعبير "البنك" كما هو الحال بالنسبة لبنوك الدم وبنوك العيون، فالأصل أنها لا تمارس أي نشاط ذي علاقة بالمؤسسات المصرفية، ومن ثم فهي لا تدخل تحت طائلة التجريم.

عاقب المنظم السعودي في نظام مراقبة البنوك، في المادة الخامسة، يحظر على أي شخص غير مرخص له بمزاولة الأعمال المصرفية في المملكة بصفة أساسية أن يستعمل كلمة (بنك) ومرادفتها أو أي تعبير يماثلها في أي لغة سواء في أوراقه أو مطبوعاته أو عنوانه التجاري أو اسمه أو في دعايته.

وإذا كان المشرع الفرنسي يعاقب على جريمة الاستعمال غير المنظم للمصطلحات المصرفية، فإن نطاق التجريم يتسع ليشمل البنوك ذات المراكز القانونية الخاصة وصناديق التوفير.

وقد تناول المشرع هذه الجريمة على نحو مفصل في المواد ١٢، ٢٣ من القانون الصادر في ١٢ يونيو ١٩٤١ و٧ مكرر من قانون ١٤ يونيو ١٩٤١، ونعرض فيما يلي أركان الجريمة وعقوبتها في كل من هذه المواد الثلاثة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الركن المادي:

تنص المادة ١٢ من قانون يونيو ١٩٤١ على أنه "لا يجوز" لأي مشروع غير مقيد مسبقاً في قائمة البنوك أن يستعمل تعبير المصرف أو المصرفي أو المؤسسة الائتمانية سواء في تسميته أو عنوان شركته أو نشراته، أو في نشاطه بأي حل من الأحوال.

وعلى ذلك يتحقق الركن المادي في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٢ بمجرد استعمال أي من المصطلحات المذكورة فيه^(٢) ولا يهم أن يتم ذلك بشكل علني أو خفي، كما يستوى في نظر المشرع أن يكون المشرع فردياً أو اتخذ شكل شركة.

وتنص المادة ٢٣ من القانون المذكور على معاقبة "كل شخص يصف مشروع مقيد في لائحة البنوك، بأنه مصرف أو مؤسسة ائتمانية أو يلقب شخص بالمصرفي دون أن يمارس نشاطاً مذكوراً في هذه اللائحة، شريطة أن يقع منه هذا السلوك في فرنسا وعلى محرر يصدق عليه وصف العلانية".

وعادة ما ترتكب هذه الجريمة من مدير المشروع الذي يستعمل تعبير المصرف على نحو مشروع، ويلاحظ أن اشتراط ارتكاب الجريمة في فرنسا أمر مفهوم، فهو استفاد من مبدأ

1. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien que l'essentiel de la législation française « anti-blanchiment » se trouve au sein du Code monétaire et financier et que le service à compétence nationale Tracfin, interlocuteur placé au cœur du dispositif légal, est placé sous la double tutelle du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Emploi et du ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, et non pas sous l'autorité du ministère de l'Intérieur ou de la Justice. P. Bérégovoy, La lutte contre le blanchiment des capitaux, Rev. jurispr. com. 1990, no 12, p. 377.

2. J. Cosson, Les délits en matière de banques et d'établissement financiers, op.cit.P,3

تطبيق نصوص قانون العقوبات من حيث المكان ، ويشترط في جميع الأحوال أن يكون سلوك الجاني قد وقع كتابة في محرر بطريقة علنية ، وعلى ذلك تدخل وثائق المشروع ونشراته الدورية و إعلاناته في وسائل الإعلام في دائرة التجريم.

كذلك الحال بالنسبة للجريمة المنصوص عليها في المادة ٦ مكرراً من القانون الصادر ١٤ يونيو ١٩٤١ ، فتقرر هذه الأخيرة معاقبة " كل من يعطى عمداً وصف المؤسسة المالية، في محرر يصدق عليه وصف العلانية ، لمشروع غير مسجل وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ٧ و ١١ من هذا القانون" (١) ، بل إنه في سبيل عدم إفلات المجرمين بارتكاب تلك الجرائم قررت شرعية الأدلة الناتجة عن إقامة موقع لمتابعة جرائم الاحتيال المصرفي أو للاستخدام غير المشروع للمصطلحات المصرفية ، (٢).

هذا وقد نص المشرع اللبناني على الجريمة محل البحث في المادة ١٩٥ من قانون النقد والتسليف، فقرر معاقبة أية مؤسسة تستعمل دون أن تكون مسلحة في لأثمة المصارف عبارات مصرف أو صاحب مصرف أو مصرفي أو مصرفي في أية عبارة مماثلة في أية لغة كانت ، سواء في عنوانها التجاري أو في موضوعها أو إعلاناتها (٣).

ثانياً: الركن المعنوي:

يتمثل الركن المعنوي لجريمة الاستعمال غير المشروع للمصطلحات المصرفية من قبل المشروع. المنصوص عليها في المادة ١٢ سالف الذكر. أو من قبل مديره المنصوص عليها في المادة ٢٣، في القصد الجنائي.

فلا بد أن يكون الجاني عالماً بالخطر القانوني الذي يقرره المنظم في المادتين. وأن مشروعه غير مسجل في قائمة المصارف. ومع ذلك تتجه إرادته إلى توظيف المصطلحات المصرفية في نشاطه خلافاً للحقيقة.

1. « aux motifs que l'existence et le fonctionnement du site « Carderprofit » n'ont été connus que par le communiqué de presse du FBI du 26 juin 2012 aux termes duquel « En juin 2010, le FBI a mis en place un forum de carding d'infiltration dénommé « Carderprofit » (le site UC) permettant aux utilisateurs de discuter de divers sujets liés à la fraude à la carte bancaire et de communiquer, entre autre chose, des offres d'achats, de vente et d'échanges de biens et services liés à la fraude à la carte bancaire (carding), que du fait que les personnes engagées dans ces activités illégales utilisent de nombreux site de carding sur internet, le FBI a créé le site UC afin de pouvoir identifier ces cybercriminels, d'enquêter sur leurs crimes et de prévenir les dommages aux victimes innocentes, que le site UC a été configuré pour permettre au FBI de surveiller et d'enregistrer les discussions en ligne publiées sur le site, ainsi que des messages envoyés par l'intermédiaire du site entre utilisateurs enregistrés, que le site UC a également permis au FBI d'enregistrer le protocole internet (IP) de l'ordinateur des utilisateurs quand ils ont consulté le compte » Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 30 avril 2014, 1388.162-.
2. Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 0687.753-, Bull. crim. 2007, n° 37 (cassation), et les arrêts cités ;Crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 0787.633-, Bull. crim. 2008, n° 14 (rejet), et les arrêts cités ;Crim., 7 janvier 2014, pourvoi n° 1385.246-, Bull. crim. 2014, n° 1 (cassation)

٣. د. غسان رياح ، المرجع السابق ، ص ١٥٨.

العقوبة:

عاقب المشرع الفرنسي على الجريمة محل البحث - في صورها المختلفة - باعتبارها جنحة، فالمادة ١٢ تقرر عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين وغرامة من ٣٦٠٠ يورو إلى ٨٠.٠٠٠ أو أى من هاتين العقوبتين. أما الصورة الثانية المنصوص عليها فى المادة ٢٣ من قانون ١٢ يونيو ١٩٤١، والصورة الثالثة المنصوص عليها فى المادة ٦ مكرر من قانون ١٤ يونيو ١٩٤١، فهى من الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لا تقل عن ٣٦٠٠ يورو ولا تزيد على ٤٠.٠٠٠ يورو وتقترب أحكام القانون الفرنسى من أحكام القانون اللبنانى، حيث يقرر هذا الأخير العقاب على الجريمة بالحبس من ثلاثة إلى سنتين والغرامة من خمسين إلى خمسمائة ليرة.

المبحث الخامس

جريمة الإدعاء بالقيد فى قائمة البنوك

ينص المشرع الفرنسى فى المادة ٤/٦ من القانون الصادر فى ١٤ يونيو ١٩٤١ والمعدلة بالقانون الصادر عام ١٩٨٤م على أن كل من يقدم ادعاء، يهدف به أو يكون من شأنه أن يؤدى إلى الاعتقاد بقيد مشروع فى قائمة البنوك، أو يثير خلطاً فى الذهن فى هذا الخصوص^(١)، يحكم عليه بالتعويض لصالح الشركة المضرورة، وبالغرامة من ٣٦٠٠ يورو إلى ٤٠.٠٠٠ يورو إذا كان سلوكه قد تم بسوء نية، ونوضح فيما يلى أركان هذه الجريمة وعقوبتها.

أولاً: الركن المادي:

يقوم الركن المادي للجريمة محل البحث على فكرة الادعاء بالقيد فى قائمة البنوك. ويستوى فى هذا الادعاء أن يتم كتابة أو شفاهة، كما لو تم عن طريق الإعلانات التى تنشر بالإذاعة أو التلفزيون. ولا بد أن يؤدى سلوك الجانى إلى الاعتقاد بأن ثمة مؤسسة مالية تتمتع بالصفة

1. Article 6 (abrogé au 25 juillet 1984) Créé par Loi 194114-06- JORF 6 juillet 1941 rectificatif JORF 11 septembre 1941, Abrogé par Loi 8424-01-1984 46- art. 94 I JORF 25 janvier 1984 en vigueur le 25 juillet 1984 Les infractions aux dispositions des titres II, III, IV et V ci-dessous rendent leurs auteurs passibles d'une sanction disciplinaire prononcée dans les conditions fixées par les articles 52 et 53 de la loi du 13 juin 1941 portant réglementation et organisation de la profession bancaire. Toutefois, le retrait d'enregistrement ou d'agrément remplace la radiation de la liste des banques. Sans préjudice des sanctions disciplinaires prévues ci-dessus, toute personne qui, agissant soit pour son compte sans que son entreprise soit régulièrement enregistrée ou agréée, soit pour le compte d'une société non régulièrement enregistrée ou agréée, exerce les activités définies aux articles 1er, 2, 3 et 13 du présent décret [*loi*], est passible des peines prévues par l'article 21 de la loi du 13 juin 1941 portant réglementation et organisation de la profession bancaire. Tout renseignement inexact donné à la commission de contrôle expose son auteur, s'il a agi sciemment, aux sanctions prévues à l'article 22 de la loi précitée. De même, l'auteur d'une mention ayant pour but, ou pour effet, de laisser croire à l'inscription sur la liste des banques d'une entreprise visée par le présent décret [*loi*], ou de créer une confusion en cette matière sera passible de dommages-intérêts au profit de l'association professionnelle intéressée et, en cas de mauvaise foi, d'une amende de 3.600 F à 30.000 F [*sanctions*].

المصرفية^(١)، دون أن يستخدم الجاني تعبير "البنك" ولا يشترط أن يصل الجاني بسلوكه إلى إقناع الملتقى بالصفة المصرفية للمؤسسة المالية، اكتفاء بمجرد خلق قدر من الخلط في ذهنه^(٢).

ثانياً: الركن المعنوي:

تقع الجريمة بكل من صورتها الركن المعنوي: الخطأ غير العمدي والقصد الجنائي، ويبين ذلك من التفرقة التي أقامها المنظم، فيما يتعلق بالعقوبة، بحسب مدى توافر سوء النية من عدمه.

فإذا توافرت هذه الأخيرة، وقعت الجريمة بطريق العمد، وإن تمت بدونها يكفى عدم التبصر أو الإهمال.

العقوبة:

يحكم على الجاني بتعويض مدني لصالح الشركة المجني عليها، وذلك إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بطريق الخطأ. أما إذا اقترن سلوك الجاني بسوء النية^(٣)، أي إذا ارتكبت بوصف العمد، فيحكم عليه فضلاً عما سبق بغرامة جنائية لا تقل عن ٣٦٠٠ يورو ولا تزيد على ٤٠٠٠٠ يورو.

1. En France, comme dans plusieurs pays étrangers tels les États-Unis ou l'Italie, les pouvoirs publics ont confié la régulation du marché financier à diverses institutions, que l'on dénomme traditionnellement « autorités de marché »³ Celles-ci possèdent, outre des pouvoirs de décision individuelle ou réglementaire, le pouvoir de sanctionner les « infractions » au droit boursier. Il aurait sans doute été préférable de bien délimiter leurs compétences respectives, mais il n'en a rien été. Jusqu'à la loi no 96597- du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, quatre autorités de marché – cinq même, si l'on tenait compte de la Commission bancaire – disposaient de pouvoirs similaires, notamment de sanction pécuniaire, qui pouvaient se chevaucher : la Commission des opérations de bourse, le Conseil des bourses de valeurs, le Conseil du marché à terme et le Conseil de discipline des organismes de placement en valeurs mobilières. Depuis la réforme, le Conseil des bourses de valeurs (CBV)⁴ et le Conseil du marché à terme (CMT)⁵ ont été supprimés au profit d'un « Conseil des marchés financiers », la COB et la Commission bancaire se voyant octroyer pour leur part de nouvelles prérogatives en matière disciplinaire. Avant de s'attacher plus précisément au problème de chevauchement des compétences, une présentation, même succincte, de ces différentes autorités de marché n'apparaît pas inutile pour la clarté de l'étude envisagée.

٢. في نفس المعنى:

– P. Conte et W. Jeandier, op. cit., no 35 – 36, p. 33

3. V, à propos de décisions de la commission des sanctions de l'AMF : CE, 7 févr. 2007, 6e et 1re ss-sect. réunies, n° 288373 (considérant n° 5) ; CE, 9 nov. 2007, 6e et 1re ss-sect. réunies, n° 298911 (consid. n° 2) – CE, 20 mai 2011, 6e et 1re ss-sect. réunies, n° 316522 (consid. n° 4) ; CE, 13 juill. 2011, 6e et 1re ss-sect. réunies, n° 327980 (consid. n° 15) – CE, ord. réf., 12 oct. 2012, n° 362867 (consid. n° 7).

خاتمة

الجرائم المصرفية بالمعنى العام هي أنماط من السلوك تصيب الأعمال التي استقر العرف المصرفي على اعتبارها ذات طبيعة مصرفية. وعادة ما يصدر الشارع نصوصاً تنظيمية تحكم كيفية مباشرة هذه الأعمال وحدود الإستقلال أو التبعية لسلطة مصرفية يطلق عليها البنك المركزي.

ويتضح ذلك إذا ما لاحظنا الإختصاصات المنوطة بمؤسسة النقد السعودي وما صدر بموجب المرسوم الملكي رقم ٢٣ وتاريخ ١٣٧٧/٥/٢٣ هـ في المادة الأولى: أغراض مؤسسة النقد العربي السعودي هي كما يلي(أ) إصدار ودعم النقد السعودي وتوطيد قيمته في داخل البلاد وخارجها (ب) أن تقوم بأعمال مصرف الحكومة،(ج) مراقبة المصارف التجارية والمشغلين بأعمال مبادلة العملات.

أما الرقابة في مصر فقد أسندت إلى الإدارة العامة للرقابة على البنوك ، فهذه الأخيرة هي الجهة المنوط بها مراقبة النشاط المصرفي. وتتضمن عدة أقسام من بينها قسم الشئون المصرفية ، ويضطلع هذا القسم بوظائف محددة تتصل بمنح تراخيص مزاولة المهنة المصرفية للبنوك الجديدة وتسجيلها، وإنشاء الفروع والزيادة في رؤوس أموال البنوك.

وفي فرنسا تلعب اللجنة المصرفية مهام الدور الإشرافي على المؤسسات المصرفية، فقد أنشئت هذه اللجنة بمقتضى الصادر في ٢٤ يناير سنة ١٩٨٤ وحددت اختصاصاتها في المادة ٣٧ على النحو التالي:

- مراقبة احترام المؤسسات المصرفية للنصوص القانونية واللائحية التي تخضع لها وتوقيع الجزاء على من يخالفها.
- التحقق من توافر شروط مباشرة الوظيفة ومدى متانة المركز المالي للمؤسسات المصرفية.
- مراقبة احترام القواعد التي تضمن حسن سير العمل في المؤسسات المصرفية.
- إعطاء تقارير استشارية للمحاكم المنظورة أمامها الدعاوى التي نشأت بسبب ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

وقد خلصنا من الدراسة الى التوصيات الآتية:

- ١- اسناد الرقابة المالية على المصارف للجنة تتسم بالتخصص والحياد ، مع تحديد نسبة مالية معينة على المخالفات التي قد ترتكبها البنوك.
- ٢- تشديد العقوبات على زعزعة الثقة المصرفية ، وشمول ذلك لأي وسيلة قد تزعزع الاستقرار في المعاملات المصرفية.
- ٣- رفع قيمة الغرامات المالية وجعلها بنسبة مئوية من الأرباح التي تحققها تلك المؤسسات المصرفية.
- ٤- ادراج قوائم البنوك ورأسمالها على موقع البنك المركزي المصري ومؤسسة النقد السعودي.
- ٥- إصدار قانون شامل للرقابة المالية ، وتحديد الحماية الإجرائية والموضوعية الواجبة الإلتباع.

قائمة المراجع

- د. أسامة حسنين عبید ، الصلح فى قانون الإجراءات الجنائية ، ماهيته والنظم المرتبطة به ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق القاهرة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ .
- د. أشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للإئتمان المصرفي من الخداع ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤
- أ. دينا جلال ، جرائم الائتمان المصرفي فى فترة الانفتاح رؤية تشريحية للمناخ العام و السياسات الاقتصادية، المجلة الجنائية القومية ، عدد خاص عن الجرائم المتعلقة بنشاط الائتمان فى البنوك ، ٢٠٠٢م .
- ، ص ٤١٨ وما بعدها .
- د. غادة عماد الشربيني ، المسئولية الجنائية عن الأعمال البنكية، رسالة دكتوراه ، كلية حقوق عين شمس . ١٩٩٩ - ٢٠٠٠ .
- د. غسان رباح ، قانون العقوبات الاقتصادي ، الجرائم الاقتصادية والقضاء المالي في التشريعات العربية ، منشورات الثقافة، بيروت ١٩٩٠ .

المجلات والدوريات:

- أ. أحمد فتحى عبد العزيز ، الجوانب القانونية للأعمال المصرفية فى صور أحكام القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة، مجلة المحاماة، العدد الثالث ٢٠٠٣ .
- د. علي محمود علي حموده ، تحديد المسئولية الجنائية للعاملين في البنوك عن عمليات الائتمان المصرفي الخاطئ. بحث منشور ضمن أبحاث المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق - جامعة حلوان خلال الفترة من ١٢ إلى ١٣ مايو ٢٠٠٤ .
- د. صالح بكر الطيار، المؤتمر العربي لمكافحة الفساد (المحور الرابع): جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط١ ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .
- د. محمد حافظ الرهوان ، حماية أموال البنوك ، مجلة كلية الدراسات العليا بأكاديمية مبارك للأمن، العدد السابع يوليو ٢٠٠٢ .

- B. Bouloc, Les infractions pénales commises lors de la constitution des sociétés commerciales, Rev. Int. dr. Pen., 1985 - 1986.
- Contra : J.-P. Kovar, « La Commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? [Brèves remarques sur la qualification de juridiction administrative spéciale de la Commission des sanctions de l'ACP] » : LPA 9 nov. 2012.
- D. Legeais, Exercice illegal de la profession de banquier Prêteur se prévalent de la violation du monopole, BTd. Com., 2004, p. 795.

- F. Dominguez, Le Droit pénal des sociétés commerciaux, Tome I, édition JG, 2001.
- F. Ghelfi-Tastevin, Banques et établissement financiers, Rep. Pen. Dalloz, février 2002.
- F. Stasiak, Droit pénal des affaires, L.G.D.J., 2005, p. 178 - 179
- J. Cosson, Les délits en matière de banques et d'établissement Financiers, R.S.C., 1973.
- J.-P. Kovar. Adde, Y. Paclot, « La régulation des activités bancaires et le respect du droit » : JCP G 2012.
- Kovar et J. Lasserre Capdeville, Droit de la régulation bancaire (préf. C. Noyer), Revue Banque éd., 2012.
- M. Cabrillac et B. Teyssie, Etablissement de crédit. Monopole, Nullites, (Com. 19 nov. 1991, Lejeune c/ DPM), RTD Com. 1992.
- M. Cabrillac et C. Mouly, Droit pénal du banquet et du crédit, Masson, 1982.
- P. Bérégovoy, La lutte contre le blanchiment des capitaux, Rev. jurispr. com. 1990.
- P. Conte et W. Jeandidier, Droit pénal des sociétés commerciales, Litéc, 2004.
- R. Ottenhof, L'affaire Milesi ou << l'escroquerie du siècle>> Destination de l'abus de confiance et de l'escroquerie. Exercice illégal de la profession de banquier, Rev. Sc. Crim., 1995.
- T. Bonneau, Droit bancaire, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 9e éd., 2011.
- V. B. Martin Laprade, « Les orientations et attentes de la commission des sanctions de l'ACP » : RTDF 2012.
- V. B. Martin Laprade, « Réflexions sur la nature juridique de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) », in Mélanges en l'honneur de Philippe Bissara, éd. ANSA, 2013.
- V. M. Vasseur, « Droit et économie bancaires », Maîtrise, Fasc. I-A, « Institutions bancaires », Les cours de droit, 1985-1986.
- V. Q. Epron, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs » : RFDA 2011.
- V. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, coll. Domat droit public, Montchrestien, 12e éd., 2006,

الموازنة بين حق المساهم على الأرباح السنوية وحق الشركة المساهمة في تكوين الاحتياطي

دراسة مقارنة في القانونين المصري والبحريني

د. عماد رمضان أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية الحقوق - جامعة المملكة

مملكة البحرين

تقديم:

لعل حق المساهم في أرباح شركات المساهمة من أهم الحقوق التي يسعى إليها هذا المساهم من دخوله الشركة، لذلك لا بد أن تضع إدارة الشركة في اعتبارها وحرصها الدائم على التوزيع السنوي للأرباح المتحققة في نهاية السنة المالية بعد إقرار الجمعية العامة العادية بذلك، لأن المساهم بذلك أصبح دائنًا للشركة بقيمة الأرباح له الحق في مطالبتها قضاء في حال تقاعسها عن التوزيع السنوي سواء عن عمد أو إهمال، لأنه بإقرار الأخيرة بذلك أصبح حق المساهم على الأرباح نهائيًا، أما قبل صدور هذا القرار فإن حق المساهم على الأرباح حق احتمالي لا يتأكد إلا بصدور قرار الجمعية العامة بتوزيع الأرباح نهائيًا كما هو منصوص عليه بالمادة ١٣٤ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م بقولها "حق المساهم في الأرباح هو حق احتمالي لا يتأكد الا بمصادقة الجمعية العامة على توزيع الأرباح."، وحق المساهم على الأرباح يعني الحصول الكامل على الأرباح دون اقتطاع أيه خصومات لصالح الشركة، ويقصد هنا بالأرباح الصافية بعد خصم كافة المصروفات والمتحققة بالفعل وليست مجرد ارباحا صورية أو غير حقيقية، لأنه ملزم بردها طبقاً لنص المادة ١٩ من قانون الشركات البحريني "إذا وزعت أرباح صورية على الشركاء جاز لدائن الشركة مطالبة كل شريك برد ما قبضه منها ولو كان الشريك حسن النية ..

إلا أن الشركة لاستمرار وجودها فإنها تلجأ الي الاقتطاع من الأرباح الصافية السنوية لتكوين ما يسمى بالاحتياطي بهدف مواجهة ظروف خاصة بالشركة أو لبقائها، إلا أن الخصم ينبغي ألا يؤثر بشكل سلبي على حق المساهم في الأرباح أو حرمانه المطلق منه .

إلا أن هذا الاحتياطي يبقى مجمدا بالشركة الي أن يحين استغلاله بالشركة، وقد لا تلجأ اليه الشركة بالمرّة، وفي نفس الوقت لا يجوز بحال دمجها في رأس مال الشركة، وإنما يظل محتفظاً بطبيعته كأرباح مختزله أو مدخرة بالشركة لا يجوز المساس به طالما لم تنقض أو يحل على الشركة طارئ يستدعي استغلاله، فإذا ما انقضت الشركة فإنه يوزع حتماً على المساهمين بالشركة في نهاية مدتها، إلا ان المشكلة تبدو واضحة في المساهمين الذين خرجوا من الشركة أثناء حياتها وقبل انقضاءها وتصفيتها، فهؤلاء تم اقتطاع جزء من أرباحهم أثناء وجودهم بها لتكوين الاحتياطي، فهل يحرم هؤلاء من نصيبهم في الأرباح المدخرة في صورة احتياطي على الرغم من حقهم في تلقي هذا الجزء قبل خروجهم من الشركة أو أثناء تصفيتها .

أهمية الدراسة:

تبدو الأهمية واضحة في حق المساهم المطلق في الأرباح المتحققة بالشركة كحق أساسي من الحقوق الأساسية للمساهم في الشركة لا يجوز حرمانه منه بنصوص في النظام الأساسي للشركة، ومصصلحة الشركة في النمو عن طريق تكوين احتياطي بالاقتطاع من صافي الأرباح قبل توزيعها على المساهمين في الشركة كي يحفظ للشركة كيانها أثناء حياتها، ففي الشركة تتنازع مصلحة المساهم في الحصول على كامل الأرباح ومصصلحة الشركة في تكوين احتياطي من أجل البقاء، وهنا لا بد من التصدي بالبحث لوجود توافق أو تقارب بين المصلحتين، ومن ناحية أخرى لا بد أن نبحث عن حق المساهم في الاحتياطي بعد انقضاء الشركة ودخولها مرحلة التصفية.

إشكالية الدراسة:

تنص المادة ١٦٨ من قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م ” ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، ويتمتع العضو بوجه خاص بالحقوق الآتية:

أ- قبض الأرباح التي يتقرر توزيعها على المساهمين.

ب- استيفاء حصة من جميع أموال الشركة عند التصفية، وعند توزيع أية أرباح على الأسهم تقوم الشركة بتوزيع الأرباح على المساهم المسجل كآخر مالك للأسهم مقيّد في سجلات الشركة عند مصادقة الجمعية العامة على البيانات المالية وتوزيع الأرباح. أما بالنسبة لموجودات الشركة فإن آخر مالك للأسهم مقيّد في سجلات الشركة هو وحده الذي له الحق في قبض المبالغ المستحقة عن نصيبه في هذه الموجودات.“

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يعد الاحتياطي كأرباح غير موزعة مقتطعة من صافي أرباح الشركة أثناء حياتها من ضمن موجودات الشركة والتي توزع على المساهمين التي تقصدها المادة ١٦٨ المشار إليها أم أنها تستبعد من موجودات الشركة ومن ثم يكون لكل مساهم أو شريك حتى ولو ترك الشركة الحق في المطالبة بها باعتبارها جزء من أرباحه لم يتمكن من الحصول عليها أثناء حياة الشركة؟

منهجية الدراسة:

يتبع البحث المنهج التحليلي لنصوص القانون وآراء الفقهاء حول حق المساهمين في الحصول الكامل على الأرباح المتحققة سنويا وحق الشركة القانوني أو النظامي في الاقتطاع السنوي من صافي الأرباح قبل التوزيع على المساهمين لتكوين احتياطي من أجل نمو الشركة أو اتقاء المخاطر التي قد تتعرض لها الشركة أثناء حياتها في القانونين المصري والبحريني.

تقسيم الدراسة:

سوف يتم تقسيم الدراسة الي مبحثين:

المبحث الأول: حق المساهم في الحصول على الأرباح المتحققة سنويا.

المبحث الثاني: مصلحة الشركة في تكوين احتياطي كقيّد على حق المساهم المطلق في الأرباح.

المبحث الأول

حق المساهم في الحصول على الأرباح المتحققة سنوياً

تمهيد: طبقاً للقواعد العامة فإن الربح يمثل أحد العناصر الأساسية لقيام الشركة التجارية وهو الهدف الذي تكونت من أجله الشركة ويسعى إليه الشركاء، وهو ما أشار إليه المشرع البحريني في المادة (٢١) الصادر بالقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١م بأن "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة" فالغرض الأساسي من دخول الشريك هو الحصول على الأرباح أو تحمل الخسارة وليس لغرض آخر.

وفي شركة المساهمة بصفة خاصة فإن سعي المساهم في الدخول إلى الشركة من أجل الربح، وأن تقرير حقوق الشريك المساهم من جانب المشرع إنما من أجل تقرير حق الأرباح وهو يمثل أحد الحقوق الأساسية للمساهم لذلك لا يجوز المساس به وإن كان يورد عليه بعض القيود أحيانا فإنما هي قيود تنظيمية لا تصل إلى حد منع المساهم من الحصول على الأرباح.

ويتأكد هذا الحق عندما يتحقق لدى الشركة الأرباح في نهاية السنة المالية وتلتزم الشركة بتوزيع الأرباح على المساهمين بقرار من الجمعية العامة العادية، ولكن ليس للمساهم إلزام الشركة بتوزيع الأرباح ولكن له أن يتخذ كافة الوسائل القانونية للمطالبة بحقه في الأرباح إذا تأخرت في عملية التوزيع حصص الأرباح^(١)، لذلك سنتناول من خلال هذا المطلب:

- المطلب الأول: تعريف الربح وشروط استحقاقه

الفرع الأول: تعريف الربح.

الفرع الثاني: شروط استحقاق الربح.

الشرط الأول: توافر صفة المساهم وقت الحصول على الأرباح

الشرط الثاني: وجود أرباح قابلة للتوزيع

الشرط الثالث: ميعاد الوفاء بالأرباح

- المطلب الثاني: عقبات الوفاء بالأرباح

الفرع الأول: الأرباح الصورية.

الفرع الثاني: رهن الأسهم

الفرع الثالث: الحجز على الأسهم.

الفرع الرابع: أداء الشركة لإلتزاماتها المالية.

١. قضت محكمة النقض المصرية بأن "الجمعية العامة هي التي تملك وحدها اعتماد الميزانية وتعيين الأرباح الصافية القابلة للتوزيع. المقرر في قضاء النقض أن "الجمعية العامة في الشركات المساهمة هي التي تملك وحدها اعتماد الميزانية التي يعدها مجلس الإدارة وتعيين الأرباح الصافية القابلة للتوزيع ومن ثم فإن حق المساهم أو غيره من ذوي الحقوق في الأرباح لا ينال إلا من تاريخ اعتماد الجمعية العامة لهذه الأرباح أما قبل هذا التاريخ فلا يكون المساهم أو غيره من ذوي الحقوق سوى مجرد حق احتمالي لا يبلغ مرتبة الحق الكامل إلا بصور قرار الجمعية العامة بإقرار الميزانية وتعيين القدر الموزع من الأرباح الصافية؟

الظعن رقم ٤٦٠ سنة ٣٦ ق جلسة ٣٠/١١/١٩٧١ الجزء الثاني ص ٩٤٠.

المطلب الأول: تعريف الربح وشروط استحقاقه

الفرع الأول

تعريف الربح

عرّف المشرع المصري الأرباح من خلال نص المادة ٤٠ من قانون شركات الأموال الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والمادة ١٩١ من اللائحة التنفيذية على أن الأرباح الصافية هي الناتجة عن العمليات التي باشرتتها الشركة خلال السنة المالية وذلك بعد خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الأرباح وبعد حساب وتجنيد كافة الاستهلاكات والمخصصات التي تقضي الأصول المحاسبية بحسابها وتجنيدتها قبل إجراء أي توزيع بأية صورة من الصور.

وفي تعريف آخر تناولته اللائحة التنفيذية في المادة ١٩٤ خاص بالربح القابل للتوزيع وهي الأرباح الصافية مستنزلاً منها ما يكون قد لحق برأس مال الشركة من خسائر في السنوات السابقة وبعد تجنيد الاحتياطات المنصوص عليها في المادة ٤٠ من القانون والمادة ١٩١ من اللائحة التنفيذية للقانون.

واتجه القضاء^(١) المصري أيضاً في تعريفه للربح القابل للتوزيع: هو المكون لأموال أو قيم أوشكت أن تعتبر نقوداً والأرباح القابلة للتوزيع لا تشمل الأرباح العادية الناتجة عن استغلال رأس مال الشركة فحسب بل تشمل الأرباح الغير عادية التي تأتي من التصرف في الأموال المستغلة وذلك إذا كان التصرف يدخل في غرض الشركة.

وعرفها أحد الفقهاء المصريين^(٢) بأن الأرباح التي توزع على المساهمين هي الأرباح الصافية، أي المبالغ التي تبقى من دخل الشركة في سنتها المالية بعد خصم المصاريف العمومية وفوائد الديون والضرائب وما يخصص للاستهلاك المالي والصناعي والأغراض الاجتماعية وغير ذلك من النفقات.

أما في التشريع البحريني فلم نجد نصاً يقابل هذا التعريف في قانون الشركات، ولكنه أشار الي حق المساهم على الأرباح باعتباره عضواً فيها وذلك بالمادة ١٦٨ / ١ من قانون الشركات البحريني والتي نصت على أن "ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، ويتمتع العضو بوجه خاص بالحقوق الآتية:

أ- قبض الأرباح التي يتقرر توزيعها على المساهمين.

إلا أن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني الصادرة بالقرار رقم ٦ لسنة ٢٠٠٢م بالمادة ١٢٨ نصت على أن "الأرباح الصافية هي الأرباح الناتجة عن العمليات التي باشرتتها الشركة خلال السنة المالية وذلك بعد خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الأرباح، وبعد حساب وتجنيد كافة الاستهلاكات والمخصصات المنصوص عليها في هذا القانون او التي تقتضي الأصول المحاسبية حسابها وتجنيدتها قبل إجراء أي توزيع بأية صورة من الصور."

ومن جماع هذه التعريفات فإنها تتفق جميعاً على أن الشركة تحقق لديها زيادة في قيمة الأصول على المجموع الكلي للخصوم نتيجة لمباشرة الشركة لمجموع العمليات خلال

١. د / مصطفى كمال وصفي - القضاء المصري في شركات المساهمة ص ٥٠ بند ٧٨.

٢. د / محسن شفيق - الوسيط في القانون التجاري المصري - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - القاهرة - مكتبة النهضة العربية ١٩٥٧م. ص ٦١٥ بند ٦٨٧.

السنة المالية، وأن الأرباح الصافية تتحقق بعد خصم جميع الاستهلاكات والمصروفات والأعباء الأخرى، ولتحديد قيمة الأرباح فيبقى من جانب الشركة تقدير الموجودات بحسب قيمتها الفعلية وقت الجرد أي في نهاية السنة المالية للشركة وليس بحسب قيمتها وقت تأسيس الشركة، فإن كل زيادة فعلية في قيمة الموجودات على قيمة المطلوبات صار ربحاً حقيقياً. وقد أشارت المادة (٥) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المصري ” منه أنه إذا كان لمالك الورقة المالية جميع الحقوق التي تنتجها ملكيته له ويتم إيداع وقيد الورقة باسمه إلا أنه ” يجوز أن تودع الأوراق وتقيّد باسم شخص ويكون لشخص آخر أو أكثر الحقوق التي تنتجها ” - ويسمى هنا المستفيد ومن ثم يكون الوفاء له نقداً أو بموجب أو تحويل مصرفي.

الفرع الثاني

شروط استحقاق الربح

يشترط لحصول المساهم على الأرباح المتحققة سنوياً عدة شروط وهي:
الشرط الأول: توافر صفة المساهم وقت الحصول على الأرباح:

لا يكفي لتوزيع الأرباح صدور قرار من الجمعية العامة بالتوزيع على المساهمين بل لابد من توافر هذه الصفة وقت توزيع الأرباح فإن زالت عنه لأحد الأسباب فلا يستحق حصته في الأرباح ، فإن تنازل عنها المساهم سواء كانت أسهماً اسمية عن طريق التأشير عنها بالتنازل عنها في سجلات الشركة أستحق هذا الأخير الأرباح وذلك بالشروط التي يتطلبها نظام الشركة ، أو انتقالها من يد إلي أخرى إذا كانت أسهماً لحاملها فالعبرة بحامل الصك عند تقدمه إلي الشركة للحصول على الأرباح دون البحث عن ملكيته لها ، كما أن ملكية الأسهم تنتقل بالبيع بالتنازل أو المبادلة سواء كانت أسهماً اسمية أو لحاملها فإنها تنتقل أيضاً بالميراث . فإذا توفى صاحب السهم انتقلت ملكية السهم إلى الورثة كأحد منقولات تركته .

وإعمالاً لمبدأ عدم تجزئة السهم فيجب إذا كان المورث يمتلك أكثر من سهم، أن توزع على الورثة بحيث يستقل كل وارث بعدد معين من الأسهم وإذا تعذر تجزئة السهم فيجب على الورثة أن يختاروا من بينهم واحداً ليمثلهم قبل الشركة في مباشرة الحقوق المترتبة عليه مع بقاء الورثة مسئولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية الأسهم^(١).

وطبقاً لنص المادة ٢/١١٩ من قانون الشركات التجارية البحريني الصادر بالقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١م أنه ” ولا يعتبر التصرف في الأسهم سارياً في حق الشركة أو الغير إلا إذا دُون في السجل الخاص بذلك ” ونصت المادة ١٢٠ من ذات القانون على أن ” يجوز رهن الأسهم والشهادات المؤقتة وهبتها والتصرف فيها بأي تصرف آخر وتسري على التصرف أحكام المادة السابقة. ”

وهذا يعني أنه إذا تم التصرف في الأسهم بالهبة أو الوصية أو أي صورة من صور التصرف، فإنه لا يتمتع بهذه الصفة الموصي له أو الموهوب له إلا بقيد نقل ملكية الأسهم في سجل الشركة فتنتقل صفة الصادر عنه الوصية أو الواهب لهذه الأسهم إلى الموصي له أو الموهوب له الأسهم، وبالتالي نزول عن الوصي أو الواهب هذه الصفة ولا يحق له استحقاق الأرباح

١. د. فايز نعيم رضوان -الشركات التجارية - كلية الحقوق - جامعة المنصورة طبعة ١٩٩٤ - ص ٤٢٧.

من وقت انتقال هذه الصفة وكما تزول هذه الصفة عن هؤلاء نتيجة التصرف بالتنازل عنها للغير والزوال هنا دائم.

، ومع ذلك فإذا كانت الأسهم محل رهن أو حجز فإن صفة المساهم تظل قائمة ويستطيع مباشرة جميع حقوقه التي يخولها له السهم فيما عدا الأرباح التي تحققها الأسهم فتدخل ضمن عناصر الذمة المالية للمساهم وتكون محل للرهن أو الحجز.

وإذا استقل كل مورث بعدد معين من الأسهم آلت إليه بالميراث أن يطلب من الشركة قيد نقل ملكية هذه الأسهم في سجل الشركة إليه حسب نصيه الشرعي في ملكية الأسهم، ويتمتع بهذه الصفة بتمام القيد بسجل الشركة.

الشرط الثاني: وجود أرباح قابلة للتوزيع:

الأرباح التي تحققها الشركة هي تلك المبالغ المضافة إلى ذمتها نتيجة مباشرة العمليات مما يمكن تعريف الأرباح الإجمالية عن طريق مقارنة بين النفقات والتكاليف التي تبذلها الشركة ، وبين العائد الإجمالي من العمليات، ومن جماع العائدات يتكون الربح الإجمالي إلا أن هذا الربح لا يوزع على المساهمين إلا بعد إجراء الاستقطاعات اللازمة والتي تمثل السبب في الحصول على هذه الأرباح الصافية كالمصروفات العمومية والتكاليف الضرورية مثل الديون وفوائد القروض والمبالغ التي تخصص للاستهلاك أو تخصيص للاستهلاك السنوي لأسهم الشركة وبعد جملة الاستقطاعات المختلفة يصير ربحاً صافياً، ولا يتأكد عليه حق المساهم إلا بعد التصديق عليه من الجمعية العمومية والتأكد من وجود مبالغ قابلة للتوزيع على المساهمين^(١). كما أن المشرع المصري وضع قيوداً على حق المساهم في الحصول على الأرباح^(٢) وهو " إذا كان التوزيع يترتب عليه منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها " فإذا انتهى القيد استحق المساهمون الأرباح، هناك قيود أخرى أوردها المشرع كجبر خسارة السنوات السابقة^(٣) حتى ولو استهلكت جميع الأرباح ولم يكف الاحتياطي لجبر خسائر رأس مال الشركة فيمنع المساهم من الحصول على حصته في الأرباح بالإضافة إلى تكوين الاحتياطيات بالشركة بصفة خاصة القانونية أو النظامية إذا قلت عن المحدد قانوناً أو بموجب نص في النظام الأساسي فيجب على الشركة الاقتطاع بالنسبة المحددة، فإذا توافرت هذه القيود منع المساهم من الحصول على حصته في الأرباح أما إذا انتفت فليس أمام مجلس الإدارة بالشركة إلا توزيع الأرباح الصافية، إذا فلا يكفي صدور قرار من الجمعية بتوزيع الأرباح وإنما يجب أن تكون المبالغ الصافية كافية لأن توزع عليهم، ولا يوجد عائق أو عقبة في الحصول على الأرباح كما في حالة كون الأرباح صورية بناء على ميزانية غير صادقة أو مغشوشة فيحصل كل مساهم طبقاً لصفات الأسهم التي يحوزها على نصيبه من الأرباح ولا يشترط القبض الفعلي لهما وإنما يكفي أن توضع تحت تصرف المساهمين بحيث يكون لهم حق نهائي عليها.

١. نقض مصري - بالحكم الصادر في ٢١/٢/١٩٨٣ - المكتب الفني س ٢٤ رقم ١١٦ ص ٥٢٨.

٢. د. فودة عبد الحكيم - شركات الأموال والعقود في ضوء قضاء النقض - ص ٧٤ بند ٩٤ - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ١٩٩٥م.

٣. راجع نص المادة ٤٣ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (المادة ٢/١٩٨ من اللائحة التنفيذية للقانون). وراجع نص المادة ١/١٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

الشرط الثالث: ميعاد الوفاء بالأرباح:

يحدد ميعاد الوفاء بالأرباح على المساهمين وذلك بالنص عليه بالنظام الأساسي بالشركة ، وإذا خلا من تحديد هذا الميعاد فيمكن تحديده لاحقاً بعد التصديق على الأرباح، وتترك الجمعية العامة لمجلس الإدارة الميعاد المناسب لتوزيع الربح، وإذا تركت الجمعية العامة لمجلس الإدارة تحديد ميعاد الوفاء بالأرباح فلا ينبغي على المجلس إرجاء الوفاء بها إلى أجل غير مسمى، وإنما يمكن تحديد مدة معقولة يتم فيها توزيع الربح، وإذا قرر المجلس ذلك - أي إرجاء الوفاء إلى أجل غير مسمى - فإنه يرتكب تجاوزاً لسلطاته ويعد قراره باطلاً لأن في ذلك بلا شك تحقيق مصلحة خاصة وليس بهدف مصلحة الشركة.

ففي قانون الشركات المصري ١٥٩ لسنة ١٩٨١م نجد أن المادة ١٩٧ من اللائحة التنفيذية تنص على أن " تحدد مدة شهر على الأكثر من تاريخ صدور قرار التوزيع " فحسب نص المادة السابقة الفقرة الثانية حيث ورد أن المساهم يستحق حصته من الأرباح بمجرد صدور القرار من الجمعية العامة ويفهم منها أن المساهم صار له حق ملكية على الأرباح وتؤكد ذلك بمجرد صدور قرارها، إلا أنه نص في المادة الثانية أن مجلس الإدارة يقوم بتنفيذ قرار الجمعية العامة بتوزيع الأرباح خلال شهر على الأكثر.

وفي التشريع البحريني لم يحدد ميعاد للوفاء بالأرباح وإنما تستحق بمجرد صدور قرار التوزيع، فقد نصت المادة ١٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م بأن " يستحق كل مساهم نصيبه في الأرباح بمجرد صدور قرار الجمعية العامة بتوزيعها " ومن هنا يجب النص على ميعاد معقول في النظام الأساسي لتوزيع الأرباح الصافية دون مغالاة إضراراً بالمساهمين.

المطلب الثاني

عقبات الوفاء بالأرباح

بصدور قرار الجمعية العامة بتوزيع الأرباح على المساهمين يعني أن المساهم أصبح دائماً قبل الشركة يستطيع من خلاله أن يطالبها بحقه على الأرباح. وإذا كان قبل صدور هذا القرار ليس له الحق في أن يطلب إلى الشركة توزيع الأرباح، إلا أنه بصدور هذا القرار يتأكد حقه على الأرباح ويستطيع أن يطالب به الشركة قضاء إذا امتنعت عن الوفاء خلال الأجل المحدد لصرف الأرباح.

إلا أنه على الرغم من ذلك فإن هناك عقبات تحول دون الوفاء للمساهم بحصته في الأرباح بعضها قد يرجع إلى الشركة ذاتها إذا ظهر أن الأرباح الموزعة كانت صورية وأن المساهم على علم بصورتها.

وقد يرجع إلى فعل المساهم نفسه وذلك إذا تم رهن الأسهم لدين على المساهم مستحق الأداء، أو الحجز عليها، لذلك سنتحدث من خلال هذا الفرع عن:-

الفرع الأول: الأرباح الصورية.

الفرع الثاني: رهن الأسهم.

الفرع الثالث: الحجز على الأسهم.

الفرع الرابع: أداء الشركة لإلتزاماتها المالية.

الفرع الأول الأرباح السورية

يقصد بالأرباح السورية: هي الأرباح التي توزع بالمخالفة للقانون أو النظام الأساسي أو أنها أرباح على خلاف الواقع، فقد نصت صراحة المادة ١/١٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني على أن " الأرباح القابلة للتوزيع هي الأرباح الصافية مقتطعا منها الاحتياطات المنصوص عليها في القانون ولا يجوز للجمعية العامة ان توزع أرباحا بالمخالفة للقواعد المنصوص عليها في القانون او هذه اللائحة أو النظام.

وإذا وزعت أرباح سورية يجوز لدائن الشركة مطالبة كل مساهم برد ما قبضه منها ولو كان حسن النية.

ولا يلزم المساهم برد الأرباح الحقيقية التي قبضها ولو منيت الشركة بخسائر في السنوات التالية.

واعتبر المسرع البحريني بأن هذا المسلك جريمة يعاقب عليها بعقوبة جنائية،^(١) وبالتالي يعد ربحا سوريا، إذا لم يكن هناك زيادة حقيقية في الأصول الصافية علي رأس المال سواء حققت الشركة أرباحا نتيجة مباشرة لشركة لعملياتها أم نتجت عن بيع أصل من أصول الشركة وترتب عليه زيادة في أصول الشركة الصافية يجوز للشركة توزيعه.

وفي قانون الشركات المصري ١٥٩ لسنة ١٩٨١ تنص المادة ٥/١٦٢ على أن " كل عضو مجلس إدارة وزع أرباحاً أو فوائد على خلاف أحكام هذا القانون أو نظام الشركة ... " ولم يشر المشرع صراحة إلى توزيع أرباح سورية ولكن يفهم من النص أنها أرباحاً سورية، وذلك بالتوزيع المخالف لنصوص القانون أو نظام الشركة لعدم وجود أرباح فعلية قابلة للتوزيع.

وتطبيقاً لما سبق فإن الاقتطاع من رأس المال لتوزيعه على المساهمين كأرباح يعد ربحاً سورياً لأنه لا يقابل زيادة في الأصول الصافية، وتلجأ الشركة أحياناً إلى اتباع هذه الطريقة كي تظهر بمركز مالي قوي يحقق لها أهدافاً أخرى كالحصول على قروض من البنوك أو طرح أسهم جديدة للاكتتاب فيها.

ويتطلب لقيام جريمة الأرباح السورية ركنان:

الأول: الركن المادي، والذي يتمثل في عملية التوزيع أي صدور قرار من الجمعية العامة بتوزيع الأرباح على المساهمين.

الثاني: الركن المعنوي، ويتمثل في سوء النية أي اتجاه نية أعضاء مجلس الإدارة إلى توزيع ربح غير حقيقي باستخدام ميزانية مشوبة بالغش، فإذا تم اكتشاف الأرباح السورية من خلال الميزانية فإنه يتمتع على أعضاء مجلس الإدارة القيام بهذا التوزيع، ويقصد هنا بالتوزيع أي وضع الأرباح تحت تصرف المساهمين بحيث يكون لهم حق نهائي عليها ومن ثم لا يعني بالتوزيع القبض الفعلي للأرباح ولكن يعني ان يكون معداً للتفويض في أية لحظة دون عقبات.

واختلف الفقهاء حول أحقية المساهم في قبض الأرباح السورية التي وزعت بالمخالفة للقانون

١. راجع المادة ٣٦١ من قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م وتعديلاته " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار بحريني ولا تزيد على عشرة آلاف دينار بحريني أو بإحدى هاتين العقوبتين: هـ - كل عضو مجلس إدارة أو مدير أو مدقق حسابات وزع فوائد أو أرباحاً غير حقيقية أو بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو نظام الشركة أو صادق على توزيعها.

أو النظام الأساسي إذا كان المساهم قد قبضها بالفعل فهل يجوز استردادها؟

فقد اتجه رأي^(١) إلى أن المساهم يلزم برد الأرباح التي وزعت عليه سواء علم بصورتها أو لم يعلم بذلك حتى ولو تأسست على ميزانية ظاهرية قانونية وذلك لتخلف الأرباح المتحققة أصلاً وبالتالي لا فرق بين مساهم حسن النية أو سيئ النية فكلاهما مطالب برد قيمة الأرباح المقبوضة واستند هذا الرأي إلى نص المادة ١٨١ من القانون المدني المصري التي تنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده، وتطبيقاً لما سبق فإن المساهم في كلا الحالتين سواء حسن النية أم سيئ النية ملزم برد الأرباح المقبوضة، تأسيساً على أحكام الدفع غير المستحق في القواعد العامة في القانون المدني.

الجانب الآخر^(٢) يري أن المساهم إذا كان حسن النية فهو غير ملزم برد الأرباح التي قبضها ولو ثبت صورتها، لأنها أصبحت حقاً مكتسباً له وأنه لا يعلم بصورتها على الإطلاق وقت إعداد الميزانية وحتى قبضه لها لذلك لا يجوز لدائتي الشركة مطالبة هؤلاء المساهمين برد الأرباح، أما المساهم سيئ النية أي الذي يعلم مقدماً بصورية الأرباح فهو ملزم بردها وحجتهم في ذلك أنه يندر من الناحية العلمية مباشرة الرقابة على أعمال مجلس الإدارة إلا عن طريق مراجعة الميزانية فقط التي يحررها المجلس والتقارير المرفق بها إذ من الصعب على المساهم اكتشاف تلفيق الميزانية إذا كانت قد أعدت بهذه الصورة وبالتالي يكون مساهمًا حسن النية بعكس المساهم الذي علم بإعداد الميزانية التدلسية بأي صورة من الصور ويلزم برد الأرباح.

ونميل إلى الأخذ بالرأي الثاني أي يلزم المساهم برد الأرباح في كلا الحالتين سواء علم بصورتها أم لم يعلم استناداً إلى ما ورد بالمادة ٢/١٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني ”وإذا وزعت أرباح صورية يجوز لدائن الشركة مطالبة كل مساهم برد ما قبضه منها ولو كان حسن النية.

الفرع الثاني

رهن الأسهم

قيمة الأسهم وما تحققه من أرباح تدخل ضمن عناصر الذمة المالية للمساهم، والتي يمكن أن تقدم كضمان لدين برهنها. فقد نصت المادة ٧٦/٢ من قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩م على أنه: ”ومع ذلك يكون رهن الصكوك الاسمية كتابة بمقتضى تنازل يذكر على أنه على وجه الضمان ويؤشر به على الصك نفسه ويقيد في سجلات المؤسسة التي أصدرت الصك وتحدد مرتبة الدائن المرتهن من تاريخ ذلك القيد”

وفي قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م أشار صراحة إلى إمكانية رهن الأسهم استيفاء لدين في ذمة المساهم فنصت المادة ١٢٠ على أن ”.....

يجوز رهن الأسهم والشهادات المؤقتة وهبتها والتصرف فيها بأي تصرف آخر وتسري على التصرف أحكام المادة السابقة.

١. د / محسن شفيق - المرجع السابق ص ٦١٨، ٦١٩ بند ٦٨١.

٢. د / مصطفى كمال طه - جريمة توزيع الأرباح الصورية - مقال بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السابعة - العدد الأول يناير، مارس ١٩٦٣ ص ٨٤، ٨٥ بند ١١، ١٢.

يكون رهن الأسهم بأن يذكر على ظهرها بأنها مرهونة، وتحدد مرتبة الدائن المرتهن من تاريخ قيد الرهن في سجل الأسهم.

ويكون للدائن المرتهن قبض الأرباح واستعمال الحقوق المتصلة بالسهم ما لم يتفق في عقد الرهن على غير ذلك. وتم تعديل هذه المادة بموجب المادة ١١٩ من القانون ٥٠ لسنة ٢٠١٤ بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١م، ليتم رهن الأسهم في ضوء أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٦م واللوائح الصادرة تنفيذاً لأحكامه، بدلاً من الخضوع لقرار وزير التجارة والصناعة الوارد بالمادة ١١٩ من القانون ٢١ لسنة ٢٠٠١م، عند إجراء رهن الأسهم.

ونظراً لغياب النص التشريعي في مصر لتنظيم حقوق الدائن المرتهن، فقد اتجه الفقه المصري^(١) إلى أن حق الحضور بالجمعيات العامة والتصويت فيها يكون للمدين الراهن نظراً لأن هذه الحقوق تترتب على ملكية السهم وإذا ترتب الرهن على السهم انتقلت حيازته إلى الدائن المرتهن ولكن ينبغي عليه أن يمكن المساهم الراهن من مباشرة حقوقه المخولة له على السهم كحق الحضور في الجمعية العامة إذا طلبت الشركة للحضور إيداع الأسهم لديها قبل الاجتماع.

وعلى العكس في قانون الشركات البحريني فقد جاءت المادة ٣،٤/١٢٠، وحددت حقوق الدائن المرتهن فنصت على أن "ويكون للدائن المرتهن قبض الأرباح واستعمال الحقوق المتصلة بالسهم ما لم يتفق في عقد الرهن على غير ذلك، ومع ذلك لا يجوز للدائن المرتهن حضور الجمعية العامة أو الاشتراك في مداولاتها أو التصديق على قراراتها" أي أن الدائن باعتباره حائزاً للسهم يستطيع قبض الأرباح وناتج التصفية لأنها تدخل ضمن عناصر الرهن وفي حياة الدائن المرتهن، أي يمنع المساهم من الحصول على الأرباح طيلة فترة الرهن، فإذا حل ميعاد الاستحقاق وتم الوفاء بقيمة الدين عاد للمساهم الحق في قبض الأرباح مرة أخرى وإذا حل الأجل ولم يقم المدين بسداد الدين استطاع الدائن التنفيذ على الأسهم والأرباح وبيعها اقتضاء لدينه. وفيما عدا ذلك فللمساهم حق الحضور والتصويت فيها والحقوق المتصلة بها كمناقشة أعضاء مجلس الإدارة وغيرها من الحقوق.

الفرع الثالث

الحجز على الأسهم

قد يكون المساهم مديناً لشخص آخر ويحل ميعاد استحقاق الدين ولم يوف بدينه في خلال الأجل المحدد، فللدائن الحجز على أسهم مدينه حجزاً تحفظياً أو تنفيذياً، ويختلف الحجز على الأسهم بحسب ما إذا كانت أسهما اسمية أم لحامله. وقد نصت المادة ١١٩ من قانون الشركات البحريني الصادر بالقانون ٢١ لسنة ٢٠٠١م على أن "وللشركة أن توقف تسجيل تحويل الأسهم خلال المدة الواقعة بين تاريخ الدعوة لاجتماع الجمعية العامة وتاريخ انعقاد هذا الاجتماع.

ولها أن ترفض تسجيل التصرف في الأسهم في الأحوال الآتية:

١. د. محسن شفيق - المرجع السابق ص ٥٨٦ بند ٣٨٤، د. علي حسن يونس - المرجع السابق ص ٣٦٣ بند ٢٨٨.

أ- إذا كانت الأسهم مرهونة أو محجوزاً عليها بأمر من المحكمة.

فإذا كانت أسهماً لحامله: فالحجز يشمل الصك ذاته وعلى الدين الذي يمثله وذلك لاندماج الحق في الصك وعليه فإن الحجز على الأسهم يسري بشأنه القواعد المنظمة لحجز المنقولات المادية ومن ثم فإن الحجز على الصك نفسه يكفي لنزع حيازته من مالكة كما هو الحال بالنسبة لكل أنواع الحجز بالنسبة للمنقولات المادية.

وينبغي هنا التفرقة بين فرضين: - **الأول:** وجود الأسهم في حيازة مالكة فلا مشكلة من إتباع الحجز عن طريق إجراءات حجز المنقول لدي المدين.

الثاني: وجود الأسهم في حيازة الغير قد تكون على سبيل الأمانة أو بيد سمسار في هذه الحالة يتم الحجز بإتباع إجراءات حجز ما للمدين لدي الغير، ونظراً لانتقال السهم لحامله من يد إلي أخرى لذلك لا تتحقق الحكمة من الحجز إلا بالحجز على الصك نفسه لاندماج الحق في الصك ذاته كي لا يتمكن المدين من التصرف في أسهمه وبالتالي حرمان الدائن من اقتضاء دينه.

أما إذا كانت أسهماً اسمية: ف يتم الحجز عليها بإتباع الإجراءات المقررة لحجز ما للمدين لدي الغير باعتبار أن السهم والملوك للمدين في حيازة الغير وهي الشركة^(١) لذلك فإن طريق حجز المنقول عليها لا يكون مجدياً.

أما بالنسبة لأسهم الضمان والمقدمة من أعضاء مجلس الإدارة، فليس هناك ما يمنع من الحجز على هذه الأسهم خلال فترة حظر التداول وذلك لأن الحجز على هذه الأسهم لا يمنع أو يعوق مدير الشركة أو عضو مجلس الإدارة عن أداء أعماله كما أن التنفيذ عليها وبيعها لا يلحق ضرراً بالشركة.

أما بالنسبة للأسهم العينية: فلم يحدد المشرع سواء في مصر أو البحرين نوع الأسهم التي يمكن الحجز عليها لذلك فإن الحجز يقع على الحصة العينية بحسب نوعها فيما إذا كانت منقول أم عقار، وهنا أيضاً يستتبع الحجز عليها بحسب نوع الحصة، إلا أننا سوف نطوّم بحظر تداولها خلال مدة سنتين من تاريخ تأسيس الشركة طبقاً لنص المادة ١٢٣ من قانون الشركات البحريني الصادر بالقانون ٢١ لسنة ٢٠٠١م والتي نصت علي أن " لا يجوز لحملة الأسهم العينية أن يتصرفوا في أسهمهم إلا بعد مضي سنتين على تأسيس الشركة نهائياً ، ومع ذلك يجوز خلال هذه الفترة لورثة حامل الأسهم العينية في حالة وفاته أو أمين التفليسة في حالة إفلاسه التصرف في أسهمه" فهل يقف الحظر عقبه في سبيل الحجز عليها؟

يتجه الرأي الراجح^(٢) إلى قابليتها للحجز عليها تحفظياً، إلا أنه لا يتم بيعها إلا بعد انقضاء فترة حظر التداول.

الآثار المترتبة علي حجز الأسهم:

قيمة الأسهم وما تحقّقه من أرباح تدخل ضمن عناصر الذمة المالية للمساهم التي يمكن توقيع الحجز عليها اقتضاء لدين، لذلك فإن الحجز على الأسهم في مقر الشركة، إذا كانت اسمية، أو في حيازة المساهم إذا كانت لحاملها يترتب عليه منع المساهم من الحصول على الأرباح طيلة مدة الحجز لكونها أصبحت جزءاً من الذمة المالية للمساهم.

١. راجع المادة ٣٩٨، ٣٩٩ من قانون المرافعات المصري.

٢. د. يوسف صرخوة يعقوب - الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة - القانون الكويتي - رسالة دكتوراه ١٩٨٢ - جامعة القاهرة ص ٥٥.

وإذا كان الحجز على الأسهم يترتب عليه منع المساهم المدين من التعدي المادي عليها كإتلاف أو قانونيا كالبيع أو الهبة أو إجراء رهن عليه^(١) إلا أن الحجز لا يمنع المساهم من ممارسة حقوقه الأخرى بخلاف قبض الأرباح فالمساهم يمكنه بالرغم من عدم النص بممارسة حق التصويت وحضور اجتماعات الجمعية العامة وحق الأفضلية في الاكتتاب عند زيادة رأس المال وكافة الحقوق الأخرى التي يخولها السهم لصاحبه.

الفرع الرابع

أداء الشركة لالتزاماتها المالية

أولى المشرع المصري لدائتي الشركة اهتماماً خاصاً ضماناً لحقوقهم قبلها بنص في المادة ٣/١٩٨ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات على أنه ” يجب أن يتضمن اقتراح مجلس الإدارة بتوزيع الأرباح بيان مدي تأثير ذلك على أداء التزامات الشركة النقدية في مواعيدها وأن يؤيد ذلك برأي مراقب الحسابات ”. ونصت في المادة ١/٤٣ من قانون الشركات على أنه ” لا يجوز توزيع الأرباح إذا ترتب ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها في مواعيدها ”

فقد قيد المشرع الشركة عند توزيع الأرباح على المساهمين بالوفاء بما عليها من ديون أولاً لدائتيها فإذا قامت الشركة بالتوزيع بالمخالفة للنصوص السابقة فقد أجاز المشرع لدائتي الشركة اتخاذ إجراءات اللجوء إلي القضاء لإبطال قرار التوزيع يسأل أعضاء مجلس الإدارة بالتضامن قبل دائن الشركة في حدود ما تم صرفه من أرباح^(٢)، كما أعطي أيضاً لدائن الشركة الحق في الرجوع على المساهم سيئ النية الذي علم بالتوزيع المخالف للقانون وفي حدود ما تم توزيعه عليه^(٣)، وقصد المشرع مما سبق ضمان حقوق دائتي الشركة وأداء الشركة لديونها في مواعيدها وهو التزام بنص قانوني لا يجوز مخالفته وبالتالي إذا استغرقت ديون الشركة الأرباح فإن ذلك يمثل عقبة أمام المساهم في الحصول على الأرباح لحين استيفاء الشركة لديونها وهو منع مؤقت سرعان ما يعود للمساهم إذا ما تم الوفاء بديونها^(٤).

فالقاعدة هي التوزيع السنوي للأرباح على المساهمين ولكن قد توجد أسباب - عقبات تحول دون تمتع المساهم بهذا الحق إما لأنها ترجع إلى الشركة لكون الأرباح الموزعة صورية أو كون الشركة مدينة للغير فتلتزم قانوناً بأداء ديونها قبل التوزيع وإما لأسباب ترجع إلى المساهم نفسه وذلك إذا تم الحجز على أسهمه أو تم رهنها وفي جميع الأحوال تمثل عقبة تحول دون حصول المساهم على الأرباح إلا أنه من الملاحظ أن جميع هذه العقبات مؤقتة سرعان ما تنتهي ويعود للمساهم الحق في التمتع بالحصول على الأرباح.

١. د. فتحي والي - التنفيذ الجبري - طبعة ١٩٧٨ - القاهرة، ص ١٢١ بند ١٢٩
٢. د/ سميحة القليوبي - الشركات التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٨ م. ص ٦٨٥ بند ٤٥١. راجع نص المادة ١/٤٣ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١، المادة ١/١٩٩ من اللائحة التنفيذية.
٣. راجع المادة ٣/٤٣ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المادة ٢/١٩٩ من اللائحة التنفيذية.
٤. راجع في هذا المعنى د. فايز نعيم رضوان ، الشركات التجارية طبعة ١٩٩٤ جامعة المنصورة ص ٥٨٠.

المبحث الثاني

مصلحة الشركة في تكوين احتياطي كفيد علي حق المساهم المطلق في الأرباح

تمهيد:

حق المساهم في الحصول على الأرباح تعد من الحقوق الأساسية والتي يتمتع بها المساهم بل أهمها، وأن الحقوق الأساسية الأخرى ما هي إلا لخدمة هذا الحق، لذلك لا يجوز حرمانه منه إلا إذا وجد مانع يعوق المساهم للحصول على الأرباح سواء أكان راجعا إلى الشركة أو إلى المساهم وكما ذكرنا - فإنها موانع مؤقتة وسرعان ما يعود للمساهم الحق على الأرباح مرة أخرى.

كما كفل المشرع سواء المصري أو البحريني إجراءات حصول المساهم علي الأرباح وكفلها بحماية قانونية وجنائية وجعل من مسئولية أعضاء مجلس الإدارة إزاء التعسف لاستعمال سلطتهم وسيلة لحماية المساهم ضد هذه الممارسات، كما أعطي للمساهم استعمال دعوي الشركة إلي جانب دعواه الفردية إذا امتنعت الشركة عن الوفاء بالأرباح باللجوء إلي القضاء طالبا الحصول علي حقه في الأرباح، لأن حقه يتأكد بصدور قرار من الجمعية العامة، إلا أن هناك قيودا علي حق المساهم في الأرباح هو قيد مصلحة الشركة والذي يعبر به عن مجموع المصالح الفردية للمساهمين فمصلحة الشركة بتكوين احتياطات من أجل تمويل نشاط الشركة يعد قيودا علي حق المساهم في الحصول علي كامل الأرباح.

لذلك سنتناول من خلال هذا المبحث تحديد مفهوم مصلحة الشركة أولا ثم استخدام مصلحة الشركة في تكون احتياطات من أجل تمويل نشاط الشركة على النحو التالي:

المطلب الأول: تحديد مفهوم مصلحة الشركة.

المطلب الثاني: مصلحة الشركة في تكوين احتياطات من أجل تمويل نشاط الشركة.

المطلب الأول

تحديد مفهوم مصلحة الشركة

في تعريف مصلحة الشركة لم يتصد لها المشرع سواء في مصر أو البحرين بل ترك المجال للفقهاء والقضاء لتحديد هذا المفهوم محاولين إيجاد مفهوم محدد لمصلحة الشركة.

إلا أنه من الملفت للنظر أن المشرع المصري لم يشر إلى الاهتمام بمصلحة الشركة فبالرغم من أنه يندر وجود نصوص تستعمل هذا المصطلح إلا أن أغلبها نصوص جنائية الهدف منها هو حماية أموال وائتمان الشركات التي يستعملها مديرو أو أعضاء مجلس الإدارة، فقي التشريع المصري نجد أن المشرع تجاهل تجريم إساءة استعمال أموال الشركة بالرغم من الأهمية القصوى لهذا التجريم حفاظا على أموال الشركات وحماية الادخار العام والثقة بين المتعاملين مع هذه الشركات^(١).

وعلى الصعيد غير الجنائي نجد نصوص قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م أيضا

١. د / غنام محمد غنام - الحماية الجنائية للادخار العام - مكتبة الجلاء - المنصورة ١٩٩٤م - ص ١٢٣ - ١٢٨.

لم تشر صراحة الي تعريف لمصلحة الشركة وإنما من بين نصوص القانون ما يشير الي ذلك على سبيل المثال ما ورد بالمادة ٢١٥/١ من قانون الشركات البحريني والتي نصت علي أن ”مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية يقع باطلاً كل قرار يصدر عن الجمعية العامة بالمخالفة لأحكام القانون أو لعقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي ، ويجوز للمحكمة إبطال كل قرار يصدر لصالح فئة معينة من المساهمين أو بقصد الإضرار بهم أو لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو لغيرهم ، دون اعتبار لمصلحة الشركة، ولا يجوز رفع دعوى البطلان في هذه الحالة إلا من المساهمين الذين اعترضوا على القرار في محضر الجلسة أو تغيّبوا عن الحضور بعدر مقبول. ويجوز لوزارة التجارة والصناعة أن تنوب عنهم لطلب البطلان إذا تقدموا إليها بأسباب جديّة“

وفي القانون ٥٠ لسنة ٢٠١٤ بتعديل بعض أحكام قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م فقد نصت المادة ١٨ مكرر- أ على أن ” يكون المؤسس أو الشريك أو مالك رأس المال أو مدير الشركة أو عضو مجلس الإدارة في شركة المساهمة أو شركة المساهمة المقفلة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة الشخص الواحد - بحسب الأحوال-مسئولاً في جميع أمواله الخاصة عن أية أضرار تصيب الشركة أو الشركاء أو المساهمين أو الغير، في أي من الحالات الآتية:٤) إذا لم يفصل بين مصلحته الشخصية ومصلحة الشركة.“

وفي مصر فلم نجد أيضاً تعريفاً لمصلحة الشركة ولكنها أشارت أيضاً في مضمونها إلى الاهتمام بمصلحة الشركة. ففي نص المادة ٥٢١ من القانون المدني المصري نصت على أن” على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق ضرراً بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه وعليه أن يبذل من العناية في تدير مصالح الشركة ما يبذله في تدير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد.“

ويحلل الفقهاء ذلك بأن الشريك بصفة عامة عند دخوله الشركة تحت التكوين فإنه يقبل مقدماً بإرادته الفردية الخضوع للشروط الموضوعية بالعقد والخضوع لإرادة الأغلبية وأن هذا لم يعط إلا تحت شرط أساسي مشروع هو أن هذه الأغلبية السيادية تدلي بإرادتها والتي تؤسس على مصلحة الشركة وأن الأغلبية يفترض أنها تعمل لمصلحة الشركة وأن الشريك لم يدخل الشركة إلا بهذا الشرط^(١).

وفي القضاء المصري: فقد أشار الي مصلحة الشركة في العديد من أحكامه دون التعرض لوضع تعريف محدد لها. ففي حكم لمحكمة الاستئناف المختلط في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٦^(٢)والذي قضى بأنه إذا تعارضت مصلحة عضو مجلس الإدارة باعتباره شريكاً في مؤسسة تجارية ومصلحة الشركة فعليه أن يقدم استقالته أو يقطع صلته بهذه المؤسسة الأخرى فإذا استمر في وظيفته باسماً نفوذه كعضو في مجلس الإدارة على قراراته فإنه يرتكب خطأ في تنفيذ وکالته التي تلقاها من المساهمين مما يوجب مسئوليته^(٣).

وفي حكم آخر لمحكمة مصر التجارية المختلطة ٢٢ الصادر في مايو سنة ١٩٢٦ قضى بأن ”حق الجمعية العامة في عدم توزيع أرباح كلها لتكوين احتياطي - مقيّد بجديّة دواعي تكوين هذا الاحتياطي حتى لا يحرم المساهمون من هذا الربح.

١. راجع د / مصطفى كمال وصفي - القضاء المصري في شركات المساهمة طبعة ١٩٥٠ المادة ٢٩-٢٣

٢. راجع د / مصطفى كمال وصفي - المرجع السابق ص ٨١ بند ١٧.

٣. راجع د / مصطفى كمال وصفي - المرجع السابق ص ٨٤ بند ١٧٩.

وعلى كل فإن المشرع المصري أو البحريني أو في القضاء المصري بالرغم من عدم تعرضه لتحديد مفهوم مصلحة الشركة إلا أنه يمكن اعتبارها وسيلة فنية للحكم على صحة تصرفات أعضاء مجلس الإدارة وقرارات الجمعية العامة الصادرة بالأغلبية ورتب البطلان على القرار الصادر المخالف لمصلحة الشركة ويسبب ضرراً بالأقلية واعتبر القرار صحيحاً إذا كان في مصلحة الشركة باعتبارها المصلحة العامة لمجموع المساهمين.

ومن جماع ما سبق نرى أن التشريعات المصرية والبحرينية وأحكام القضاء لم تتعرض مباشرة إلى وضع تعريف محدد لمصلحة الشركة الأمر الذي تدخل معه الفقه محاولاً وضع تعريف لمصلحة الشركة نتاوله في الآتي: -

الفرع الأول: مصلحة الشركة تعبر عن مصلحة المشروع.
الفرع الثاني: مصلحة الشركة تعبر عن مصلحة الشركاء.

الفرع الأول

مصلحة الشركة تعبر عن مصلحة المشروع

يري أنصار هذا الرأي⁽¹⁾ أن مصلحة الشركة تعبير مصلحة المشروع وهو ما يعني وجود تشابه كامل بين كلتا المصلحتين، ويرون أنها لا تعني فقط أنها تحمي المساهمين قبل مساهمين آخرين ولكنها تدعو لأن تضمن حماية المشروع ذاته.

كما يرون أن القضاء تخلي عن النطاق القانوني الذي يمثل عقد الشركة إلى نطاق أكثر اتساعاً ولكنه مع ذلك أكثر غموضاً وهو المشروع واعتبر أن الشركة ما هي إلا مجموعة من الوسائل والآليات القانونية لإدارة مشروع الشركة، فالمشروع يعني الاستغلال الاقتصادي أي ينتج ويوزع السلع والخدمات كما يعني التوسع في نشاط الشركة، فالمشروع هو مفهوم أكثر اتساعاً ليعرض ويحلل ظاهرة مصلحة الشركة بمعنى أن المشروع ليس مخصصاً فقط لإنتاج السلع والخدمات ولكنها تعني أيضاً الإبداع الاقتصادي للتوسع في مشروع الشركة، وعليه فإن مصلحة الشركة هي السعي للإبداع الاقتصادي وأن أي تصرف يخالف هذه الوظيفة الاقتصادية أو الإبداع الاقتصادي يعد تصرفاً مخالفاً لمصلحة الشركة فمصلحة الشركة يخدمها التنظيم الاقتصادي - المشروع - والذي يضمن بقاء النشاط الاقتصادي .

فإذا كانت وظيفة المشروع وظيفية اقتصادية - بالإنتاج والتوزيع والإبداع الاقتصادي فإن مصلحة الشركة هي استمرارية وتقدم الإبداع الاقتصادي للمشروع واستمرار النشاط الاقتصادي للشركة لا يتحقق إلا بتمويل مشروع الشركة، ويرون أن وسيلة التمويل الذاتي والتي تتحقق بتكوين احتياطات اختيارية إلى جانب الاحتياطات القانونية والنظامية والذي يتم بالافتتاح من الأرباح القابلة للتوزيع سنوياً، وهو بلا شك سيعارض رغبة المساهمين في الحصول على الأرباح سنوياً إذ أن تكوين الاحتياطي يؤثر على نصيبه في الأرباح فلا شك لوجود تعارض بين المصلحتين - مصلحة المساهم ومصلحة الشركة ويميل الفقه والقضاء إلى ترجيح مصلحة الشركة بشرط ألا يؤدي تكوين الاحتياطي إلى الحرمان الكلي للمساهم من

1. G. Souci. L'intérêt Social dans le droit français Thèse. Lyon 1974. P. 235. No. 240
J. Paillusseau - la Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967.p 197.

الحق في الأرباح باعتباره أحد الحقوق السياسية التي لا يجوز حرمانه منه بتكوين احتياطي على اعتبار علاقتهم بالشركة علاقة قوية تتمثل في التوجيه والإدارة وأصحاب القرار بالجمعية العامة فهم يتمسكون بالمصلحة العليا بالشركة ويرون أن تكوين الاحتياطي مُبرره مصلحة المشروع.

كما يري بعض الفقه وعلي رأسهم Jean Paillusseau⁽¹⁾ أنه إذا كان هدف الشركة قاصراً علي تحقيق الأرباح التي تخصص لأن توزع بين المساهمين فالتطبيق المشدد لهذا المبدأ يؤدي إلي نفي المشروع ذاته ، لأن تكوين الاحتياطي إجراء صحيح والتمويل الذاتي يصبح الطريقة العادية والمهمة لتمويل المشروعات وهو إجراء ييسر السياسة المالية للشركات والتي تخصص لإنجاح المشروعات وهي تعني بالضرورة تقدير مصلحة الشركة وبهذا الاستدلال يصل في الواقع ليرجح المصلحة العليا في المشروع علي مصلحة الشركاء والتي تبرر تضحية المساهمين تنازلهم عن جزء من حقهم علي الأرباح علي أمل حدوث أرباح مستقبلة أكثر ارتفاعاً .

ومن هنا وحسب هذا الرأي: فإن تكوين الاحتياطي بالاقتطاع على الأرباح ينبغي أن يطابق المصلحة الاقتصادية للمشروع - بالاحتياطات الممولة ذات الأهمية والتي تسمح بالاستغلال الاقتصادي للمشروع مع المصلحة العليا في الشركة.

-المشروع مركز المصالح المتعددة: -

يقدم أنصار هذا الرأي دليلاً آخر⁽²⁾ هو أن المشروع الاقتصادي للشركة يمثل التقاء لمجموعة من المصالح، كمصالح أصحاب حصص رأس المال والعمال والخبراء ومصالح الأشخاص الذين يرتبطون بالمشروع كالموردين العملاء الدولة " فالمشروع باعتباره عنصراً اقتصادياً مستقلاً في الشركة تبعاً لأغراضه الخاصة يتميز بصفة خاصة عن أي من المصالح السابقة والمرتبطة به تضمن نجاح المشروع واستمراره تطبق مع المصلحة العامة المشتركة في المشروع وينكر أصحاب هذا الرأي بأن مصلحة المشروع لم تتشأ أو توجد من مختلف المصالح التي توجد فيه.

الفرع الثاني

مصلحة الشركة تعبر عن مصلحة الشركاء

ييري أنصار هذا الاتجاه⁽³⁾ أن مصلحة الشركة ما هي إلا تعبير عن مصلحة الشركاء لأنها هي التي يمكن أن تتحقق داخل الشركة، وهو ما يؤكد أفضلية تقدم الأشخاص الطبيعية في الشركة بالرغم من وجود ما يسمى بحاجز الشخصية المعنوية في الشركة فإن مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء المكونين لها.

ودليلهم في ذلك أنه طبقاً للقواعد القانونية فإن الأفراد ينشئون ويديرون الأشخاص المعنوية والشخص المعنوي ينبغي أن يبقى كوسيلة لخدمة الهدف فهو سلسلة من القواعد القانونية تيسر وتسهل سير النشاط العادي لخدمة هدف هؤلاء الأفراد المكونين له .

فالشخصية المعنوية لا تظهر للفرد العادي ولا توجد إلا بهؤلاء الأفراد - الأشخاص الطبيعية

1. G. Souci. Op. Cit. P. 237 No. 242. G. Souci. Op. Cité. P. 279. No. 290
2. J. Paillusseau Op. Cite. P. 196
3. G. Souci OP. Cite P. 288 NO. 299

- ولا وجود لهم إلا بهذه الشخصية المعنوية، وبهذا الاستدلال يؤكدون وجود مصلحة الشركة وأنها لا تتفصل عن شخصية الشركاء.

وينتقد بشدة أصحاب هذا الرأي ربط مصلحة الشركة بالشخصية المعنوية فالشركاء يستطيعون التعبير عن إرادتهم والاستعلام عن مصالحهم وفي داخل الجمعيات العمومية حيث تسود قاعدة الأغلبية في شركات الأموال بالنسبة للقرارات ذات الأهمية في الشركة باعتبار أن الأغلبية تعمل في مصلحة الشركة وتعبّر عن إرادة جميع المساهمين.

ونظرا لتعذر العمل بقانون الإجماع في شركات المساهمة لكثرة عدد الشركاء فيها - في حين أن الأشخاص المعنوية لا تستطيع التعبير عن إرادتها - والشركات كالأشخاص الاعتبارية الأخرى لا تعبر عن إرادتها أو تتصرف إلا بتدخل الأشخاص الطبيعية.

وعلى هذا فإن مصلحة الشركة هي مصلحة مجموع الشركاء أو بتعبير أدق مصلحة أغلبية الشركاء باعتبار أن الأغلبية تجسد مصلحة الشركة ويفترض أنها تعمل في مصلحة الشركاء جميعا وعدم التعسف في استعمال سلطتها للإضرار بالغير سواء أقلية المساهمين أو الدائنين.

ويستندون أيضا أن الشركاء عند تكوينهم الشركة هدفهم الأساسي هو تحقيق الأرباح وتوزيعها سنويا بنسبة الحصص المقدمة منهم وهو ما تنص عليه المادة ١٨٢٢ من التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة ١٩٨٥م^١

١- تنشأ الشركة من شخصين أو أكثر يتفقون بعقد فيما بينهم بتخصيص لمشروع مشترك أموال أو عمل بغرض تقسيم الأرباح أو تحقيق وفر اقتصادي ينتج عنه.

٢- يجوز إنشاؤها في الحالات الواردة في القانون بعمل إرادي من شخص واحد يتعهد الشركاء بالمساهمة في الخسارة.

فهدف الشركة هو تحقيق الربح باعتباره الغرض الذي قامت من أجله الشركة وركنها الأساسي وأنها لم تنشأ إلا لتحقيق هذا الهدف فمصلحة الشركة هو الاستمرار لتحقيق الهدف الشرعي عن طريق إمدادها بالأموال الضرورية لتسييرها ويدركون تماما أن تسيير نشاطها سوف يزيد من ذمهم المالية بزيادة قيمة الأرباح والشركة باعتبار أن هدفها هو تحقيق الربح إذا فيوجد تطابق بين مصلحة الشركاء والمصلحة العليا في الشركة.

تقديم مصلحة الشركة عن مصلحة الشركاء:

فإنه وإن كانت الأغلبية في الشركة يفترض أنها تعمل لمصلحة الشركة فإذا رأت أن مصلحة الشركة هو عدم توزيع الأرباح فإن قرارها يكون سليما غير قابل للطعن فيه طالما أنه لا يضر بالأقلية أو أنها تستعمل سلطتها للإضرار بالأقلية فيوجد إذا تطابق بين مصلحة الشركاء والمتمثلة في الأغلبية ومصلحة الشركة ولكن يوقف هذا التطابق إذا ثبت أن الأغلبية تعمل ضد مصلحة الشركة وتتفصل عندئذ المصلحتان ويظهر ذلك عندما تكون قرارات الأغلبية تمثل بقرارها اعتداء على الذمة المالية للشركة الذي يرتب خسائر أو مخاطر ينعكس تلقائيا على الذمة المالية لجميع الشركاء فاحترام مصلحة الشركة يبدأ من احترام الذمة المالية للشركة وأي خسارة في الذمة المالية للشركة يتأثر بها ويتحملها الشركاء في ذمتهم المالية، ولكن قد يحدث فجأة انفصال بين كلتا المصلحتين لتسمو مصلحة الشركة على مصلحة الشركاء^(١) وينشأ هذا الانفصال عندما تتعسف الأغلبية بسلطتها في إصدار قرارات تتعارض مع مصلحة الشركة، فالتعسف يوقف التطابق كما ذكرنا ويجعل مصلحة الشركة متميزة عن

1. G. Souci. Op. Cit. P 289 No. 301.

مصلحة الشركاء وصور التعسف عديدة ، كالتعسف في الأموال أو أئتمانها أو التعسف بصفة عامة في الحق أو إساءة استعمال السلطة.

ويري أنصار هذا الرأي بأنه عندما يتقدم مفهوم مصلحة الشركة على مصلحة الشركاء فإن مصلحة الشركة تصبح كاشفة للتعسف فعند ظهور التعسف يمكننا بسهولة إثبات أن مصلحة الشركة هي المصلحة العليا التي تلو مصالح الشركاء لحين إزالة العارض المؤقت وهو التعسف وبإزالتة ينتهي العارض ليعود التطابق بين المصلحتين. ويرون أيضا أن التعسف الذي يحقق التفاوت بين المصلحتين لا بد وان يجتمع فيه ثلاثة عناصر:

١ - التصرف المخالف لمصلحة الشركة.

٢-إرادة الحصول علي ميزه شخصية.

٣- الضرر الذي يصيب الأقلية.

وعلي القاضي أن يتأكد من توافر عناصر التعسف لتسمو مصلحة الشركة على مصلحة مجموع المساهمين إلى أن يزول التعسف فيعود التطابق مرة أخرى واعتبروا أن مصلحة الشركة ما هي إلا كاشف للتعسف ففي كل مرة يمكن فيها إثبات أن مصلحة الشركة هي العليا على مصلحة الشركاء يظهر عندئذ التعسف ويرون أيضا أن الإخلال بالمساواة بين المساهمين يمثل عنصراً كاشفاً للتعسف.

-مصلحة الشركة والمساواة بين المساهمين:

المساواة هنا تعني حسب رأي الفقيه G. Souci^(١)التساوي في الحصول على المزايا، أي المساواة أمام المزايا في الشركة، كالأرباح المتحققة بالشركة إذا بصفة عامة أن نية المشاركة هي عنصر أساسي في عقد الشركة تتضمن أيضا فكرة المساواة بين الشركاء وأن الإخلال بالمساواة يعني أيضا إنكارا لنية المشاركة، وأن التعسف في الشركة سواء تعسف في الأموال أو السلطات أو التصويت يعد مؤشرا على الإخلال بالمساواة بين المساهمين أصحاب حصص رأس المال والذي يسمح بأن يبطل قرارات الجمعية العامة.

وقانون الأغلبية لم يشمل في ذاته الإخلال بالمساواة بين المساهمين - فالأغلبية في الواقع هي التي تحكم الشركة وينبغي عليها عندما تستعمل قانون الأغلبية وبمالتها من سلطات الجمعية العامة أن تحترم حقوق الأقلية والتساوي أمام المزايا والحقوق التي لهم، فتوزيع أرباح على بعض المساهمين دون البعض الآخر يعد إخلالا بالمساواة، وكذلك تعطيل تصويت بعض المساهمين دون البعض الآخر يعد أيضا إخلالا بالمساواة الذي يؤدي إلى التعسف في استعمال السلطة.

المطلب الثاني

مصلحة الشركة في تكوين إحتياطات من أجل تمويل نشاط الشركة

تمهيد: إزاء انقسام الفقه حول تحديد مفهوم مصلحة الشركة يمكن الاستناد إليه ككيان قانوني حقيقي فكل فريق يري مفهوماً لمصلحة الشركة من وجهة نظره ويقدم التبرير الذي

1. G. Souci.Op. cit. P. 310 No. 32

يؤيد رأيه فقد انقسم الفقهاء إلى رأيين أساسيين، فالأول يري أن مصلحة الشركة هي مصلحة المشروع وينبغي على الشركة استعمال كافة الوسائل الممكنة لازدهار المشروع.

والاتجاه الثاني يري أن مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء وبالتالي يكرس نشاط الشركة سواء التجاري أو الصناعي نحو تحقيق مصلحة هؤلاء الشركاء أي يتحقق الاختلاط بين غايات مصلحة الشركة وغايات الشركاء، أما الاتجاه الأول فتفصل غايات المساهمين عن غاية الشركة.

-إلا أنه بفعل التطورات الاقتصادية المتلاحقة فلم تعد تنحصر الشركة في الدلالة على تنظيم خاص بمقدمي الأموال لاقتسام ما ينشأ من مساهمتهم من ربح وإنما أصبحت الشركة مجموعة من القواعد والآليات القانونية التي تنظم سير المشروع في صورة هيئة اقتصادية أصبحت الشركة تتفق في شكلها الاقتصادي مع المشروع. ومن هنا فإن مصلحة المشروع تستند إلى العديد من القواعد والآليات القانونية التي تحكم سير الشركة فبسبب وجود الهيئات الإدارية بالشركة توفير الحياة بالمشروع وازدهاره.

ويميل أغلبية الفقهاء⁽¹⁾ إلى الأخذ بالاتجاه الأول باعتبار أن الشركة مجموعة من القواعد القانونية المنظمة لسير المشروع وتحقيق هدفه الاقتصادي، وبالتالي ترتبط مصلحة الشركة بمصلحة المشروع فالقواعد القانونية المستخدمة لإنجاح مشروع الشركة تمويل نشاطها عن طريق تكوين احتياطات بها بالاقطاع المنظم بالقواعد القانونية أو النظامية سواء لتمويل رأس مالها أو التوسع في مشروع الشركة الأمر الذي يؤثر بشكل مباشر في حصول المساهم على نصيبه الكامل من الأرباح تحقيقاً لمصلحة الشركة التي تمثل مصلحة المشروع وهو الحصول على التمويل اللازم، لذلك فإن مصلحة الشركة في تكوين الاحتياطات من أجل التمويل تعد قيدا في حصول المساهم على نصيبه الكامل من الأرباح.

لذلك سوف نتناول من خلال هذا المطلب:

الفرع الأول: التمويل الذاتي للشركة

الفرع الثاني: تكوين الإحتياطات ومصلحة الشركة.

الفرع الأول

التمويل الذاتي للشركة

تعرض الشركة أحيانا للخسارة في إحدى السنوات المالية فينبغي عليها أن تتبع إحدى الطرق، لجبر الخسارة إما أن تلجأ إلى تخفيض رأس مالها بقدر الخسارة التي تحققت أو أن تمتنع عن توزيع أرباح في السنوات التالية، وأحيانا تلجأ الشركة إلى وسيلة أخرى خارجها بالاقتراض من المصارف أو أن تلجأ إلى طرح أسهم جديدة بزيادة رأس مالها النقدي والشركة لها الخيار بين هذه الطرق جميعا.

إلا أن لجوء الشركة مثلا إلى إصدار أسهم جديدة قد يسبب بعض الاضطرابات بالشركة فقد يؤدي إلى احتكار المساهمين القدامى لإمور الشركة على حساب المساهمين الجدد بسبب أعمال قاعدة الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة، كذلك فإنه في المراحل الاقتصادية الصعبة التي تمر بها الشركة فمن الصعوبة اكتتاب المساهمين في أسهمها في تلك المرحلة أو

1. J. Pillusseau, Op. Cité. P 4.

الاقبال عليها أي في مرحلة هبوط تلحق الشركة .

كذلك قد تؤدي هذه الطريقة إلى انخفاض حصة الأرباح مستقبلاً لأن أصحاب الحق في الأرباح أصبحوا أكثر عدداً .

أما لجوء الشركة إلى الاقتراض من المصارف قد يحقق لها ميزة التعويض النقدي الذي يلحق برأس المال أو يحقق لها التوسع في مشروع الشركة إلا أن الشركة تواجه مشكلة أكبر وهي الفائدة المبالغ فيها من جانب المصارف ويترتب على ذلك عجز الشركة مالياً عن سداد الفوائد المركبة بالإضافة إلى قيمة القرض⁽¹⁾ .

لعل أنجح هذه الوسائل جميعاً تمويل الشركة بالاحتياطي المتكون بالشركة أو المستقطع مستقبلاً التي تلجأ إليها لقلّة خطورتها وتسمى بعملية التمويل الذاتي، فهو يقدم مزايا عديدة لا يمكن إنكارها، فهو لا يسبب عبئاً مالياً على الشركة بمساعدة أرباحها الخاصة كذلك يحقق ميزة احتفاظ الشركة باستقلالها، وعلى ذلك تحقق وسيلة التمويل الذاتي الطريقة العملية الأكثر شيوعاً بين أغلبية الشركات .

ويعرف التمويل الذاتي بأنه ” إمكانية الشركة لتمويل نفسها بنفسها من خلال نشاطها، أو بأنه تدفقات الأموال المتأتية من عمليات المؤسسة (ماعدات التمويل الخارجي) وإعادة توظيفها إذن فهذه القيمة تعبر عن قدرة المؤسسة على تمويل نفسها بنفسها من خلال التدفق النقدي الصافي .

والتمويل الذاتي بالمقابل مع ذلك في الشركات الكبرى فهو يمثل عاملاً ضرورياً للتجمع الاقتصادي لأنه يسمح سواء بالتوسع في المشروع أو سواء بالرقابة على المشروعات الأخرى الصغيرة بشراء صكوكها ، ومن جهة أخرى فإن زيادة رأس مال الشركة بجس الأرباح عن التوزيع يزيد من القيمة الإجمالية لصافي أصول الشركة عن الخصوم وتبعاً لذلك يزيد من يسار المشروع يمكنه من الحصول على القروض أو الحصول على ائتمان البنوك المختلفة ، بالإضافة إلى ارتفاع قيمة أسهم الشركة وتسهل من عملية الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة عندما تطرح أسهم جديدة للاكتتاب .

كذلك ينبغي ملاحظة أن التطور الاقتصادي لشركة المساهمة يعد السبب الرئيسي في تغير سياسة المشرع تجاه الشركة ، فالقاعدة أن الأرباح توزع بالكامل على الشركاء دون اقتطاع أي جزء منها طبقاً للقواعد العامة، ذلك لأنه يعد الغرض الرئيسي من قيام الشركة وهو اقتسام الأرباح المتحققة بالشركة إلا أن المشرع اتجه نحو حماية مصلحة الشركة قبل اهتمامه بحماية مصلحة الشركاء وذلك بسبب تعلق مصالح أخرى بها غير الشركاء ، فقد اهتم المشرع بنصوص صريحة إلى منح الشركة الحق في الاقتطاع بجزء من الأرباح الصافية القابلة للتوزيع سواء كانت ظاهرة أو مستترة بهدف نمو وتطور الشركة أو ملاحقة الخسارة بشرط أن تكون مطابقة لمصلحة الشركة ، وتمثل الاحتياطيات الوسيلة الوحيدة لاكتسابها القدرة المالية لتمويل مشروعاتها بالإضافة إلى إكسابها القدرة في المحافظة على استقلالها، ولأهمية الاحتياطي في الشركة والذي يعتمد عليه فقد شجع المشرع الشركات بتكوين احتياطيات سواء نظامية أو غير نظامية - بخلاف إلزام المشرع الشركة بتكوين الاحتياطي القانوني .

والاحتياطي عبارة عن أرباح غير موزعة تستقطع من الأرباح الصافية قبل إجراء توزيعه على

1. G. Souci. Op. Cit. P. 237 No. 242.

المساهمين وأيا كان نوع الاحتياطي فهي تحقق ذات الهدف.

الفرع الثاني

تكوين الاحتياطيات ومصلحة الشركة

إذا كانت مصلحة الشركة والتي أولها المشرع اهتماماً تعلق مصلحة المساهمين وأن مصلحة الشركة في تكوين الاحتياطي يمثل إحدى صورها ليمكنها من ملاحقة الخسائر التي قد تلحق برأس المال تحقيقاً لمبدأ ثبات رأس المال أو لتطوير المشروع الاقتصادي بالشركة، وباعتبار أن تكوين الاحتياطي يحقق أفضل وسيلة للشركة لتمويل رأس مالها لما له من مزايا عديدة لا تحققها وسيلة أخرى للتمويل.

وكما أسلفنا بأن الشركة ما هي إلا آلية أو مجموعة من القواعد القانونية التي تخدم المشروع الاقتصادي، فلذلك يحيا المشروع اقتصادياً فلا بد من آلية قانونية تحقق له التمويل وهو ما أشار إليه المشرع سواء المصري أو البحريني سواء بالإلزام أم بالاختيار لتكوين احتياطيات بالشركة باعتبارها أنسب الوسائل لتمويل الشركة، ولكن لا يعني الاهتمام بمصلحة الشركة بتكوين احتياطي انعدام مصلحة المساهمين الشركاء فتكوين الاحتياطي تفيد الشركة بالدرجة الأولى ولكن من جانب آخر يؤثر علي حق المساهم في الحصول علي الأرباح والذي يمثل أحد الحقوق الأساسية فلا يجوز إيراد قيود عليه تصل إلي حد منع المساهم من الحصول علي نصيبه من الأرباح الصافية، فالقاعدة هو توزيع الأرباح وليس تجميدها في صورة احتياطيات وأن الاقتطاع من الأرباح يمثل الاستثناء لذلك لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه .

الاحتياطي القانوني:

فإذا ما تعلق الأمر بنص قانوني يفيد الاقتطاع بنسبة معينة من الأرباح فلا يتأذى المساهم من ذلك بحرمانه بجزء من الأرباح إذا الأمر يتعلق بنص قانوني، فطبقاً لقانون الشركات المصري ١٥٩ سنة ١٩٨١م بنص المادة ٢/٤٠ من القانون على أنه يجنب مجلس الإدارة من صافي الأرباح المشار إليها في الفقرة السابقة جزء على عشرين على الأقل لتكوين احتياطي قانوني، ويجوز للجمعية العامة وقف تجنيب هذا الاحتياطي إذا بلغ ما يساوي نصف رأس المال ”.

وهو نفس ما ورد بنص المادة ٢٢٤/١ من قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م وتعديلاته فقد نصت على أن ” وتتص المادة (٢٢٤) من قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م يقتطع سنوياً ١٠٪ من الأرباح الصافية، يخصص لحساب الاحتياطي الإجمالي (القانوني) ما لم يحدد النظام الأساسي نسبة أكبر. ويجوز إيقاف هذا الاستقطاع إذا بلغ الاحتياطي ٥٠٪ من رأس المال المدفوع، ما لم ينص نظام الشركة على نسبة أكبر، على أنه إذا قل الاحتياطي الإجمالي عن النسبة المذكورة، وجب إعادة الاستقطاع حتى يصل الاحتياطي الى تلك النسبة. ولا يجوز توزيع الاحتياطي الإجمالي على المساهمين، وإنما يجوز استعماله لتأمين توزيع أرباح على المساهمين لا تزيد على ٥٪ من رأس المال المدفوع في السنوات التي لا تسمح فيها أرباح الشركة بتأمين هذا الحد. ويجوز بموافقة الجمعية العامة توزيع نسبة من الأرباح الصافية التي تحققها الشركة نتيجة بيع أصل من الأصول الثابتة أو التعويض عنه بشرط ألا يترتب على ذلك عدم تمكين الشركة من إعادة أصولها إلى ما كانت عليه أو شراء أصول ثابتة جديدة.

“ولكن ليس معني ذلك أن الاقتطاع يظل سنوياً وبصفة مستمرة علي حساب الأرباح

فالمشرع سواء المصري أو البحريني، وضع حداً أقصى لحجم هذا الاحتياطي وهو ما يساوي نصف رأس المال لذلك لا يتصور تعسف من جانب الشركة إذا التزمت بما ورد بالقانون فقد نصت المادة ٢/٢٢٤ من ذات القانون على أن ” ويجوز إيقاف هذا الاستقطاع تلقائياً إذا بلغ الاحتياطي ٥٠٪ من رأس المال المدفوع ، ما لم ينص نظام الشركة على نسبة أكبر ، على أنه إذا قل الاحتياطي الإجباري عن النسبة المذكورة، وجب إعادة الاستقطاع حتى يصل الاحتياطي الى تلك النسبة، وهي نفس النسبة التي ذكرتها المادة ٢/٤٠ من قانون الشركات المصري ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، أما إذا تجاوزت هذا الحد فإن ذلك يعد تعسفاً من جانبها ويحق لكل مساهم مطالبة الشركة بهذا الجزء قضاء، إذا غاب مبرر الاقتطاع، بالإضافة إلى التعويض باعتبار أن تجاوز تكوين الاحتياطي يمثل اعتداءً علي حق المساهم في الأرباح.

والاحتياطي القانوني يدخل ضمن الاحتياطيات الظاهرة، أي تلك التي تظهر بالميزانية والتي تعدها الشركة سنوياً وتظهر في جانب الخصوم الجديدة، ولا يجوز توزيعه على المساهمين إلا عند تصفية الشركة، ويأخذ حكم رأس المال والذي يدخل ضمن الضمان العام لدائن الشركة ويعد الاحتياطي القانوني بمثابة أرباح مدخرة تحتفظ به الشركة طيلة حياتها إذا لم تستخدمه، ويتم توزيعه على الشركاء عند إجراء تصفية للشركة.

الاحتياطي النظامي:

فهو لا يتأتى بنص في القانون وإنما بنص في النظام الأساسي للشركة، فالمؤسسون في الشركة قد يرون عدم كفاية الاحتياطي القانوني تجاه الدائنين أو الشركة وأنه من الأفضل تكوين احتياطي آخر إلي جانب الاحتياطي القانوني، وهو الاحتياطي النظامي سواء ترتب بنص في النظام الأساسي عند تأسيس الشركة أو أثناء حياتها بتعديل النظام الأساسي بموجب قرار من الجمعية العامة غير العادية، والتعسف أيضاً غير متوقع من جانب الشركة عند تكوين الاحتياطي النظامي، لأن المساهم بدخوله الشركة سواء عند بداية التأسيس أو في مرحلة لاحقة يفترض علمه بما ورد بالنظام الأساسي ويقبله بدخوله الشركة، و ههنا يلزم النص بالنظام الأساسي علي الحد الأقصى الذي يجب اقتطاعه من الأرباح الصافية لتكوين الاحتياطي النظامي ويأخذ حكم رأس المال ولا يجوز توزيعه علي المساهمين وتحتفظ به الشركة طيلة حياتها .

تكوين الاحتياطي الاختياري ومصحة الشركة:

أجاز المشرع سواء في مصر أو البحرين للشركة تكوين احتياطيات أخرى تري الشركة ضرورة الحاجة إليها، فطبقاً لنص المادة ٥/٤٠ من قانون الشركات المصري ١٥٩ لسنة ١٩٨١م وتعديلاته أجاز للجمعية العامة بناء على اقتراح مجلس الإدارة تكوين احتياطيات أخرى، والملاحظ أن المشرع المصري لم يحدد نوع الاحتياطيات الأخرى التي يجوز للشركة الي جانب الاحتياطي القانوني، بعكس المشرع البحريني، فقد نصت المادة (٢٢٥) ” من قانون الشركات البحريني بأنه ” يجوز للجمعية العامة، بناء على اقتراح مجلس الإدارة، أن تقرر سنوياً اقتطاع جزء من الأرباح الصافية لحساب الاحتياطي الاختياري. ويستعمل الاحتياطي الاختياري لاستهلاك موجودات الشركة أو التعويض عن نزول قيمتها أو في الوجوه التي تقررها الجمعية العامة.

فإذا كان للجمعية العامة الحق في عدم توزيع الأرباح كلها على المساهمين فينبغي أن يكون قرارها مؤيداً لمصلحة الشركة ويجب علي القاضي الرجوع إلى الاجتماع بالجمعية العامة للتأكد من أن قرار الجمعية العامة تبرره مصلحة الشركة أو في غير مصلحة الشركة.

وما إذا كان هناك تعسف في استعمال السلطة^(١)، ذلك أن هذه السلطة في تكوين الاحتياطي لا توجد إلا في مصلحة الشركة ولأجل هذه المصلحة، فقد قيد الفقه تكوين هذه الاحتياطيات بمصلحة الشركة لذلك لا يتصور قيام التعسف إلا بمناسبة تكوين هذه الاحتياطيات فقد لا تكون الشركة بحاجة إلى تكوينها اكتفاء بالاحتياطيات الأخرى القانونية أو النظامية.

ولكن تكوين احتياطي اختياري ينبغي أن يكون مبررا بمصلحة الشركة، ذلك أنه بتطور الفكر القانوني في مسألة الشركات وضرورة إيجاد إدارة حسنة فقد توسع المشرع البحريني في سلطات الجمعية العامة ابتداء من قانون الشركات الصادر عام ١٩٧٥م وحتى القانون الحالي ٢١ لسنة ٢٠٠١م عن طريق الأغلبية بها في تكوين الاحتياطيات باعتبار أن الأغلبية من سلطات الإدارة بالشركة.

وفي نفس الاتجاه المصري في العديد من الأحكام ففي حكم صادر من محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١^(٢) بأنه إذا نص القانون النظامي على تخصيص مبلغ معين من الربح لتكوين احتياطي قبل التوزيع فلا يجوز للجمعية العامة أن تقرر تخصيص مبلغ أو مبالغ أخرى من الأرباح لتكوين احتياطي دون مبرر أو ضرورة.

وفي حكم آخر صادر من محكمة مصر التجارية المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٢٦^(٣)م جاء فيه أنه إذا كان للجمعية العامة بالشركة ألا توزع الأرباح كلها لتكوين احتياطي فلا يكون هناك داع لتكوين هذا الاحتياطي في حدود ما يتطلبه الحرص العادي حتى لا يحرم المساهمون من الربح.

فالقضاء وازن بين حقين الأول حق الشركة في تكوين احتياطي والثاني حق المساهم في الحصول على الأرباح، فإذا وجد المبرر لتكوين احتياطي اختياري، كان ذلك متفقا مع مصلحتها والتي تعلق مصلحة الشركاء المكونين لها وبالعكس إذا انتفى المبرر فلا حاجة إلى تكوين احتياطي اختياري، وينبغي توزيع كامل الأرباح على المساهمين^(٤) وإذا صدر قرار من الجمعية العامة بالشركة بتكوين هذا الاحتياطي بالرغم من عدم الحاجة إليه يعد ذلك تعسفا من جانب الأغلبية ويبطل قرارها ولكل مساهم الحق في استعمال الدعوى الفردية أو دعوى الشركة للمطالبة بتوزيع الأرباح أو جزء من الأرباح الذي تم تكوين احتياطي به بالإضافة إلى حق المساهم في التعويض على أساس الضرر الذي أصابه من جراء عدم توزيع الأرباح والذي يمثل اعتداء على أحد حقوقه الأساسية وهو الحق في الأرباح، وتمثل دعوى الشركة آلية قانونية لحماية المساهمين من تعسف أعضاء مجلس الإدارة، أي التي تقيمها الشركة ضد هؤلاء في حال التعسف بعدم تنفيذ قرار الجمعية العامة بتوزيع أرباح أو التباطؤ أو التوزيع على نحو غير ما نص عليه قرار التوزيع بعد الحصول برفع الدعوى من الجمعية العامة لذلك، وأجاز المشرع في المادة ١٨٧(أ)٢ من القانون ٥٠ لسنة ٢٠١٤م بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية الصادر بالمرسوم ٢١ لسنة ٢٠٠١م، للمساهم برفع دعوى المسؤولية في حال

١. G. Ripert et R. Roblet, Traité de Droit commercial, Paris, librairie générale de droit et de Jurisprudence 1989 P. 1077. No. 1507

٢. راجع د / مصطفى كمال وصفي - القضاء المصري في شركات المساهمة طبعة ١٩٥٠ رقم ٩١.

٣. راجع د / مصطفى كمال وصفي - القضاء المصري في شركات المساهمة طبعة ١٩٥٠ رقم ٩١.

٤. د. على حسن يونس - الشركات التجارية - (الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة والتوصية بالأسهم) - الناشر - مطبعة أبناء وهبه حسان - القاهرة ١٩٩٠. ص ٥٢٦ بند ٤١٨.

تقاعس الشركة عن تحريك تلك الدعوى^(١).

الإحتياطي المستتر أو السري

وتتميز الإحتياطيات السرية في رأي المؤيدين بالمزايا التالية:

- ١- إن الإحتياطي السري يعمل على تدعيم القوة المالية للشركة ويقوي ائتمانها ويزيد في ثقة الناس فيها.
- ٢- تساعد على المحافظة على مستوى الأرباح الموزعة سنوياً تقادي تقلبات أسعار أسهمها في السوق أو جعل هذه التقلبات غير عنيفة على الأقل.
- ٣- تساعد على تلافي التغيرات الكبيرة في أسعار السهم بالبورصة والمساعدة على ثباتها.
- ٤- يظهر المركز المالي بوضع أفضل مما سيكون عليه بالميزانية العادية وتساعد على الاستبدال في حال الحاجة إلى الاستبدال المفاجئ.

وعيوب الإحتياطيات السرية في رأي المعارضين ما يلي:

- ١- وجود الإحتياطي السري خروج صريح عن مبدأ الصدق الذي يجب أن تتصف به الميزانية.
- ٢- وجوده يساعد المديرين وأعضاء مجلس الإدارة على إخفاء سوء إدارتهم.
- ٣- كما تساعد المديرين والأشخاص الذين على علم به إلى التلاعب بأسعار الأسهم في البورصة فيحققون أموالاً هائلة على حساب المساهمين.
- ٤- كما أنه وجوده سوف يؤدي إلى إعطاء صورة مضللة عن الأرباح التي حققتها المنشأة فتظهر بأقل من قيمتها الحقيقية
- ٥- يؤدي تكوينه إلى عدم معرفة المساهمين المعلومات الصحيحة التي تمكنهم من معرفة القيمة الحقيقية للأسهم وعدم ظهور صورة صادقة عن حقيقة المركز المالي.

١. راجع في ذلك المادة ١٨٧ (أ) من القانون ٥٠ لسنة ٢٠١٤م بتعديل بعض أحكام قانون الشركات البحريني الصادر بالقانون ٢١ لسنة ٢٠٠١م " أ- يكون رفع دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة بسبب الأخطاء التي تنشأ عنها أضرار تلحق بمجموع المساهمين من حق الشركة. ويجب أن يصدر قرار من الجمعية العامة برفع الدعوى، على أن يتولاها رئيس مجلس الإدارة. وإذا كان رئيس مجلس الإدارة ممن تخاصمهم الشركة، وجب أن تعين الجمعية العامة عضواً آخر من مجلس الإدارة لإقامة الدعوى. وإذا كانت الدعوى موجهة إلى جميع أعضاء مجلس الإدارة، وجب أن تعين الجمعية العامة من ينوب عنها من غير أعضاء المجلس في رفع الدعوى.

وللمساهم، في حالة عدم قيام الشركة برفع دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة، أن يرفع الدعوى منفرداً عما لحق به من ضرر بسبب تلك الأخطاء. ويجب على المساهم إخطار الشركة بتلك الأخطاء قبل رفع الدعوى بثلاثين يوماً على الأقل.

خاتمة

إذا كان من حق المساهم الحصول على الأرباح المتحققة سنوياً كحق أساسي من الحقوق التي نص عليها المشرع ولا يجوز بحال حرمانه منه ولو بنصوص في النظام الأساسي، وهو حق مطلق بمعنى الحصول الكامل على الأرباح الصافية القابلة للتوزيع، إلا أن التوزيع الكامل لصافي الأرباح قد يؤدي إلى نتائج سلبية للشركة خاصة في السنوات التي لا تحقق فيها أرباح، فقد تتوقف الشركة عن مزاوله نشاطها وقد يؤدي إلى إفلاسها، لذلك فقد راعي المشرع سواء في مصر أو البحرين ضرورة أن يكون للشركة مخزون نقدي يستعمل عند الضرورة، لتعويض رأس المال المتآكل، مثلاً كحدوث انخفاض في عملة الدولة أو حدوث حريق أو سرقة لبعض أصول الشركة، إعمالاً لمبدأ ثبات رأس المال في الشركة، أو لتوزيع أرباح في السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباح، وهذا المخزون النقدي يسمي بالاحتياطي النقدي، ويتنوع حسب مصدر تقريره سواء كان قانونياً أو نظامياً أو اختيارياً أو مستترا أي لا يظهر بالميزانية السنوية، ولا يجوز للشركة تكوينه إلا إذا وجد المبرر لتكوينه، ويتم تكوينه من صافي الأرباح السنوية بعد صدور قرار الجمعية العامة العادية بالتوزيع، وقبل التوزيع على المساهمين يتم اقتطاع جزء من صافي الأرباح لتكوين احتياطي بأنواعه المختلفة.

وتكوين الاحتياطي يحقق مصلحة الشركة والشركاء معاً، فهو من ناحية يحقق مصلحة الشركة في الاستمرار والنمو، والذي يعود في النهاية على المساهم، إذ سيحصل على أرباح في سنوات الخسارة وسيحصل على جزء من الاحتياطي عند تصفية الشركة إذا بقي فيها طبقاً لنص المادة ١٦٨/ب من قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م " فقد نصت علي أن" ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، ويتمتع العضو بوجه خاص بالحقوق الآتية: ب- استيفاء حصة من جميع أموال الشركة عند التصفية، وعند توزيع أية أرباح على الأسهم تقوم الشركة بتوزيع الأرباح على المساهم المسجل كآخر مالك للأسهم مقيد في سجلات الشركة عند مصادقة الجمعية العامة على البيانات المالية وتوزيع الأرباح. أما بالنسبة لموجودات الشركة فإن آخر مالك للأسهم مقيد في سجلات الشركة هو وحده الذي له الحق في قبض المبالغ المستحقة عن نصيبه في هذه الموجودات.

أما بالنسبة لموجودات الشركة فإن آخر مالك للأسهم مقيد في سجلات الشركة هو وحده الذي له الحق في قبض المبالغ المستحقة عن نصيبه في هذه الموجودات.

ومن هنا يمكن القول بأن المشرع سواء بالبحرين أو بمصر وازن بين حق المساهم على الأرباح السنوية وحق الشركة في الاستمرار والنمو بتكوين احتياطيات بالشركة وهو ما يسمي بالتمويل الذاتي للشركة، بدلا من الاقتراض من البنوك والذي يرهق الشركة ماليا بالفائدة المرتفعة على مبلغ القرض.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

- د / محسن شفيق - الوسيط في القانون التجاري المصري - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - القاهرة - مكتبة النهضة العربية ١٩٥٧م.
- د / مصطفى كمال وصفي - القضاء المصري في مسائل شركات المساهمة - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة ١٩٥٠م.
- د / عبد الحكيم فودة - شركات الأموال والعقود التجارية في ضوء قضاء النقض - دار الفكر العربي - الإسكندرية ١٩٩٥.
- د / فايز نعيم رضوان - الشركات التجارية - الطبعة الأولى، المنصورة - مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٩٤م.
- د / مصطفى كمال طه - جريمة توزيع الأرباح الصورية في شركة المساهمة - مقال بمجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة السابعة - العدد الأول يناير - مارس ١٩٦٣.
- د / يوسف يعقوب صرخوة - الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي - جامعة القاهرة ١٩٨٢م.
- د / فتحي والي - التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية - طبعة منقحة ومعدلة - القاهرة - دار النهضة العربية ١٩٩٤م.
- د / سميحة القليوبي - الشركات التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٨م.
- د / غنام محمد غنام - الحماية الجنائية للادخار العام في الشركات المساهمة - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٨م.
- د / علي حسن يونس - الشركات التجارية - (الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة والتوصية بالأسهم) - الناشر - مطبعة أبناء وهبه حسان - القاهرة ١٩٩٠.

المراجع باللغة الفرنسية:

- G. Souci - l'intérêt Social dans le droit français des Sociétés commerciales, Thèse lion III.
- Jean. Paillusseau - la Société anonyme, technique d'organisation de L'entreprise, Sirey, 1967.
- G. Ripert et R. Roblet, Traité de Droit commercial, Paris, librairie générale de droit et de Jurisprudence 1989

التشريعات واللوائح:

- قانون شركات الأموال المصري ١٥٩ لسنة ١٩٨١م وتعديلاته.
- قانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م وتعديلاته.
- اللائحة التنفيذية لقانون شركات الأموال المصري الصادرة بالقرار رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢م.
- اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٦ لسنة ٢٠٠١م.

