



صاحب السمو الملكي الأمير
خليفة بن سلمان آل خليفة
رئيس الوزراء الموقر



حضرة صاحب الجلالة الملك
عمر بن عيسى آل خليفة
ملك مملكة البحرين المفدى



صاحب السمو الملكي الأمير
سلمان بن حمد آل خليفة
ولي العهد الأمين نائب القائد الأعلى



هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission

رئيس التحرير

المستشار نواف عبد الله حمزة
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

هيئة التحرير

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

المستشارة الشيخة مريم بنت عبد الوهاب آل خليفة
مديرة إدارة الرأي 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 والرأي القانوني

معاونو مدير التحرير

المستشار المساعد مصعب عادل بوصيب
إدارة الرأي القانوني والبحوث

المستشارة المساعدة نورة عبد الرؤوف البوعينين
إدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد أحمد محمد المدوب
إدارة الرأي القانوني والبحوث

الأستاذ فيصل فايز البلوشي
أخصائي حاسب آلي أول

القانونية:

@qanoniaBH

هيئة التشريع والرأي القانوني:

@lloc_bahrain

الموقع الإلكتروني:

www.legalaffairs.gov.bh

طباعة وتوزيع مطابع الأيام التجارية

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر

هيئة شؤون الإعلام

ISSN 2210-1985

العدد التاسع
يناير ٢٠١٩ - جمادى الأولى ١٤٤٠ هـ

سنة الإصدار ٢٠١٩
طبع في مطابع الأيام

محتويات العدد

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

البحوث:

١. الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية ، دراسة تحليلية مقارنة ، المستشار الدكتور عاطف سعدي، نائب رئيس مجلس الدولة.
٢. النظام القانوني لحماية حق المؤلف ، الأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد حسن ، أستاذ القانون المدني و القائم بأعمال عميد كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين.
٣. الظروف الإقتصادية الطارئة ، وإعادة التوازن المالي

للعقد الإداري في ضوء فكرة التوقع المشروع ، الدكتور يوسف عبد المحسن عبد الفتاح.

٤. شروط قبول طلب إعادة المحاكمة في الأحكام المدنية وفقاً لأحكام القانونين الأردني والبحريني ، الدكتور خالد الدويري الأستاذ المشارك بالأكاديمية الملكية للشرطة ، والدكتور محمد التميمي ، الأستاذ المساعد ، والمستشار القانوني لثئون الجمارك ، مملكة البحرين.
٥. ضوابط صحة ووجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، الدكتور علي الطماوي.
٦. شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم (٩) ٢٠١٥، دراسة مقارنة ، الدكتورة نادية الجبلي.



القانونية:

تشرف هيئة التشريع والرأي 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 داعمه للثقافة القانونية ، فهي بمثابة إنطلاقة مضيئة للفكر القانوني العربي لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين وكافة المعنيين بالبحث العلمي في المجال القانوني والقضائي بما يسهم في تطوير العمل الأكاديمي والتطبيقي معاً في المحافل القانونية على المستوى العربي.

وتعمل القانونية كذلك على تحقيق الأهداف الآتية:

1. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي ، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية ، والمستحدث في مجال التشريع والرأي القانوني ، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. 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.

3. 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:

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

1. الإلتزام بمنهجية البحث العلمي المحددة من الباحث على نحو سليم ومنضبط.

2. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.

3. الإلتزام بعدم النشر السابق للمادة العلمية المقدمة في أية دورية أخرى، وأن لا تكون هذه المادة العلمية جزءاً من رسالة الماجستير أو الدكتوراة.

4. أن يكون اختيار موضوع المادة العلمية المقدمة ذا طابع عملي ، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً يتسم بالجدة والإبتكار.

5. أن تتضمن المادة العلمية المقدمة للنشر الإشارة إلى الأحكام القضائية في التخصص إن وجدت.

6. 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.

7. 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.
8. يرسل كل باحث السيرة الذاتية الخاصة به رفق المادة العلمية المقدمة منه للنشر.
9. تعبر الآراء التي يحتوى عليها المادة العلمية عن آراء الباحث ، وتتسبب إليه ، في إطار من حرية الرأي التي تكفلها المجلة.
10. 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.
11. 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.
12. 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.
13. يقدم الباحث الموافقة على نشر المادة العلمية المقدمة للبحث مهورةً بتوقيع الباحث.
14. تنشر هيئة التحرير الأبحاث ، وذلك بعد اجتيازها التحكيم العلمي الدقيق ، وذلك وفقاً لأسبقيتها في تاريخ الورود الى المجلة.
15. يتسلم كل باحث بعد طباعة كل عدد ٤ نسخ من البحث الفردي ، ونسختين من البحث المشترك إذا زاد عدد الباحثين عن باحث واحد .

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

17. 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 بنشرها .

رابعاً : 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 ورقيه 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 والرأي القانوني

يتواصل صدور اعداد المجلة القانونية في رحاب هيئة التشريع والرأي القانوني ، وهي بهذه المثابة اللسان الأكاديمي الناطق بلسان هيئة التشريع والرأي القانوني ، وبدافع من الترقى الذي تصعد به المجلة سمواً ورفعة ، عقدت العزم على أن تتوثق بين ما وجود الله به عليها من حصاد فكر في نطاق شواغل العمل القضائي ، وبين إتاحتها لقارئها في أنحاء عالمنا العربي المعاصر ان لا ندخر وسعاً على توطيد أو اصر علاقة علمية لاتنفصم عراها ، وعن يقين أن الجزء عن الإجتهد من جانبي ابتغاء النفع العلمي والعملية محقق في حالي الصواب والخطأ .

لا أعتبر القانونية - وكما درجت على أن أذكر - سفيراً علمياً قانونياً ، ونبراساً وضاءً تنقش فيه من الأبحاث ما يشار إليه بالبنان في عالمنا العربي القانوني المعاصر فحسب ، بل أن القانونية ذهبت الى ما هو أبعد من ذلك بخطوات واسعة ، واثقة من القبول لدى قارئها بالعربية والإنجليزية ، حيث باتت - ولا شك - تحتل مكان الصدارة كدورية علمية قانونية في المحافل القانونية العربية المعاصرة .

ولعل ما تقدم من نظر لا أذكره على سبيل المجاز ، بل أنني على يقين من أنه يخلو من أية مبالغة قد يكون دافعها ما تختلج به نفسي من عاطفة الولاء للعمل القضائي وشرف الإنتساب اليه لعقود مضت ، أو مظنة الإنحياز الى السلطة القضائية - متعددة الروافد - بحسابها الركن الركين لدولة الديمقراطية والضمانة الأكيدة لإنفاذ مقتضاها ، إذ يساند ما تقدم من نظر عدة حجج وأسانيد بعضها يستقي مصدره من الواقع ، وبعضه يرتكن الى القانون ، أولها أنه لم يبق في الفكر الإنساني من ينكر المشروعية أساساً للدولة الحديثة ، ففي ذاكرة التاريخ ، وحتى يومنا هذا ، أن حماية المشروعية والذود عنها رسالة القضاة وجوهر ولايتهم ، وهذا هو اخص ما تضطلع به هيئة التشريع والرأي القانوني من مهام .

ولقد بدا واضحاً على مر السنين ما تتميز به المجلة القانونية من خصوصية مرجعها اساساً للإعداد الخاص لأعضاء هيئة التشريع والرأي القانوني ، والذي إنعكس بجلاء على مخرجات العمل الإفتائي والتشريعي ، وبدا ظاهراً في كافة إصدارات القانونية ، حيث إستبان للقاريء الكريم من مطالعة المجلة بكافة أعدادها جوهر رسالة الهيئة ، ودورها الفاعل ، من خلال التنوع في الطرح الفكري بالمجلة ، ومن خلال طبيعة الأبحاث التي تحرص معها الهيئة على توطيد دعائم المشروعية بمملكتنا الغالية .

وثانيها ، أن العمل ذي الطبيعة القضائية هو ولاية ، من يمارسه لا يمارس وظيفة ، ولا يعمل في مرفق ، فالقضاء ولاية ، ليس وظيفة ولا مرفقاً ، فالقاضي الجالس في المحاكم لا يلغي حكمه أو يعدله إلا قاض مثله ، الضعيف في مواجهة خصمه سواء سلطه عامه أو شخص خاص طبيعي أو إعتباري ، قوي بحقه أمام قدسية القضاء ، والخائف من بطش خصمه آمن لنفسه في حمى القضاء ، والمغلوب على أمره عزيز بمنطقه في ساحة القضاء . وإذا كانت أمانة القضاء لا يقدر عليها إلا أولو العزم ، فإنها تزداد ثقلاً على ثقل بالنسبة لقاضي المنازعة الإدارية ، قاضي القانون العام الجالس على منصة القضاء ، وعضو هيئة التشريع والرأي الذي يناط به السهر على حماية المشروعية ، والذود عن مراميها وغاياتها ، وتحقيق مقاصدها ، وإحترام جادة القانون ، وضمنان

الإحناء أمام سيادته ، وكل ذلك مما يتجاوز ، في الأغلب الأعم ، نطاق غير المنازعات الإدارية التي تتصل أساساً بأحد الناس ، فالمنازعة الإدارية قضاءً ، أو إفتاءً ، تتعلق بحسب التكليف ، وتتداعى بآثارها بحسب طبائع الأشياء ، بكيفية تسيير شئون الحكم والإدارة وما يتصل بذلك بحكم اللزوم من زود عن الحقوق والحريات المقررة ، وكل ذلك وإن كان من مسائل الواقع أساساً وإبتداءً ، إلا أنه من صميم ما يتطلبه إستقرار المجتمع وما يلزم لتحقيق أمنه وأمان أفرادهِ ، وما يستتبع ذلك من إنزال المبادئ القانونية المستقرة دستورياً وتشريعياً في هذا السياق وهما مبدأَي المشروعية ، وسيادة القانون. هذان المبدأن هما من أهم المبادئ الجوهرية ، الضابطة والحاكمة لعمل هيئة التشريع والرأي القانوني.

ثالثها ، أن هيئة التشريع والرأي القانوني هي القوامة على سير العملية الانتخابية للإنتخابات البرلمانية بمملكة البحرين ، وهي بهذه المثابة تعمل بدأب حثيث في المساهمة الجادة على إرساء دعائم الديمقراطية ، وترسيخ دولة سيادة القانون، لاسيما في عهد المشروع الإصلاحي لسيدى حضرة صاحب الجلالة المفدى الملك حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين حفظه الله ورعاه ، ولتحقيق ما تصبو إليه أنفسنا جميعاً من تنفيذ أهداف ومرامي رؤية البحرين ٢٠٣٠ في عصر النهضة الشاملة التي تحياها مملكة البحرين لتتبوأ مكانتها الرائدة في عالمنا العربي المعاصر. ولا يخفى مدى إتصال ذلك الحال والأكيد بمبدأَي المشروعية ، وسيادة القانون، وأهمية تطبيقهما ، والمهام المنوط بهيئة التشريع آدائها في العمل والنظر.

رابعها ، أنه لا يخفى على فطنة القاريء الكريم أنه ليس من شك في أن المشرع البحريني كان سابقاً إلى إصدار العديد من التشريعات التي تكفل خلق إطار دستوري وتشريعي متكامل بل ومتوازن يعد وبحق ضمانة أكيدة للشريعة ، وترسيخاً لدولة سيادة القانون ، وذلك إتساقاً وتعاصراً مع أحكام الآليات الدولية **International Instruments** التي إنضمت إليها مملكة البحرين والمتمثلة في المعاهدات الدولية الشارعة والتي تضع إطاراً تشريعياً متكاملاً ، ومواكباً للمستحدثات والمستجدات الدولية ، بكافة دول العالم والتي تكفل وبمجرد تصديق الدول المنضمة الي هذه المعاهدات الدولية إنفاذ أحكام هذه الاتفاقيات والمعاهدات لتصير مطبقة ولتصبح جزءاً من النسيج التشريعي لمعظم دول العالم. ولقد بادرت مملكة البحرين - وبهذه المثابة- لتأكيد أن مواكبة المتغيرات بالمجتمع الدولي هو بمثابة الدعامه الأساسية والركيزة الأولى للنهوض بالمجتمع في كافة مجالات ومناحي الحياة، لاسيما فيما يتعلق بالمعاهدات الدولية ذات الطبيعة الإقتصادية ، وما يترتب عليها من صدور تشريعات ذات طبيعة تجارية وإقتصادية من شأنها زيادة جذب وضخ الإستثمارات الأجنبية المباشرة (**Foreign Direct Investments FDI**) الى مملكتنا الغالية ، وهو من أهم أهداف ومرامي رؤية البحرين ٢٠٣٠ .

ولا أبالغ القول حين أذكر أن ظاهرة العولمة الثقافية والقانونية التي ما انفكت تؤثر على المنظومة التشريعية بدول العالم قاطبة لم تؤكد التأثير الكبير والجوهري على المنظومة التشريعية بمملكة البحرين لأن العولمة الثقافية والقانونية حين بدأت في التنامي عن طريق تناقل الثقافات القانونية **Flow of Legal Culture** من دول العالم الأنجلو - أمريكي إلى دول النظام اللاتيني، كانت مملكة البحرين سباقة بل وفي الصدارة بنظامها التشريعي الحضاري المتطور والمواكب للمتغيرات الدولية حيث باتت منظومة القواعد القانونية سواء دستورية

أو تشريعية أو لائحية تمثل منظومة ديناميكية راسخة ، إستطال أمدها ، دونما انتظار لقوى وآليات العولمة الثقافية القانونية ، التي كان تأثيرها الجلي على بقاع أخرى من العالم عانت من جمود الفكر التشريعي لأمد طويل أظهر ، وأوضح. وهو أمر يختلف عن الواقع البحريني المتواتر والمستقر المواكب للمستجدات الدولية منذ البداية.

ولقد بدا دور هيئة التشريع والرأي القانوني إبان إعداد المعاهدات والإتفاقيات الدولية ، والتشريعات المواكبة للمستجدات الدولية واضحاً عبر العقود ، وبدا ذلك من خلال الطرح الفكري البحثي بالمجلة القانونية من خلال كافة إصداراتها.

كل ما سلف من أسباب تتعلق بالواقع ، والقانون ، حفزتني أن أؤكد أن المجلة القانونية باتت تحتل مكان الصدارة في عالمنا البحثي القانوني المعاصر.

أقدم للقارئ الكريم في هذا العدد من المجلة القانونية نخبة من الأبحاث القيمة التي تساهم بدور كبير في إرساء المستجدات بالعالم القانوني الأكاديمي والتطبيقي ، حيث أنه من المستحب جداً ، والمستحسن قطعاً التنوع في الطرح الفكري لتغطية العديد من الفروع القانونية ، التي وإن جاءت الأبحاث على تباين إنتسابها لفروع القانون المختلفة، إلا أن جميعها تتسم بالرصانة ، وأصالة المعالجة ، وجودة البحث العلمي ، بل والجدة والإبتكار ، وكلها من السمات الأساسية والجوهرية الضابطة للبحث العلمي.

أسأل الله أن يحقق بما بذلت ما إبتغيت ، وهو موفق والهادي الى سواء السبيل.

والله من وراء القصد،،

المستشار نواف عبد الله حمزة

رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

كلمة هيئة التحرير

تقدم هيئة التحرير في هذا العدد من القانونية عدة أبحاث في مختلف فروع القانون ، حاولت من خلالها إبراز التباين في الطرح الفكري لمختلف مناحي المعرفة القانونية، حيث أن بعض هذه الأبحاث يجد أساسه في النظريات المستقرة والراسخة في القانون المدني كنظرية العقد كمصدر من مصادر الإلتزام ، وما بني عليها على مدى القرون من نظرية العقد الإداري ، بدءاً من مجلس الدولة الفرنسي ، ثم مجلس الدولة المصري منذ عام ١٩٤٦ ، وما تلاهما من مؤلفات فقهية رصينة بالفقهين الفرنسي ، ثم العربي ، ويظهر ذلك بجلاء من البحث الأول الذي يرتكن الى أقوى وأرصن النظريات القانونية إطلافاً وهي نظرية العقد الإداري في فرنسا ، والدول العربية ، والتي بنيت أساساً على نظرية العقد في القانون المدني ، ومن هنا يستمد البحث الأول قوته وورصاته ليأتي في إفتتاح العدد المائل.

تقدم القانونية البحث الأول بعنوان الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية ، دراسة تحليلية مقارنة، للمستشار الدكتور عاطف سعدي، نائب رئيس مجلس الدولة ، والبحث يمثل فكراً مستثيراً في المسألة محل البحث ، ويتسم بالعمق الشديد في التحليل والمعالجة البحثية.

وتقدم القانونية البحث الثاني بعنوان النظام القانوني لحماية حق المؤلف ، للأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد حسن ، أستاذ القانون المدني و القائم بأعمال عميد كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، والذي لطالما شُرُفت القانونية بإسهاماته العلمية ذات النزعة التأصيلية الرصينة ، حيث يعالج البحث ولا شك موضوعاً شائكاً ومهماً ، ومن منظور مقارن ، يتسم بالعمق ، والتأصيل المقارن بين أكثر من نظام قانوني ، وبهذه المثابة ، فالبحث المذكور بمثابة قيمة مضافة بالمحافل العلمية في المسألة محل البحث.

وتقدم القانونية البحث الثالث بعنوان الظروف الإقتصادية الطارئة ، وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء فكرة التوقع المشروع ، للدكتور يوسف عبد المحسن عبد الفتاح ، والبحث بمثابة طفرة فكرية في مجال إقتصاديات العقد الإداري ، وكيفية معالجتها من منظور قانوني ثري بالعمق في المعالجة ، بل ويمثل إضافة بحثية تتسم بالجدة والإبتكار في إجتهد فكري وقانوني للمسألة محل البحث لطالما إفتقرت إليه العديد من المراجع في عالمنا العربي التي حاولت معالجة البعد الإقتصادي للعقد الإداري.

وتقدم القانونية البحث الرابع بعنوان شروط قبول طلب إعادة المحاكمة في الأحكام المدنية وفقاً لأحكام القانونين الأردني والبحريني ، للدكتور خالد الدويري الأستاذ المشارك بالأكاديمية الملكية للشرطة ، والدكتور محمد التميمي ، الأستاذ المساعد ، والمستشار القانوني لشئون الجمارك ، مملكة البحرين. البحث يتسم بالنزعة التحليلية المقارنة ، والجدة والإبتكار ، وهو بحق إضافة قيمة وجادة للمسألة محل البحث ، في المحافل القانونية العربية.

كما تعرض القانونية البحث الخامس بعنوان ضوابط صحة ووجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، للدكتور

علي الطماوي. والبحث ولاشك يعالج مسائل تتسم بالحدثة النسبية في الفقه القانوني المعاصر ، حيث تتسم المعالجة البحثية بالنزعة التحليلية ، والعمق في المعالجة ، كما تفصح هذه المعالجة البحثية - بجلاء - عن تدويل مفاهيم القانون الإداري المتعلقة بالتحكيم في العقد الإداري ، وهو من أهم آثار العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي المعاصر ، وتأثر الأنظمة اللاتينية العربية - ومثلها النظام الفرنسي - بالنظام القانوني الأنجلو أمريكي.

وأخيراً تعرض القانونية للبحث السادس بعنوان شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم (٩) ٢٠١٥ ، دراسة مقارنة ، للدكتورة نادية الجبلي ، والبحث يعالج موضوع مهم في تشريع حديث نسبياً بمملكة البحرين ، صدر متسقاً مع نبض المعاملات التجارية ، المحلية منها والدولية ، حيث جاء البحث جيداً من حيث العرض والتحليل الذي ترى القانونية أنه يعالج موضوعاً من أهم الموضوعات على الساحة القانونية في الآونة الأخيرة.

وبشكل عام ، فإن هيئة التحرير يمكنها أن تؤكد على توافر سمات وضوابط البحث العلمي المهمة في جميع الأبحاث على النحو التالي:

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

ثانياً: إتسمت جميع الأبحاث محل هذا العدد بجودة المعالجة والعمق في التناول للمادة العلمية والمعطيات البحثية محل العدالماتل.

ثالثاً: 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 والانظمة القضائية المقارنة العربية والاجنبية.

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 وهو ما يعرف في دول القانون الأنجلوأمريكي بال Case Law .

خامساً : 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 امانتهم العلمية ودقتهم في الإشارة إلى المعلومة العلمية الاكاديمية والقضائية والتي لم تقتصر على المراجع المكتوبة وانما تتسع المعلومة البحثية والقضائية للمعلومات الدقيقة والصحيحة المستقاة من شبكة الانترنت وهو ما يعكس تأثر البحث العلمي الذي تتضمنه القانونية بين دفتيها بظاهرة العولمة الثقافية القانونية ، وتكنولوجيا المعلومات.

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

وهيئة التحرير اذ تضع بين يدي القارئ الكريم هذه النخبة المتميزة من الابحاث القيمة فإنها ترجو ان تلاقي المادة العلمية المنشورة بهذا العدد قبول واستحسان كافة المشتغلين بالعمل القانوني ممن تصبو انفسهم الى المعرفة القانونية الرصينة في عالمنا العربي والخارجي.

والله ولي التوفيق،،،

هيئة التحرير

الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية

ماهيتها - قيمتها القانونية

دراسة تحليلية مقارنة

المستشار الدكتور/ عاطف سعدي محمد علي
نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القضاء الإداري

مقدمة:

أولاً: عرض المشكلة:

تبرم جهة الإدارة طائفتين من العقود (الطائفة الأولى عقود مدنية Contrats civils تخضع للقانون الخاص، والطائفة الثانية: عقود الإدارية Contrats Administratifs تخضع لأحكام القانون العام، ومن الصعوبة بمكان التمييز بين كلا النوعين من العقود حيث يترتب على تحديد طبيعة العقد نتائج هامة أخصها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وتحديد الالتزامات الناشئة عنه، وتحديد القاضي المختص بنظر النزاع الناشئ عن هذا العقد.

وتعد مشكلة إيجاد معيار لتمييز العقد الإداري عن العقد المدني من المشكلات التي أجهدت القضاء والفقهاء سواء في فرنسا أو في مصر، إلى أن استقر الأمر على ضرورة توافر ثلاثة عناصر لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، والعنصر الأول من هذه العناصر وهو العنصر العضوي ويقصد به أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد، أما العنصر الثاني فهو عنصر موضوعي ويقصد به اتصال العقد بالمرفق العام، في حين يتمثل العنصر الثالث وهو عنصر مادي في احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وقد يتصور البعض أن مشكلة معيار تمييز العقد الإداري قد انتهت عند هذا الحد، إلا أنه بمطالعة أحكام القضاء نجد أن الخلاف ما زال قائماً، والحق أن موطن الخلاف بين أحكام القضاء ينصب على التكييف القانوني للعناصر المكونة لمعيار التمييز، لاسيما فيما يتعلق بمدى توافر أي من العنصرين الثاني (العنصر الموضوعي) أو الثالث (العنصر المادي).

ولا شك أن الاختلاف في التكييف القانوني لأي من العنصرين سألني الذكر سيلقي بظلاله على تحديد الاختصاص القضائي بنظر العقد والقانون الواجب التطبيق عليه وكذلك حدود الحقوق والالتزامات الناشئة عنه.

ومكمن الصعوبة في - اعتقادي - يبدو في وضع معيار محدد لعلاقات غير محددة، إذ ليس في الإمكان تحديد إطار ثابت لحالات اتصال العقد بالمرفق العام، كما إنه ليس من السهولة تكييف أحد شروط العقد وخلع وصف «الاستثنائي» عليه بحسبان أن ما كان استثنائياً بالأمس صار- مع تعقد الحياة الإدارية - مألوفاً اليوم وغير استثنائي.

وفي محاولة لتضييق الخلاف والاختلاف بشأن عناصر معيار تمييز العقد الإداري أتناول بالبحث والدراسة العنصر الثالث من عناصر معيار التمييز ألا وهو العنصر المادي المتمثل في الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص لتحديد ماهيتها وصورها ثم بيان قيمتها القانونية بهدف بيان الوظيفة التي يؤديها هذا العنصر داخل المعيار المميز للعقد الإداري.

ثانياً: منهج البحث:

١- منهج مقارنة: حيث سيتم طرح جوانب البحث ضمن إطار النظام القانوني السائد في كل من فرنسا ومصر، فكلا النظامين يسير على النظام القانوني اللاتيني مع اختلاف في التفاصيل التي تفرضها ظروف البيئة المختلفة التي تسود في الدولتين محل المقارنة، إذ تشكل فرنسا المصدر التاريخي للقانون الإداري العربي، أما مصر فهي تمثل المدرسة القانونية العربية التي أخذت على عاتقها عبء وضع نظريات القانون الإداري في إطار ظروف وأفكار ومفاهيم المجتمع العربي.

٢- منهج تحليلي - تأصيلي: ومن خلاله سيقوم الباحث بالغوص في جزئيات المشكلة موضوع البحث، ثم ترتيبها في نسق فكري قانوني واحد بهدف إيجاد الحلول المختلفة للحقائق القانونية الجزئية محل البحث.

ثالثاً: خطة البحث:

تنقسم خطة الدراسة إلى فصل تمهيدي ثم فصلين:

الفصل التمهيدي: ماهية العقد الإداري.

المبحث الأول: تعريف العقد الإداري.

المبحث الثاني: المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري.

المطلب الأول: العناصر المميزة للعقد الإداري.

المطلب الثاني: الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري.

الفصل الأول: الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الأول: ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

المطلب الأول: الاتجاهات القضائية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني: صور الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

الفصل الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الأول: الأساس القانوني للاستناد للشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة.

المطلب الأول: الوضع في فرنسا.

المطلب الثاني: الوضع في مصر.

المبحث الثالث: التصور الحقيقي للقيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة.

أولاً: انعدام دور الشروط الاستثنائية في بعض العقود.

ثانياً: انكماش دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام.

ثالثاً: اتساع دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية غير المتصلة بالمرفق العام في فرنسا.

- الخاتمة والتوصيات.

الفصل التمهيدي: ماهية العقد الإداري

المبحث الأول: تعريف العقد الإداري

سبق أن ذكرنا أن جهة الإدارة تبرم طائفتين من العقود:

الطائفة الأولى عقود مدنية *contrast civils* تخضع للقانون الخاص، وفيها تتخلى الإدارة عن سلطاتها وتنزل منزلة الأفراد في تصرفاتهم، ويختص القضاء المدني بالفصل في المنازعات الناشئة عنها.

أما الطائفة الثانية: فتتمثل في العقود الإدارية *Contrats Administratifs* وتخضع لأحكام القانون العام، وتتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي ليس لها نظير في القانون الخاص كما لا تسرى عليها قاعدة المساواة بين المتعاقدين في مجال القانون الخاص، بل تتمتع الإدارة فيها بمركز أفضل من المتعاقد معها، على أساس أن الإدارة هي المسئولة عن إدارة المرافق العامة وتسييرها.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المعنى حيث قضت بأن: « العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها، ليست سواءً، فمنها ما يعد بطبيعته عقوداً إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد في عقود تبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص⁽¹⁾ ».

وقد استقر القضاء⁽²⁾ في كل من فرنسا ومصر على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من

١ - يراجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطمن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ١٨٢٣، وفي ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٢٤ ق، جلسة ١٩٩٠ / ١١ / ٢٤ مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً - ص ١٣٦.

٢ - من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن يراجع في ذلك:

١ - أحكام مجلس الدولة الفرنسي الآتية:

- حكم مجلس الدولة في ٣١ / ٧ / ١٩١٢ في قضية *Soc. Grantes des Vosges*

- حكم مجلس الدولة في ١٠ / ٥ / ١٩٦٣ في قضية *Soc. coopérative agricole de production*

- حكم مجلس الدولة في ٢٠ / ٥ / ١٩٧٧ في قضية *Soc. La Fayette*

وهذه الأحكام مشار إليها في: د. عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، ١٩٨٣، ص ٢٤.

٢ - ومن أحكام محكمة التنازع الفرنسية: حكمها الصادر في ١٤ / ٢ / ٢٠٠٠ في قضية *Societe' Rhoddons* - غير منشور.

- ومن أحكام القضاء المصري يراجع في هذا الشأن:

١ - أحكام محكمة القضاء الإداري:

حكمها في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧ / ٦ / ٢، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة ١١، ص ٤٩٣، حكمها في الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦١ / ٦ / ٢٥، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، لسنة ١٥، ص ٣٦٩..

- ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا:

حكمها في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧ / ١٢ / ٣٠، مجموعة من أحكام المحكمة الإدارية العليا، لسنة ١٣، ص ٣٥٩، حكمها في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق. جلسة ١٩٦٨ / ٣ / ٢٤، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ١٣، ص ٥٥٧، حكمها في الطعن رقم ٤٠٨٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٧، و حكمها في الطعن رقم ٤١٠٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١، و حكمها في الطعن رقم ٤٨٧٤ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢٠٠٢/٣/١٣، حكم دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢.

- من أحكام المحكمة الدستورية العليا (المحكمة العليا):

أشخاص القانون العام بما له من سلطه، بقصد إدارة مرفق عام أو تنظيمه أو تسييره. وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ويجد التمييز بين هذين النوعين من العقود أهميته - وبصفة خاصة في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج - في تحديد القاضي المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عنهما وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على كل منهما، وفي تحديد مضمون الحقوق والالتزامات المتولدة عن كلا النوعين⁽¹⁾. ويرى جانب من الفقه أن معيار تمييز العقد الإداري يجد أهمية حتى في الدول التي لا تعرف نظام الازدواج القضائي ولكنها تأخذ بمبدأ استقلال القانون الخاص عن القانون العام كالمغرب؛ حيث يترتب على تحديد طبيعة العقد تحديد القانون الواجب التطبيق⁽²⁾.

المبحث الثاني: المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري

يرتكز المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية عن العقود الخاصة التي تبرمها جهة الإدارة على ثلاثة عناصر هي:

أولاً: عنصر عضوي: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

ثانياً: عنصر موضوعي: اتصال العقد بالمرفق العام.

ثالثاً: عنصر مادي: اتجاه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام بأن تضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

ونلقي الضوء على كل عنصر من هذه العناصر بهدف بيان الدور الذي يلعبه كل منهم في تمييز العقد الإداري. وعلى ذلك تقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: العناصر المميزة للعقد الإداري.

المطلب الثاني: الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري.

حكمتها في الدعوى رقم ١٠ لسنة ٤٤ ق. عليا. جلسة ١٩٧٤/٦/١٩، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص ١١١.

١ من أحكام محكمة النقض، انظر:

حكمتها الصادر بجلسته ١٩٦٥/١١/١١، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ١٦، ص ١٠٤٩، حكمتها الصادر بجلسته ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ١٥، ص ٩٥٦.

1 Je'sze, *Jes Princes generaux du droit administratif*, 1934, Paris, Marcel Giard, Premiere Partie, p.3

٢ راجع في ذلك ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، رسالة دكتوراه، عين شمس، عام ١٩٨٧، ص ٥.

المطلب الأول: العناصر المميزة للعقد الإداري

أولاً: الإدارة طرف في العقد:

يمثل هذا العنصر الجانب العضوي في المعيار المميز للعقد الإداري الذي يستند في المقام الأول على صفة المتعاقدين. فالعقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً⁽¹⁾.

ويجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة⁽²⁾ فإن هي تعاقدت باعتبارها ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنياً⁽³⁾. وفي مصر حددت المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات والجهات الإدارية الخاضعة لأحكامه حيث تنص على أن « يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية.

وقد أحسن المشرع صنعا حينما استعمل لفظ وحدات الجهاز الإداري للدولة حيث يدخل ضمن مدلول هذا الاصطلاح الجهاز الإداري للسلطة القضائية والجهاز الإداري للسلطة التشريعية، فإذا كانت وظيفة السلطة القضائية إصدار أحكام قضائية وبعض القرارات الولائية، في حين تقتصر وظيفة السلطة التشريعية على سن التشريعات، فإن الأجهزة الإدارية لهاتين السلطتين تستطيع أن تبرم عقوداً إدارية.

وفيما يتعلق بالوضع في فرنسا، فإنه ليس هناك مشكلة بالنسبة لعقود الأشخاص العامة الإقليمية حيث تعتبر عقودها إدارية طبقاً للمعيار القضائي، ولم يعد هناك بعد حكم Terrier تمييزاً بين عقود الدولة وعقود الهيئات المحلية، فقد أوضح مفوض الحكومة « روميو » في تقريره في قضية Terrier وجوب هجر الاختلاف في المعاملة بين عقود الدولة وعقود الهيئات الإقليمية حيث قرر بأنه « في اللحظة التي نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية، فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بالقانون المدني⁽⁴⁾ ».

وخلاصة ما تقدم أن العقود التي تبرمها جهة إدارية من الجهات سالف الذكر تضحى عقوداً إدارية إذا ما توافرت باقي عناصر المعيار القضائي.

١ انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٥ بدون دار نشر، ص ٢٥ وما بعدها، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٨ / ١ / ١٩٩٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، ص ٤٦.

٢ إلحاق وصف السلطة العامة بلفظ الإدارة أمر واجب باعتبار أن تصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة هو الذي يميز عقودها الخاصة حيث تتصرف حيال هذه الأخيرة دون الاستعانة بمظاهر السلطة العامة وتنزل منزلة الأفراد، يراجع في ذلك: د. فتحي فكرى، محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٤، ص ١٤.

٣ د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥ دار النهضة العربية، ص ٣٤.

ثانياً: اتصال العقد بالمرفق العام:

للمرفق العام في مجال العقود الإدارية معنيان:

الأول: عضوي: ويقصد به المنظمة أو الجهاز الإداري القائم بالنشاط الذي يهدف إلى المصلحة العامة، والذي يكون طرفاً في العقد.

وهو بهذا المعنى لا يخرج عن الضابط الأول في تمييز العقد الإداري وهو اشتراط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، ويعد تعبير المرفق العام - وفق هذا المعنى - مرادفاً لكلمة إدارة⁽¹⁾.

الثاني: موضوعي:

ويقصد به كل نشاط يهدف إلى إشباع حاجات عامة وتقوم به السلطات العامة أو تحت إشرافها في إطار نظام قانوني متميز⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن فكرة المرفق العام هي في الأصل قضائية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يشأ - عن قصد - إعطاء أي تعريف للمرفق العام لرغبته في عدم اتخاذ موقف حاسم في هذا الشأن حتى تصبح أمامه المرونة الكافية لإمكان ابتكار الحلول المختلفة مستقبلاً، غير أن الفقه⁽³⁾ استخلص من أحكام القضاء الفرنسي أنه في بداية نشأة نظرية المرفق العام كان يتبنى المعنى العضوي للمرفق ثم استقر بعد ذلك على المعنى الموضوعي⁽⁴⁾.

أما مجلس الدولة المصري فقد تبني المعنى الموضوعي للمرفق العام، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن « المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة في الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة⁽⁵⁾ ».

ومن خلال هذا الموقف يكون القضاء الإداري - سواء في فرنسا أو في مصر - قد فضل المعنى الموضوعي

١ انظر د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ١٠.

٢ د. ثورية لعيوبي، القانون الإداري المغربي، دار النشر الجسور بالمغرب - ١٩٩٩، ص ١٥٥.

٣ د. على عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد، رسالة، عين شمس، ١٩٧٥، ص ٢٤.

٤ د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة طبعة ١٩٦٣، ص ٦٢ - و د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٧، ص ٩٤.

٥ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧ / ٦ / ٢ - المجموعة - السنة ١١ - ص ٤٩٣، وحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٢ / ٤ / ١٩٦١ المجموعة، السنة ٦، ص ١١٥٤، وحكمها الصادر في ٢١ / ٢ / ١٩٦٢ - المجموعة - السنة ٧، ص ٥٢٧.

للمرفق العام، آخذاً في ذلك بالمفهوم الواسع للمرفق العام، حيث يستعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة « مهمة مرفق عام "Mission de Service Public" - تأكيداً لموقفه السابق⁽¹⁾.

وعلى ضوء ما تقدم يتعين الأخذ بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام بأوسع معانيه حتى يمكن الاستفادة من فكرة المرفق العام في مجال العقود الإدارية.

درجة اتصال العقد بالمرفق العام:

إن تحديد درجة اتصال العقد بالمرفق العام ليس أمر سهل، و يبدو مكمناً للصعوبة في تحديد إطار ثابت لحالات اتصال العقد بالمرفق العام⁽²⁾.

وتخفيفاً من حدة هذه الصعوبات استخلص الفقه الفرنسي⁽³⁾ من أحكام القضاء - ثلاثة نماذج لاتصال العقد بالمرفق العام، حيث يكفى كل واحد منها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون النظر لاحتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه، وعلى ذلك يكون العقد إدارياً إذا كان موضوعه يتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور الآتية:

1. إذا كان من شأنه أن يعهد للمتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق العام. Le'xecution Me'me du Service Public. ومثال ذلك عقود التزام المرفق العام، كما يدخل حكم الزوجين برتان ضمن هذه الصورة.

2. إذا كان من شأنه إشراك المتعاقد مباشرة في تنفيذ المرفق العام. Co Contratant directementale'xecution du service public. حيث يقتصر دور المتعاقد على المشاركة في تنفيذ المرفق دون أن تصل هذه المشاركة إلى حد اضطراره وحده بكل جوانب تنفيذ المرفق العام ومثال ذلك عقود التوظيف، وعقود التوريد، وعقود النقل، وعقود إيجار الخدمات.

3. إذا كان يمثل وسيلة تنفيذ المرفق العام نفسه بواسطة الإدارة. وجدير بالذكر أن النماذج الثلاثة أنفة البيان لا تعدو أن تكون سوى تعبيراً عن درجات المعاونة من جانب المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام الذي من أجله أبرم العقد الإداري⁽⁴⁾ وعلى ذلك يكون منطقياً ترك أمر تقدير مدى توافر هذه المعاونة من جانب المتعاقد، وتقدير درجة هذه المعاونة لقاضي العقد، باعتبار أن تقدير هذه الأمور من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقديره في كل حالة على حده⁽⁵⁾.

١ د. ثورية لعيوني، القانون الإداري المغربي، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

2 J.Georgel, « Contrats administratifs par nature, J.C.A., Fasc. 502, 1971.

3 R.CHAPUS. droit administratif ge'ne'ral. TI ed 1995, p, 500.

٤ د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، طبعة ١٩٩٩، ص ٥٤.

٥ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤، ص ٧٤ - د. ثورية لعيوني، القانون الإداري المغربي، المرجع

وقد أوردت محكمة القضاء الإداري⁽¹⁾ صوراً عديدة لاتصال العقد بالمرفق العام وساوت بين جميع الصور من حيث الأثر في تمييز العقد الإداري؛ حيث قررت بأن: « المعيار الذي يميز العقود الإدارية... هو موضوع العقد نفسه، متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام، أم باستغلاله أم تسييره، أم المعاونة أو المساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته.

ثالثاً: اتجاه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام بأن تضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص:

حينما تلجأ الإدارة إلى أسلوب التعاقد الإداري، فإن هذا يعنى تمسكها بامتيازاتها وسلطاتها تجاه المتعاقد معها، وهو ما يعنى في ذات الوقت ابتعادها عن محاكاة الأفراد في عقودهم. وتعتبر الإدارة عن إرادتها في هذا المجال بإتباع أسلوب القانون العام عن طريق تضمين عقودها الإدارية شروطاً استثنائية للدلالة على تمسكها بامتيازاتها، وسلطاتها، أو شروط غير مألوفة في القانون الخاص للدلالة على عدم محاكاة الأفراد في عقودهم.

وإذا كان اتصال العقد بالمرفق العام أمر خارجي عن العقد يستخلصه قاضى النزاع من خلال الظروف والملابسات المحيطة، فإن المعيار المستمد من الشروط الاستثنائية يتم استخلاصه من فحوى بنود العقد ونصوصه، إذ يقع على القاضي دائماً عبء البحث عن نية الإدارة والكشف عن إتباعها أساليب القانون العام من عدمه، وهو ما يعنى أن هذا العنصر عنصر مادياً يعتمد على ماديّات العقد من خلال فحص بنوده ونصوصه.

وتعد فكرة الشروط الاستثنائية فكرة قضائية من إبداعات مجلس الدولة الفرنسي، وتمثل الحكم الصادر بتاريخ ٣١ يوليو ١٩١٢ في قضية « الجرانيت »⁽²⁾ أول ظهور حقيقي لهذه الفكرة حيث قرر مجلس الدولة بإخضاع المنازعة بين الشركة المتعاقدة والإدارة لاختصاص المحاكم القضائية استناداً إلى أن العقد كان موضوعه توريد أحجار الجرانيت وفقاً لنفس القواعد والشروط التي تحكم العقود بين الأفراد العاديين.

على أن ثمة حقيقة ينبغي الإشارة إليها مؤداها أن إطلاق وصف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون في مجال العقود الإدارية لا يكون صحيحاً إلا حال قياسها بالشروط المألوفة في عقود القانون الخاص، فهي استثنائية وغير مألوفة من وجهة نظر القانون الخاص، أما من وجهة نظر القانون العام، فهي شروط عادية ومألوفة في العقود الإدارية لأنها تتفق مع طبيعتها ونظامها⁽³⁾.

السابق، ص ١٩٤.

- ١ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، سبق الإشارة إليه.
- ٢ لمزيد من التفاصيل: Jacquelin , cour de droit admanistratif , ١٩٩٧, p٣٩٦-٥. د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٣٤، ومارسولون وبرسيريفي - د. أحمد يسرى، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، طبعة ١٩٩١، منشأة دار المعارف ص ٥٠٨.
- ٣ يراجع: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، ص ٦١٨ حيث قررت المحكمة: وأصبح ما يتميز به العقد الإدارة تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث لونها من نفسها من نفس الزاوية التي ينظر بها هذا القانون إلى شروط العقد فكانت شروطاً جائزة لا يؤخذ بها. وهو ما لا يمكن التسليم به لأن مقتضاه إهدار العقود الإدارية كلها عن طريق إهدار الطابع الذي يميزها عن عقود القانون الخاص، وهو الشروط الاستثنائية - غير المألوفة - وأن إطلاق هذا الوصف على تلك الشروط لا يكون صحيحاً إلا عن طريق قياسها بالشروط العادية في عقود القانون الخاص، أما إذا نظر إلى العقود الإدارية نظرة مستقلة بذاتها من حيث طبيعتها ونظامها*القانوني، فإنه يكون من التجوز وصف تلك الشروط بأنها استثنائية أو غير مألوفة وأن واقع الأمر أنها هي الشروط المألوفة بالفعل في العقود

ويؤدى هذا النظر إلى الحفاظ على الأصالة الذاتية للقانون الإداري، باعتبار أنه لم يكن قط استثناء من أصل عام هو القانون الخاص، بل لكل من القانونين - الإداري والخاص - ذاتيته المستقلة بما لا يسمح بأن يكون أحدهما أصلاً والآخر استثناءً له.

وعلى الرغم من إجماع الفقه والقضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - على فكرة الشروط الاستثنائية كضابط مادي لتمييز العقد الإداري، إلا أن الوظيفة التي يؤديها كلاً من الضابط الموضوعي المستمد من فكرة المرفق العام، والضابط المادي المستمد من فكرة الشروط الاستثنائية داخل المعيار المميز للعقد الإداري تختلف في فرنسا عن تلك الوظيفة التي يؤديها كلا الضابطين في مصر، وتعرف في المطلب التالي على الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري في كل من فرنسا ومصر.

المطلب الثاني: الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري

يثور التساؤل عن الدور الذي يؤديه كلا الضابطين الموضوعي والمادي داخل المعيار المميز للعقد الإداري، وبمعنى آخر هل يكفي اتصال العقد بالمرفق العام لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة؟ أم أن احتواء العقد على شرط استثنائي غير مألوف في القانون الخاص يكفي لإضفاء الصفة الإدارية عليه؟
تقتضي الإجابة على هذا التساؤل التفرقة بين الوضع في فرنسا وبين الوضع في مصر.

- الوضع في فرنسا:

ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام في مجال العقود الإدارية من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية « تيرييه » Terrier⁽¹⁾ الصادر في السادس من فبراير عام ١٩٠٢ حيث أكد المفوض « روميو » في هذا الحكم على أن « كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعناها الحقيقي عامة أو محلية يكون عملية إدارية هي من اختصاص القضاء الإداري.. فكل الدعاوى بين الأشخاص العامة والغير أو بين هذه الأشخاص العامة نفسها، مؤسسة على تنفيذ مرفق عام أو عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه هي من اختصاص القضاء الإداري».

والتأمل في هذا الحكم يسمح باستخلاص مبادئ هامة تعد بمثابة التحول في اتجاهات مجلس الدولة الفرنسي، وتتمثل هذه المبادئ في الآتي:

أ - التحول في تحديد اختصاص مجلس الدولة بنظر العقود الإدارية، إذ بعدما كان المشرع هو الذي يتولى تحديد الاختصاص بنظر العقود الإدارية، أصبح ذلك مرهوناً بالنظر إلى طبيعة العقد ذاته، ومدى ارتباطه بتنظيم أو تسيير مرفق عام، وعلى هذا الأساس شيدت فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، فإذا كان موضوع العقد

الإدارية، بل هي الشروط العادية فيها لأنها متفقة مع طبيعتها ونظامها.

1 C.E 6 Feve 1903 - Terrier. Rec. 94 Concel.Romieu-

وانظر في التعليق على هذا الحكم: مارسولون وبروسيرفي، المرجع السابق، ص٧٢.

تسيير أو تنظيم مرفق عام فإنه يكون إدارياً بطبيعته ويخضع لاختصاص القضاء الإداري.

ب - بموجب هذا الحكم دخلت العقود الإدارية التي تبرمها الأقاليم ضمن العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، وقد أشار المفوض « روميو » إلى هذا المعنى بقوله « في اللحظة التي نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني ». وبذلك يكون هذا الحكم قد أدخل عقود الجماعات المحلية نهائياً في القانون الإداري، وتخضع لاختصاص مجلس الدولة بالتبعية.

وقد توالى بعد ذلك الأحكام التي تستخدم فكرة المرفق العام كميّار لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، ومن أهم هذه الأحكام حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في الرابع من مارس عام ١٩١٠ في قضية تيرون Theorond⁽¹⁾ والذي قرر بأن المساهمة في المرفق العام تؤدي بذاتها ومهما كانت شروط العقد إلى اختصاص القضاء الإداري⁽²⁾. غير أن ارتباط العقد بالمرفق العام كمناط اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بنظر منازعات عقود الإدارة لم يتمتع طويلاً بموقع الريادة، إذ سرعان ما تطور القضاء الفرنسي وتحول تحولاً آخر بصدر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الجرانيت⁽³⁾ بتاريخ ٣١ / ٧ / ١٩١٢

معلنا عدم كفاية اتصال العقد بالمرفق العام لاعتباره عقداً إدارياً، بل يتعين احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، وقد أضح المفوض « بلوم » في تقريره أن العقود المبرمة لصالح مرفق عام يمكن أن تكون إدارية أو عقود مدنية.

غير أنه وبحلول عام ١٩٥٦ حدث تطور هام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يمثل منعطفاً جديداً بشأن المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية، وذلك بصدر الحكم في قضية الزوجان بارتان EPOUX BERTIN في ٢٠ / ٤ / ١٩٥٦ والذي قرر أنه متى كان محل العقد قد عهد إلى أصحاب الشأن تنفيذ المرفق العام ذاته المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وأن هذا الظرف يكفي بذاته في دمج العقد محل البحث بصفة العقد الإداري حتى لو لم يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص⁽⁴⁾.

1 C.E., The'ronnd 4/Mars/1910 – Rec. p. 193 Concl. Richat.

٢ وقد جاء في أسباب حكم تيرون: أن مدينة مونيليه بتعاملها في هذه الظروف مع السيد تيرون، إنما تصرفت بالنظر إلى صحة وطمأنينة السكان وبذلك يكون هدفها تحقيق مرفق عام، وبهذا تكون الصعوبات التي يمكن أن تنشأ من عدم تنفيذ مرفق عام أو سوء تنفيذه من اختصاص مجلس الدولة إذا لم يوجد نص يمنح الاختصاص لجهة أخرى، راجع في ذلك د. أحمد يسرى، المرجع السابق، ص ١٢١.

3 C.E. 31/7/1912 ,Socie'te' DES Granites Porphyraids des vosges, Res, p. 909 Concl. Blum.

4 C.E. 20/4/1956 , EpouxBertin , Rec.p. 167, Concl, Long

وانظر في التعليق على هذا الحكم:

Jacqueline Maround, op. cit., p. 396

■ مارسون وبروسبير في - د. أحمد يسرى، المرجع السابق ص ٥٠٨.

وليس هذا هو الحكم الوحيد الذي قضى بهذا المبدأ، بل لقد أصدر المجلس في نفس اليوم حكماً يتضمن المبدأ ذاته، وهو الحكم الصادر في قضية جريمورد **Grimonard** والذي قضى بان: « الأعمال موضوع العقد - وهى إعادة زراعة الغابات الفرنسية - تعتبر من الأشغال العامة فإن هذا العقد مهما تكون طبيعة الشروط التي يتضمنها يعتبر بسبب موضوعه بالذات من العقود الإدارية⁽¹⁾ .

ونتلمس من هذين الحكمين عودة الضابط الموضوعي المستمد من المرفق العام إلى مكان الصدارة وصيرورته معياراً كافياً بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الإدارة، وأن تكون علاقة العقد بالمرفق العام علاقة وثيقة متينة، كأن يعهد إلى المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ ذاته للمرفق العام **L'execution Me'me du Service Public**

وقد توالى أحكام القضاء الفرنسي على تأكيد هذا الاتجاه من ذلك على سبيل المثال - لا الحصر - ما قضى به مجلس الدولة باعتبار العقد المبرم بين أحد مكاتب الإسكان المعتدل **H.L.M**. وبين حارس هذا المكتب والمكلف بحراسة ومراقبة مجموعة من العمارات عقداً إدارياً⁽²⁾. وكذلك العقد المبرم بين إحدى المدارس وحارس لها⁽³⁾.

وسيراً في ذلك الاتجاه رفضت محكمة التنازع الفرنسية إضفاء الصفة الإدارية على العقد المبرم بين كهرباء فرنسا **E.D.F** وشركة لتوريد محولات لمركز كهربائي لان العقد لا يهدف إلى اشتراك الشركة المتعاقدة في تنفيذ المرفق العام⁽⁴⁾.

وعلى ضوء ما تقدم صار معيار تمييز العقد الإداري في فرنسا يستلزم وجود أحد ضابطين إلى جانب الضابط العضوي، أي أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي تبرمه جهة الإدارة إما لأنها تعهد فيه إلى المتعاقد معها بالتنفيذ ذاته للمرفق العام وإما لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص. وهو ما يطلق عليه وصف المعيار التبادلي الذي تتبادل فيه وظائف الضابطين الموضوعي والمادي على نحو يغني توافر أحدهما عن الآخر لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.

الوضع في مصر:

أخذ القضاء الإداري منذ البداية بفكرة المرفق العام كأساس موضوعي لتمييز العقد الإداري، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن « العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق

1 ((C.E. 20/4/1956, Grimonard, R.D.P 1957 , p. 1958. note Waline.

2 (C.E. 20/3/1959, Lauthier, Rec: p. 198, Concl, Bernard.

3 () C.E. 5/4/1991, Ecole Sue. De Commerce d'Amiens, Rec.p.250.

C.E. 7/6/1991 , Troquet, R.D.P. 1992, P.255.

4 () T.C. 17 / 2/ 2000 , Credit Lyonnais d'ielectricite de Franse.

العام»⁽¹⁾. غير أن مجلس الدولة قد تأثر - على ما يبدو - بالأزمة التي تعرضت لها فكرة المرفق العام، وصار المعيار المستمد من ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام غير كاف بذاته لتمييز العقد الإداري، حيث استلزم القضاء بالإضافة إلى هذا الشرط ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

وقد عبرت محكمة القضاء الإداري⁽²⁾ عن هذا المعنى - وأيدتها في ذلك المحكمة الإدارية العليا⁽³⁾ - بقولها: « إن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لكي يصبح العقد إدارياً فإنه لا يكفى بذاته لكي يضاف على العقد تلك الصفة ».

وتعتمد محكمة القضاء الإداري - صراحة - معياراً لتمييز العقد الإداري حيث قضت بأن: « المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل هو من جهة الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة، ومن جهة أخرى موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق أم استخدام المرفق ذاته⁽⁴⁾ ».

والمستفاد من أحكام القضاء المصري عموماً أن الوضع في مصر يشهد استقراراً واضحاً في شأن معيار تمييز العقد الإداري على أساس موضوعي يرتكز على عنصرين لا يغني توافر أحدهما عن الآخر وهما:

أ - ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور.

ب - أن تأخذ الإدارة بأسلوب القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة.

وعلى ضوء ما تقدم فإن الوضع في مصر مستقر على أن معيار تمييز العقد الإداري يستلزم توافر ضابطين إلى جانب الضابط العضوي، أي أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي تبرمه جهة الإدارة ويتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. وهو ما يطلق عليه وصف المعيار التكاملي الذي تتكامل فيه وظائف الضابطين الموضوعي والمادي على نحو لا يغني توافر أحدهما عن الآخر لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.

- ١ حكمها الصادر بجلسة ٢٦ / ١٢ / ١٩٥١، مجموعة المكتب الفني، السنة السادسة، ص ٢١٤، وحكمها الصادر في الدعوى رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق، جلسة ٩ / ١٢ / ١٩٥٦، مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، ص ٧٦ .
- ٢ يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق، جلسة ٩ / ١٢ / ١٩٥٦، مجموعة أحكام القضاء الإداري، لسنة ١١، ص ٥٠. وبذات المعنى حكمها في الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٢ ق، جلسة ٦ / ١٠ / ١٩٦٠، مجموعة السنة ١٥، ص ٥، وحكمها في الدعوى رقم ١٨٩٤ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٠ / ٣ / ١٩٥٧ وفي هذا الحكم تبرر المحكمة هذا الاتجاه بقولها: « إن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بالمرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام.
- ٣ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢ ق، جلسة ١٣ / ٥ / ١٩٦١، مجموعة المكتب الفني، السنة السادسة، ص ١٠١٢، وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ٣ / ٣ / ١٩٦٢، مجموعة السنة السابعة، ص ٥٢٧، وحكمها في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٦٨، مجموعة السنة ١٣، ص ٥٥٧. وحكمها في الطعن رقم ٤٠٨٢ لسنة ٤١ ق جلسة ٧ / ١٢ / ١٩٩٩ سبقت الإشارة إليه وحكمها في الطعن رقم ٤١٠٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢١ / ٣ / ٢٠٠٠ سبقت الإشارة إليه.
- ٤ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٨٩٤ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٠ / ٣ / ١٩٥٧، سبق الإشارة إليه. وحكمها في الدعوى رقم ٣١٠٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ٢ / ٦ / ١٩٨٦ - غير منشور.

الفصل الأول: الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص

رغم أن فكرة الشروط الاستثنائية من إبداعات مجلس الدولة الفرنسي إلا أنه لم يشأ وضع نظرية متماسكة واضحة المعالم، ومرد ذلك إلى تباين أحكام المجلس واختلافها، مما أدى إلى مناقشات مستفيضة من جانب الفقه - سواء في فرنسا أو في مصر - في تحديد الإطار العام لهذه الفكرة، ونتناول فيما يلي بيان ماهية الشروط الاستثنائية ثم بيان صورها، وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة

المبحث الثاني: صور الشروط الاستثنائية غير المألوفة.

المبحث الأول: ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة

على الرغم من إجماع الفقه والقضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - على فكرة الشروط الاستثنائية كضابط - تخييري في فرنسا وتكاملي في مصر - لتمييز العقد الإداري، إلا أن هذا الإجماع لم يصل إلى حد الاتفاق على تعريف محدد للشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، ومرد هذا الاختلاف حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية يرجع إلى ثلاثة أمور:

الأول: التزام مجلس الدولة الفرنسي خطة الاختصار الشديد في صياغة أحكامه، حيث يكتفي بالإعلان عن اشتغال العقد على شروط غير مألوفة دون شرح لهذه الشروط⁽¹⁾.

الثاني: تباين أحكام القضاء واختلافها، وعدم صدور حكم من محكمة عليا مثل محكمة التنازع في فرنسا أو المحكمة الدستورية العليا في مصر يمكن أن يستمد منها حلاً ثابتاً في شأن تحديد ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة⁽²⁾.

الثالث: الخلاف الدائر بين فقهاء القانون العام - سواء في فرنسا أو في مصر - حول أساس القانون الإداري هل هو المرفق العام أم السلطة العامة، وقد انعكس هذا الخلاف بدوره على تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية بحسب الفلسفة التي يعتنقها أنصار المرفق العام أو أنصار نظرية السلطة العامة.

وإزاء الصعوبات المشار إليها فإنه من الممكن من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه أن نتلمس تحديداً لمفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الاتجاهات القضائية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص
المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

١ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٩. ويستشهد في ذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Renaraye بتاريخ ١٩٤٨/١/٢١.

٢ قرب من ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٩- ص ٨١.

المطلب الأول: الاتجاهات القضائية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص

من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي عرفت الشروط الاستثنائية حكمه الصادر في قضية Stien حيث عرّفها بأنها: « تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله بالتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القوانين المدنية والتجارية⁽¹⁾».

وعرفت محكمة التنازع بأنها الشروط التي تختلف بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن ينص عليها في عقد مماثل في القانون الخاص⁽²⁾.

كما اتجهت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى ربط الشروط الاستثنائية بفكرة السلطة العامة ومن ذلك حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٩٤٨/١/٢١ في قضية Soeiete' Minie' rertMetallurgique وحكمة الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٤/٢ في قضية Compagnie de L'union وبتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٥٢ في قضية Ramon ، وقد تردد في هذه الأحكام تعريف للشروط الاستثنائية بأنها: الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقاً غير مألوفة في القانون الخاص⁽³⁾.

وخلاصة القول أن اتجاهات القضاء الفرنسي في شأن تحديد ماهية الشروط الاستثنائية يمكن حصرها في اتجاهين:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن الشروط الاستثنائية غير المألوفة هي تلك الشروط التي لا يجوز اشتراطها إلا من قبل أشخاص تتمتع بالسلطة العامة.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن تلك الشروط هي كل ما لم تجر العادة على اشتراطه في عقود القانون الخاص.

أما في مصر، فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بأنها تلك الشروط التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد⁽⁴⁾.

1 C.E, 20/10/1950, Rec,p.505 «Clauses ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre de lois civiles et commerciales.

2 T.C. 19/6/1952, ste des combustibles et carburants nationaux, R.D.P., P,628 «des clauses différentes par leur nature de celles que peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit privé peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit privé».

3 Marcel Waline –note de jurisprudence – les clauses exorbitantes du droit commun.R.D.P, p.1175. لمزيد من التفاصيل انظر

حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٢٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، ج ٣٥، ص

كما عرفتها محكمة النقض بأنها تلك الشروط التي تقرر امتيازات للإدارة غريبة على القانون الخاص وتخرج عن المألوف وتكشف عن نية المتعاقدين في اختيار وسائل القانون العام⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

لم يكن الفقه بمعزل عن الخلاف حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، ويمكن رد الاتجاهات الفقهية في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية:

أ - الاتجاه الأول:

ويرى أن الشرط غير المألوف هو الشرط الذي لا يوجد عادة في عقود القانون الخاص، سواء لأنه يعتبر إذا أدرج فيها باطلا لمخالفته للنظام العام، أو لأن السلطة الإدارية نصت عليه في العقد إعمالاً لمقتضيات الصالح العام التي تعتبر غريبة على أشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم⁽²⁾.

وفى ذات الاتجاه يقرر البعض أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يتصور أن تدرج في عقود الأفراد باعتبارها مخالفة للنظام العام⁽³⁾.

وفى رأينا أن أهم ما يعيب هذا الاتجاه في شقه الأول أنه جاء استناداً إلى ظاهر عبارة الألفاظ وحملها على الاصطلاح اللغوي ذلك أن الشروط غير المألوفة قد وصفت بهذا الوصف لأنها نادراً ما ترد في عقود القانون الخاص، كما يعيب هذا الرأي النظر إلى الشروط التي ترد في العقود الإدارية من زاوية المقارنة بينها وبين تلك الشروط التي ترد في عقود القانون الخاص، في حين أنه في مقام تحديد الشروط غير المألوفة ينبغي الوقوف على ماهيتها من خلال الوظيفة التي تؤديها تلك الشروط داخل العقد الإداري ذاته ووفق طبيعته الذاتية التي يتمتع بها. ولا أدل على ذلك من أن القضاء الفرنسي قد اختلف حول طبيعة الشرط الذي يمنح الإدارة سلطة فسخ

١ مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة ١٦، ص ١٠٤٨.

2 (Waline (M) Pre'cis Droit administratif, Editions Montchrestien 1969, p. 572 « il me semble que les clauses' exorbitent du droit commun et celle que l'on ne trouveas normalement dans le contrat de droit prive', soit parce qu'elly serait nulle comme**contraire l'orde public, soit encore parce qu'elle a e'teinse'ree' dans le contrat par l'ocatorite' administrative en fonction de pre'occupation d'intre'ts public qui sont e'trange'res aux personnes de droit prive's lorsque celles-ci contractent entre elles «.

3 J.Rivero ,» Droit administratif , Dalloz, 1987 , p.143 et 144 « Sontcertainementde'rogatoires les clauses excedant la liberte' contractuelle, et des lors insusceptibles de Figurer dans un contrat entre particuliers, comme contraires à l'ordne public.

العقد بالإدارة المنفردة، إذ بينما قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار أن السلطة التقديرية في فسخ العقد PauvoirDiserionnaire de Resiliation شرطاً استثنائياً⁽¹⁾، نجد أن محكمة التنازع رفضت إضفاء هذا الوصف الذي يقضى بفسخ العقد تلقائياً حال إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية⁽²⁾، مما يعني جواز الاتفاق على هذا الشرط في عقود الأفراد.

ب - الاتجاه الثاني:

ويذهب إلى أن الشروط المألوفة هي تلك التي يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في ظل القوانين المدنية والتجارية⁽³⁾. وفيما يبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر بالتعريف الذي أورده حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Stien⁽⁴⁾.

ويمتاز هذا التعريف بنظرته إلى الشروط غير المألوفة من زاوية طبيعتها الذاتية التي تتمتع بها، ومدى تأثيرها على إرادة المتعاقدين من حيث الخضوع لهذه الشروط وعدم مناقشتها عند التعاقد في مجال عقود الإدارة بالمغايرة لمبدأ سلطان الإرادة في مجال تعاقدات الأفراد.

غير أن أهم ما يعيب هذا الرأي - في رأينا - هو عدم اتفاق القضاء على ماهية الحقوق والالتزامات التي تكون غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون الخاص.

ج - الاتجاه الثالث:

ونادى به الفقيه «دى لوبادير»؛ حيث يرى أن الشرط غير المألوف هو الذي يحمل في طياته الطابع الإداري حيث يدرج في العقد من أجل تحقيق الأهداف التي يقصد إليها القانون العام، ويمكن معرفة طبيعة العقد وما إذا كانت شروطه تحمل الطابع الإداري بالرجوع إلى الاعتبارات التي وضعت من أجلها هذه الشروط، ويصبح الشرط غير مألوف إذا كان أساسه اعتبارات الصالح العام التي لا يمكن أنتوجد في العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص⁽⁵⁾.

ويمتاز هذا الرأي بالواقعية من حيث نظرته للشروط غير المألوفة من خلال وظيفتها في التعبير عن غاية الإدارة

1 Cos – Civil 20/11/1973 ste maison du livre francaisbul, civ n., 316 J.C.p. 73.

2 (J.C. 15/6/1970, DE COMBLONCHIEN, r.p.,P. 889.

3 (J)Vedel, Droitadministratif, 1980, p. 327.

وكذلك مقالته الهامة بعنوان

Remarque sur lo notion de claus exorbitant « Melonges » Mestre, 1956, p. 527.

سبقت الإشارة إليه.

5 Delaubade're: Traite The'arique et pratique des contrats administratif, t. 1, Paris, 1956, No. 66 , p. 88.

في تحقيق الصالح العام، وارتباط هذه الشروط بمبادئ القانون العام وعدم مشروعيتها في عقود الأفراد⁽¹⁾.

وفى مصر، ثار الخلاف في الفقه حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، فقد ذهب البعض إلى أن الشرط الاستثنائي الحقيقي هو الذي يتسم بطابع السلطة العامة، ومستحيل التحقق في عقود الأفراد، لأنه يستمد وجوده من وجود السلطة العامة كطرف في العقد⁽²⁾.

ويفرق هذا الرأي بين نوعي الشروط الاستثنائية والشروط غير المألوفة، على أساس أن الشروط الاستثنائية التي تنطوي على عنصر السلطة تحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد، بينما الشروط غير المألوفة لا تحدد الطبيعة الإدارية للعقد إلا بطريق غير مباشر لأنها تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أساليب القانون العام، فإذا وجد ما يدل على عكس ذلك فقدت الشروط غير المألوفة كل أثر في تحديد طبيعة العقد. وذهب رأي آخر إلى أن الشروط غير المألوفة هي شروط لو وضعت في عقد مدني لفضى ببطالانه، ولكنها لا يجب أن تكون دائماً كذلك، بل يمكن أن تتمثل في شروط لا يعتاد الإنسان أن يراها كثيراً في عقود القانون الخاص⁽³⁾.

والرأي الغالب في الفقه المصري يميل إلى التحفظ بشأن إعطاء تعريف محدد للشروط الاستثنائية، ويرى إمكانية ردها إلى أفكار رئيسية - دون الادعاء بوضع قائمة شاملة لها - كالشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة، ومن الشروط غير المألوفة ما يخول المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، والإحالة إلى دفاتر الشروط، والشروط التي تؤدي إلى اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام⁽⁴⁾.

ومن جانبنا نرى أن الشروط الاستثنائية «هي تلك الشروط التي تنبئ عن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة، وإعمال قواعد القانون العام، وذلك من أجل تحقيق هدف العقد الإداري وهو الصالح العام وتغليبه على مصلحة الأفراد.

ويسمح هذا التعريف باستظهار نية الإدارة إذا ما سلكت طريق العقد الإداري حيث تعبر عن هذه النية باستعمالها امتيازات السلطة العامة التي لا يملكها الأفراد، ومن ثم استحالة ظهور هذه الشروط في عقود الأفراد»، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه». كما أن في إعمال قواعد القانون العام ما يسمح من ناحية بالكشف عن نية الإدارة في تطبيق أحكام القانون العام وعلى رأسها أحكام النظام القانوني للمرافق العامة، والأحكام العامة للعقود الإدارية، ومن ناحية أخرى فإن في رغبة الإدارة تطبيق أحكام القانون العام ما يشير إلى ابتعادها عن محاكاة الأفراد في عقودهم، ومن ناحية ثالثة استحالة ظهور الشروط التي تنطوي على إعمال أحكام القانون العام في عقود الأفراد، إذ ليس لهم في تطبيقها أدنى مصلحة، باعتباره قانون الإدارة الذي خلق من أجلها، وهي وحدها التي تطبق أحكامه.

١ انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٩ وما بعدها.

٢ انظر: د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٥٤، وفي ذات الاتجاه، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٥٧.

٣ د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، ١٩٧٩، بدون دار نشر، ص ١٣٣.

٤ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها- د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٣٦- د. عصمت عبد الله الشيخ،

مبادئ أساسية في العقود الإدارية، بدون دار نشر، ١٩٩٧، ص ٤٩، د. عبد المجيد فياض، - العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، ١٩٨٣، ص ٣٢ وما بعدها، د. عمر حلمي فهمي و.د. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية - معيار تمييزها وأنواعها، دار الثقافة الجامعية عام ١٩٩٥، ص ٥٤.

كما يسمح هذا التعريف ببيان الدور الوظيفي للشروط الاستثنائية باعتبار أن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة في مجال العقود الإدارية ليس هدفاً في ذاته، بل وسيلة لتحقيق هدف العقد الإداري وهو الصالح العام، فالقانون حينما أناط بالإدارة مهمة تحقيق الصالح العام، وضع بين أيديها الأدوات التي من خلالها تستطيع تحقيق الصالح العام، ويعد العقد الإداري من أهم أدوات الإدارة ووسائلها لتحقيق الصالح العام.

بالإضافة إلى ما تقدم فإن الشروط التي من شأنها تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد تلعب دوراً هاماً في مجال العقد الإداري لاسيما في إطار السلطة التقديرية للقاضي، فالأصل في عقود الأفراد أن مصالح طرفي العقد متساوية، وإن كانت غير ذلك يستطيع القاضي المدني إنقاص التزامات الطرف المغبون، أما في مجال العقد الإداري فالأصل أن مصالح الطرفين غير متساوية، ولا يملك القاضي الإداري أية سلطة تقديرية في إنقاص التزامات المتعاقد مع الإدارة، على اعتبار أن تحقيق الصالح العام هو الأجدر بالرعاية.

وثمة تحفظ يتعين الإحاطة به، مؤداه أن هذا التعريف ليس جامعاً مانعاً؛ إذ ليس من السهل - كما سبق أن ذكرنا - وضع إطار محدد لعلاقات غير محددة، ويبقى التطور القضائي - سواء في مصر أو فرنسا - كفيلاً بإدخال المزيد من الأفكار التي تعين على تعريف أكثر شمولاً لفكرة الشروط الاستثنائية.

وتجدر الإشارة إلى أن التعريف الذي انتهينا إليه يمكن الاستدلال عليه من فحوى أحكام مجلس الدولة المصري واستظهار قناعته بالطابع الوظيفي لفكرة الشروط الاستثنائية حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن⁽¹⁾: شروط العقد الموضوعية هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وهذا القانون - وهو دستور العقود الإدارية - يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخلَّ بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت حسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري.

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا⁽²⁾ على المفهوم الوظيفي للشروط الاستثنائية بقولها: «إن الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرام العقد الإداري وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله بتضمينه شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص... وذلك تحقيقاً للنفع العام».

١ حكمها في الدعوى رقم ٩٨٣ ق، جلسة ٦٠١٩٥٧/٣٠، مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، ص ٦٠٧.
٢ حكمها في الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٥/١/٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء ٤٩، طبعة ٢٠٠٠، ص ٥٥، وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، وحكمها في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٦٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء ١٨، الطبعة الأولى، ص ٦٨١ وما بعدها.

المبحث الثاني: صور الشروط الاستثنائية وغير المألوفة

على الرغم من تعدد أحكام القضاء - سواء في فرنسا أو مصر - التي تعرضت للشروط الاستثنائية إلا أنه - وبحق - لا يمكن استخلاص نظرية متماسكة تربط بين عناصر الشرط الاستثنائي وتحدد مقوماته، حيث اكتفت غالبية الأحكام بالإشارة إلى احتواء العقد على شروط استثنائية دون أن تحدد تلك الشروط، كما أن الأحكام القليلة التي تعين الشروط الاستثنائية التي استندت إليها للقضاء بوجود عقد إداري لا تبين الأساس الذي اعتمده لوصف تلك الشروط بالاستثنائية، كما أنها في الغالب الأعم تنظر إلى مجموع نصوص العقد وتحكم باعتباره متضمناً لشروط استثنائية دون أن تفصل بين النصوص العادية والنصوص الاستثنائية.⁽¹⁾

غير أنه من الممكن - من خلال أحكام القضاء - إبراز صور من الشروط التي اعتبرها القضاء استثنائية وغير مألوفة، وتدرج هذه الشروط ضمن طائفة من الطوائف الثلاثة الآتية:

الطائفة الأولى: الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

Clauses se rattachant aux prerogatives de puissance publique :

حيث ترد هذه الشروط مشتملة على عنصر أو امتياز من امتيازات السلطة العامة، وهي على هذا النحو مستحيلة التحقق في عقود الأفراد لعدم تمتعهم بتلك السلطة، وبالتالي فإن النص أو البند الوارد في العقد والذي يشير إلى استعمال الإدارة إلى أحد امتيازات السلطة العامة ينبئ عن رغبة الإدارة في الدخول إلى دائرة العقد الإداري، وابتعادها عن دائرة عقودها الخاصة، والعكس صحيح، وقد ذهب بعض الفقه - وبحق - إلى أن هذا النوع من الشروط يحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد.⁽²⁾

وتأتى الشروط المرتبطة بالسلطة العامة إما بالنص على منح الإدارة سلطات قبل التعاقد معها، أو بمنح هذا التعاقد سلطات قبل الغير. وذلك على التفصيل الآتي:

أ- الشروط التي تضمن امتيازات للإدارة قبل التعاقد معها:

أهم ما يميز هذه الشروط هو إهدارها لأحد المبادئ المقدسة في القانون الخاص، ألا وهو مبدأ المساواة بين المتعاقدين، فإذا استعملت الإدارة حقها الأصلي في إملاء شروطها على المتعاقد، فليس له من سبيل إلا أن يقبلها أو يرفضها، وأنه إذا قبلها أصبح في مركز تعاقدى شكلاً، وتنظيمي موضوعاً⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط التي تمنح الإدارة سلطات في مواجهة المتعاقد معها قد تظهر في الخطوات التمهيدية للتعاقد، مثال ذلك ما تتضمنه كراسة الشروط من التزام المتقدم ببعثائه بمجرد تقديمه، ولا يستطيع العدول عنه إلا بعد البت في المناقصة أو المزايدة، أما التزام الإدارة فلا يبدأ إلا من تاريخ اعتماد السلطة المختصة لقرار لجنة البت، وقد لا تلتزم إطلاقاً.⁽⁴⁾

١ لمزيد من التفاصيل انظر د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٤٤.

٢ د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٥٤.

٣ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ سبقت الإشارة إليه.

٤ د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص ١٣٣.

كما قد تظهر هذه الشروط في البنود المتعلقة بتنفيذ العقد، وأهم مثال لهذه الشروط تلك التي تتضمن سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر، باعتبار أنها الوحيدة التي تملك هذه السلطة، ويعد النص عليها هو الشرط الاستثنائي النموذجي. حيث تستطيع الإدارة بموجب هذه السلطة أن تفرض التزامات على المتعاقد، وتلزمه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ويبدو ذلك جلياً في سلطة الإدارة في الرقابة **Pouvoir de Control** على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وحقها في تعديل التزاماته بالزيادة أو النقص، وكذلك حقها في توقع الجزاءات عليه عند إخلاله بالتزاماته، وكذلك حقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

ب - الشروط التي تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير:

بموجب هذه الشروط يتلقى المتعاقد مع الإدارة تفويضاً من جانبها بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير⁽¹⁾. وتعد هذه الشروط من الشروط المستحيلة في عقود الأفراد فيما بينهم لعدم امتلاكهم امتيازات السلطة العامة.

ومن أمثلة هذه الشروط ما يرد في عقد الالتزام من شروط تمنح الملتزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام، أو حق ممارسة بعض سلطات البوليس قبل المنتفعين، أو حق نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق⁽²⁾. كذلك في عقود الأشغال العامة فإن ثمة شروط تمنح المقاول حق شغل العقارات الخاصة مؤقتاً رغم إرادة أصحابها، أو سلطة الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات⁽³⁾.

وهذه الشروط رغم كونها استثنائية فإن ثمة تحفظ ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام، وهو أنها لا تؤثر في صفة العقد المبرم بين الملتزم والمنتفع باعتباره من روابط القانون الخاص⁽⁴⁾.

وفى تصورنا أنه إذا ما قررت جهة الإدارة منح المتعاقد معها سلطات وامتيازات في مواجهة الغير، فإنه غالباً ما يكون هذا المتعاقد قد تولى بنفسه إدارة المرفق العام أو إنشائه، حيث نكون أمام أحد صور اتصال العقد بالمرفق العام التي تكفى بذاتها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد - على الأقل في فرنسا في ظل المعيار التبادلي - دون حاجة للبحث عما إذا كان العقد ينطوي على شرط استثنائي من شأنه منح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير، فيما يعد تولى المتعاقد بنفسه إدارة المرفق شرطاً استثنائياً بذاته في ظل المعيار التكاملي في مصر.

١ والمقصود بالغير في مجال العقود الإدارية « الأفراد المتعاقدين مع المرفق العام أو غيرهم ممن يسهم العقد، أو الجهة الإدارية التي تتبع شخص معنوي مستقل عن الجهة التي أبرمت العقد ». لمزيد من التفاصيل راجع: د. إبراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، رسالة، عين شمس، ١٩٩٤، ص ٢٦٥ وما بعدها.

٢ د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٩٤، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص ٨٢.

٣ د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق ص ١٣٧.

٤ لمزيد من التفاصيل: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية عام ٢٠٠٥، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها.

الطائفة الثانية: الشروط غير المألوفة في عقود الأفراد:

وهذه الطائفة من الشروط تبدو غير مألوفة في عقود الأفراد، إما لأنها تحمل طابع القانون العام، وإما لكونها مستوحاة من اعتبارات الصالح العام.

١ - الشروط التي تحمل طابع القانون العام:

تبدو هذه الشروط غير مألوفة في عقود الأفراد؛ لأنها تستوحي من القانون العام نظرياته وأهدافه، بحيث لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء هذه النظريات وتلك الأهداف.

من هذه الشروط - مثلاً - تلك التي تعتمد على قاعدة من قواعد النظرية العامة للعقود الإدارية، فالشروط المتعلقة بسلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقدين معها حال إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية يمكن ردها إلى مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد، والشروط التي تنظم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري يمكن تفسيرها على ضوء قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل⁽¹⁾، كما أن الشروط التي تخول المتعاقد الحق في التعويض عن الأضرار التي تصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد يمكن تفسيرها على ضوء نظرية التوازن المالي للعقد، كذلك الشروط المتعلقة بتغيير الثمن وفقاً لقواعد معينة في حالة تقلب الأسعار نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة - يمكن تفسيرها على ضوء نظرية الظروف الطارئة⁽²⁾.

٢ - الشروط المستوحاة من اعتبارات الصالح العام:

حيث لا تهدف الشروط الواردة في العقود الخاصة إلى تحقيق الصالح العام في حين تضطلع العقود الإدارية - من خلال شروطها - إلى تحقيق الصالح العام، ومن ثم تبدو الشروط التي لا يمكن تفسيرها في عقود الإدارة إلا استناداً إلى اعتبارات الصالح العام غير مألوفة في العقود الخاصة.

ومن قبيل هذه الشروط في فرنسا الشروط المدرجة في وثائق التأمين البحري في زمن الحرب والتي تُخضع دفع جزء من التعويض في حالة ضياع أو فقد السفينة لشروط شراء سفينة أخرى وهو ما يطلق عليه شرط الاستبدال، فهذا الشرط لا يمكن تفسيره إلا على أساس تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على اتزان الأسطول الفرنسي⁽³⁾.

الطائفة الثالثة: خضوع العقد لنظام قانوني استثنائي:

تطورت فكرة الشروط الاستثنائية تطوراً هاماً، مؤداه أن الشروط الاستثنائية لا تقتصر فقط على تلك الشروط التي يمكن استنتاجها بتحليل نصوص العقد وبنوده، ولكن هناك نوع من الشروط تفرض على العقد،

١ د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ١٩٩٩، ص ٧٠، سقت الإشارة إليه.

٢ د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٥٢.

٣ يراجع في ذلك: د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص ١٢٨.

فيبحث عنها القاضي بعيداً عن نصوص العقد وبنوده، ولكن من خلال النظام القانوني الاستثنائي الذي يخضع له العقد، فإذا كان الأصل هو أن يكون النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد نتيجة لطبيعته الذاتية، لكن قد يحدث أن يكون هذا النظام محددًا سلفاً، فيكون إدارياً أو مدنياً بالنظر إلى طبيعة النظام القانوني الذي يحكمه فإذا كان العقد خاضعاً لنظام القانون العام بناءً على نص قانوني، فإن هذا النص يعطى العقد الصفة الإدارية ويغدو إدارياً تبعاً لذلك.

وقد أرسى هذا التطور حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية شركة بحيرة Sont⁽¹⁾ بصدد عقود توريد الكهرباء E.D.F بواسطة موردين مستقلين غير خاضعين للتأمين... حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي بوجود عنصرين يتمتعان بالطابع الاستثنائي في العقد وهما:

أ. الطابع الإجباري لإبرام هذا النوع من العقود، فالموردون المستقلون و E.D.F ملزمون بإبرام هذه العقود.

ب. الرجوع إلى الوزير المختص بنظر أي نزاع ينشأ بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد.

وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى نتيجة مؤداها إضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود؛ لخضوعها لنظام استثنائي حتى لو انتفت الصلة المباشرة لهذه العقود بالمرفق العام، أو لم تتضمن شروطاً استثنائية من القانون الخاص.

وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً من جانب بعض الفقه الفرنسي⁽²⁾ وصل إلى حد المناذاة باعتباره معياراً مستقلاً بذاته، ومعياراً ثالثاً إلى جوار معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة، حيث يرى R. Chapus أن هذا المعيار يساعد على التعرف على الطابع الإداري للعقد دون حاجة إلى اللجوء إلى أحد المعيارين الآخرين. ويؤكد على أن الأمر يتعلق بحل قضائي جديد un Salutionjurisprudentiellnabelle يعد قلباً للأوضاع، لأن المفروض أن النظام القانوني الذي يخضع له العقد هو نتيجة لتكييفه وتحديد طبيعته، أما فكرة النظام الاستثنائي فهي تحدد النظام أولاً ثم على أساسه يتم وصف العقد.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن مجرد الإشارة إلى قانون المناقصات والمزايدات أو مدونة العقود الإدارية في فرنسا لا يفضي الطابع الإداري على العقد ما لم يكن العقد يحمل في طياته خصائص العقد الإداري من خلال مظاهر النظام غير المألوف في عقود القانون الخاص، كاحتوائه على شروط استثنائية أو اتصاله بالمرفق العام.

يؤكد ذلك ما قرره محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٤ من أن خضوع العقد لقانون الصفقات العامة لا يمكن أن يعطيه هو وحده طابع العقد الإداري، في حين أنه لا يشترك المتعاقد في تنفيذ المرفق العام ولا يتضمن أي شرط استثنائي من القانون الخاص⁽³⁾.

1 C.E. 19 Janu 1973, Soe d'e'xploitaione'lectrique de Rivie're du sont, Res.p.48.

2 (R.Chapus, op. cit.,p: 743,Vedel , Remarquessur la nature de elausexausexarbitonte, op;eit.p.527.

3 (T.C.3138-14/2/2000 ste' commune des Baie- Mahaut et socie'teRhoddloms.

ونتصور من جانبنا أن مجلس الدولة المصري قد اعتنق فكرة النظام غير المألوف من خلال تطلب ثلاثة شروط مجتمعة لإضفاء الطابع الإداري على العقد (وجود الإدارة - المرفق العام - الشروط الاستثنائية)، على أساس أن فكرة المرفق العام تعد أحد مظاهر النظام غير المألوف في عقود القانون الخاص؛ حيث قضت محكمة القضاء الإداري⁽¹⁾ بأنه «ليس حتماً أن تكون الشروط الاستثنائية غير مألوفة مضمنة في العقد عند إبرامه، بل قد يفرضها القانون سلفاً قبل إتمام العقد ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإنشاء المرفق».

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا⁽²⁾ هذا النظر بقولها «... وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررّة بمقتضى القوانين واللوائح».

الفصل الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

يثور السؤال عن الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية، وبمعنى آخر لماذا يؤدي وجود الشروط الاستثنائية في العقد إلى إضفاء الصفة الإدارية عليه؟

وقد انعكس الخلاف الدائر في الفقه بين أنصار اتجاه السلطة العامة وبين أنصار اتجاه المرفق العام على تحديد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإداري.

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الأساس القانوني للاستناد للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

غير منشور.

ويتعلق موضوع هذه القضية بعقد سمسرة مبرم بين مقاطعة وشركة خاصة موضوعة العثور لهذه المقاطعة على أفضل شروط للحصول على قرض لتمويل تجهيزات عامة، وكان العقد خاضعاً لقانون الصفقات العامة، وقد قررت المحكمة:

Lacirconstoneau 'un contrat de courtage conclu entre une commune et nue soncie 'teprive 'e, don 't l 'objet est de trouver

pour cette commune, les condition d'emprunts les plus avantagevse pour le financement d'equipements publics, ait e'te soumis au code des marche'spublcs ne saurait lui confe'rer a' elle seule le caracte're de contrat administratif, alors qu'il n'ade fait pas participer la personne privie'ecocontractane - a' l'ex'e'cution du service public et ne comporte aucune clause exorbitants du droit commun.

١ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢ مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، ص ٤٩٣.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/٣/٢٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٣، ص ٥٥٧.

وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: الأساس القانوني للاستناد للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

يكمن الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية في أساسين: الأول شخصي، والثاني موضوعي.

١ - الأساس الشخصي: Fondement Subjectif

ويتمثل هذا الأساس في حرية المتعاقدين في اختيار أساليب التعاقد، فهما بالخيار بين اتباع أساليب القانون العام، وبين اتباع أساليب القانون الخاص، فإذا احتوى عقدهما على شروط استثنائية كان ذلك دليلاً على اختيارهما أساليب القانون العام ورغبتهما في إبرام عقداً إدارياً، فيما يعد خلو العقد من أية شروط استثنائية دليلاً على اختيارهما أساليب القانون الخاص ورغبتهما في إبرام عقداً مدنياً.

وتتحدد قيمة هذا الأساس في التعرف على اتجاه إرادة المتعاقدين ورغبتهما في إبرام عقداً إدارياً من عدمه.

٢ - الأساس الموضوعي: Fondement Objectif

ويستند الأساس الموضوعي إلى الطبيعة الخاصة للشروط الاستثنائية، ودوره في إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يحتويه وبطريقة مباشرة، ويترتب على ذلك أن احتواء العقد على نصوص استثنائية تنطوي على امتياز من امتيازات السلطة العامة تكون كفيلاً بذاتها في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، حتى لو أراد المتعاقدان إبرام عقد مدني؛ لأن إرادتهما لا يمكن أن تغير من طبيعة العقد الذي يستمدها من شروطه الذاتية.

وفي هذا الإطار يختلف دور الشروط الاستثنائية التي تتسم بطابع السلطة العامة عن الشروط غير المألوفة وهي ممكنة وجائزة في عقود القانون الخاص ولكنها قليلة الاستعمال، إذ بينما ينبئ الشرط الاستثنائي على قرينة قاطعة - لا تقبل إثبات العكس - على الصفة الإدارية للعقد الذي يحتويه، فإن الشرط غير المألوف ينبئ عن وجود قرينة بسيطة على اتجاه إرادة المتعاقدين نحو اتباع أساليب القانون العام، ولكنها قرينة تسقط بمجرد إثبات ما يخالفها⁽¹⁾.

١ د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٤١.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص

يرى أنصار السلطة العامة أن معيار الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص هو المعيار الحاسم والقاطع في تمييز العقود الإدارية⁽¹⁾، ويستند هذا الرأي إلى حجج جوهرية تتلخص في الآتي:

(1) إن السلطة العامة هي الطابع المميز للقانون الإداري والأساس الذي تقوم عليه أصوله وقواعده، أو هي أساس ومعيار القانون الإداري، وأن معيار الشروط الاستثنائية هو مجرد تطبيق للسلطة العامة في مجال العقود الإدارية.

(2) أن معيار المرفق العام يكون متحققاً دوماً في كافة العقود التي تبرمها جهة الإدارة سواء في عقودها الإدارية أو في عقودها الخاصة، ولم يعد ذا أثر حقيقي في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، ومن ثم يتعين البحث عن نية الإدارة في الأخذ بأساليب القانون العام في العقد بتضمينه شروطاً استثنائية.

(3) أن معيار المرفق العام أصبح من المرونة والامتداد بحيث يمكن أن يدخل في مدلوله كل نشاط إداري يستهدف المصلحة العامة.

كما يستند هذا الرأي إلى العديد من الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا عن كل من مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع، وبالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي حكمت في قضية الجرانيت⁽²⁾ وحكمة الصادر بتاريخ ١٩٣٠/١٢/١٢ في قضية Stedesmoteurscnom –et-Rho'pme والذي قضى بأن « العقد الذي تعهدت بمقتضاه شركة معينة قبل الحكومة الفرنسية بتوريد طائرات لدولة أجنبية وفقاً للشروط والأوضاع المحددة في دفاتر الشروط الخاصة بوزارة الحربية والطيران الفرنسية يعتبر عقداً إدارياً نظراً لما يتضمنه من شروط استثنائية مستمدة من دفاتر الشروط⁽³⁾.

وكذلك حكم محكمة التنازع الصادر بتاريخ ١٩٤٦/٧/٦ في قضية ste des etablissements frigorifiques Lyonnais والذي قضى بأنه « وإن كان العقد المبرم بين الشركة والإدارة لا يؤدي إلى اشتراك الشركة في تنظيم المرفق العام ولا في تسييره فإن المادة العاشرة منه قد أخضعت تنفيذ العقد للشروط الواردة في دفتر الشروط العامة التي تخضع لها عقود وزارة الحربية، وهذه الإحالة إلى شروط تخرج عن المألوف في القانون الخاص تطبع العقد بالصفة الإدارية⁽⁴⁾.

1 Vedel:op.cit,p.527,R.Cgapus, Responsabilite' publique et Re-sponsobilite' Prive,the'se Paris 1957, p. 109.

حيث تمنى أن يكون معيار الشروط الاستثنائية هو معيار العقد الإداري.
(د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٤٤. د. مصطفى أبوزيد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، طبعة ١٩٥٧، ص ٤٧. د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٩٣ مع ملاحظة أن سيادته قد انتهت إلى أن كل من معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية يصلح بذاته معياراً لتمييز العقد الإداري).

٢ انظر على سبيل المثال: حكم مجلس الدولة الفرنسي جرانيت فوساج، سبقت الإشارة إليه.

٣ مجموعة سري، ص ١١٧.

٤ المجموعة ص ٣٢٩.

وفي مصر ذهب المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾ إلى أنه يشترط في العقد الذي يختص بالفصل في المنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري بمجلس الدولة أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص. وبذلك تكون قد اعتمدت معيار الشروط الاستثنائية معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري.

ويذهب أنصار اتجاه المرفق العام إلى أن معيار الشروط الاستثنائية أصبح معياراً ثانوياً في تحديد ذاتية العقد الإداري، وأن أثر هذا المعيار يقتصر فقط على إضفاء الصفة الإدارية على عقود الدومين الخاص⁽²⁾. كما ذهب البعض إلى حد إنكار أية قيمة قانونية لمعيار الشروط الاستثنائية، ويرى البعض أن المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع المصري هو معيار المرفق العام⁽³⁾.

ونرى أن كلا الرأيين يحملان قدراً من المغالاة في تعظيم أو إهدار قيمة الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإداري، على أنه وبغض النظر عن أسانيد وحجج كل منهما في الدفاع عن الاتجاه الذي يتبناه فإن تحديد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية وبيان دوره في تمييز العقد الإداري يقتضى التفرقة بين الوضع في فرنسا وبين الوضع في مصر، ويقتضى ذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الوضع في فرنسا

المطلب الثاني: الوضع في مصر

المطلب الأول: الوضع في فرنسا

حيث تبدو القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية في الحالات الآتية:

أ - إضفاء الصفة الإدارية على العقد عند غياب أو عدم وضوح فكرة المرفق العام في العقد، ويتحقق هذا الدور في مجال العقود المتعلقة بالدومين الخاص، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي يقضى بعدم اختصاصه بنظر هذه العقود حتى ولو تضمنت شروطاً استثنائية⁽⁴⁾. ثم اعترف - في تطور لاحق - بإمكان اكتساب هذه العقود للصفة الإدارية في حالة تضمنها شروطاً استثنائية⁽⁵⁾.

١ حكمها في الطعن رقم ١١٩٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٠، ص ٩٤٤، وفي ذات المعنى: حكمها في الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، الموسوعة، ج ١٨، ص ٦٧٣، وحكمها في الطعن رقم ٣١٢٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، الموسوعة، الجزء ٣٥، طبعة ١٩٩٤، ص ٢٨٥.

2 Lamarque «A.»: Les difficult's presentes et les perspectives d'avenix de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit prive', A.J.d.A. 1961, p. 500.

وراجع أيضاً: د. وليم سليمان قلادة، اتجاهات حديثة في المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، عام ١٩٥٦، ص ٥٠٤.

٣ راجع: مستشار جمال الدين جودة اللبان، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثالث، يوليو - سبتمبر ١٩٦٤، ص ١٤٣.

4 C.E., 26janv. 1951, ste anonyme minie're, rec.p49.

5 C.E.15 juin 1990, le munier, R.D.p.1992, p.1519.

ب - إضفاء الصفة الإدارية على بعض عقود المرافق الاقتصادية حيث تدار هذه المرافق بأسلوب القانون الخاص، والعقود التي تبرمها عقود خاصة إلا أن مجلس الدولة اعترف بالصفة الإدارية لعقود هذه المرافق إذا تضمنت ما يفيد خضوعها لنظام قانوني استثنائي غير مألوف.

وعلى ذلك يمكن القول بأن احتواء العقد - في الحالتين المشار إليهما - على الشروط الاستثنائية التي تتسم بطابع السلطة العامة هي التي تحدد بنفسها ومباشرة الطبيعة الإدارية للعقد، دون النظر لوصف العقد بأنه عقد مدني، لأن هذا الوصف لا يغير من طبيعته الإدارية التي يستمد منها شروطه الذاتية.

وبعبارة أخرى، تتحدد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية في كفاية هذا المعيار لإضفاء الصفة الإدارية على العقد حال غموض أو عدم وضوح صلة العقد بالمرافق العام لاسيما في العقود المتعلقة بالدومين الخاص، وكذلك عقود المرافق الاقتصادية نظراً لكونها تدار بأسلوب القانون الخاص. وبالتالي يصبح معيار الشروط الاستثنائية بمثابة معيار تبادلي يسير جنب إلى جنب بجوار المعيار المستمد من المرفق العام بحيث يكون توافر أحدهما كاف بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة.

المطلب الثاني: الوضع في مصر

يشهد الوضع في مصر - قضاءً⁽¹⁾ وفقهاً⁽²⁾ - استقراراً بشأن المساواة بين القيمة القانونية لمعيار الشروط والاستثنائية وبين القيمة القانونية لمعيار المرفق العام، إذ يتعين للقول بتمتع العقد بالصفة الإدارية اتصاله بالمرافق العام على أية صورة من صور الاتصال، بالإضافة إلى احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة، على نحو يبدو معه معيار تمييز العقد الإداري معياراً تكاملياً، حيث قضت محكمة القضاء الإداري⁽³⁾ بأن المعيار الذي يميز العقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد... موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرافق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ⁽⁴⁾ - بأن «يعتبر العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه

وفي ذات المعنى حكم محكمة التنازع:

T.C.22 nov, 1965, colmette, rec., p. 81

سبقت الإشارة إليه.

- ١ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مجموعة المكتب الفني، ١ لسنة ١٥، ص ١٩٩.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، مجموعة المكتب الفني، السنة السابعة، ص ٥٤، وحكمها في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة السنة ١٣، ص ٤٨، وحكمها في الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٦٦/٤/١٦، غير منشور، وحكمها في الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤، غير منشور، وحكمها في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢، غير منشور. حكم محكمة النقض جلسة ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٥، ص ٩٥٦.
- ٢ انظر: د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٢٤٣. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٩١، د. ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص ٢٤٨، د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص ١٥٠.
- ٣ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، سبقت الإشارة إليه.
- ٤ حكمها في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٩٧/١/٢ - مجموعة المبادئ التي قررتها الدائرة المشكلة طبقاً للمادة ٥٤ مكرر من قانون مجلس الدولة منذ إنشائها وحتى نهاية سبتمبر سنة ٢٠١١ - ص 334.

شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً نشاطه بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ما تبرمه الإدارة من عقود لا تعد بذاتها عقوداً إدارية، فمنها ما تعد إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، ومنها ما تنزل فيه منزلة الأفراد في تعاقدهم، فتبرم عقوداً تستعين فيها بوسائل القانون الخاص - إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري صار العقد من عقود القانون الخاص.

وفيما يتعلق بعقود المرافق الاقتصادية وعقود الدومين الخاص فإن الوضع في مصر يحتاج إلى التفصيلات المغايرة عن الوضع في فرنسا.

عقود المرافق الاقتصادية:

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بالصفة الإدارية لعقود المرافق الاقتصادية التي تدار بأسلوب القانون الخاص إذا تضمنت ما يفيد خضوعها لنظام قانوني استثنائي غير مألوف - على نحو ما سلف بيانه - فإن الأمر على خلاف ذلك في مصر حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن « العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص، إذ فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التي تسيّر عليها فإنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه المقومات والخصائص لا تتوافر في العقود التي تحكم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بها.⁽¹⁾

عقود الدومين الخاص (أملاك الدولة الخاصة):

سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بإمكان اكتساب عقود الدومين الخاص للصفة الإدارية في حالة تضمينها شروطاً استثنائية، وقد انتهجت المحكمة الدستورية العليا نهج مجلس الدولة الفرنسي؛ حيث رفضت إضفاء الصفة الإدارية على عقود بيع أملاك الدولة الخاصة لخلوها من الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، حيث قضت في حكم حديث لها بأن « المقرر قانوناً أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، وإنما مرد الأمر في تكييفها القانوني إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون العام، ومقتضى ذلك أن المنازعة بشأن قبول جهة الإدارة بيع العقارين إلى المدعى عليه - غير المقترن بشروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص والتي تدل على انتهاجها وسائل القانون العام - تعد من قبيل المنازعات التي تدور حول بيع أملاك الدولة الخاصة والتي تختص جهة القضاء العادي بنظرها بحسبانها صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات المتعلقة بالملكية، ومن ثم يكون الحكم الصادر من جهة القضاء العادي - دون الحكم الصادر من جهة القضاء الإداري - هو الأحق بالاعتداد به في مجال التنفيذ⁽²⁾.

١ إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٤٠٣ بتاريخ ١١/٤/١٩٩٠ جلسة ٢١/٣/١٩٩٠ - ملف رقم ١٣٩/٢/٧ - مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية منذ نشأتها عام ١٩٤٦ وحتى عام ٢٠٠٥ في شأن العقود - الجزء الأول - ص ٥٣.
٢ (حكمها الصادر بجلسته ٢١٠٨/٦/٢ في الدعوى رقم ٣ لسنة ٣٩ قضائية "تنازع" - منشور في الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ مكرر (ط) بتاريخ

موقف مجلس الدولة من عقود الدومين الخاص (أملك الدولة الخاصة):

خلافا لما انتهى إليه قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتبار المنازعة بشأن قبول جهة الإدارة بيع أملاكها الخاصة منازعة مدنية يختص القضاء العادي بنظرها، فإن قضاء المحكمة الإدارية العليا^(١) تمسك باختصاص مجلس الدولة بنظر هذا النوع من المنازعات استناداً إلى أن بيع أملاك الدولة الخاصة وفقاً لقواعد حدها القانون وما يسبقه من إجراءات ممهدة له خاضعاً لأحكام القانون العام، وينعقد الاختصاص بشأنه لأحكام القانون العام وشيدت المحكمة قضائها على أسباب حاصلها إنه ولئن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن صدور القرار من جهة إدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإداري، وإنما لا بد لتحقيق وصف القرار الإداري أن يكون كذلك بحكم موضوعه، فإذا دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أو تعلق بإدارة شخص معنوي خاص فإنه يخرج من عداد القرارات الإدارية أيّاً كان مصدره، ومهما كان موقعه في مدارج السلم الإداري، إلا أنه وفيما يتعلق بالتصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة فإن مجال أعمال القضاء المشار إليه يرتفع بالحالات التي لا تكون فيها جهة الإدارة مقيدة بضوابط وإجراءات نص عليها القانون في شأن جواز التصرف، وأن تصرفها خلاف هذه القواعد أو امتناعها عن التصرف إنما يشكل - بحسب التكييف القانوني السليم - قراراً إدارياً يمكن الطعن عليه أمام القضاء الإداري بطلب وقف تنفيذه أو إلغائه.

والحق أن قضاء المحكمة الإدارية العليا سالف البيان يتضمن تبويضاً غير مبرر للمنازعات بشأن أملاك الدولة الخاصة، إذ دائماً ما تختلط هذه المنازعات بالنزاع على الملكية الذي ينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء العادي، كما أن القول باختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذه المنازعة بمقولة أن الأمر يتعلق بقرار إداري يدخل في اختصاصها لن يتضمن فصلاً في كامل المنازعة برمتها، إذ يظل صاحب الشأن مدفوعاً إلى اللجوء إلى القضاء العادي للفصل في أمر تعاقد مع جهة الإدارة، وتقنين أوضاعه بشأن شراء وتملك العقار المملوك للدولة ملكية خاصة.

المبحث الثالث: التصور الحقيقي للقيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة

يستلزم أي بناء فني قانوني ضرورة تحديد النتيجة المطلوبة أو لا، ثم إيجاد المبدأ الملائم لتحقيق النتيجة السابق تحديدها، ولا ينبغي على الباحث في سبيله لتشييد هذا البناء الانسياق وراء التجريد الفلسفي والنظري، بل يتعين عليه أن يتخذ من الواقع العملي أداه مثلى في سبيل تحقيق هدفه.

وعلى ضوء ذلك وفي مقام استظهار القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة، وبيان وظيفتها داخل المعيار المميز للعقد الإداري، فلا نرى موجباً للانسياق وراء البحث النظري حول الخلاف الدائر بين مناصري فكرة المرفق العام وبين مناصري فكرة السلطة العامة، أو البحث عن أي من الفكرتين يصلح بذاته أن يكون أساساً للقانون الإداري، بل نرى أنه من الأوفق استقرار الواقع العملي واستتباب الحلول اللازمة لبيان القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة، وإلى أي مدى تصلح كعنصر من عناصر تمييز العقد الإداري من خلال التصور الحقيقي لتلك الشروط.

(٢٠١٨/٦/٦).

١ حكمها في الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٩ ق - جلسة ٢٠١٧/٤/١٨ - غير منشور.

وباستقراء الواقع العملي يمكن استنباط وظيفة الشروط الاستثنائية داخل معيار تمييز العقد الإداري، بحيث يمكن القول بأن تلك الوظيفة قد تنعدم أحياناً، وقد تتكشم أحياناً أخرى، وقد تتسع في حالة ثالثة، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: انعدام دور الشروط الاستثنائية في بعض العقود:

ينعدم دور الشروط الاستثنائية غير المألوفة في بعض أنواع العقود، ومن ذلك العقود الإدارية بطبيعتها، والعقود التي لا تتصل بالمرفق العام.

(أ) العقود الإدارية بطبيعتها:

تبرم جهة الإدارة عقوداً إدارية بطبيعتها، ومثال ذلك عقد امتياز المرافق العامة⁽¹⁾ وعقد الأشغال العامة⁽²⁾ ومرد تمتع هذه العقود بالطبيعة الإدارية - دون حاجة إلى معيار لتمييزها - كونها تتفق مع مقتضيات المرفق العام الذي أبرمت لخدمته، من ناحية، ومن ناحية ثانية، تتطوي على شروط تتصل بتنظيم المرفق وتسييره مثل الشروط اللائحية في عقد امتياز المرافق العامة، ومن ناحية ثالثة، اختلاف المركز القانوني لكل من جهة الإدارة والمتعاقد معها سواء على مستوى التباين بين المصلحة العامة والمصالح الفردية أو على مستوى الامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها كما هو الحال في عقد الأشغال العامة.

وبناء على ما تقدم، فإنه متى كان الأمر متعلق بعقد من العقود الإدارية بطبيعتها، فإن الطبيعة الذاتية لتلك العقود وبحكم اتصالها الوثيق بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره أو تنفيذه، فلا حاجة للبحث عن الشروط الاستثنائية غير المألوفة ضمن نصوص العقد وبنوده، وبالتالي تنعدم القيمة القانونية لتلك الشروط في أداء وظيفتها في تمييز العقد الإداري بطبيعته.

(ب) العقود غير المتصلة بالمرفق العام في مصر:

حينما يفترق العقد صلته بالمرفق العام فإنه لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً، حتى لو تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المعنى حيث قضت بأن: «المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري الذي تبرمه أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم فإنه وبمراعاة أن العقد مثار المنازعة لا يتعلق بإدارة مرفق عام أو بقصد تسييره لتعلقه ببيع إحدى الوحدات السكنية التي تقيهما الإدارة للأفراد، وبالتالي فإن هذا العقد يخضع لأحكام القانون

١ عقد امتياز المرافق العامة هو: عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، تبرمه جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق مع فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن على أن يتعهد الملتزم بتأدية الخدمات للمنتفعين من المرفق مقابل رسوم وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته. يراجع في ذلك: د/ عمر حلمي فهمي، د/ محمد سعيد حسين أمين - مبادئ القانون الإداري - بدون دار نشر - بدون تاريخ نشر - ص ٣٧٤.

٢ عقد الأشغال العامة هو اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة بالعقد. لمزيد من التفاصيل: د/ هارون عبد العزيز الجمل - النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ص ٤٥.

الخاص وإن تضمن هذا العقد بعض الشروط الاستثنائية؛ ذلك لأن هذا العقد يقيناً لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه.⁽¹⁾

ثانياً: انكماش دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام:

إذا كان العقد الذي تبرمه جهة الإدارة وثيق الصلة بالمرفق العام، فإن دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري يبدو دوراً ثانوياً، فالوضع في فرنسا - على ما سلف بيانه - يجعل من الاتصال الوثيق للعقد بالمرفق العام أمر كاف بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد. مع مراعاة ضرورة أن تكون صلة العقد بالمرفق العام من القوة والمتانة⁽²⁾ *Un lien suffisamment fort* بما يكفي لأن يكون هذا الضابط كفيلاً بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، دون النظر لاحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه⁽³⁾.

وتفسير ذلك يجد سنده من زاويتين: الأولى: أنه يستحيل أن يلجأ الأفراد فيما بينهم إلى إبرام عقد يكون موضوعه تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تنفيذ مهمته، والثانية: أن اتصال العقد بالمرفق العام هو في حد ذاته شرطاً استثنائياً غير مألوف في عقود الأفراد، ومن ثم فإن مجرد توافر الصلة الوثيقة بين المرفق العام وبين العقد يجعل منه عقداً إدارياً، ويضحى احتواء العقد على شرط استثنائي غير مألوف أمر ثانوي، وبالتالي ينكمش دور الشروط الاستثنائية في إضفاء الصفة الإدارية على العقد تاركاً مجالاً أكثر اتساعاً لعنصر اتصال العقد بالمرفق العام لأداء وظيفته ودوره في تمييز العقد.

ثالثاً: اتساع دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية غير المتصلة بالمرفق العام:

يبدو دور الشروط الاستثنائية غير المألوفة أكثر اتساعاً في حالتين أحدهما في فرنسا والثانية في مصر حيث تؤدي تلك الشروط دورها الحاسم في تمييز العقد وإضفاء الصفة الإدارية عليه.

- ففي فرنسا حيث معيار تمييز العقد الإداري معيار تبادلي -على ما سلف القول- فإنه وعند غياب أو عدم وضوح فكرة المرفق العام في العقد تبرز وظيفة الشروط الاستثنائية وتلعب دورها في إضفاء الصفة الإدارية على العقد متى احتوى على شرط أو أكثر من هذه الشروط، ومثال ذلك العقود المتعلقة بالدومين الخاص.

أما في مصر، حيث معيار التمييز معياراً تكاملياً، فيكفي اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، بمعنى أن اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور لا يكفي بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وإنما ينبغي توافر شرط أو أكثر من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، كما أن توافر الشرط

١ حكمها في الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ - مشار إليه د/ محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤.

2 C.E.14-11-1958, Union meunie're de La Gironde, Rec. p.554.

3 Richer, op. cit.,p.9.

الاستثنائي دون اتصال العقد بالمرفق العام لا يضي على العقد الصفه الإداريه، ويعني ذلك ضرورة توافر كلا المعيارين معاً بحيث لا يعني توافر أحدهما عن الآخر، وبذلك تبدو هنا القيمة القانونية الحقيقية للشروط الاستثنائية في إضفاء الصفه الإداريه على العقد .

على أنه ينبغي التويه إلى أمرين على قدر كبير من الأهمية: أولهما: يتعلق بمدى أو قوة الشروط الاستثنائية كمعيار في تمييز العقد، إذ يقف هذا المعيار وعلى درجة متساوية مع اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور، فكلاهما يتساوى مع الآخر في درجة تأثيره في تمييز العقد وصبغه بالصبغة الإداريه.

وثانيهما: يتعلق بالحكمة من إدراج الشروط الاستثنائية في العقد حيث تتمثل تلك الحكمة في تعبير الإدارة عن تمسكها باستعمال وسائل القانون العام مع المتعاقد معها مما يتيح لها التمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها، غير أن التمتع بتلك الامتيازات ليس هدف في ذاته، بل هو مجرد وسيلة تمكن الإدارة من تحقيق الصالح العام الذي هو أسمى غاياتها، ويعني ذلك أن تمسك جهة الإدارة بأساليب القانون العام في العقد هو وقوف على الوسيلة دون الغاية، فهو مجرد وسيلة تتمثل في إدراج الشرط الاستثنائي في العقد لتحقيق غاية أسمى وهي الصالح العام المتمثل في تحقيق المرفق العام لأهدافه وأغراضه في خدمة المجتمع.

خلاصة القول أن تحقيق الصالح العام هو الشغل الشاغل لجهة الإدارة، بل هو سر وجودها، ولبوغ هذا الهدف تقوم الإدارة على إنشاء وتنظيم وتسيير المرافق العامة، ويأتي العقد الإداري كوسيلة مثالية تعين الإدارة على بلوغ هذا الهدف.

وتحت مظلة الصالح العام، أمكن خلق وتبرير القواعد الضابطة للمرفق العام، وما يترتب على تطبيق هذه القواعد من آثار، ولنضرب مثالا على ذلك أن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد - وهي أحد القواعد الضابط للمرفق العام - هي التي سمحت لجهة الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ العقد وذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء، وهي التي تبرر لجهة الإدارة الشراء على حساب المورد المقصر في عقود التوريد، أو التنفيذ على حساب المقاول المقصر في عقود الأشغال العامة، كما أن قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل هي التي منحت للإدارة وبياراتها المنفردة سلطة تعديل عقودها الإدارية بالزيادة أو النقصان في حدود ووفق ضوابط معينة.

ومن خلال الصالح العام أيضاً أمكن تبرير عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري، وذلك من خلال تباين واختلاف المصالح بين طرفي العقد الإداري، فالمتعاقد مع الإدارة يبغى المصلحة الفردية أو لا، في حين تبغى الإدارة تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري مرده دائماً الصالح العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه.

كما أن تزويد الإدارة بامتيازات السلطة العامة والنص عليها في العقد الإداري باعتبارها شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ليس هدفا في ذاته، بل من أجل إمداد الإدارة بالوسائل التي تعينها على تحقيق الصالح العام، وبدون هذه الامتيازات ستواجه الإدارة صعوبات كثيرة في ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري.

وفي النهاية أرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في بيان واستظهار الدور الوظيفي الذي يلعبه المعيار المستمد من الشروط الاستثنائية، فإن أصبت فهذا بعون من الله تعالى وتوفيقه، وإن أخطأت فمن نفسي، فهذا البحث عمل بشري يقبل الخطأ والصواب والنقص، فالكمال لله وحده جل شأنه.

الخاتمة والتوصيات:

مازالت الدراسات التي تتناول العقود الإدارية قليلة نسبياً مقارنة بما يثيره هذا النوع من العقود من مشكلات لعل أبرزها مشكلة تمييز تلك العقود عن العقود الخاصة التي تبرمها جهة الإدارة، وقد تناولت - بالدراسة - في الفصل التمهيدي من هذا البحث عنصر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص باعتباره العنصر المادي من عناصر تمييز العقد الإداري، ومن خلال تحديد ماهية العقد الإداري وتتبع أحكام القضاء أمكن الوقوف على المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، وخلصت الدراسة إلى استظهار الدور الوظيفي الذي يلعبه كل عنصر من عناصر هذا المعيار، وتبين من الدراسة المقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري اختلاف الدور الذي يقوم به عنصر اتصال العقد بالمرفق العام وعنصر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص في كل من فرنسا ومصر، فالوضع في فرنسا مستقر على أنه يكفي اتصال العقد بالمرفق العام اتصالاً وثيقاً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أو احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أي أن توافر أحد العنصرين كاف بذاته لاكتساب العقد الصفة الإدارية، بينما الوضع في مصر مستقر على ضرورة توافر العنصرين معاً، على نحو لا يغني وجود أحدهما عن الآخر.

وتناولت بالدراسة في الفصل الأول بيان ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص وبيان صورها سواء على مستوى الاتجاهات القضائية أو على مستوى النظريات الفقهية، في محاولة لوضع إطار عام لهذه الشروط والصور التي يمكن أن ترد عليها في العقد، وذلك بقصد تسهيل مهمة الكشف عن فحوى هذه الشروط ضمن بنود العقد والقضاء على مشكلة اختلاف التكييف القانوني لها وما إذا كان شرط من الشروط يعد استثنائياً من عدمه بالنظر إلى الآثار المترتبة على هذا التكييف أو ذاك.

وقد خصصت الفصل الثاني لبيان القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة من خلال بحث الأساس القانوني لتلك الشروط، وبيان قيمتها في مصر وفرنسا، وقد ساعد المنهج التحليلي الذي اتبعه الباحث في الوقوف على التصور الحقيقي للقيمة القانونية للشروط الاستثنائية حيث خلصت الدراسة إلى أن مجال عمل هذه الشروط يجد حدوده في العقود التي لا تتصل اتصالاً وثيقاً بالمرفق العام في فرنسا، بينما ينكمش دورها في العقود ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام في فرنسا، في حين ينعدم دور هذه الشروط تماماً في العقود الإدارية بطبيعتها وفي العقود غير المتصلة بالمرفق العام في مصر.

التوصيات :

يوصى الباحث أولاً: بإعادة النظر في قضاء المحكمة الإدارية العليا بشأن تمسكها بالاختصاص بنظر منازعات الدولة الخاصة لمخالفة هذا القضاء لمعيار تمييز العقد الإداري، إذ لا ريب أن العقود التي تبرمها الدولة بشأن بيع أملاكها الخاصة لا تتصل بالمرفق العام من قريب أو من بعيد ، واحتواء تلك العقود على شروط استثنائية غير مألوفة لا يشفع في التمسك بهذا الاختصاص في ظل المعيار التكاملي لتمييز العقد الإداري، كما لا يشفع في ذلك الاستناد إلى فكرة القرارات السابقة على التعاقد واعتبارها من القرارات المنفصلة التي تقبل الطعن عليها بالإلغاء ، لما في ذلك من تبييض وتجزئة للمنازعة على نحو يضر بصاحب الشأن.

ثانياً : إذا ما أرادت جهة الإدارة التمسك بأساليب القانون العام عند إبرام العقد ، فإن عليها أن تعلن عن رغبتها بالتمسك بتلك الأساليب والإعلان عنها ضمن بنود العقد موضحة الشرط أو الشروط الاستثنائية التي تعبر عن تمسكها بامتيازاتها حتى لا يترك أمر تكييف هذه الشروط على نحو يثير الاختلاف حول طبيعتها .

المراجع:

- د . أحمد عثمان عياد :
مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، جامعة القاهرة، ١٩٧٣ .
- د . أحمد يسرى عبده :
أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة دار المعارف، ١٩٩١ .
- د . ثروت بدوى :
مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ .
- د . ثورية لعيونى :
1- القانون الإداري المغربي - دار النشر الجسور بالمغرب - ١٩٩٩ .
2- معيار تمييز العقد الإداري، جامعة عين شمس، ١٩٨٧ .
- جابر جاد نصار :
العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ .
- المستشار/ جمال الدين جودة اللبان :
المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثامنة ، العدد الثالث ، يوليو - سبتمبر ١٩٦٤ .
- د . عبد المجيد فياض :
العقد الإداري في مجال التطبيق ، المكتبة القانونية ، ١٩٨٣ .
- د . عصمت عبد الله الشيخ :
مبادئ أساسية في العقود الإدارية ، بدون دار نشر ، ١٩٩٧ .
- د . على عبد العزيز الفحام :
سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٥ .
- د . عمر حلمي فهمي :

- 1- معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- 2- آثار العقود الإدارية ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩١.
- د . عمر حلمي ود . عادل عبد الرحمن خليل:
- العقود الإدارية، معيار تمييزها وأنواعها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٥.
- د . سليمان الطماوي:
- النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي، ١٩٧٦
- د . مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، ١٩٧٩.
- د . محمد سعيد حسين أمين :
- 1- العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩.
- 2- العقود الإدارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٥.
- د . محمد عبد الواحد الجميلي:
- ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.

المراجع الفرنسية:

- **Je'ze «G.»:** Les principes ge'ne'raux du droit Administratif,
Marcel Giard, Paris, 1934.
- **Georgel «J.»:** contrats Administratifs par nature, J.C.A. fasc 1971 ,502.
- **Chapus»R.:**
- 1- Droit contentieux Administratif, 1995, Paris.
- 2- Responsabilite' publique et responsabilite' prive, Paris, 1957.
- **Rich «L.» :** Droit des contrats Administratifs, Dalloz, Paris, 1995.

- **Jacquelin:** cour de droit administratif , 1997.

- **Waline «M.»:**
 - 1- Pre'cis de droit administrative 1969, Paris.
 - 2- note de jurisprunce, les clauses exorbitantes du droit commun, R.D.P, 1969.

- **Rivero «J.»:** Droit Administratif, Dalloz, par is 1987.

- **Vedel»G.»:**
 - 1- Droit Administratif, edition 1990 Paris, Avec la collaboration de Delvolve'.
 - 2- remarque sur «La nature de clause exorbitant»Melongs Mestre 1956.

- **Laubade're»A.D.»:**
 - 1- Traite' theorique et praique des contrats Administratif, Paris, 1956.
 - 2- Les difficile'spresentes et les perspectives d'avenix de la distinction entre les
 - 3- contrats administratifs et les contrats de drouit prive', A.J.d.A. 1961

النظام القانوني لحماية حق المؤلف

دراسة تحليلية في ظل قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري

الأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني

والقائم بعمل عميد كلية الحقوق

جامعة العلوم التطبيقية

مقدمة

لا جرم أن الحق الذهني كان من بين الحقوق التي حارت في طبيعتها عقول فقهاء القانون وأفهامهم - لاسيما وأنه من الحقوق التي عنوا بدراساتها حديثاً فقط - فلم يجدوا له مكاناً في التقسيم التقليدي الذي يقسم الحقوق إلى حقوق شخصية وأخرى عينية، حتى استقر به الحال إلى وصفه بأنه حق معنوي ذو طابع خاص لصيق بشخصية الإنسان، فهو يعبر عن نتاجه الذهني الذي يعبر عن جزء لا ينفصل عن شخصيته ولا يتجزأ عن هويته الفكرية، بل يتكامل مع هذه الشخصية ويتواصل مع هويتها وروحها تواصل الولد مع أبيه.

ولعل هذا الحق الذهني الوارد على محله المعنوي له وجهان: وجه أدبي يعبر عن الصلة الروحية بين هذا الحق الذهني وصاحبه وهو يخوله سلطات ذات طابع أدبي، ووجه مادي يعبر عن الرباط المادي الذي يثبت حقاً مادياً لصاحب هذا الحق الذهني على محله فيخوله سلطات مادية تجعله ينفرد دون سواه بالعاثد المالي العائد من وراء استغلال هذا الحق أو التصرف فيه.

وبعد أن قسم الفقهاء الحقوق الذهنية إلى نوعين: عني فقهاء القانون التجاري بتحليل ودراسة حقوق الملكية الصناعية والتجارية في بحوثهم المتخصصة ومؤلفاتهم العامة، فقد عني فقهاء القانون المدني بتحليل ودراسة حقوق الملكية الفكرية في بحوثهم المتخصصة ومؤلفاتهم العامة⁽¹⁾ آثرت أن أبذل ولو جهداً يسيراً في دراسة حق المؤلف في ظلال أحكام قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ م، وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ م، لمعرفة الجوانب القانونية لهذا الحق، فننتعرف على مدول المؤلف الذي ينسب إليه النتاج الذهني، ومدلول المؤلف الذي يعبر بصورة مادية ملموسة عن فكر صاحبه ومنتجه، وأن هذا المؤلف لا يتمتع بتلك بالحماية القانونية إلا إذا أخرجته صاحبه إلى حيز الوجود وكان متمتعاً بقدر ولو ضئيل من الابتكار ليعبر عن خصوصية صاحبه بوصفه بصمة له تتميز عن بصمات الآخرين من

١ بيد أن ذلك لا يحول دون أن يتخصص أي فقيه في أي من هذين النوعين من هذه الدراسات، فالعلم رحم بين أهله، تتناوله شروح الفقهاء كل حسب خبرته واجتهاده، فلا يزال الرجل عالماً في أي علم يدرسه ويتقن أدواته مادام يبحر فيه ويتعلم في أبوابه ومفرداته، حتى إذا ظن أنه العالم الذي لا نظير له بين أقرانه فقد جهل.

نظرائه وأشباهه ، وما هي أنواع وأحكام المصنفات الذهنية سواء كانت مصنفات فرديةً أو مصنفات مشتركة أو مصنف جماعية أو مصنف مشتقة من غيرها ، وما هي الطبيعة القانونية لحق المؤلف على تلك المصنفات ، وما هي سلطات الحق الأدبي للمؤلف ، وما هي سلطات الحق المالي ، ثم ما هي أشكال الحماية القانونية المقررة لحق المؤلف ، سواء كانت وقتية أو عارضة ممثلة فيما يرخص للمؤلف في اتخاذه من إجراءات وقتية أو تحفظية أو كانت حاسمة وقطعية مثل تحريك الدعوى الجنائية ضد من يعتدي على حقه في شقيه المادي أو المعنوي ، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء هذا الاعتداء أمام ذات المحكمة الجنائية التي تنظر الدعوى الجنائية أو أمام محكمة مدنية بعد الحكم النهائي بإدانة المحكمة الجنائية للمدعى عليه لاعتدائه على حق المؤلف ، ثم تقييمي لفعالية أو عدم فعالية هذه الحماية القانونية بأشكالها المختلفة سائلة الذكر .

إشكالية البحث إن الذي دعاني إلى كتابة هذا البحث - رغم ما قد يبدو عليه بحسب الظاهر خطأ - من طابع تقليدي لا جدة فيه ولا ابتكار ، أني رأيتُ هذا الحق الذهني وبالتحديد حق المؤلف يتنازع من ناحية أطراف الحق وهم مؤلفوه كما يتنازع من ناحية أخرى أديعواؤه من أهل الباطل الذين يتفننون في مظاهر الاعتداء على هذا الحق دون أن يتركوا خلفهم دليلاً يلمسه أو يتحسسه أهل الحق في إنجاز معركتهم معهم في سعيهم للمحافظة على هذا الحق المعنوي الذي لا ينفصل عن هويتهم أو شخصيتهم في جانبها الفكري أو الذهني ، فيعجزون عن توفير ما يمكنهم من الاستفادة من أشكال الحماية القانونية المقررة لهذا النوع من الحقوق الذهنية¹ ، على نحو يستوجب ضرورة تدخل كل شرائح المجتمع كل في مكانه وبقدر جهده واستطاعته لتمكين الجهات المختصة من تفعيل النصوص القانونية في مواجهة من يعتدي على هذه الحقوق وإنزال الجزاء الجنائي أو الجزاء المدني تجاه كل من يعتدي على هذه الحقوق التي تمثل ثروة حقيقية لا غناء عنها لرقى المجتمع وتطوره . هذا إلى جانب رغبتني في إظهار ضرورة توقيير حق المؤلف توقيراً يليق بقيمته الأدبية والمالية ، فليس من المقبول أن يتوارث أقاربي ما أتركه لهم من أموال عينية جيلاً بعد جيل ما بقيت هذه الأموال موجودة ولو بقيت سنين عددا دون أن تفضى ، وتتوافر لهم بشأنها كل أشكال الحماية القانونية ، في حين تنتهي هذه الحماية القانونية المقررة للحق المالي لحق المؤلف بعد مضي سبعة أعواماً (في البحرين) أو خمسة أعواماً (في مصر) من تاريخ وفاة المؤلف ، ولا يجوز تبرير هذا القصور بمبررات واهية لا تنهض حججاً لنكران حق وريثة المؤلف في تتابع الأجيال في الاستفادة من الثمار المادية للنتاج الذهني لمورثهم ما بقي هذا النتاج الذهني صالحاً للنشر في السوق ، فالقول بغير ذلك معناه أن تركي لحديده أنفع لورثتي من تركي لهم مؤلفاً مهما كانت قيمته العلمية والأدبية ، لأن الأول يبقى خالداً ما بقيت الحديده يتوارثه الأبناء والأحفاد جيلاً بعد جيل بعكس الآخر فعمره قصير يموت بانقضاء عدد محدود من السنين .

١ - فها نحن نرى في واقعنا المعاش كيف صار - للأسف الشديد - حق المؤلف مطمعاً لكل طامع ولقمة سائغة لكل جائع بسبب ضعف وعدم فعالية أشكال الحماية القانونية المقررة لهذا الحق ، خاصة بعد أن خربت ذمم كثير من الناس ممن اتخذوا من سرقة حقوق المؤلفين المادية منها والأدبية مهناً وحرفاً لهم ولأبنائهم وأحفادهم فيتكسبون من ورائها الملايين ، سواء من خلال طباعتها ونشرها خفية وخلسة من وراء مؤلفيها أو من خلال تكليف أشخاص خريجين غير أكفاء لتلخيص هذه المؤلفات تلخيصاً مشوهاً لجوهرها أو أخذ الأسطر الأول من بعض فقراتها ثم إعادة طبعتها وبيعها بأعداد هائلة لطلاب المدارس والمعاهد والجامعات على مرأى ومسمع من الجميع ، ولا يتحرك أحد لصددهم وردهم إلا من رحم الله ، حتى بات صاحب الحق الأول في الدفاع عن هذا الحق مثبت الهمة في ملاحقة هؤلاء المجرمين والجناة لصعوبة ملاحقتهم وإثبات الاعتداء في جانبهم ، أو لتفننهم في الإفلات من شرك هذا الاعتداء ، كما لو احتج بأن النسخ التي يبيعهها هي مسلمة إليه من المؤلف ولم يطبع منها شيئاً على خلاف الحقيقة وهو قد طبع الآلاف من الكتاب بعيداً عن النسخة المكلف ببيعها لحساب صاحبها ، لكن لا يغتر هؤلاء الجناة بالإفلات من عقاب الدنيا ، فعند الله تجتمع الخصوم ، والله لا يتسامح في حق عبده وإن تسامح في حق نفسه جل وعلا .

خطة البحث : لقد قسمتُ هذا البحث إلى ستة مباحث ، بدأتها بمبحث تمهيدي للتعريف بالحقوق الذهنية وأنواعها ، ثم أردفته بأربعة مباحث متتالية هي على النحو الآتي :

المبحث التمهيدي : تعريف الحقوق الذهنية وأنواعها

المبحث الأول: المقصود بحق المؤلف .

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحق المؤلف .

المبحث الثالث: مضمون حق المؤلف وخصائصه .

المبحث الرابع : الحماية القانونية لحق المؤلف .

المبحث الخامس : تقييم أشكال الحماية القانونية (ضرورة الحماية الأخلاقية لتكامل الحماية) .

المبحث التمهيدي تعريف الحقوق الذهنية وأنواعها

المطلب الأول تعريف الحقوق

بادئ ذي بدء يقصد بالحقوق الذهنية *Les droits intellectuels* تلك الحقوق التي تردُّ على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر، فتثبتُ لصاحب الحق الذهني أو الفكري أبوةً هذا الخلق ونسبته إليه وحده، كما تعطيه صلاحيةً احتكار استغلاله استغلالاً مالياً يكفلُ له الحصول منفرداً على كل ثمرات⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن فقه القانون ظل فترة طويلة حتى نهاية القرن الثامن عشر يقسم الحقوق المالية إلى حقوق شخصية وحقوق عينية ظناً منه أن هذا التقسيم التقليدي يستوعب كافة أنواع الحقوق المالية المعروفة في واقع الحياة، إلى أن فوجئ على إثر التطور الإنساني في مستهل القرن التاسع عشر بظهور نوع جديد من الحقوق ترد على نتاج الفكر والذهن يشذ على التقسيم التقليدي المعروف للحقوق المالية، بحيث لا يمكن إدراجه في عداد الحقوق الشخصية لأن الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين توجب على أحدهما وهو المدين القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين لصالح الآخر وهو الدائن، وهذا لا وجود له في الحق الذهني، وفي نفس الوقت لا يمكن إدراجه في الحقوق العينية على أساس أن الحق العيني يرد على شيء مادي معين بالذات بعكس الحق الذهني فهو يرد على شيء معنوي غير مادي، الأمر الذي أوجب الاعتراف بهذه الحقوق بوصفها نوعاً جديداً من أنواع الحقوق المالية يضاف إلى التقسيم التقليدي المعروف لها.

ولقد كان يطلق على هذه الحقوق اصطلاح «الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية»، كما عرفت أيضاً باصطلاح «الحقوق المعنوية أو الأدبية» إلى أن استقر الأمر على تسميتها باسم «الحقوق الذهنية» وهي أكثر الاصطلاحات تعبيراً عن جوهر ومضمون تلك الحقوق بوصفها ترد على نتاج ذهني وفكري⁽²⁾.

المطلب الثاني أنواع الحقوق الذهنية

وتنقسم الحقوق الذهنية إلى نوعين هما:

أولاً : حقوق الملكية الصناعية والتجارية: وهي تلك الحقوق التي ترد على المبتكرات الذهنية في المجال الصناعي والتجاري، والتي تكفل للصانع أو التاجر حماية العناصر الأساسية في منشأته الصناعية والتجارية، ولعل من أمثلة هذه الحقوق الحق في براءات الاختراع والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري

١ أ.د/ حسن كيره «المدخل إلى القانون» بند ٢٤٤ ، ص ٤٨١ ، الطبعة السادسة عام ١٩٩٣م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .
٢ نظر في نفس المعنى: أ.د/ حسن كيره المدخل إلى القانون»، الطبعة السادسة عام ١٩٩٣م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية. بند ٢٤٤، ص

والحق في الاحتفاظ بالعملاء، وهذه الحقوق يجري تدريسها في مؤلفات القانون التجاري، ولذلك نحيل بشأنها إلى كتب هذا الفرع من فروع القانون الخاص (1) .

ثانياً : حقوق الملكية الأدبية والفنية أو ما تسمى بحقوق المؤلف: وهي الحقوق التي تنصب على ما يتفتق عن الذهن الإنساني من نتاج فكري وذهني في مختلف المجالات سواء في العلوم أو الآداب أو الفنون أو غيرهم. والتي ستكون محلاً لدراستنا بقدر من التفصيل على ما سنرى سلفاً .

المبحث الأول

المقصود بحق المؤلف

يقصد بحق المؤلف *Droit d'auteur* ذلك الحق الذي يثبت لكل مؤلف على مصنفه الذي تفتق عن فكره أو أفرزه ذهنه أياً كانت طبيعة هذا المصنف (أي سواء كان مصنفًا علمياً أو أدبياً أو فنياً) أو وسيلة التعبير عنه (أي سواء كان ، ذلك بطريقة الكتابة أو النحت أو الرسم أو التصوير أو الصوت أو الحفر أو غير ذلك من صور التعبير عن نتاج الفكر أو الذهن البشري).

وتنص المادة ١٤٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م على أن « تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية» .

ويظهر من النص سالف الذكر أن القانون يسبغ حمايته لحقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية المبتكرة، وهذا ما يدعونا إلى البحث عن معنى المؤلف الذي ينشد القانون حماية حقوقه الأدبية والمالية على مؤلفه، ثم عن مدلول ذلك المصنف أو المؤلف الذي يلزم أن تتوافر فيه صفة الابتكار كي تشملته حماية القانون وما هي دلالة تلك الصفة الواجبة فيه حتى ينعم بالحماية القانونية ، وذلك كله على التفصيل الآتي:-

أولاً: المؤلف L'auteur

هو كل شخص يفرزُ نتاجاً ذهنياً أياً كان نوعه (أي في أي مجال من المجالات أو علم من العلوم) ، وأياً كانت طريقة التعبير عنه، وأياً كانت أهميته أو الغرض منه مادام أنه يتصف بقدر من الحداثة والابتكار(2) . وقد عرفت المادة ٣/١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م المؤلف قائلة « المؤلف : الشخص الذي يبتكر المصنف ويعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفاً له ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك » . «ويعتبر مؤلفاً للمصنف من ينشره بغير اسمه أو باسم مستعار بشرط ألا يقوم شك في معرفة حقيقة شخصه ، فإذا قام الشك اعتبر ناشراً أو منتج المصنف سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً ممثلاً للمؤلف في مباشرة حقوقه إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخص المؤلف» .

١ انظر في نفس المعنى: أ.د/ حسن كبره المدخل إلى القانون»، الطبعة السادسة عام ١٩٩٣م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية. بند ٢٤٤، ص ٤٨١.

٢ انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبدالرزاق السنهوري « الوسيط في شرح القانون المدني » ، بند ١٨٧، ص ٣٢٥، الجزء الثامن ، حق الملكية ، طبعة دار إحياء التراث العربي - لبنان .

وعرفته المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م قائله « المؤلف: الشخص الطبيعي الذي ابتكر المصنف » .

وبذلك لا يقتصر معنى المؤلف على من يؤلف كتاباً، وإنما يمتد إلى كل يفرز من ثمار نتاجه الذهني أي من أشكال أو صور النشاط الذهني أو العقلي مثل تأليف الكتب وكتابة القصص والرسم والغناء والتلحين والتصوير والتمثيل^(١)، كما يفهم من هذا النص أن مؤلف المصنف يبقى صاحباً له ولو جرى نشره بغير اسم أو باسم مستعار، مادام لم يناعه في ملكيته أحد، فإذا وجد شك في ملكية مصنف معين فتنازع عليه أكثر من شخص عدّ ناشره أو منتجه ممثلاً لمؤلفه في مباشرة حقوقه الأدبية والمالية إلى حين البت قانوناً في نسبة هذا المصنف إلى صاحبه الحقيقي بحكم قضائي نهائي يكون عنواناً للحقيقة في نسبة هذا المصنف إلى مؤلفه الحقيقي .

ثانياً: المصنّف (المؤلف):

يقصد بالمصنّف كل عمل ذهني أيا كانت طريقة التعبير عنه وأيا كان نوعه أو درجة أهميته أو الغرض منه^٢. فهو لا يقتصر على الكتاب وحده، ولكنه يمتد ليشمل أي نتاج ذهني أيا كان نوعه (أي سواء كان مصنفاً علمياً أو مصنفاً أدبياً أو مصنفاً فنياً) وأيا كانت طريقة التعبير عنه (أي سواء أكان ذلك بالكتابة أم بالرسم أم بالتصوير أم بالنحت أم بالصوت أم بالحركة أم بالحفر أم بالعمارة أم بغير ذلك من وسائل التعبير عن الانتاج الذهني للإنسان).

وهذا عين ما نصت عليه المادة ١/١٢٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م بقولها « المصنف: كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو عملي أيا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه » ، ونصت عليه المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني بقولها « المصنف: كل انتاج مبتكر في مجال الآداب أو الفنون أو العلوم ».

ولا تقتصر الحماية القانونية للمصنّف على مضمونه ومحتواه، بل تمتد أيضاً لتشمل اسمه وعنوانه، مادام أن هذا الاسم أو العنوان ينطوي على قدر الابتكار، بحيث يكون متميزاً أو متفرداً عما سواه، وهذا عين ما نصت عليه المادة ١٤٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « وتشمل الحماية عنوان المصنف إذا كان مبتكراً ».

أما إذا كان عنوان المصنّف مجرد عنوان شائع ودارج الاستعمال بين المؤلفين يطلقونه على نفس محتوى المصنف من غير أن ينطوي على قدرٍ ما من الحداثة والابتكار فعندئذ لا يعد استخدام الغير له اعتداءً على حق المؤلف^(٣) .

١ انظر في نفس المعنى: د/ نزيه محمد الصادق المهدي « النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام »، ص ٨٠٥، سنة ٢٠٠٦م، بدون دار نشر .

٢ انظر في نفس المعنى: د.إسماعيل غانم « محاضرات في النظرية العامة للحق »، ص ٥٤، الطبعة الثالثة عام ١٩٦٦م، مكتبة عبد الله وهبة . إذ يقول « المصنف هو « كل انتاج ذهني أيا كان مظهر التعبير عنه كتابةً أو صوتاً أو رسماً أو تصويراً أو حركةً، وأيا كان موضوعه أدبياً أو فناً أو علوماً » .

٣ انظر في نفس المعنى: د.توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية»، الطبعة الثانية، ص ٢٠٤ عام ١٩٨١م، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية. ، د.نعمان جمعة المدخل للعلوم القانونية»، طبعة عام ١٩٧٧م، ص ٣٧٧، د/ حمدي عطيفي «دروس في مبادئ القانون»، ص ٦٣، الجزء الأول، نظرية القانون، طبعة عام ١٩٩٥م، د/ رامي إبراهيم حسن الزواهره « الابتكار كشرط حماية المصنفات، وأثر التقنيات الرقمية »، ص ٦٥٩، بحث

ثالثاً: الابتكار صفة لازمة فى المصنف:

لا يحظى المصنف بالحماية القانونية المقررة إلا إذا كان متصفاً بطابع الحدائثة أو الابتكار^(١). وقد عبرت المادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م عن هذا الطابع حينما جعلت هذا الوصف شرطاً أساسياً يتمتع المصنف بالحماية القانونية بمجرد توافرها فيه ، إذ تنص على أن تتمتع بالحماية المقررة بموجب أحكام هذا القانون المصنفات الأدبية والفنية والعلمية بمجرد ابتكارها، دون حاجة إلى أي إجراء شكلي....» ، كما عبرت عنه المادة ١٢٨ / ٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري عن طابع الابتكار في المؤلف بقولها « الابتكار: الطابع الإبداعي الذي يسبغ الأصالة على المصنف».

غير أن ذلك لا يحتم أن يكون المصنف مبتدعاً لشيء جديد لم يسبق إليه أحد أو متضمناً لشيء من الأشياء التي تعد من قبيل الخوارق أو المعجزات (وإن كان تحقق ذلك يقطع دون أدنى شك في توافر صفة الابتكار في المصنف عند توافره)، وإنما يكفي أن يضيف المصنف شيئاً جديداً معبراً عن جهد ذهني حقيقي للمؤلف سواء أكان ذلك في عرضه لجوهر الفكرة التي يتضمنها المصنف أم في أسلوب عرضها وتناولها أم في ترتيبها وتبويبها، على نحو تبرز فيه ذاتيته وشخصيته فيصح نسبة ذلك إليه وحده دون غيره من الأشخاص ، ولهذا يوجد فرق بين الابتكار والجدة ، فالجدة تعني استحداث الفكرة ذاتها من غير أن يسبقه إليها أحدٌ غيره ، في حين أن الابتكار يعني استحداث الفكرة ذاتها أو مجرد تطويرها - وإن سبق إلى استحداثها غيره - ، أيا كان شكل هذا التطوير أو درجته ، ولذا يذهب رأي - نرجحه - إلى وجود تقارب في الشكل دون المضمون بين الجدة والابتكار ، فالجدة أضيق من الابتكار ، فكل جديد مبتكر ، وليس كل مبتكر جديد^(٢).

وبناء على ذلك يعد مصنفاً متسماً بطابع الابتكار الكتاب المترجم عن لغة أجنبية، نظراً لأن الترجمة تحتاج إلى جهد ذهني كبير من جانب المترجم في إجراء الترجمة لينقل فكرة أو مضمون هذا الكتاب من لغة إلى لغة أخرى ، ثم يجنح إلى ابتكار أسلوب خاص به في العرض وطريقة التعبير عن مضمون فكرة هذا الكتاب الذي قام بترجمته، ومن ثم لا يخلو مثل هذا الكتاب المترجم لغيره من الإضافات الجديدة سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل، ولذلك فهو يصدق عليه وصف الابتكار بوصفه شرطاً لازماً في المصنف كي يتمتع بالحماية القانونية المقررة للمصنفات .

كما يتوافر وصف الابتكار أيضاً في المصنف الذي يقوم فيه صاحبه بتحويله من لون إلى آخر من ألوان الفنون أو الآداب، كمن يلحن قطعة من الشعر أو من يعد الحوار لمادة فيلمية من تأليف شخص آخر غيره^(٣).

أما إذا اقتصر دور الشخص على مجرد إعادة الطبع لكتب قديمة دون أن يدخل عليها أية تعديلات أو تعليقات أو تنقيحات، فلا يصدق على جهده وصف المصنف، لانتفاء وصف الابتكار في هذا الجهد، كما لا تعد من قبيل المصنفات المجموعات التي تنشر الوثائق الرسمية مثل طبع نصوص القوانين واللوائح والاتفاقات

منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس ، المجلد ٥٠ ، العدد ٢ لسنة ٢٠٠٨ م ..

١ انظر في هذا المعنى : أ.د/ عبد الرشيد مأمون ، أ.د/ محمد سامي الصادق « حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م ، الكتاب الأول ، ص ٩١ طبعة ٢٠٠٨م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

٢ انظر في ذلك المعنى : أ.د/ محمد حسام محمود لطفي « المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء » ، ص ٢٥ ، الكتاب الثالث ، طبعة عام ١٩٩٥م ، دون دار نشر .

٣ أ.د/ نعمان جمعة ص ٣٧٨.

الدولية والأحكام القضائية والفتاوى الرسمية، وكذلك الحال بالنسبة للمختارات الشعرية أو النثرية أو الموسيقية التي تصدر في مجموعات، وذلك ما لم تتضمن إصدارات هذه المختارات قدرا من الابتكار في التعليق أو التبويب أو الشرح غير ذلك من أشكال العمل الذهني الذي يضيف فيه صاحبه جهداً ذهنياً جديداً يعبر عن بصمة واضحة له على هذه المصنفات .

وقد نصت المادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م على المصنفات التي تتمتع بالحماية القانونية بقولها « تتمتع بالحماية المقررة بموجب أحكام هذا القانون المصنفات الأدبية والفنية والعلمية بمجرد ابتكارها، دون حاجة إلى أي إجراء شكلي، أيا كانت قيمة هذه المصنفات أو نوعها أو غرضها أو طريقة أو شكل التعبير عنها، وتشمل الحماية بوجه خاص المصنفات التالية:

- أ- الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة.
 - ب- برامج الحاسب، سواء كانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة.
 - ج- المصنفات التي تلقى شفاهية، كالمحاضرات والخطب والمواعظ، والمصنفات الأخرى التي لها طبيعة مماثلة.
 - د- المصنفات التمثيلية، والتمثيلات الموسيقية، والرقصات، والتمثيل الصامت (البانتوميم)، وغيرها من المصنفات التي تبتكر للأداء التمثيلي.
 - هـ- المصنفات الموسيقية المصحوبة أو غير المصحوبة بكلمات.
 - و- المصنفات السمعية البصرية، كالمصنفات السينمائية والتلفزيونية.
 - ز- مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان، والنحت والنقش والطباعة على الحجر أو الأقمشة أو الخشب أو المعادن، وأية مصنفات مماثلة لأي من ذلك.
 - ح- مصنفات الفنون التطبيقية.
 - ط- المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها.
 - ي- الرسومات التوضيحية والخرائط الجغرافية والتصميمات والرسوم التخطيطية (الاسكتشات) والمصنفات ثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العمارة أو العلوم.
- ويتمتع عنوان المصنف بذات الحماية المقررة للمصنف إذا كان العنوان مبتكراً.
- ولقد ذكرت المادة ١٤٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري نماذج وأمثلة للمصنفات التي تحظى بالحماية القانونية قائلا « تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية:

- 1- الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة .

- 2- برامج الحاسب الآلي .
- 3- قواعد البيانات سواء كانت ومقروءة من الحاسب الآلي أو غيره .
- 4- المحاضرات والخطب والمواعظ وأية مصنفات شفوية أخرى إذا كانت مسجلة.
- 5- المصنفات التمثيلية والتمثيلية الموسيقية والتمثيل الصامت (البانتوميم).
- 6- المصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها .
- 7- المصنفات السمعية والبصرية.
- 8- العمارة .
- 9- مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان والنحت والطباعة على الحجر وعلى الأقمشة وأية مصنفات مماثلة في مجال الفنون الجميلة.
- 10- المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها .
- 11- مصنفات الفن التطبيقي والتشكيلي.
- 12- الصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والرسومات التخطيطية (الاسكتشات) والمصنفات الثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو التصميمات المعمارية.
- 13- المصنفات المشتقة وذلك دون الإخلال بالحماية المقررة للمصنفات التي اشتقت منها .

رابعاً: تحديد الشخص صاحب المصنف:

لا تثار أية صعوبة في تحديد الشخص صاحب المؤلف أو المصنف وذلك حينما يكون المؤلف شخصاً واحداً، وإنما تدق المشكلة في بعض الأحوال لمعرفة صاحب المصنف حينما يشترك شخصان أو أكثر في تأليف المصنف الواحد وذلك كما هو الحال في المصنف المشترك والمصنف الجماعي.

١ - المصنف الفردي:

هو ذلك المصنف الذي يمثل نتاجاً ذهنياً لشخص واحد، وذلك تمييزاً له عن المصنفات المشتركة أو الجماعية التي تمثل نتاجاً ذهنياً لأكثر من شخص. والأصل العام أن يُنشر المصنف حاملاً اسم المؤلف الحقيقي، غير أنه يجوز قانوناً نشر المصنف تحت اسم مستعار أو علامة أو رمز معين يدل على نسبة المصنف لصاحبه. ولقد أقام واضح القانون قرينة قانونية مؤداها أنه إذا تم نشر المصنف منسوباً إلى شخص معين سواء

بذكر اسمه عليه أو بأي طريقة أخرى اعتبر هذا الشخص هو صاحب الحق الذهني عليه، غير أن هذه القرينة قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها ، ومن ثم يجوز للمؤلف الحقيقي المستتر أن يقيم الدليل على عدم صحة هذه القرينة وأن الشخص الذي تم نشر المصنف باسمه مجرد مؤلف صوري قصد به إخفاء شخصية المؤلف الحقيقي للمصنف لاعتبارات معينة حملته إلى ذلك ، وعندئذ تثبت له كافة سلطات وحقوق المؤلف الأدبية والمادية على هذا المصنف .

٢- المصنف المشترك:

هو المصنف الذي يشارك في ابتكاره وإخراجه أكثر من شخص لحسابهم الخاص دون توجيه من أحد غيرهم (١).

وقد عرفته المادة الأولى من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م بقولها « المصنف المشترك: المصنف الذي لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية ويشارك في وضعه أكثر من شخص سواء امكن فصل نصيب كل منهم فيه أو لم يمكن » ، وهو عين ما عرفته به المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م بقولها « المصنف المشترك: المصنف الذي ساهم في ابتكاره أكثر من مؤلف، سواء أمكن فصل مساهمة كل منهم فيه أو لم يمكن، والذي لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية » .

ولا جرم أن اشتراك عدة أشخاص في وضع مصنف ما يخول لهم جميعا سلطات وحقوق مشتركة عليه، بيد أن مدى الحقوق التي يتمتع بها المشاركون في ابتكار هذا المصنف يتوقف على قابلية أو عدم قابلية فصل دور كل مشارك عن أدوار غيره من المشاركين، وذلك على النحو الآتي:-

أ- الفرض الأول:

إذا كان المصنف المشترك يمثل كيانا واحدا أو مزاجاً مختلطاً تذوب فيه إسهامات كل مشارك على نحو يصعب معه فصل دور كل مشارك فيه، فعندئذ يعد جميع من اشتركوا في ابتكاره وتأليفه أصحاب حق على هذا المصنف بالتساوي فيما بينهم، بحيث ينبغي توافر إجماعهم على مباشرة الحقوق والسلطات الخاصة بهذا المصنف، هذا كله ما لم يتفقوا فيما بينهم على خلاف ذلك^٢. مثال ذلك أن يجتمع أكثر من شخص على خلق وإنشاء فكرة معينة ثم يصيغونها في أسلوب جماعي، على نحو يصعب معه فصل إسهام كل واحد منهم عن إسهامات الآخرين في هذا العمل الذهني سواء من حيث الفكرة والموضوع (أي قلباً) أو من حيث الأسلوب والصياغة (أي قلباً).

١ انظر في نفس المعنى: د/ شحاتة غريب شلقامي « برامج الحاسب الآلي والقانون » ، ص ٢٩ ، طبعة عام ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية بالقاهرة. حيث عرف المصنف المشترك بأنه « المصنف الذي يشترك في تأليفه أكثر من شخص لحسابهم الخاص دون توجيه من أحد سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً » .

٢ انظر في ذلك المعنى: د/أبو اليزيد علي المتيت « الحقوق على المصنفات (الأدبية ، الفنية ، العلمية) » ص ١١١ ، الطبعة الأولى عام ١٩٦٧م ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، د/ ناصر محمد عبد الله سلطان « نحو نظرية عامة لحق الملكية الفكرية للمؤلف » دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري ، ص ١٢٧ ، رسالة دكتوراة عام ٢٠٠٧م جامعة القاهرة .

ب- الفرض الثاني:

أن يكون المصنف المشترك رغم كونه مزاجاً مختلطاً يصبُّ إسهاماتِ المشتركين في بوتقةٍ واحدة، إلا أنه سهل فصل دور كل واحد منهم على حده، فعندئذ يكون لكل واحد من هؤلاء المشتركين أن ينفرد باستغلال الجزء المتميز الذي يخصه في هذا المصنف المشترك، شريطة ألا يضر ذلك بوحدة هذا المصنف بوصفه عملاً مشتركاً أو يمس الغاية من وضعه وإخراجه، كل هذا ما لم يتفق المشتركون على خلافه^(١). مثال ذلك أن يشترك أكثر من شخص في كتابة مادية علمية معينة مكونة من أكثر من باب، فيقوم كل واحد منهم بكتابة الجزء أو الباب المتميز الذي يخصه، فيخرج المصنف المشترك بوصفه وحدةً واحدةً كاملةً البنيان على نحو سهل معه فصل دور كل واحد فيه على حده.

ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٥/١٢٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « المصنف المشترك : المصنف الذي لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية ويشترك في وضعه أكثر من شخص سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه أو لم يمكن » .

٣- المصنف الجماعي:

هو ذلك المصنف الذي يشترك في وضعه وإخراجه جماعةً من الأشخاص بناء على توجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره باسمه ولحسابه الخاص ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي ابتغاه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي، بحيث يصعب فصل عمل كل من المشتركين فيه وتمييزه على حده .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤/١٢٨ من القانون سالف الذكر بقولها « المصنف الجماعي : المصنف الذي يضعه أكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشره باسمه وتحت إدارته ويندمج عمل المؤلفين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حده، وهو عين ما عرفته به المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م بقولها « المصنف الجماعي: المصنف الذي ساهم في ابتكاره أكثر من مؤلف بمبادرة وتوجيه من شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشره باسمه، وبحيث تندمج مساهمة كل منهم في تحقيق الهدف العام الذي قصده هذا الشخص » .

ويظهر مما سبق أن المصنف الجماعي يماثل المصنف المشترك في جانب ويختلف عنه في جانب آخر، أما وجه التماثل بينهما فكونهما نتاج عمل ذهني مشترك، إذ يساهم في وضع وإخراج كل واحد منهما مجموعة من الأشخاص، وهما بذلك يختلفان عن المصنف الفردي الذي هو نتاج ذهني لشخص واحد، أما وجه التباين والاختلاف بينهما فيظهر في كون المصنف الجماعي لا يقوم الأشخاص المشتركون بوضعه وإخراجه من تلقاء أنفسهم كما هو الحال في المصنف المشترك وإنما بتوجيه شخص آخر سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، هو الذي يوجههم إلى هذا العمل الذهني، ويجري إنتاجه تحت إدارته وباسمه ولحسابه الخاص، بخلاف المصنف المشترك الذي يجري إفرازه بأسماء مؤلفيه ولحسابهم الخاص.

١ انظر في نفس ذلك المعنى: أ.ذ. نزيه محمد الصادق المهدي « آلية حماية حقوق الملكية الفكرية »، ص ٨٠٦، بحث قدم لمؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية المنعقد في الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة ما بين ٩: ١١ من شهر مايو عام ٢٠٠٤م .

وبناء عليه تثبت حقوق المؤلف في المصنف الجماعي قانونا للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قام بالتوجيه إلى وضعه وابتكاره وليس للأشخاص الذين قاموا بعملية الابتكار والإخراج وذلك على سبيل الاستثناء لتفادي ما قد ينشأ من صعوبات نتيجة لتدخل المؤلفين الحقيقيين لهذا المصنف على نحو قد يهدد الهدف المقصود من التوجيه لوضع مثل هذا المصنف^(٢).

وفي اعتقادي أن هذا المسلك التشريعي بشأن المصنف الجماعي مع وجاهته فهو محل نظر، على أساس أنه وإن كان صحيحا أن هذا النوع من المصنفات يصدر لغاية معينة ينشدها شخص من قام بالتوجيه إليه ونشره تحت إدارته ولحسابه الخاص سواء أكان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا، وأن الاعتراف بحقوق المؤلف المادية والمعنوية للأشخاص الذين اشتركوا في ابتكاره ووضعه ربما يهدد الغاية المنشودة من وضعه وابتكاره، إلا أن ذلك لا يبرر بحال من الأحوال ثبوت حقوق المؤلف جميعها للشخص الموجه لابتكار هذا المصنف وحرمان الأشخاص المؤلفين من هذه الحقوق، لأن المصنف الجماعي - مثل المصنف المشترك - عمل ذهني لجماعة من الأشخاص لذلك كان طبيعيا أن ينسب إليهم هذا المصنف وتثبت لهم أيضا وحدهم باقي حقوق المؤلف الأدبية عليه، على أن يتم تقييد هذه الحقوق لصالح الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجّه جهودهم لهذا العمل الجماعي وقام بنشره تحت إدارته ولحسابه الخاص لضمان عدم المساس بالغاية المنشودة من وراء ابتكار هذا المصنف وإخراجه، ولا يصح مطلقا جحد حقوق المؤلفين لهذا المصنف لاسيما الحقوق الأدبية منها خاصة وأن مراعاة هذه الحقوق لا يضر أبدا بالغاية من هذا المصنف .

ويشاطرنى في هذا الرأي جانب من الفقه المصري^(٣) فيرون ويحق أن الشخص المعنوي لم يقدم أي مجهود ذهني في هذا العمل قل قدره أو كثر، ومن ثم لم يجز منحه حقا أدبيا عليه لمجرد قدرته المالية أو دوره المادي في تكليف غيره بالاضطلاع بهذا العمل لحسابه، وإلا ضاعت أصلاً الغاية التي من أجلها نشأ حق المؤلف^(٤).

ولعل هذا الاتجاه هو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نطاق برامج الحاسب الآلي، حيث عمد إلى منح الحقوق المالية للشخص المعنوي الذي جرى العمل الذهني لحسابه وتحت إدارته وإشرافه، في حين احتفظ لصاحب النتاج الذهني القائم بالعمل ذاته بحقوقه الأدبية على هذا العمل^(٥)، وهذا هو ما أراه محققاً للعدالة

١

٢ انظر في ذلك إلى: أ.د. / خالد جمال أحمد حسن كبره بند ٢٤٦، ص ٤٨٨.

٣ راجع في ذلك : ، أ.د. / خالد جمال أحمد حسن « الوسيط في مبادئ القانون المصري » ، ص ٤٦٠ ، طبعة عام ٢٠١٦م ، الناشر مكتبة بداري بأسويوط ، أ.د. / شحاتة غريب شلقامي « الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي » دراسة مقارنة لقانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م ، ص ٢٩ ، طبعة ٢٠٠٤م ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، د. / خالد مصطفى فهمي « الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م » دراسة مقارنة ، ص ٥٧ ، طبعة ٢٠٠٥م ، الناشر دار الجامعة الجديدة الإسكندرية .

٤ وهناك من يؤيد موقف القانون وهم معظم الفقهاء حيث لم يعترض أكثرتهم على أن الشخص المعنوي أو الطبيعي الذي جرى المصنف الجماعي لحسابه وخضع لإشرافه المالي والإداري هو الذي يتمتع بوصف المؤلف، فيجمع بين يديه الحقوق الأدبية والمالية عليه، ولا يكون لهؤلاء أصحاب العمل الذهني سوى ما يستحق لهم من أجور نظير اضطلاعهم بهذا العمل لحساب هذا الشخص المعنوي أو الطبيعي (راجع في ذلك : أ.د. / محمد سامي عبد الصادق في بحثه « حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة » ص ٤٢٠ ، المكتب المصري الحديث ، بدون سنة طبع ، فضلا عن المؤلفات التي أشار إليها لتدعيم رأيه .

٥ راجع في ذلك المادة ٢ من القانون رقم ٣٦١ لسنة ١٩٩٤م ، الصادر في ١٠/٥/١٩٩٤م ، مشار إليها لدى كل من : أ.د. / مدحت محمد محمود عبد العال « مدى خضوع برامج الحاسب للحماية المقررة للمصنفات الأدبية في ظل قانون حماية حق المؤلف ومشروع قانون حماية الملكية الفكرية » دراسة مقارنة ، ص ٢٣ طبعة عام ٢٠٠٢م ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د. / خالد مصطفى فهمي « الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م » دراسة مقارنة ، ص ٥٧ ، طبعة عام ٢٠٠٥م ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية .

والإنصاف لكليهما دون أن يظلم طرف لحساب طرف آخر .

٤ - المصنف المشتق أو المقتبس من غيره

يقصد بالمصنف المشتق أو المقتبس من غيره هو ذلك المصنف الذي يشتقه صاحبه أو يقتبسه من مصنف أصلي موجود من قبل يتمتع بالحماية القانونية ، فلم يفرزه استقلالاً عن غيره ، بل كان مرتبطاً في نشأته ووجوده بوجود مصنف آخر مقتبس منه ، وهو عين ما عرفته به المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م بقولها « المصنف المشتق: المصنف الذي يستمد أصله من مصنف آخر سابق الوجود أو من تعابير الفلكلور»^(١) ، هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٦/١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « المصنف المشتق: المصنف الذي يستمد أصله من مصنف سابق الوجود كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما في ذلك قواعد البيانات المقروءة سواء من الحاسب أو غيره ومجموعات التعبير الفلكلوري ما دامت مبتكرة من حيث ترتيب أو اختيار محتوياتها » .

وينبغي مراعاة أن ما يجري اقتباسه أو اشتقاقه من مصنف أصلي إن كان لا يخلو من جدة فيه وابتكار بأي صورة من الصورة ، فهو يتمتع بحماية قانونية مستقلة عن المصنف المقتبس منه أو المشتق عنه ، بعكس الحال إذا كان ترديداً له أو تجميعاً لبعض أجزائه دون أن تكون له بصمة فيه واضحة فعندئذ لا يتمتع بأي حماية قانونية .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لحق المؤلف

لقد ثار خلافٌ في الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لحق المؤلف وتمخض الخلاف عن رأيين اثنين: أحدهما يصور هذا الحق على أنه حق ملكية يرد على شيء معنوي أو حق ملكية أدبية، والآخر ينظر إليه بوصفه حقاً من نوع خاص له طبيعة مزدوجة، وذلك على التفصيل الآتي:

١ وقد عرفت المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م تعابير الفلكلور بقولها تعابير الفلكلور: كل إنتاج من المأثورات الشعبية الشفوية أو الموسيقية أو الحركية أو الملموسة يتمثل في عناصر متميزة تعكس التراث الشعبي التقليدي الذي نشأ أو تم تطويره وتواتر الحفاظ عليه في منطقة جغرافية معينة والذي لا يمكن نسبه إلى مؤلف معلوم، ويشمل بوجه خاص التعابير التالية:

أ- الحكايات والأمثال والألغاز والأشعار الشعبية.

ب- الأغاني الشعبية المصحوبة بموسيقى.

ج- الرقصات والعروض الشعبية.

د- منتجات الفن الشعبي مثل الرسومات بالخطوط أو بالألوان والمنحوتات والفخار والخزف، والنقش على الخشب والمعادن، والحلي وأشغال الإبرة والمنسوجات والسجاد والملبوسات والآلات الموسيقية والأشكال المعمارية .”

أولاً: الرأي الأول:

لقد كان الفقه والقضاء⁽¹⁾ يميل في بادئ الأمر إلى أن الحقوق الذهنية من قبيل الحقوق العينية، وأن حق المؤلف على مصنفه هو حق ملكية، كل ما في الأمر أن هذا الحق يرد على شيء معنوي خروجاً على الأصل العام في محل حق الملكية الذي هو دائماً شيئاً مادياً وليس شيئاً معنوياً.

ولقد تعرض هذا الرأي للانتقاد من أكثر من زاوية⁽²⁾:

1- إن وصفه لحق المؤلف بأنه حق ملكية يخرج اصطلاح الملكية عن مدلوله الفني التقليدي المستقر له بوصفه حقاً لا يرد إلا على الأشياء المادية وحدها، وهذا ما يخالف حق المؤلف بوصفه حقاً يرد على شيء معنوي غير ملموس.

2- إن حق الملكية يخول صاحبه وحده سلطة استعمال الشيء والاستفادة منه عن طريق استغلاله، وهذا ما لا يتوافر في حق المؤلف، فمن غير المتصور أن يُقصر المؤلف على نفسه حق استعمال نتاجه الذهني أو الفكري، بل إن وسيلته لاستعمال حقه على المؤلف لا تتحقق إلا بنشره وتداوله بين الناس، وليس عن طريق الاستعمال الشخصي فقط.

3- إن حق المؤلف يتضمن عنصراً أدبياً يصعب تجاهله إلى جانب العنصر المالي، وهو عنصر مميز له عن الحقوق العينية قاطبة ومنها حق الملكية، فهي لا ترد إلا على الأشياء المادية وحدها، ومن ثم فإن إدراج الحقوق الذهنية ومنها حق المؤلف ضمن الحقوق العينية فيه إهدار وتجاهل للجانب الأدبي في حق المؤلف والذي يمثل جوهر هذا الحق.

4- إن حق الملكية حق دائم لا يفتى إلا بفناء محله الذي يرد عليه، مما يجعله مختلفاً عن حق المؤلف في جانبه المالي الذي هو حق مؤقت ينتهي بعد مضي مدة معينة ينص عليها القانون، يصير بعدها استعمال النتاج الفكري أو الذهني أو الاستفادة منه مباحاً لكافة الأشخاص.

ثانياً: الرأي الثاني: حق الملكية حق ذو طبيعة مزدوجة:

نظراً لكثرة الانتقادات التي وجهت إلى الرأي الأول - على نحو ما رأينا آنفاً - فقد عدل الفقه المعاصر

⁽³⁾ عن تكييف الحقوق الذهنية على أنها حقوق ملكية، واتجه إلى وصفها بأنها حقوقٌ من نوع خاص ذات طبيعة

١ انظر في ذلك المعنى إلى كل من: أ.د/ محمد كامل مرسي «الحقوق العينية الأصلية» ص ١٩٠، الطبعة الثانية، بدون دار نشر أو سنة طبع، أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة «محاضرات القانون المدني» ، حق المؤلف في القانون المصري، ص ٣٧، طبعة عام ١٩٦٧م، أ.د/ نزيه محمد الصادق المهدي «المدخل لدراسة القانون» جزء ٢، ص ٦٨، طبعة عام ١٩٧٧م، دار النهضة العربية بالقاهرة، أ.د/ عبد الله مبروك النجار «الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبيين في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون» دراسة مقارنة، ص ٣٢، الطبعة الأولى عام ١٩٩٠م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

٢ انظر في ذلك إلى كل من: أ.د/ حمدي عبد الرحمن «فكرة الحق» ص ١٦٨، طبعة عام ١٩٧٩م، دار الفكر العربي، أ.د/ شحاتة غريب شلقامي «الحقوق الأدبية للمؤلف في القانون البحريني» دراسة في القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، بحث منشور بمجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد السادس، العدد الثاني ص ٢٠٤، يوليو عام ٢٠٠٩م.

٣ انظر في ذلك المعنى إلى كل من: أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني «نظرية الحق» ، ص ٣٠٥، طبعة عام ١٩٧٢م، أ.د/ توفيق حسن فرج «المدخل للعلوم القانونية» ص رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية وبعض التشريعات المقارنة، ص ١٣، الطبعة الثانية ٢٠٠٨م، دار ١٠٠، طبعة عام ١٩٦٠م، أ.د/ أسامة أحمد شوقي المليجي «الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة دار النهضة العربية بالقاهرة

مزدوجة تضم نوعين مختلفين من الحقوق، فحق المؤلف ينطوي على حق معنوي يعبر عن الرباط الوثيق بين الشخص وبين ما يفرزه ذهنه وفكره من نتاج أو جهد، وهو رباط يبرر نسبة المصنف إليه وحده، وحق مالي يخول له الاستئثار بمنافع استغلال هذا المصنف أو النتاج الذهني أو الفكري استغلالاً مالياً.

المبحث الثالث

مضمون حق المؤلف

للمؤلف على مصنفه نوعان من الحقوق حق معنوي أو أدبي يعبر عن نسبة المصنف إلى صاحبه بوصفه نتاج خلقه وابتكاره، يخوله مجموعة معينة من السلطات التي تؤكد الرباط الوثيق بين المصنف وشخصية مبتكره ووضعه بوصفه ترجمة صادقة عن مكنون ثقافته وجوهر شخصيته الإبداعية، وحق مادي أو مالي يتيح له حق الاستئثار بثمار استغلال هذا المصنف استغلالاً مادياً.

وها نحن سنتناول بالتفصيل مضمون هذين الحقين على النحو الآتي:

أولاً: مضمون الحق الأدبي لحق المؤلف:

يخول القانون للمؤلف على مصنفه عدداً من السلطات التي تكفل له المحافظة على كيانه الأدبي بوصفه جزءاً لا ينفصل عن ثقافته وشخصيته، والتي تتمثل فيما يلي:

١- سلطة النشر:

لقد جعل القانون للمؤلف سلطة تقديرية في نشر مصنفه من عدمه، وذلك على أساس أن المصنف يعبر عن جانب من جوانب شخصيته ألا وهو الجانب الذهني أو الجانب الفكري، فكان طبيعياً أن يترك له أمر تقدير نشر هذا المصنف أو عدم نشره حسبما يترأى له، لأنه قد يُقدَّرُ المؤلف أن في نشر مصنفه مساساً بسمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية فيكون له سلطة الامتناع عن النشر.

وهذا عين ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني بقولها « ١- يتمتع المؤلف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو التصرف فيها وهي:

« أ- الحق في تقرير نشر مصنفه لأول مرة، وفي تعيين طريقة هذا النشر وموعده ». ونصت عليه أيضاً المادة ١٤٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل وتشمل هذه الحقوق ما يلي :

« أولاً - إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة » .

ولا غرابة في منح المؤلف مثل هذه السلطة فالأمر يتصل بجانب حيوي من جوانب شخصيته ألا وهو الجانب الذهني أو الفكري، فلا ينبغي أن يكون لغير صاحبه سلطانٌ بشأنه وإلا كان هناك اعتداءً على حق من حقوقه اللصيقة بشخصيته.

كما أن للمؤلف الحق في تعيين طريقة النشر، فله أن ينشره مثلاً في الجرائد أو داخل إحدى الموسوعات العلمية أو الأدبية أو الفنية بحسب طبيعته أو أن ينشره في مؤلف مستقل عن طريق إحدى دور النشر أو بعرضه في إحدى دور العرض كما لو كان لوحة فنية أو عملاً فنياً يعرضه على المسرح أو في السينما، فهو وحده الذي يستقل بتحديد الطريقة التي يطمئن إليها بما يتناسب مع طبيعة مصنفه.

ويبقى للمؤلف سلطة الامتناع عن النشر حتى وإن كان قد سبق له التعاقد مع إحدى دور النشر على نشر هذا المصنف متى قدر أن مصلحته تقتضي عدم النشر، شريطة أن يلتزم المؤلف بتعويض الناشر عن كافة الأضرار التي لحقت به من جراء مباشرة المؤلف لحقه الأدبي في عدم نشر مؤلفه^(١).

٢ - سلطة نسبة المصنف إليه:

لا غرو أن يكون من حق المؤلف نسبة مصنفه إليه فهو نتاج فكره وجزء من ثقافته وميوله وشخصيته وثمرته لجهده الذهني، ومن ثم فله الحق عند نشر مصنفه أو عرضه أو تقديمه للجمهور أن يكون حاملاً اسمه الحقيقي أو اسم مستعار له إذا كان قدر هو ما يبرر له إخفاء اسمه الحقيقي، بل إن له الحق في نشر مصنفه دون أن يحمل اسماً معيناً.

وهذا عين ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني بقولها « ١ - يتمتع المؤلف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو التصرف فيها وهي: « ب - الحق في نسبة المصنف إليه، وبوجه خاص حقه في وضع اسمه على جميع نسخ المصنف - عندما يكون ذلك ممكناً - بالطريقة المألوفة ». كما نصت عليه المادة ١٤٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل وتشمل هذه الحقوق ما يلي: « ثانياً - الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه » .

ويكون من حق المؤلف أن يدفع أي اعتداء يقع على حقه في نسبة مصنفه إليه، وإثبات أبوته لفكره فهو حق وثيق الرباط بشخصيته فلا يسقط بالنزول عنه أو بعدم استعماله لأي مدة وإن طالت.

٣ - سلطة تعديل أو تحويل المصنف:

إن من حق المؤلف أن يدخل على مصنفه ما يراه من تعديلات أو تغييرات لازمة ليواكب بها تغير الزمان وتقدم العلوم وتطور الفكر، وليس لأحد سواه أن يمارس هذه السلطة إلا بإذن منه أو ممن يخلفه من ورثته، كما أن من حقه منع أي شخص يحاول تعديل أو تحريف أو تشويه مصنفه دون إذنه أو يحاول القيام بأي عمل يكون من شأنه المساس بشرف المؤلف أو سمعته، وهذا عين ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني بقولها « ١ - يتمتع المؤلف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو التصرف فيها وهي: « د - الحق في منع أي تحريف أو تشويه أو أي تعديل لمصنفه أو أي مساس به يكون من شأنه الإضرار بشرف المؤلف أو بسمعته » ، كما نصت عليه يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل وتشمل هذه الحقوق ما يلي:

أولاً -

ثانياً -

” ثالثاً - الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له ولا يعد التعديل في مجال الترجمة اعتداءً إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعه المؤلف ومكانته” .

بيد أنه يجب مراعاة عند ثبوت حق الاستغلال المالي على المصنف لغير صاحبه ألا يسمح له بإجراء أي تعديل عليه إلا بعد استئذان المحكمة الابتدائية في ذلك واقتناع هذه المحكمة بوجود أسباب لدى المؤلف تبرر له إجراء هذه التعديلات ، مع التزامه بتعويض الناشر تعويضاً عادلاً عن كامل الأضرار التي تلحقه من جراء هذه التعديلات خلال أجل معين تحدده له المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم الصادر له بإجراء هذه التعديلات .

وهذا هو عين ما نصت المادة الخامسة من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م بقولها « ١- يتمتع المؤلف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو التصرف فيها وهي: «ه- الحق في منع طرح مصنفه للتداول وفي سحبه من التداول رغم سبق تصرف المؤلف في حقوقه المالية، وذلك إذا طرأت أسباب جدية تبرر المنع أو السحب، ويجب في هذه الحالة أن يستصدر المؤلف من المحكمة المختصة حكماً بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه منه، وتقضي المحكمة في حالة إجابته إلى طلبه بإلزامه بأن يدفع مقدماً تعويضاً عادلاً لمن آلت إليه الحقوق المالية خلال أجل تحدده المحكمة وإلا اعتبر الحكم كأن لم يكن » ، كما نصت عليه المادة ١٤٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « للمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جدية - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم » ..

كما أن له الحق في تحويل مصنفه بتحويله من لون إلى آخر، كأن يحوله من قصة مكتوبة إلى عمل درامي مسرحي أو فيلمي مثلاً ، وله وحده الحق في ترجمته إلى لغة أخرى. ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه فيه من ورثته .

٤ - سلطة سحب المصنف من التداول:

يثبت للمؤلف بمقتضى حقه الأدبي على نتاجه الفكري أو الذهني، سلطة تقرير سحب مصنفه من التداول بوقف نشره أو عرضه أو إذاعته.

ذلك أن المصنف جزءٌ من شخصية مؤلفه وترجمة لميوله وثقافته وفكره، لذا فإن من حقه وحده إذا ما عرضت له بعد طرحه إياه للتداول، أن يباشر هذه السلطة، لما في حرمانه منها وجحد حقه فيها من مساس بسمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية.

فقد يكون هذا المصنف قد صدر عن مؤلفه في أولى مراحل حياته العلمية أو الأدبية أو الفنية وارتأى

بعد مرور فترة من الزمن أن مضمون المصنف أو محتواه لم يعد متناسبا مع مكانته العلمية الرفيعة أو أضحى متعارضا مع تطور الأحداث العلمية أو السياسية أو مخالفا للقيم الاجتماعية فى المجتمع، الأمر الذي يحتم سحب تداوله بوقف عرضه أو نشره أو إذاعته .

بيد أنه يجب مراعاة عند ثبوت حق الاستغلال المالي على المصنف لغير صاحبه ألا يسمح لصاحبه بسحبه من التداول إلا بعد استئذان المحكمة الابتدائية فى ذلك واقتناع هذه المحكمة بوجود أسباب لدى المؤلف تبرر له إجراء هذا السحب ، مع التزامه بتعويض الناشر تعويضاً عادلاً عن كامل الأضرار التي تلحقه من جراء هذا السحب خلال أجل معين تحدده له المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم الصادر له بإجراء هذا السحب .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ١٤٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « للمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جدية - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالي ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعرض مقدما من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضا عادلا يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم » .

خصائص الحق الأدبي للمؤلف:

نظرا لأن الحق الأدبي أو المعنوي فى حق المؤلف يعد حقا لصيقا بشخصيته، فإنه يخرج عن دائرة التعامل فلا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه، ولا يسقط بالتقادم، وينتقل هذا الحق إلى الورثة وإن كانت سلطتهم فى هذا الشأن تقتصر على منع كل ما يمس كرامة المؤلف أو سمعته بوصفهم حراساً على التراث الفكري لمورثهم^(١) .

ثانيا: مضمون الحق المالي فى حق المؤلف:

يعبر الحق المالي فى حق المؤلف عن الرباط أو الصلة المالية القائمة بين المؤلف ونتاج ذهنه أو فكره، فيكون من حقه الاستئثار بالمنافع المالية التي يسفر عنها استغلال هذا النتاج استغلالا ماليا .

ولا جرم أن الاعتراف للمؤلف بحقه المالي على مصنفاته أيا كانت طبيعتها (سواء كانت مصنفات علمية أو أدبية أو فنية) يعد أمر بدهييا وطبيعييا بوصفها ثمار جهوده الذهنية والفكرية وهو وحده الذي له الحق فى جني قطفها وثمارها المادية أو المالية، ولقد حرص القانون على التأكيد على هذا الحق .

ويتخذ المؤلف فى استغلال مصنفه استغلالا ماليا أحد طريقتين: إما أن يقوم بنفسه بمباشرة هذا الاستغلال أو يقوم به غيره الذي يتنازل له المؤلف عن هذا الحق مقابل مبلغ معين أو مقابل نسبة تحدد اتفاقا من ناتج هذا الاستغلال .

وللمؤلف الحق فى اختيار الطريقة التي يجرى من خلالها هذا الاستغلال بحسب ما يراه محققا لمصلحته، فقد يرى عرض مصنفه على الجمهور مباشرة بتلاوته علانية أو بالتوزيع الموسيقى أو التمثيل المسرحي

أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية للتكلم أو للصوت أو للصور، أو غيرها من طرق العرض المباشر على الجمهور ويسمى هذا الحق «بحق الأداء العلني»، وقد يقرر عرض مصنفه على الجمهور بطريق غير مباشر وذلك عن طريق نسخ المصنف بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب أو التسجيل أو النسخ أو التثبيت على أسطوانات أو أشرطة مسموعة أو مرئية أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي، ويسمى هذا الحق «بحق النشر» .

ونشر المؤلف لمصنفه قد يتم على نفقته هو ولحسابه هو ليجني من بعد وحده ثمار نشره ، وقد يتعاقد مع آخر فيعطيه حق استغلال مصنفه ماليا فينشره ذلك الآخر لحسابه هو لا لحساب مؤلفه سواء أعطاه المؤلف حق استغلاله ماليا بمقابل أو بغير مقابل حسب مضمون الاتفاق بينهما ، وأخيرا قد يتفق المؤلف مع الناشر على أن يتولى الناشر عملية النشر كاملة على نفقته وحسابه ثم يكون لهما من بعد الاشتراك في توزيع عائد استغلاله ماليا بحسب نسب معينة يتفقان عليها .

وتجدر الإشارة إلى أن ترجمة المؤلف لمصنفه من لغة إلى أخرى يعد إحدى صور استغلاله استغلالا ماليا، وليس لغيره حق الترجمة إلا بعد الحصول على إذن كتابي منه أو ممن يخلفه هذا ما لم تكن الترجمة بقصد الاستعمال الشخصي للمترجم ، ودون أن يجنى من ورائها أى ثمار مادية ، هذا فضلا عن ضرورة ذكر مصدر ذلك المصنف واسم ومؤلفه .

خصائص الحق المالي للمؤلف:

يتسم الحق المالي للمؤلف على مصنفه بالخصائص الآتية:

- 1- قابلية هذا الحق للتصرف فيه أو للتنازل عنه للغير سواء أكان ذلك بمقابل أم بدون مقابل، لمدة محددة أم بدون تحديد مدة، بموجب تصرف منجز حال حياته أم كان التصرف مضافا إلى ما بعد الموت أي بطريقة الوصية .
- 2- قابلية الحق للانتقال إلى الورثة على اعتبار أنه يمثل أحد عناصر الذمة المالية للمؤلف فينتقل مع غيره من أموال التركة إلى الورثة بمجرد الوفاة.
- 3- قابلية هذا الحق للحجز عليه متى تمَّ استغلاله بطريق النشر فيحجز على نسخ النشر بوصفها أشياء ذات قيمة مالية فتدخل ضمن العناصر الإيجابية للذمة المالية للمدين المؤلف فتمثل إذن محلا للضمان العام المقرر لدائنيه .
- 4- الحق المالي للمؤلف حق مؤقت بمدة معينة : إذ ينص القانون على سقوط الحق المالي للمؤلف بعد مضي مدة معينة قدرها سبعون عاماً في البحرين وخمسون عاماً في مصر ، وتحسب هذه المدة أو تلك من تاريخ وفاة المؤلف أو وفاة آخر شخص من المؤلفين المشتركين في مصنف واحد أو بمضي هذه المدة وهي سبعون عاماً في البحرين أو خمسون عاماً في مصر على تاريخ النشر إذا كان صاحب المصنف شخصا معنويا كما هو الحال في المصنف الجماعي أو كان المصنف غير منسوب لصاحبه أو كان قد نشر تحت اسم مستعار ولم يكشف المؤلف عن شخصيته الحقيقية خلال تلك المدة .

ويراعى أنه في حالة إذا كان المصنف مجزئاً إلى أجزاء مختلفة نشرت منفصلة وعلى فترات ، أن يعامل كل جزءٍ منها معاملة المصنف المستقل بالنسبة لحساب مدة الحماية القانونية المقررة لها .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف البحريني على أن « تحمى الحقوق المالية للمؤلف مدة حياته وسبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية لسنة وفاته، وذلك في غير ما ورد بشأنه حكم خاص في هذا الفرع» .

كما تنص المادة ٣٨ من القانون البحريني سالف الذكر على أن « تحمى الحقوق المالية لمؤلفي المصنفات المشتركة مدة حياتهم جميعاً وسبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية لسنة وفاة آخر من بقى حياً منهم » .

كما تنص المادة ٣٩ من القانون البحريني سالف الذكر على أن « تحمى الحقوق المالية على المصنفات السمعية البصرية والمصنفات الجماعية مدة سبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية للسنة التي تم فيها أول نشر مشروع لهذه المصنفات، وإذا لم يتم هذا النشر خلال خمسين سنة من تاريخ إنجازها تحمى الحقوق المالية على هذه المصنفات مدة سبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية لإنجازها» .

كما تنص المادة ٤٠ من القانون البحريني سالف الذكر على أن « تحمى الحقوق المالية على المصنفات التي تنشر بدون ذكر اسم مؤلفها أو باسم مستعار، مدة سبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية للسنة التي تم فيها أول نشر مشروع لهذه المصنفات، وإذا لم يتم هذا النشر خلال خمسين سنة من تاريخ إنجازها تحمى الحقوق المالية على هذه المصنفات مدة سبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية لإنجازها، وإذا تم معرفة أو تحديد شخصية المؤلف أو الكشف عنها خلال المدة المشار إليها، تحسب مدة الحماية طبقاً لأحكام أي من المادتين (٣٧) و (٣٨) من هذا القانون بحسب الأحوال» .

كما تنص المادة ٤١ من القانون البحريني سالف الذكر على أن « تحمى الحقوق المالية على مصنفات الفنون التطبيقية مدة سبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية للسنة التي تم فيها أول نشر مشروع لهذه المصنفات، وإذا لم يتم هذا النشر خلال خمسين سنة من تاريخ إنجازها تحمى الحقوق المالية على هذه المصنفات مدة سبعين سنة تبدأ من أول السنة الميلادية التالية لإنجازها» .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ١٦٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بقولها « تحمى الحقوق المالية للمؤلف المنصوص عليها في هذا القانون مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف» .

وتنص المادة ١٦١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على أن « تحمى الحقوق المالية لمؤلفي المصنف المشترك مدة حياتهم جميعاً ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة آخر من بقى حياً منهم» .

كما تنص المادة ١٦٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على أن « تحمى الحقوق المالية لمؤلفي المصنفات الجماعية باستثناء مؤلفي مصنفات الفن التطبيقي - مدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد وذلك إذا كان مالك حقوق المؤلف شخصاً اعتبارياً أما إذا كان مالك هذه الحقوق

شخصاً طبيعياً فتكون مدة الحماية طبقاً للقاعدة المنصوص عليها في المادتين (١٦٠)، (١٦١) من هذا القانون» .
« وتنقضي الحقوق المالية على المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة مؤلفها بخمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد» .

كما تنص المادة ١٦٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على أن « تحمى الحقوق المالية على المصنفات التي تنشر بدون اسم مؤلفها أو باسم مستعار لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد فإذا كان مؤلفها شخصاً معروفاً ومحددًا أو كشف مؤلفها عن شخصه فتكون مدة الحماية طبقاً للقاعدة المنصوص عليها في المادة (١٦٠) من هذا القانون» .

كما تنص المادة ١٦٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على أن « تنقضي الحقوق المالية لمؤلفي مصنفات الفن التطبيقي بانقضاء خمس وعشرين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد» .

كما تنص المادة ١٦٥ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على أنه « في الأحوال التي تحسب فيها الحماية من تاريخ النشر أو الإتاحة للجمهور لأول مرة يتخذ أول نشر أو أول إتاحة للجمهور أيهما أبعد مبدأً لحساب المدة بغض النظر عن إعادة النشر أو إعادة الإتاحة للجمهور إلا إذا أدخل المؤلف على مصنفه عند إعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفًا جديدًا . فإذا كان المصنف يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفًا مستقلاً عند حساب مدة الحماية» .

ويراعى أنه في خصوص المصنفات الأجنبية فإن مدى حماية حق مؤلف المصنف الأجنبي وحق من يقوم بترجمته إلى لغة أجنبية أخرى أو إلى اللغة العربية تنقضي بمضي سبعين عاماً في البحرين أو خمسين عاماً في مصر من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المصنف المترجم .

ولا جرم في أن هذا النص وإن كان له ما يبرره في إعطائه حق الترجمة إلى اللغة العربية للمصنفات الأجنبية لأي شخص دون حاجة إلى إذن مؤلفها إذا لم تترجم إلى اللغة العربية خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ النشر، رغبة في إثراء الثقافة المصرية بالثقافات الأجنبية والاستفادة من ثمار التقدم في العلوم المختلفة في العالم كله، إلا أنه لا ينبغي جحد حق المؤلف مالياً إذ ينبغي إعطاؤه الحق في تعويض عادل يترك لتقدير القضاء إذا ما نازع بشأن ترجمة مصنفه أو عارض في ذلك^(١).

١ انظر في نفس المعنى: أ.د/ حمدي عبد الرحمن «فكرة الحق» ص ١٠٩، ١١٠، طبعة ١٩٧٩، دار الفكر العربي، د/ محمد سعد خليفة ص ١٩٣ هامش.

المبحث الرابع الحماية القانونية لحق المؤلف

لقد أحاط واضع القانون حق المؤلف على مؤلفه (سواء في الجانب الأدبي أو الجانب المالي لهذا الحق) بكل أشكال الحماية القانونية اللازمة لرعاية هذا الحق وحمايته من أي مظهر من مظاهر الاعتداء ، فجعل له ابتداء أن يتخذ من الإجراءات الوقتية والتحفظية ما يلزم لإثبات هذا الاعتداء ووقفه ، كما أتاح له أن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لتحريك الدعوى المدنية أو الدعوى الجنائية ضد المعتدي لإسباغ الحماية المدنية والجنائية المقررة لهذا الحق انتهاءً ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

أولاً : الإجراءات الوقتية والتحفظية:

لقد كفل قانون اتخاذ كافة الإجراءات الوقتية والتحفظية اللازمة لإثبات الاعتداء الذي يمس حق المؤلف ولوقف استمرار هذا الاعتداء الحاصل ، وذلك بناء على طلب يقدم من المؤلف أو ممن يخلفه إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة .

وفي ذلك تنص المادة ٦٢ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني على أنه « ١- يجوز لصاحب الحق، إذا كان لديه أسباب سائغة تحمله على الاعتقاد بإمكان استيراد سلع تنطوي على تعد على أي من الحقوق المقررة بموجب أحكام هذا القانون، أن يقدم طلباً كتابياً إلى الجهة المختصة بالإفراج الجمركي لوقف الإفراج الجمركي عن هذه السلع وعدم السماح بتداولها .

ويجب أن يكون الطلب مشفوعاً بأدلة تكفي لإقناع الجهة المختصة بالإفراج الجمركي بوجود تعدٍ بحسب الظاهر على حقوق الطالب، وأن يشتمل الطلب على المعلومات الكافية التي يكون من المعقول توافرها لدى الطالب لتمكين الجهة المذكورة من التعرف بصورة معقولة على السلع المعنية.»

« ٢- يجب على الجهة المختصة بالإفراج الجمركي أن تخطر الطالب كتابة بقرارها بشأن طلبه خلال سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب، ويسري القرار في حالة قبول الطلب لمدة سنة واحدة من تاريخ تقديمه أو للفترة المتبقية من مدة الحماية المتبقية للسلع المطلوب اتخاذ الإجراء بشأنها أيهما أقل، ما لم يطلب مقدم الطلب فترة أقصر» .

« ٣- يجوز للجهة المختصة بالإفراج الجمركي أن تكلف الطالب بتقديم كفالة مناسبة أو ما يعادلها من ضمان بما يكفي لحماية المدعى عليه والسلطات المختصة ومنع إساءة استعمال الحق في طلب وقف الإفراج الجمركي» .

« ٤- مع عدم الإخلال بأحكام الفقرات السابقة، يجوز للجهة المختصة بالإفراج الجمركي من تلقاء نفسها دون حاجة إلى تقديم شكوى أو طلب من صاحب الحق أو من غيره، أن تصدر قراراً بوقف الإفراج الجمركي عن السلع المستوردة أو العابرة (الترانزيت) أو المعدة للتصدير إثر ورودها إلى المنطقة الجمركية الخاضعة لولايتها، وذلك إذا توفرت أدلة كافية - بحسب الظاهر - على حدوث تعد على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون» .

« ٥- إذا قررت الجهة المختصة بالإفراج الجمركي، تطبيقاً لأحكام هذه المادة، وقف الإفراج الجمركي عن سلع وردت إلى المنطقة الجمركية الخاضعة لولايتها، وجب عليها ما يلي:

أ- أن تخطر مستورد السلع وصاحب الحق بالقرار الصادر بوقف الإفراج الجمركي فور صدوره.

ب- أن تخطر صاحب الحق، بناء على طلب كتابي منه، بأسماء وعناوين مرسل السلع ومستوردها ومن أرسلت إليه وكمياتها.

ج- السماح لأصحاب الشأن بمعاينة السلع وفقاً للإجراءات الجمركية المتبعة في هذا الشأن.

ويجب على صاحب الحق أن يرفع دعوى بأصل النزاع أمام المحكمة المختصة وأن يبلغ ذلك إلى الجهة المختصة بالإفراج الجمركي خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام عمل من تاريخ إخطاره بقرار وقف الإفراج الجمركي عن هذه السلع، وإلا اعتبر القرار كأن لم يكن ما لم تقرر هذه الجهة أو المحكمة المختصة مد هذه المهلة لمدة لا تتجاوز عشرة أيام أخرى في الحالات التي تقدرها.

وإذا رفعت دعوى بأصل النزاع، جاز للمحكمة تأييد الأمر أو تعديله أو إلغاؤه.

« ٦- إذا ثبت للمحكمة أن السلع التي تقرر وقف الإفراج الجمركي عنها تتطوي على تعدد على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون، وجب الحكم بإتلاف هذه السلع على نفقة مستوردها، أو التخلص منها خارج القنوات التجارية إذا كان من شأن الإتلاف إلحاق ضرر غير معقول بالصحة العامة أو بالبيئة.»

« ٧- يصدر الوزير المعني بشئون الجمارك، بعد التنسيق مع الوزير، قراراً بتحديد البيانات والشروط والضوابط والإجراءات المتعلقة بتقديم طلب وقف الإفراج الجمركي والبت فيه، وما يجب إرفاقه بهذا الطلب من مستندات. ويراعى في تحديد كل ذلك ألا يؤدي إلى العزوف عن اللجوء إلى طلب اتخاذ الإجراء المشار إليه.»

كما يصدر الوزير المعني بشئون الجمارك، بعد موافقة مجلس الوزراء، قراراً بشأن ما يلي:

أ- قواعد تقدير الكفالة، أو ما يعادلها من ضمان، التي يلزم الطالب بإيداعها استناداً لأحكام هذه المادة.

ب- الرسوم التي تفرض على تخزين السلع التي يتقرر وقف الإفراج الجمركي عنها.

ويجب ألا يكون مقدار الكفالة، أو ما يعادلها من ضمان، أو مقدار الرسوم المشار إليها كبيراً لدرجة تؤدي بصورة غير معقولة إلى العزوف عن اللجوء إلى طلب اتخاذ الإجراء المشار إليه.

« ٨- لا تسري أحكام هذه المادة على الكميات الضئيلة، ذات الصبغة غير التجارية، من المصنفات والتسجيلات الصوتية التي ترد ضمن أمتعة المسافرين الشخصية أو ترسل في طرود صغيرة.»

كما تنص المادة ٦٣ من هذا القانون على أنه « ١- عند التعدي أو لتوقي تعدد وشيك على أي من الحقوق المقررة بموجب أحكام هذا القانون، أو عند ارتكاب أي من الأفعال المحظورة بموجب أحكام الفقرات من (١) إلى (٥) من المادة (٤٥) من هذا القانون أو لتوقي ارتكاب أي من هذه الأفعال يكون وشيك الوقوع، فإن لصاحب الحق أن يستصدر أمراً على عريضة من رئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع لاتخاذ إجراء أو أكثر من

الإجراءات التحفظية المناسبة، بما في ذلك ما يلي:

أ- إجراء وصف تفصيلي عن التعدي أو الفعل المحظور المدعى به وعن السلع التي تنطوي على التعدي أو السلع محل العمل المحظور المدعى به وعن المواد والأدوات والوسائل والمعدات التي استخدمت أو سوف تستخدم في أي من ذلك، والحفاظ على الأدلة ذات الصلة بالموضوع.

ب- توقيح الحجز على الأشياء، المشار إليها في الفقرة السابقة، والعوائد الناتجة عن التعدي أو الفعل المحظور المدعى به.

ج- منع السلع التي تنطوي على التعدي أو السلع محل الفعل المحظور المدعى به من دخول القنوات التجارية ومنع تصديرها، ويشمل ذلك السلع المستوردة فور الإفراج الجمركي عنها.

د- وقف التعدي أو الفعل المحظور أو منع وقوع أي منهما.

« ٢- لرئيس المحكمة أن يكلف مقدم العريضة بتقديم ما يكون معقولاً توافره من الأدلة التي ترجح وقوع التعدي على الحق أو أنه على وشك الوقوع، أو ارتكاب الفعل المحظور أو أنه على وشك الوقوع، وأن يكلفه بتقديم المعلومات التي تكفي لتمكين السلطة المختصة بتنفيذ الإجراء التحفظي من تحديد السلع المعنية» .

« ٣- يجب على رئيس المحكمة البت في العريضة على وجه الاستعجال خلال فترة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ تقديمها، فيما عدا الحالات الاستثنائية التي يقدرها » .

« ٤- لرئيس المحكمة عند الاقتضاء أن يصدر الأمر، بناء على طلب مقدم العريضة، دون استدعاء الطرف الآخر في أية حالة يكون من المرجح فيها أن التأخير في إصدار الأمر قد يلحق بالمدعي ضرراً يتعذر تداركه أو يخشى فيها زوال أو إتلاف الأدلة، ويجب في هذه الحالة إخطار الطرف الآخر بالأمر دون تأخير فور صدوره، ويجوز عند الاقتضاء أن يكون الإخطار بعد تنفيذ الأمر مباشرة » .

« ٥- إذا أمر رئيس المحكمة باتخاذ إجراء تحفظي دون استدعاء الطرف الآخر، فإن للمدعى عليه بعد إخطاره بالأمر أن يتظلم منه أمام المحكمة المختصة خلال عشرة أيام من تاريخ إخطاره، وللمحكمة في هذه الحالة تأييد الأمر أو إلغاؤه أو تعديله » .

« ٦- لرئيس المحكمة تكليف مقدم العريضة بتقديم كفالة مناسبة أو ما يعادلها من ضمان بما يكفي لحماية المدعى عليه ومنع إساءة استعمال الحق، ويجب ألا يكون مقدار الكفالة، أو ما يعادلها من ضمان، كبيراً لدرجة تؤدي بصورة غير معقولة إلى العزوف عن طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية المشار إليها» .

« يجب على صاحب الحق رفع الدعوى بأصل النزاع خلال عشرين يوماً من تاريخ صدور الأمر باتخاذ الإجراء التحفظي أو من تاريخ إخطاره برفض التظلم المنصوص عليه في الفقرة (٥) من هذه المادة، بحسب الأحوال، وإلا تم إلغاء هذا الأمر بناء على طلب المدعى عليه» .

وفي مصر تنص المادة ١٧٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م على أن « لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع بناء على طلب ذي الشأن وبمقتضى أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بإجراء أو أكثر

من الإجراءات التالية أو غيرها من الإجراءات التحفظية المناسبة ، وذلك عند الاعتداء على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا الكتاب :

١- إجراء وصف تفصيلي للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي .

٢- وقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو عرضه أو نسخه أو صناعته .

٣- توقيع الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي الأصلي أو على نسخه ، وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة لإعادة نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي .

٤- إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية .

٥- حصر الإيراد الناتج عن استغلال المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي وتوقيع الحجز على هذا الإيراد في جميع الأحوال .

ولرئيس المحكمة في جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة ، ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر له .

ثانياً : الحماية المدنية لحق المؤلف:

لا جرم أن أي اعتداء من أي شخص على الجانب الأدبي أو الجانب المالي لحق المؤلف على مؤلفه يمثل وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية خطأ عقدياً أو خطأ تقصيرياً يستوجب مسؤولية مرتكبه مسؤولية عقدية أو تقصيرية حسب الطبيعة القانونية للخطأ^(١).

وبناء عليه يتسنى للمؤلف الالتجاء إلى القضاء لوقف الاعتداء الحاصل على مؤلفه ، وطلب التعويض عن جملة الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء هذا الاعتداء .

ولا غرو أن يكلف المؤلف بإثبات الضرر الذي يدعيه سواء أكان ضرراً مادياً أو ضرراً أدبياً إعمالاً

للقواعد العامة في الإثبات التي توجب على المدعي إثبات ما يدعيه ، بيد أن اتجاهها في الفقه والقضاء^(٢) نرجحه يميل إلى التفرقة في خصوص إثبات الضرر الحاصل للمؤلف على مؤلفه بين الضرر المادي والضرر

١ ذلك أنه إذا كانت ثمة علاقة عقدية بين المعتدى والمؤلف ، وكان اعتداؤه يمثل إخلالاً بالتزامه العقدي فعندئذ تنعقد مسؤوليته العقدية مثل إخلال الناشر بالتزاماته العقدية الناتجة عن عقد النشر ، إذ يمكن للمؤلف الرجوع عليه بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية ، في حين أنه إذا انتفت العلاقة العقدية بين المعتدى والمؤلف أو كان الاعتداء منبت الصلة عن العلاقة العقدية القائمة بينهما ، فعندئذ يكون المعتدى مسئولاً في مواجهة المؤلف وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

٢ انظر في ذلك إلى : أ.د/ عبد الرشيد مأمون « الحق الأدبي للمؤلف » ، ص ٤٥٠ ، وما بعدها طبعة عام ١٩٧٨ م دار النهضة العربية ، أ.د/ عبد الله مبروك النجار « الحماية القانونية ، لحقوق المؤلفين الأدبيين في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون ، ص ١٢٨ ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٠ م ، دار النهضة العربية ، د/ شحاته غريب شلقامي «الملكية الفكرية في القوانين العربية» ، ص ٢٣٣ ، طبعة عام ٢٠٠٨ م ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية .

الأدبي ، فالضرر المادي يتعين إثباته وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، بخلاف الضرر الأدبي فهو مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على إثر حصول الاعتداء على الحق الأدبي للمؤلف دون أن يحتاج إلى إثبات ، إذ لا يمكن مطالبة المؤلف بإثبات الضرر الذي عانى منه شخصياً في نفسه بسبب الاعتداء الحاصل على حقه الأدبي ، ولذا ينبغي أن يترك للمؤلف تقدير ما إذا كان الاعتداء الحاصل على حقه الأدبي قد ألحق به أضراراً أدبية أم لا ، وتطبيقاً لذلك ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه يكفي المؤلف أن يذكر عدم رضائه عن التعديلات التي أجراها الناشر على مصنفه دون إذنه لإثبات حصول الضرر الأدبي له وحصوله على التعويض الجابر لهذا الضرر⁽¹⁾.

ثالثاً : الحماية الجنائية لحق المؤلف :

لقد حرص واضع القانون على توفير الحماية الجنائية لحق المؤلف رغبةً في توفير أقصى قدر من الحماية القانونية المأمولة لهذا الحق ، لا سيما وأن للجزاء الجنائية رهبة كبيرة في نفوس الأشخاص ، الأمر الذي يرهبهم من مقارفة أي مظهر من مظاهر الاعتداء على حق المؤلف .

وتطبيقاً لذلك فقد أورد قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني جزاءات جنائية رادعة توقع على من يعتدي على حق المؤلف أو الحقوق المجاورة ، إذ نصت المادة ٦٥ من أنه « ١ - مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز أربعة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

أ- تعدي عمداً على نطاق تجاري على أي من حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة المقررة بموجب أحكام هذا القانون، بما في ذلك ما يأتي:

١- التعدي عمداً وبقدر ملموس على أي من حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة المقررة بموجب أحكام هذا القانون، حتى وإن لم يستهدف بصورة مباشرة أو غير مباشرة تحقيق كسب مادي.

٢- التعدي عمداً بغرض تحقيق منفعة تجارية أو كسب مادي خاص.

ب- ارتكاب أي من الأفعال المحظورة بموجب أحكام الفقرتين (١) و (٢) من المادة (٤٥) من هذا القانون بغرض تحقيق منفعة تجارية أو كسب مادي خاص.

ج- ارتكاب أي من الأفعال المحظورة بموجب أحكام الفقرة (٣) من المادة (٤٥) من هذا القانون بغرض تحقيق منفعة تجارية أو كسب مادي خاص إذا كان الفاعل يعلم أو من شأنه أن يعلم بأن الفعل المحظور يحمل على، أو يمكن من، أو يبسر أو يخفي أي تعدي على أي من حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة المقررة بموجب أحكام هذا القانون.

د- ارتكاب أي من الأفعال المحظورة بموجب أحكام الفقرتين (٤) و (٥) من المادة (٤٥) من هذا القانون.

١ حكم محكمة النقض الفرنسية ١٨٦٧/٨/٢١ مشار إليه لدى د.عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - بند رقم ٤٥٠ ، ص ٤٥٨ .

هـ- تداول بطاقات مزيفة توضع، أو مصممة لأن توضع، على تسجيل صوتي أو على نسخة من برنامج حاسب أو على وثائق أو مغلف لبرنامج حاسب، أو على نسخة لفيلم سينمائي أو أي مصنف سمعي بصري آخر، إذا كان يعلم بذلك.

و- تداول وثائق مزيفة أو مغلف مزيف لبرنامج حاسب إذا كان يعلم بذلك.

ز- استخدم تعابير الفلكلور بالمخالفة لحكم المادة (٦٨) من هذا القانون.

ويجب أن تكون العقوبة التي تقدرها المحكمة كافية لتحقيق الردع في المستقبل عن ارتكاب التعدي أو الأفعال المحظورة وأن تستهدف نزع الحافز المادي للمتعمد أو لمرتكب الفعل المحظور.

وتضاعف العقوبة بحديها الأدنى والأقصى في حالة العود مع إغلاق المحل التجاري أو المنشأة التي ارتكبت فيها الجريمة أو وقف النشاط - بحسب الأحوال- لمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تزيد على ستة أشهر ونشر الحكم في صحيفة يومية محلية مرة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

٢- للمحكمة إصدار أمر بضبط السلع التي يشتبه في كونها تتطوي على تعد على أي من الحقوق المقررة بموجب أحكام هذا القانون وغيرها من المواد ذات الصلة وأية أدوات استخدمت في ارتكاب الجريمة وأية أصول تُعزى إلى نشاط التعدي أو الفعل المحظور المعاقب عليه بموجب أحكام هذه المادة وأية أدلة مستتدية تتصل بالجريمة. ولا يلزم تحديد هذه الأشياء في أمر الضبط كلُّ على حدة طالما أنها تقع ضمن تصنيفات عامة تدوّن في هذا الأمر.

٣- في حالة ثبوت التعدي أو ارتكاب الفعل المحظور، تقضي المحكمة بما يلي دون تعويض من أي نوع للمحكوم عليه:

أ- المصادرة والإتلاف على نفقة المحكوم عليه لكافة السلع التي يثبت لديها بأنها تتطوي على تعد، أو التخلص من هذه السلع خارج القنوات التجارية إذا ترتب على الإتلاف ضرر غير معقول بالصحة العامة أو البيئة.

ب- مصادرة وإتلاف جميع المواد والأدوات والمعدات التي استخدمت في التعدي أو ارتكاب الفعل المحظور إذا ثبت لديها أنه كان عمدياً، أو التخلص منها هذه الأشياء خارج القنوات التجارية إذا ترتب على الإتلاف ضرر غير معقول بالصحة العامة أو البيئة.

وللمحكمة إذا ثبت لديها التعدي أو ارتكاب الفعل المحظور أن تقضي بمصادرة أية أصول تعزى إلى نشاط التعدي أو الفعل المحظور.

كما نصت المادة ٦٦ منه على أنه « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر:

أ- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز ألف دينار كل من خالف الأمر الصادر إليه من المحكمة إعمالاً لنص البند (ج) من الفقرة (٤) من المادة (٦٤) من هذا القانون.

ب- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز ألفي دينار كل من خالف أمراً

تصدره المحكمة من أطراف الدعوى أو أعوان القضاة أو الخاضعين لولاية المحكمة بشأن حماية المعلومات السرية التي تظهر أو يتم تبادلها في سياق أية إجراءات قضائية » .

وهذا عين ما قرره قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري ، فقد نصت المادة ١٨١ منه على أنه « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :-

1- بيع أو تأجير مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي محمي طبقاً لأحكام هذا القانون ، أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور . تقليد مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو للإيجار مع العلم بتقليده .

2- التقليد في الداخل لمصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي منشور في الخارج مع العلم بتقليده .

3- نشر مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو أداء محمي طبقاً لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلي أو شبكات الإنترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصال أو غيرها من الوسائل بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور .

4- التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأي جهاز أو وسيلة أو أداة مصممة أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره .

5- الإزالة أو التعطيل أو التعميب بسوء نية لأية حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره .

6- الاعتداء على أي حق أدبي أو مالي من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها في هذا القانون .

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الإذاعية أو الأداءات محل الجريمة .

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه .

وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها ، وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة في ارتكابها .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر ، ويكون الغلق وجوبياً في حالة العود في هذه الجرائم المنصوص . وتقضي المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة في جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

المبحث الخامس

تقييم أشكال الحماية القانونية (ضرورة الحماية الأخلاقية لتكامل الحماية)

وأعتقد من جانبي أن هذه الأشكال سألفة الذكر بأنواعها الثلاثة سواء كانت إجراءات وقتية أو تحفظية أم كانت حماية جنائية أم كانت حماية مدنية ، رغم أهميتها وقيمتها في تحقيق الردع الخاص لدى المعتدين على حقوق المؤلف ، بمباشرة الإجراءات الوقتية والتحفظية تجاههم إلى الحين الفصل في الدعوى الجنائية المرفوعة عليهم وصدور حكم نهائي بعقوبة جنائية رادعة لهم وإلزامهم بالتعويض المدني أمام المحكمة الجنائية أو أمام محكمة مدنية استقلالاً بعد الفصل في الدعوى الجنائية ، وفي تحقيق الردع العام لدى باقي أفراد المجتمع حينما يرون الجزاءات القانونية شاخصة أمامهم في نصوص القوانين المعمول بها ومطبقة بصورة فعلية بأحكام جنائية أو مدنية نهائية تجاه كل من يثبت أمام القضاء خرقه للحماية القانونية التي تتضمنها النصوص القانونية المقررة لحماية حق المؤلف ، إلا أنه لن تحقق الغاية المرجوة من صور هذه الحماية إلا إذا أدرك أبناء هذا المجتمع بكل شرائحه قيمة هذه الحقوق الذهنية في الارتقاء والنهوض بأركان بناء المجتمع الإنساني لديهم ، وأدركوا مسئوليتهم المشتركة في حماية هذه الحقوق والمحافظة عليها كل بقدر استطاعته وحسب موقعه ومركزه في هذا المجتمع من أجل رفعة مجتمعهم قبل حماية أصحاب هذه الحقوق الذهنية ، فكلنا راع ومسئول عن رعيته بقدر ما يستطيع ، ولا بد أن تتكامل منظومة رعاية المجتمع ككل للحقوق عموماً وحقوق المؤلف خصوصاً ، وإلا انهارت هذه الحماية في جانب من جوانبها ، فكلنا في المجتمع على سطح سفينة واحدة إن أفسد بعضنا وتركه البعض الآخر غرقت السفينة ، بعكس الحال إن أفسد بعضنا على ظهر السفينة فوجهه البعض الآخر ولامه وإن لم يفلح معه التوجيه واللوم أخذه إلى السلطات القضائية لمعاقبته وردعه نجا الجميع المفسد والمصلح ، وكذلك المجتمع المحلي ، والمجتمع الدولي ، فالنصوص وحدها لا تكفي إنما تحتاج إلى صحوه عامة محلياً أو دولياً حتى تستقيم الحياة وتسودها روح العدالة والإنصاف بين أفراد المجتمع المحلي أو الدولي ، فالمجتمع الإنساني المعاصر لا يعاني غيبة النصوص وإنما يعاني غيبة الضمير الذي يحتكم لهذه النصوص فيطفف في تطبيقها ، فينتصر للقانون على غيره إذا كان هو المستفيد من ذلك ، وينتصر لنفسه على القانون فلا يطبقه عليه لصالح غيره .

فمثل هذا الفهم وذاك التصور هو الذي يحقق الفعالية المأمولة لأشكال الحماية القانونية المختلفة ، لأنه سيجعل المجتمع بكل شرائحه معنيين بتوفير آليات هذه الحماية القانونية اللازمة لهذه الحقوق الذهنية ومنها حق المؤلف ، بحيث نجد المواطن الذي يرى انتهاكاً لهذه الحقوق يبادر إلى اتخاذ موقف إيجابي فيبلغ المؤلف أو جهات الشرطة بهذا الاعتداء ، ولا يتوانى عن أداء الشهادة في الدعاوى الجنائية أو المدنية المرفوعة ضد من اعتدى على هذه الحقوق ، ولا يتخذ موقفاً سلبياً فلا يبلغ عن اعتداء أحد على هذه الحقوق ، ويتخلف عن أداء الشهادة بشأنها ، هذا فضلاً عن ضرورة اضطلاع المدارس والجامعات ووسائل الإعلام المختلفة (المقروءة والمسموعة والمرئية) والمساجد والكنائس ، ومنظمات المجتمع المدني⁽¹⁾ بالدور التوعوي بخطورة الاعتداء على حق المؤلف من قبل أفراد المجتمع سواء كانوا تلاميذ في المدارس أو طلاباً في الجامعات إنسانياً ودينياً ، لأنه

١ ويقصد بمنظمات المجتمع المدني تلك الكيانات المجتمعية غير الرسمية وغير الربحية التي تسعى إلى ترسيخ وتدعيم قيم المجتمع ومبادئه في نفوس الأفراد مثل التسامح والحب وقبول الآخر ، كما تحرص على تحسين العلاقة بين المواطن والأسرة وبين المواطن والمجتمع ، لتحقيق العدالة والسلام والاستقرار في هذا المجتمع (انظر في ذلك إلى بحثنا الوسوم بهذا العنوان « ماهية الإرهاب وكيفية مواجهته » ص ٣١ ، طبعة عام ٢٠١٨ م) .

ساد الاعتقاد خطأ لدى التلاميذ بل لدى الوالدين أنه حينما يطلب من أبنائهم بحثاً مدرسية أو جامعية فيعمد الآباء أو الأمهات إما إلى استخراجها حرفياً من بحوث منشورة لأصحابها ونسبتها زوراً وبهتاناً إلى أبنائهم ، وإما تكليف المكتبة لتقوم نيابة عنهم بهذا العمل الإجرامي ، أن هذا العمل لا حرمة فيه شرعاً ، ولا مخالفة فيه قانوناً ، ولا يكثر أحد المشاركين في جريمة الاعتداء على حق المؤلف بجرمه بقصد أو عن غير قصد ، فنربي في مجتمعنا بأيدينا أو بأيدي غيرنا أبناءنا على هذا السلوك المخالف للشرع والقانون ، وتلك مصيبة كبرى تحيق بالمجتمع فتدمر فيه قيمة أخلاقية متمثلة في احترام حقوق الآخرين عموماً وحقوق المؤلفين خصوصاً ، وتعود أبناءه على اختيارهم أسهل الطرق وأيسرها لبلوغ الأهداف التي يرجونها ولو كانت الوسيلة غير قانونية أو غير شرعية ، فيرجعون متقهقرين إلى الوراء لتسود فيهم روح الفكر الميكافيللي الذي يكرس لمبدأ بغض ينتشر كثيراً في المجتمعات المادية التي لا تقيم وزناً لدين أو خلق والذي مفاده أن «الغاية تبرر الوسيلة» .

إننا إذا لم نرب أبناءنا على إدراك حرمة حقوق المؤلفين شرعاً وقانوناً، فلن نقدر مهما كانت الحماية القانونية فعالة أن نحقق من وراء وجودها أية نتائج عملية ملموسة ، لأنه سيتعودون على عدم احترام حقوق الآخرين ومنها حقوق المؤلفين ، وسيتفننون في إيجاد الحيل وتوفير الوسائل الفنية التي تعينهم على الإفلات من شرك الوقوع تحت طائلة العقاب على أي اعتداء يقع منهم على هذه الحقوق ، فتضيع هذه الحقوق بين عجز أصحابها عن ملاحقة هؤلاء المعتدين على حقوقهم لكثرتهم ، وبين وقدره هؤلاء المخالفين الفاتكة في الإفلات من إثبات هذه المخالفات في حقهم ، ولذا وجب علينا أن نربي أولادنا أن السرقة يمكن أن تقع حتى في العلم ، فمن أخذ شيئاً علمياً من غيره يجب عليه ذكر اسم وكتاب من أخذ عنه هذا العلم ، وأن هذا من قبيل الأمانة الواجبة شرعاً وقانوناً وإلا عد المرء سارقاً في نظر الشرع والقانون ، بل نجد علماء التفسير يقولون إن الله عز وجل وإن كان قد توعد المطفف في الكيل والميزان في سورة المطففين بالويل والثبور وهو العذاب الشديد في نار جهنم ، إلا أن هذا الويل يمتد ليشمل كل مطفف في كل تعامل مع غيره ، فيريد أن ينقص من الناس حقوقهم إذا أراد أن يبذلها لهم ويريد أن يستوفي منهم حقوقه كاملة عندما يطلبها لنفسه (1) ، ولذا فقد روي عن سيدنا

١ فالمطفف من يزيد لنفسه أو لمن يحب عند الأخذ وينقص لنفسه أو لمن يحب عند البذل ، فالمرأة إذا اشترى زوجها لها أو زوج ابنتها لابنتها غسالة مدحته وقالت له أعنتي أو أعنتها على تعب الحياة جزاك الله خيراً ، وإذا اشترى أخوها أو ابنها لزوجه غسالة ذمته وقالت لماذا تكلف نفسك وأنت بذلك ستعودها الكسل والخمول وتدفعها إلى طلب المزيد منك وقد تمرد عليك بعد ذلك ، فهي مطففه (انظر في تلك المعاني : د/ محمد راتب النابلسي « موسوعة النابلسي للعلوم الإسلامية ، التفسير المطول سورة المطففين ٠٨٣ - الدرس (٢-١) : تفسير الآيات ٠١ - ٠٦) . وذهب البعض إلى أن كل تصرف يؤدي إلى أن يأخذ الإنسان أكثر من حقه أو أن يعطي لصاحب الحق أقل من حقه فهو تطفيف.. فمثلاً رجل يبيع بضاعة رديئة ثم هو يطبع عليها مطبوعات على أنها صنعت في بلد كذا لبييها بسعر أكبر مما ينبغي هو من المطففين.. ورجل يحقن النباتات بهرمونات أو مكسبات طعم أو ألوان لتظهر على خلاف حقيقتها فهو غاش ومطفف، ورجل يحقن الدجاج المذبوح بالماء ليثقل وزنه ولبيعه بأكثر من ثمنه مطفف غشاش.

وإذا سلمنا بأن التطفيف هو استيفاء الحق من الناس عند الأخذ، والإنقاص والإخسار عند العطاء؛ فإن كثيراً منا يكون قد وقع في هذه المصيبة التي بعدها ابن حجر العسقلاني كبيرة من الكبائر.

فالزوج الذي يريد من زوجته أن توفيه حقوقه كاملة غير منقوصة، وهو في ذات الوقت مفرط في أداء واجباته نحوها، ومقصر في إعطائها كامل حقوقها هو في الحقيقة من المطففين، وكذلك هي إن انعكس الحال.

والأب الذي لا يقوم بحقوق أولاده في التربية والتعليم والنفقة ورعاية شؤونهم ثم يريد منهم أن يقوموا هم بحق البر له كاملاً غير منقوص هو من المطففين .

والموظف الذي يذهب في الصباح ليوقع للحضور ثم ينصرف ليأتي آخر النهار يوقع انصرافاً، أو الموظف الذي ينام في العمل أو يتكاسل عن أداء ما طلب منه، ثم في آخر الشهر يريد أن يأخذ راتبه كاملاً مكملاً بل وينزعج إذا وجد نقصاً.. هو في الحقيقة أيضاً من المطففين.

وقد يجمع الإنسان بين أكثر من نوع من التطفيف في آن واحد فيكون زوجاً مطففاً، وأباً مطففاً، وموظفاً مطففاً.. والمعصوم من عصمه الله (انظر في ذلك : <http://islamweb.net/media/index.php?page=article&id=٢٠٦٣٥٦>) .

سلمان الفارسي رضي الله تعالى ، أَنَّهُ قَالَ : « الصَّلَاةُ مِكَيَالٌ ، فَمَنْ وَفَى وَفِي لَهُ ، وَمَنْ طَفَفَ فَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْمُطَفِّينَ » (١) .

بل إننا نجد من رسول الله عناية بأصحابه في حياته وبنا نحن المسلمين من بعد موته إلى أن تقوم الساعة تفوق أي تصور بشري ، إذ يحرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يعلم أصحابه أن السرقة يمكن أن تقع حتى في مجال العبادة التي تخلو من التعامل بالدينار والدرهم ، وضرب لهم مثلاً حياً يحدث من العبد في الصلاة التي يقدمها لربه سبحانه وتعالى ، إذ يقول في الحديث الذي رواه عنه أبو هريرة رضي الله عنه : « أسوأ الناس سرقة الذي يسرق من صلاته . قالوا : يا رسول الله وكيف يسرق من صلاته ؟ قال : لا يتم ركوعها ولا سجودها ، أو قال : لا يُقيم صلبه في الركوع والسجود » (٢) ، حتى يربيهما على التؤدة والأناة والطمأنينة في أداء العبادة بحيث تخشع لها قلوبهم قبل أن تخشع بها جوارحهم وأبدانهم ، فقد روي أن سيدنا عمار بن ياسر رضي الله عنهما صلى صلاة فأخفها فقبل له : خففت يا أبا اليقظان فقال : هل رأيتوني نقصت من حدودها شيئاً ؟ قالوا : لا قال : إني بادرت سهو الشيطان إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن العبد ليصلي الصلاة لا يكتب له نصفها . ولا ثلثها ولا ربعها ولا خمسها ولا سدسها ولا عشرها » وكان يقول : « إنما يكتب للعبد من صلاته ما عقل منها » (٣) .

ونخلص مما سبق إلى أن الحماية الأخلاقية التي توفرها مبادئ الأخلاق (في الدول التي تغيب عنها قواعد الأديان السماوية) أو القواعد الأخلاقية التي تمثل قسماً ثالثاً من أقسام قواعد الشريعة الإسلامية إلى جانب قواعد المعاملات وقواعد العبادات لا مجال للاستغناء عنها حتى تتكامل منظومة الحماية اللازمة لرعاية حق المؤلف خصوصاً ومعظم الحقوق الأخرى عموماً ، لأن الناس إذا ربوا على مبادئ الأخلاق التي توافق الفطر السوية التي خلقهم الله عليها (٤) كانت أكثر قداسة واحتراماً في نفوسهم من نصوص القوانين الوضعية التي ترسم لهم معالم الحماية القانونية ، ولذا ترى من الناس من يتخلف عن احترام حق غيره الذي لا يكلفه شيئاً مادياً وتراه في نفس الوقت يجود بجهده وماله ولو كانا بالغين المشقة عليه وفاءً لواجب أخلاقي أو واجب ديني ملقى على عاتقه .

١ موسوعة الحديث ، إسلام ويب ، « تنبيه الغافلين بأحاديث سيد الأنبياء والمرسلين لسمرقندي ... » بَابُ : إِقَامُ الصَّلَاةِ وَالْحُشُوعُ فِيهَا ، رقم الحديث : ٣٥٦ .

٢ رواه الإمام أحمد .

٣ أخرجه الإمام أحمد بإسناد صحيح في مسنده ، وهو عند أبي داود والنسائي في سننهما .

٤ وصدق الله العظيم إذ يقول « فَطَرَتِ اللَّهُ النَّاسَ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ اللَّهُ لِنَفْسِهِ لَا تَبْدِيلَ لِمَا خَلَقَ اللَّهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيُّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ » (الآية رقم ٣٠ من سورة الروم) ، وقوله تعالى « لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم » (الآية رقم ٤ من سورة التين) .

الخاتمة

لقد حاولت من خلال هذا البحث الموجز أن أسلط الضوء على القيمة المثلى لحق المؤلف في بناء المجتمع للإسهام في نهضته ورقيه ، الأمر الذي يملئ على الجميع عدم التقصير في بذل المساعي والجهود الممكنة دون تراخ أو سلبية في مواجهة أي مظهر من مظاهر الاعتداء عليه ، فليست مساعي حماية هذا الحق يجب أن تكون مقصورة على أصحابه وذويه ، إنما هو واجب مشترك يجب أن تتضافر في رعايته وحمايته كل شرائح المجتمع كل في موقعه وبقدر جهده وطاقته ، فكلنا راع ومسئول عن رعيته ، ثم بينا دلالة المؤلف والمؤلف ، ومتى يحظى المؤلف بالحماية القانونية ، كما بينا أحكام المصنف الفردي والمصنف المشترك والمصنف الجماعي والمصنف المشتق ، وانتقدنا موقف القانون في مصر والبحرين (أو من حذا حذوهما من التشريعات العربية أو الغربية) في جحد الحق الأدبي لمن بذل الجهد الذهني في إنتاج المصنف الجماعي بحجة أنه سيفوت على من جرى العمل لحسابه سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً من حسن الاستفادة على نحو كامل من جني ثمار هذا المصنف الجماعي ، ومن ثم اعتبار هذا الشخص الذي أدار المصنف الجماعي وأشرف عليه لحسابه هو صاحب الحق عليه ومؤلفه أدبياً ومالياً ، وهذا تبرير مردود عليه لأنه يمكن ببساطة شديدة أن نحقق توازناً معقولاً بين هاتين المصلحتين المتعارضتين فننسب هذا المصنف الجماعي لمن أفرزوه من الأشخاص وكان ثمرة لجهودهم الذهنية وملكاتهم العقلية ونعترف لهم بالحق الأدبي عليه ثم نعلم في نفس الوقت إلى تقييد بعض عناصر أو سلطات حقهم الأدبي عليه بما يحقق مصلحة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي جرى تأليف هذا المصنف الجماعي لحسابه بما يضمن له كمال الاستفادة من ثمار وجوده وإفرازه مالياً وعلمياً لخدمة نشاطه أو عمله .

كما بينا عدم قبولنا لموقف القانون البحريني والمصري (ومن حذا حذوهما) في تأقيت الحق المالي للمؤلف بحيث ينتهي بعد مدة معينة لاحقة على وفاة المؤلف (إذا كان مصنفاً فردياً) أو آخر مؤلف إن كان مشتركاً ، مقدرة بسبعين سنة في البحرين وخمسين في مصر ، ورؤيتنا ضرورة تأييد هذا الحق ما بقي المصنف صالحاً للنشر وموجوداً في الأسواق حتى لا تتضاءل قيمة التراث العلمي أمام الأموال العينية التي تبقى خالدة بين أيدي أصحابها يتوارثها الأجيال بعد جيل بعد موت مورثهم وتزول حقوقهم المالية في نفس الوقت على ما خلفه لهم مورثهم من تراث علمي ، فأى النوعين من التراث أحق بالخلود والبقاء ؟

وأخيراً فقد بينا قيمة الحماية الأخلاقية في تكامل أشكال الحماية المرجوة لحق المؤلف خصوصاً وسائر الحقوق عموماً ، فالحماية الأخلاقية أقدس في النفوس من الحماية القانونية ، ثم إن رقي الأخلاق في المجتمع يسهم في تطبيق وتفعيل كل أشكال وصور الحماية القانونية .

المراجع

- 1- أبو اليزيد علي المتيت « الحقوق على المصنفات (الأدبية ، الفنية ، العلمية) » ، الطبعة الأولى عام ١٩٦٧م ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
- 2- أسامة أحمد شوقي المليجي « الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية وبعض التشريعات المقارنة ، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٨م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- 3- إسماعيل غانم « محاضرات في النظرية العامة للحق » ، ص ٥٤ ، الطبعة الثالثة عام ١٩٦٦م ، مكتبة عبد الله وهبة .
- 4- توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية» ، الطبعة الثانية، عام ١٩٨١م، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية .
- 5- حسام الدين كامل الأهواني « نظرية الحق » طبعة عام ١٩٧٢م .
- 6- حسن كيره « المدخل إلى القانون» ، الطبعة السادسة عام ١٩٩٣م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .
- 7- حمدي عبد الرحمن «فكرة الحق» ، طبعة ١٩٧٩م، دار الفكر العربي .
- 8- حمدي عطيفي « دروس في مبادئ القانون» ، الجزء الأول، نظرية القانون ٥٧ طبعة عام ١٩٩٥م.
- 9- خالد جمال أحمد حسن « الوسيط في مبادئ القانون المصري » طبعة عام ٢٠١٦م ، الناشر مكتبة بداري بأسسيوط .
- 10- خالد مصطفى فهمي «الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م « دراسة مقارنة ، طبعة ٢٠٠٥م ، الناشر دار الجامعة الجديدة الإسكندرية .
- 11- رامي إبراهيم حسن الزواهره « الابتكار كشرط حماية المصنفات ، وأثر التقنيات الرقمية » ، ص ٦٥٩ ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس ، المجلد ٥٠ ، العدد ٢ لسنة ٢٠٠٨م .
- 12- شحاتة غريب شلقامي « برامج الحاسب الآلي والقانون » ، طبعة عام ٢٠٠٣م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- 13- شحاتة غريب شلقامي « الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي » دراسة مقارنة لقانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م ، طبعة ٢٠٠٤م ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة .
- 14- شحاتة غريب شلقامي «الملكية الفكرية فى القوانين العربية» ، طبعة عام ٢٠٠٨م ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية .

- 15- شحاتة غريب شلقامي « الحقوق الأدبية للمؤلف في القانون البحريني » دراسة في القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦م بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، بحث منشور بمجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة البحرين ، المجلد السادس ، العدد الثاني ص ٢٠٤ ، يوليو عام ٢٠٠٩م .
- 16- عبد الرشيد مأمون « الحق الأدبي للمؤلف » ، طبعة عام ١٩٧٨ م دار النهضة العربية .
- 17- عبد الرشيد مأمون ، ومحمد سامي الصادق « حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م ، الكتاب الأول ، طبعة ٢٠٠٨م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- 18- عبد الله مبروك النجار « الحماية القانونية لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٠ م ، دار النهضة العربية .
- 19- عبد المنعم فرج الصدة « محاضرات القانون المدني » ، حق المؤلف في القانون المصري ، طبعة عام ١٩٦٧م .
- 20- محمد حسام محمود لطفي « المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء » ، ص ، ٢٥ ، الكتاب الثالث ، طبعة عام ١٩٩٥م ، دون دار نشر .
- 21- محمد سامي عبد الصادق في بحثه « حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة » ، المكتب المصري الحديث ، بدون سنة طبع .
- 22- محمد سعد خليفة « محاضرات في المدخل لدراسة القانون »، الجزء الأول، نظرية القانون ، طبعة عام ١٩٩٠م .
- 23- محمد كامل مرسي « الحقوق العينية الأصلية » ، الطبعة الثانية ، بدون دار نشر أو سنة طبع .
- 24- مدحت محمد محمود عبد العال « مدى خضوع برامج الحاسب للحماية المقررة للمصنفات الأدبية في ظل قانون حماية حق المؤلف ومشروع قانون حماية الملكية الفكرية » دراسة مقارنة .
- 25- ناصر محمد عبد الله سلطان « نحو نظرية عامة لحق الملكية الفكرية للمؤلف » دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري ، رسالة دكتوراة عام ٢٠٠٧م جامعة القاهرة .
- 26- نزيه محمد الصادق المهدي « المدخل لدراسة القانون » جزء ٢ ، طبعة عام ١٩٧٧م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- 27- نزيه محمد الصادق المهدي « آلية حماية حقوق الملكية الفكرية » ، ص ٨٠٦ ، بحث قدم لمؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية المنعقد في الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة ما بين ٩ : ١١ من شهر مايو عام ٢٠٠٤م .

- 28 نزيه محمد الصادق المهدي « النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام » ، ، سنة ٢٠٠٦م ، بدون دار نشر .
- 29 نعمان جمعة المدخل للعلوم القانونية، طبعة عام ١٩٧٧م .

الظروف الاقتصادية الطارئة وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء فكرة التوقع المشروع معالجة المشرع المصري لآثار تحرير سعر الصرف نموذجاً

الدكتور يوسف عبد المحسن عبد الفتاح

دكتوراه القانون العام

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

تمهيد وتقسيم:

إنه لما كان الأصل أن الهدف الأسمى والغاية المرجوة من كافة تصرفات جهة الإدارة - وفي القلب منها العقود الإدارية التي تبرمها - هو الحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإن تلك الغاية يقابلها غاية أخرى لدى المتعاقدين معها، تتمثل في استهدافهم تحقيق بعض المكاسب المادية التي يسعون إليها، بوصف أن تلك المكاسب تعد من قبيل التوقعات المشروعة التي دفعتهم إلى إبرام هذه التعاقدات بالأساس، وفقاً لدراسات الجدوى التي سبق أن أعدوها في إطار البيئة الاقتصادية السائدة وقت إبرامها.

إلا أنه لما كانت تلك البيئة الاقتصادية قد يطرأ عليها من الظروف والمتغيرات الاستثنائية ما لم يكن في مقدور المتعاقد مع الإدارة توقعه أثناء التعاقد، وبما قد تحدثه تلك الظروف من إخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، وما يترتب عليه بالتبعية من إخلال أو عَصْفٍ بالتوقعات المشروعة التي كان المتعاقد مع الإدارة يرجوها من وراء تعاقدته معها، بما يُوجبُ على جهة الإدارة هنا، التدخل -رضاءً أو قضاءً- للعمل على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

ذلك أن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في هذه الحالة، يعد مظهرًا مركبًا من مظاهر «الأمن القانوني» الواجب على جهة الإدارة مراعاتها، سواء تجاه حماية التوقعات المشروعة للمتعاقد معها، أو تجاه الحفاظ على استقرار عمل المرفق العام ذاته بانتظام واطراد، إذ إن إقامة ذلك التوازن، يؤدي إلى ضمان بيئة استثمارية مستقرة للمتعاقد مع الإدارة، لا يخشى فيها من تلك التقلبات الاقتصادية غير المتوقعة، التي لا يد له فيها، مع كونها في الوقت ذاته تعصف بتوقعاته المشروعة، كما أنه من ناحية مقابلة، يمكن المتعاقد من تنفيذ تعاقدته على الوجه الأمثل، للحفاظ على استقرار وديمومة أداء المرفق العام لمهامه بانتظام واطراد منشودين.

وما أجملاه فيما سبق، نتناوله بمزيد من التفصيل والبيان في هذه الورقة البحثية، عبر مباحث ثلاثة، يتناول أولها، بيان ماهية نظرية الظروف الطارئة وشروط إعمالها والآثار المترتبة على تحققها، ويتناول ثانيها، بيان الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء التوقع المشروع، ثم يتناول ثالثها، بيان المعالجة

القضائية والتشريعية للظروف الاقتصادية الطارئة المترتبة على تعديل سعر الصرف، وذلك عبر مطلبين، يتعرض الأول منهما لبيان موقف القضاء الإداري المصري من اعتبار تقلبات سعر الصرف ظرفاً طارئاً، ثم يعرِّج الثاني منهما على المعالجة التشريعية لآثار تحرير سعر الصرف بمقتضى قانون التعويضات المصري رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧، وذلك كله وفقاً للتفصيل التالي:

المبحث الأول مفهوم نظرية الظروف الطارئة وشروط أعمالها وآثار تحققها

تعد العقود الإدارية من الوسائل الهامة التي تلجأ إليها جهة الإدارة في الدولة المعاصرة في سبيل تسييرها للمرفق العام، ذلك أنه من الصعوبة بمكان في ظل تشعب حاجيات المجتمع وتعدد متطلبات إشباعها، أن تقوم الدولة بإشباع تلك الحاجيات بنفسها، ومن هنا غالباً ما تعتمد في إشباع تلك الحاجيات المتنوعة على إبرام العديد من العقود الإدارية المختلفة، بما يضمن حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبما يكفل في النهاية أداءها لمهامها وخدماتها بالصورة المتوخاة منها.

وإنه لما كانت تلك الغاية المتمثلة في ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، قد أضفت على العقود الإدارية طبيعة خاصة أو استثنائية من حيث طبيعة الالتزامات المتبادلة بين جهة الإدارة المتعاقدة وبين المتعاقدين معها، كما أنه لما كانت تلك العقود قد يطرأ على تنفيذها بعض الظروف غير المتوقعة، والتي قد تحدث إخلالاً جسيماً باقتصاديات العقد وتوازنه المالي، بما قد يترتب على عدم معالجة تلك الظروف من تأثير سلبي على تنفيذ تلك العقود، ومن ثم الإخلال بسير المرفق العام ذاته عبر قصور تقديمه للخدمات المنوط به تقديمها على الوجه المنشود، هذا من ناحية، كما يترتب على ذلك الإهمال أيضاً -ومن ناحية أخرى- الإضرار المادي بالمتعاقدين مع جهة الإدارة، لذا، فإن كل تلك الأسباب مجتمعة -وفي القلب منها تلك الطبيعة الاستثنائية للعقود الإدارية فضلاً عن مبادئ العدالة وغيرها- تحتم على جهة الإدارة التدخل لتعويض المتعاقدين معها عما ألمَّ به من آثار تلك الظروف الطارئة، بُغية إعادة التوازن المالي لتعاقداتها مرة أخرى.

وهو ما يفيد - وكما يقرر بعض الفقه - أن الدور الذي تلعبه تغير الظروف في العقود الإدارية، يضي على العقد الإداري حركية وديناميكية، على خلاف ثبات واستقرار العقد المدني، ومن ثم فإذا بدا العقد الإداري أثناء تنفيذه نظاماً حياً ومتطوراً، باستمرار، فإن الفضل في ذلك يرجع إلى فكرة تغير الظروف وأثرها على العقد الإداري^(١)، والتي تعد بدورها أثراً من آثار الطبيعة الاستثنائية للعقود الإدارية، والقائمة بالأساس على استخدام جهة الإدارة لسلطات وامتيازات القانون العام تجاه المتعاقدين معها^(٢)، بوصفه المعيار المميز لتلك العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص، وفقاً لما أصبح مستقراً عليه في هذا الشأن في الفقه والقضاء^(٣).

١ في هذا المعنى، د. سعاد الشراقوي- العقود الإدارية- الطبعة الثانية -دار النهضة العربية - بدون سنة نشر، ص ٣٩٠.

٢ يراجع للمزيد حول آثار استخدام الجهة الإدارية لوسائل وامتيازات السلطة العامة على العقود الإدارية وعلى تنفيذها، د. سعاد الشراقوي- العقود الإدارية- مرجع سابق ص ٣٨٦ وما بعدها.

٣ يراجع حول تطور موقف الفقه والقضاء الإداري من تحديد المعيار المميز للعقود الإدارية، حتى استقرار الأمر على معيار استخدام جهة الإدارة به لوسائل وامتيازات السلطة العامة، بوصفها شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، د. علي سليمان الطماوي- التحكيم في

مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

يقصد بنظرية الظروف الطارئة، أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد حوادث أو ظروف استثنائية عامة، لم تكن فى حسابان المتعاقد عند إبرام العقد، يترتب عليها اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فتجعل تنفيذه أكثر كلفة وإرهاقاً، وإن لم يكن مستحيلاً، فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعه، التزمت جهة الإدارة المتعاقدة -رضاءً أو قضاءً- بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، من خلال تعويض المتعاقد معها عمّا ألمّ به من جراء تلك الظروف - مع وجوب استمرار المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية- ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

نظرية الظروف الطارئة في قضاء مجلس الدولة المصري:

لقد تناولت المحكمة الإدارية العليا نظرية الظروف الطارئة في العديد من أحكامها، مبيّنة مفهومها وضوابط وعلّة إعمالها، ونطاق الآثار المترتبة على حدوثها، إذ قضت بأن المقصود بنظرية الظروف الطارئة، «أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية، أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر، لم تكن فى حسابان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعه، التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره، ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هى قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، ذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية، لقاء ربح أو أجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات، وما يصادفه من عقبات، ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحمّلها، فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تعين المتعاقد، فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت، أو لفوات كسب ضاع

العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية ٢٠١٧، ص ٣٠-٣٣، كما يراجع أيضاً في ذات الصدد، د. ثروت بدوي - النظرية العامة في العقود الإدارية - دار النهضة العربية ١٩٩٤، ص ٥٦، وكذلك بحث سيادته: المعيار المميز للعقد الإداري- مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٢٧، سبتمبر ١٩٥٧ ص ١١٧ وما بعدها، كما يراجع أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري في ١٢/٩/١٩٥٦، طعن رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق، المجموعة، السنة ١١، ص ٧٦، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٠٠٨/٤/١٥، طعن رقم ١٢٨٣٧ لسنة ٥٠ ق. عليا، ومشار إلى ما سبق لدى د. علي سليمان الطماوي- التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق- مرجع سابق، ذات الصفحات.

١ (للمزيد حول نظرية الظروف الطارئة وتنشأتها وتطورها، يراجع على سبيل المثال، د. جابر جاد نصار - الوجيز في العقود الإدارية- دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٠، ص ٢٥٧ وما بعدها، ود. محمد عبد العال السناري- النظرية العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة- دار النهضة العربية- دون سنة نشر، ص ٢٩٨ وما بعدها، ود. علي محمد علي عبد المولى- الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩١، ص ١٤ وما بعدها، ود. أحمد يسري- ترجمة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي- الطبعة العاشرة - دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٥، ص ٢٣٥ وما بعدها، وكذلك ص ١٨٠ وما بعدها، ود. محمد الشافعي أبو راس- العقود الإدارية- بدون سنة أو دار نشر، ص ١٠٩ وما بعدها، ود. صالح إبراهيم المتيوتي ود. مروان محمد محروس المدرس- القانون الإداري - الكتاب الثاني - مطبوعات جامعة البحرين ٢٠٠٧، ص ١٦٧ وما بعدها، ود. محمد عبد الحميد أبو زيد - المرجع في القانون الإداري- الطبعة الثانية ٢٠٠٧، ص ٤١٩ وما بعدها.

عليه، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة، أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، واعتبار العقد في ذلك وحدة «واحدة» ويفحص في مجموعته لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزئاً ومعوّضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة»⁽¹⁾.

شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة:

يمكن من خلال البيان السابق لمفهوم نظرية الظروف الطارئة، الوقوف على شروط إعمال مقتضاها، من حيث وجوب تدخل جهة الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، نتيجته ما أُلِّمَّ بالمتعاقد معها من جراء تلك الظروف، ويمكن إجمال تلك الشروط فيما يلي:

1- أن يحدث أثناء مدة تنفيذ العقد ظرف استثنائي عام، وهذا الظرف الطارئ قد يكون ظرفاً اقتصادياً، كتقلب أسعار صرف العملة عما كانت عليه وقت التعاقد بما لم يكن في مقدور المتعاقد توقعه، كما قد يكون ظرفاً طبيعياً، كفيضان أو زلزال أو غيره، بما يجعل التنفيذ أكثر كلفة ومشقة، وقد يكون ظرفاً سياسياً، كنشوب حرب، بل وربما يكون ذلك الظرف ناشئاً عن فعل جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة، إذ إنه لو كان مرده إلى فعل جهة الإدارة المتعاقدة، لكننا في نطاق إعمال نظرية عمل الأمير لا نظرية الظروف الطارئة، شريطة أن ينتج عن أي مما سبق من صور لتلك الظروف، إخلال جسيم باقتصاديات العقد، فيصبح تنفيذه أكثر كلفة ومشقة، ولكنه ليس مستحيلاً، إذ إنه حال استحالة التنفيذ، يخرج الأمر من نطاق إعمال نظرية الظروف الطارئة، إلى نطاق إعمال نظرية القوة القاهرة⁽²⁾.

وعلى هذا الشرط تؤكد المحكمة الإدارية العليا بأنه «يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط : أولها: أن تظهر خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف استثنائية، طبيعية كانت أو اقتصادية أو إدارية،

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٩٣/٤/٤، طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق. عليا، وفي ذات الصدد أيضاً حكمها في الطعن رقم ٤٦٦٩ و٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق. عليا بجلسة ١٩٩٧/١١/٢٥، وحكمها في ١٩٨٧/٥/١٦، طعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق. عليا، وحكمها في ١٩٨٧/٥/١٦، طعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق. عليا، وحكمها في ١٩٨٥/١١/٣٠، طعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق. عليا، وحكمها في ٢٠٠١/٥/٨، طعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ ق. عليا، وحكمها في ١٩٦٧/١١/٢٥، طعن رقم ١١٨٦ لسنة ١٠ ق. عليا.

٢ يقصد بالقوة القاهرة، تلك الحوادث التي يستحيل دفعها، ولا يد لأحد طرفي العقد بها، وتؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بما يترتب على ذلك من إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته، يراجع في هذا المعنى، د. صالح إبراهيم المتيوي ود. مروان محمد محروس المدرس- مرجع سابق، ص ١٧٧.

كما أنه ربما تجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أن هناك بعض النظريات قريبة الشبه بنظرية الظروف الطارئة، ولكنها في الواقع تختلف عنها طبيعة وآثاراً، وربما أن أكثر هذه النظريات تشابهاً بنظرية الظروف الطارئة، نظريتا عمل الأمير و الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ويقصد بنظرية عمل الأمير، «اتخاذ إجراء عام أو خاص من جانب «جهة الإدارة المتعاقدة»، ولم يكن متوقفاً وقت التعاقد، بما يترتب عليه إلحاق ضرر «خاص بالمتعاقد»، لا يشاركه فيه من مسهم هذا الإجراء»، بما يستوجب التعويض الكامل عن آثار هذا الإجراء، ويراجع في التعريف السابق، فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٦٤/١١/٢٨، مشار إليها لدى د. جابر جاد نصار- مرجع سابق ص ٢٤٢.

أما نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فيقصد بها أن يواجه المتعاقد مع جهة الإدارة أثناء تنفيذ تعاقد «صعوبات مادية» استثنائية لم تكن متوقعة عن إبرام التعاقد، بما يترتب عليه أن يصبح التنفيذ أكثر كلفة ومشقة، وغالباً ما تجد تلك النظرية مجال إعمالها في عقود الأشغال العامة، كأن يفاجأ المتعاقد أثناء التنفيذ، بصعوبات مادية في بيئة التنفيذ ذاته لم تكن في حسبان، كأن يُصادف بيئة صخرية أثناء الحفر، أو بيئة غير صالحة للبناء دون معالجتها أثناء البناء، أو غير ذلك من صعوبات مادية استثنائية لم تكن مقدرة عند إبرام التعاقد، بما يقتضي على الإدارة هنا تعويضه تعويضاً كاملاً عما تكبده نتيجة تلك الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وثانيها: أن يكون من شأن هذه الظروف إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها، على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً..»⁽¹⁾.

كما أكدت كذلك على أن «تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام، أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد تلك الظروف، وأن يكون ذلك خلال تلك المدة وليس بعدها»⁽²⁾.

كما أنه فيما يخص شرط عدم استحالة التنفيذ، قضت المحكمة بأنه «يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة ألا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلًا، وإنما تجعل تنفيذه أكثر عبئًا وأثقل كلفة مما قدره المتعاقدان، بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة أي مرهقًا للمدين»⁽³⁾.

2- يشترط في الظرف الطارئ كذلك أن يكون مفاجئًا غير متوقع وفق السير الطبيعي للأمر، أثناء إبرام التعاقد، كما لا يمكن دفعه.

وفي ذلك تؤكد المحكمة الإدارية العليا على أنه «يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري، حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو ظروف من عمل إنسان آخر، لم يكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد توقعها، ولا يملك لها دفعًا»⁽⁴⁾.

ذلك أن هذه النظرية لا تطبق «إذا كان خطأ المتعاقد قد وقع في أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقا للسير الطبيعي للأمر للنظام المعتاد للعمل في الإدارة العاملة»⁽⁵⁾.

3- أن يترتب على الظرف الطارئ إخلال جسيم باقتصاديات العقد، بما يجعل تنفيذه أكثر كلفة وإرهاقًا، بما يقتضيه ذلك من وجوب النظر إلى مكونات العقد في مجموعها، بحيث تكون اقتصاديات العقد في مجموعها قد أصابها خلل جسيم، أما إن كان هذا الخلل قد طال عنصرًا من عناصر العقد أو بندًا من بنوده دون غيره مع بقاء غيرها من البنود لم تصب بذلك الخلل، بحيث يبقى في النهاية أن اقتصاديات العقد ما زالت عادلة ومتوازنة، فإنه لا مجال هنا لإعمال مقتضى نظرية الظروف الطارئة، إذ إنه يجب النظر دومًا إلى اقتصاديات العقد في مجموعها كوحدة واحدة، يكمل بعضها بعضًا.

- ١ حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٥/١١/٣٠، طعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق. عليا.
- ٢ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقم ٨٤٣ و ٩٢٢ لسنة ٢٦ قضائية في ١٩٨٢/١١/٢٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عامًا من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥، صادرة عن المكتب الفني لمجلس الدولة بمناسبة اليوبيل الذهبي للمجلس، ص ٤٥٨، ومشار إليهما أيضًا لدى د. محمد عبد المجيد إسماعيل- عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها- منشورات الحلبي الحقوقية طبعة ٢٠٠٣، ص ٢٧٧، كما يراجع في ذات الصدد أيضًا حكمها في الطعنين رقم ٤٦٦٩ و ٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق. عليا، بجلسة ١٩٩٧/١١/٢٥.
- ٣ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقم ٤٦٦٩ و ٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق. عليا، بجلسة ١٩٩٧/١١/٢٥.
- ٤ حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٧/٥/١٦، طعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق. عليا.
- ٥ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٩٣/٤/٤، طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق. عليا.

وفيما يخص هذا الشرط، قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «نظرية الظروف الطارئة، مقتضاها أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في الحسبان عند التعاقد ولا يملك معها المتعاقد دفعًا، ومن شأنها أن تنزل خسائر فادحة تخل باقتصاديات العقد إخلالاً جسيمًا، شريطة أن يتم تنفيذ العقد الإداري تنفيذًا كاملاً»⁽¹⁾.

كما نوهت المحكمة على الضوابط الواجب مراعاتها عند تقدير التعويض عن تلك الظروف، مشترطة أنه «فى تقدير مدى الإخلال الحادث في العقد بسبب الظروف الطارئة، يتعين الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته، ومنها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص في مجموعته كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره - أساس ذلك : أنه قد يكون في العناصر الأخرى ما يجزئ ويعوض المتعاقد عن العنصر أو العناصر الخاسرة، ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة، لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيًا كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل، وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة، تدرج في معنى الخسارة الجسيمة، بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه، في سبيل المصلحة العامة»⁽²⁾.

4- يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة كذلك، استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، على الرغم مما تكبده بسبب تلك الظروف من مزيد إرهاق أو كلفة ومشقة، مع احتفاظه بحقه - في ذات الوقت - في الرجوع على جهة الإدارة المتعاقدة بالتعويض عما لحق من مضار، رضاً كان ذلك أو قضاءً.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه «ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توافر شروطها، أن يتمتع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، ولكن على المتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت، كان عليه أن يلجأ إلى القضاء لإلزام الإدارة بالتعويض المناسب»⁽³⁾.

ذلك أن «تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يفترض بداءة أن يتم تنفيذ العقد تنفيذًا كاملاً، فإذا لم يتم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية كاملة، فليس ثمة محل لطلب التعويض»⁽⁴⁾.

الآثار المترتبة على تحقق الظروف الطارئة:

يترتب على تحقق الظروف الطارئة بشروطها سالف الإشارة إليها، وجوب إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، من خلال قيام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن المضار التي لحقت من جراء تحقق تلك الظروف، «وغيابة

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٢٠٠١/٥/٨، طعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ ق. عليا.
٢ حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٧/٥/١٦، طعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق. عليا، وكذلك حكمها في ١٩٩٣/٤/٤، طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق. عليا.
٣ يراجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٥/١١/٣٠، طعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق. عليا.
٤ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٢٣ و ١٢٢٤ لسنة ٢٧ قضائية في ١٩٨٤/١٢/١٨، مجموعة الأربعين عامًا في العقود الإدارية - مرجع سابق، ص ٤٤٦، مشار إليه لدى د. محمد عبد المجيد إسماعيل- مرجع سابق، ص ٢٧٧.

هذا التعويض -وفقاً لما تقرره المحكمة الإدارية العليا- هو استمرار المرفق العام في تأدية الخدمة المنوط به أداؤها للمواطنين⁽¹⁾.

ضوابط إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بناء على تحقق الظروف الطارئة:

لقد أقر الفقه والقضاء الإداري عدداً من الضوابط المتعلقة بتعويض المتعاقد مع الإدارة بغية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري حال تحقق الظروف الطارئة⁽²⁾، وسواء قامت الإدارة بأداء التعويض بصورة توافقية، أو تم إلزامها به عن طريق القضاء، وتتمثل تلك الضوابط فيما يلي:

1- أن التعويض يكون تعويضاً جزئياً ينصب على الخسائر الفعلية أو المحققة التي حاققت بالمتعاقد مع الإدارة.

2- أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض استناداً إلى ربح فاته أو بسبب نقص في قيمة المكاسب التي كان يرجوها، ذلك أن التعويض الذي تلزم به جهة الإدارة، لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل.

3- أنه يجب في تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظروف الطارئة، الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته، ومنها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص في مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره، أساس ذلك أنه قد يكون في العناصر الأخرى ما يجزئ ويعوض المتعاقد عن العنصر أو العناصر الخاسرة.

وعلى هذه الضوابط السابقة الواجب مراعاتها في التعويض المستهدف إعادة التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة الظروف الطارئة، أكدت المحكمة الإدارية العليا على أنه من شأن الظروف الطارئة، أن تنزل بالمتعاقد مع جهة الإدارة خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإذا ما توافرت شروط هذه الظروف، «التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره، ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة، التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، ذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية، لقاء ربح أو أجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من

١ في هذا المعنى د. محمد عبد المجيد إسماعيل- مرجع سابق، ص ٢٧٤.

٢ يراجع في هذا الشأن على سبيل المثال، د. محمد عبد الحميد أبو زيد - مرجع سابق ص ٢١٩ وما بعدها، ود. جابر جاد نصار -مرجع سابق، ص ٢٦٧ وما بعدها، كما تراجع في الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٦٦٩ و ٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق.عليا بجلسة ١٩٩٧/١١/٢٥، وحكمها في ١٩٨٧/٥/١٦، طعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق.عليا، وحكمها في ١٩٨٧/٥/١٦، طعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق.عليا، وحكمها في ١٩٨٥/١١/٣٠، طعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق.عليا، وحكمها في ٢٠٠١/٥/٨، طعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ ق.عليا، وحكمها في ١٩٦٧/١١/٢٥، طعن رقم ١١٨٦ لسنة ١٠ ق.عليا.

صعوبات وما يصادفه من عقبات، ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها، فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تعين المتعاقد، فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت، أو لفوات كسب ضاع عليه، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة، أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعته، لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزئاً ومعوّضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة»⁽¹⁾.

إذا كان ما سبق، إلا أنه - في تقديري - أن تلك الضوابط المقررة في شأن تقدير التعويض المستهدف إعادة التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة الظروف الطارئة، هي مبادئ محل نظر، فيما تقرره من تعويض جزئي، أو فيما تقرره من حصر التعويض في مجرد الخسارة، وعدم جواز مطالبة المتعاقد عن التعويض عن كسب أو ربح فاتته، إذ إن تلك المبادئ في الواقع تتعارض ومبادئ العدالة المجردة التي ما فتئ القضاء الإداري يرددها، بوصفها سنداً لتعويض المتعاقد عن آثار تلك الظروف، وذلك فضلاً عن تعارض تلك المبادئ كذلك مع التوقعات المشروعة للمتعاقد، في تحقيق بعض الأرباح والمكاسب من وراء تعاقد مع الإدارة، وهو ما سنلقي عليه مزيداً من البيان في معرض الحديث التالي عن الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء مبدأ التوقع المشروع.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء التوقع المشروع

غالباً ما يتم تناول الأساس القانوني لفكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، استناداً إلى أمرين، يتمثل أولهما: في مبدأ الحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وما يقتضيه ذلك من وجوب مشاركة جهة الإدارة في آثار الظروف الطارئة التي أصابت تنفيذ العقد الإداري، فجعلته أكثر كلفة وإرهاقاً للمتعاقد معها، وذلك حرصاً منها على إتمام تنفيذ تلك التعاقدات بالصورة المرجوة، التي تمكن المرافق العامة ذات العلاقة بتلك التعاقدات من الاستمرار في تقديم خدماتها على الوجه المعتاد بها، وثاني هذين الأساسين الذي يُستند إليهما لتقرير إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، هو مبدأ العدالة المجردة، والذي يناهضه، أن تترك جهة الإدارة المتعاقد معها وحيداً في مجابهة آثار تلك الظروف الطارئة، بما أحدثته له من إخلال جسيم باقتصاديات العقد، مع كون تلك الظروف لم تكن متوقعة عند إبرام التعاقد، كما أنه ما كان يملك لهذه الظروف رداً ولا دفعاً.

إذا كان ذلك، إلا أنه يمكن القول إن هناك أساساً آخر يمكن أن تستند إليه فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري - فضلاً عن هذين الأساسين - ألا وهي فكرة التوقع المشروع.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٣/٤/٤، طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق. عليا، وفي ذات الاتجاه أيضاً حكمها في ١٩٨٧/٥/١٦، طعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق. عليا.

التوقع المشروع كأحد عناصر الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري:

تعد فكرة التوقع المشروع إحدى صور مبدأ الأمن القانوني الواجب مراعاتها من قبل سلطات الدولة عند التعامل مع المخاطبين بالقواعد القانونية، تشريعية كانت تلك القواعد أو إدارية، بما يقتضي ابتداءً التطرق لمفهوم مبدأ الأمن القانوني بصورة عامة، قبل تناول فكرة التوقع المشروع على سبيل التخصيص.

مفهوم فكرتي الأمن القانوني والتوقع المشروع بصورة عامة:

يقصد بمبدأ الأمن القانوني⁽¹⁾ عمومًا، ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها، وترتيب أوضاعها على ضوء منها، دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة، يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار، كأن تقرر السلطات العامة تطبيق قواعد قانونية جديدة تشريعية أو لائحية بأثر رجعي يترد إلى الماضي، أو أن تقرر المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد التي استمدوها بطريق مشروع من القوانين القائمة، أو أن تصطدم القواعد القانونية الجديدة مع التوقعات المشروعة للأفراد، والتي تكونت لدى هؤلاء بناء على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة وسياسات الدولة المعلنة رسمياً، والوعود المقدمة من الحكومة، والتأكيدات والتقريرات الصادرة عنها⁽²⁾.

أو بمعنى آخر فإن الأمن القانوني هو «ضمانة أو حماية تهدف إلى استبعاد الاضطراب في مجال القانون، أو التغييرات المفاجئة في تطبيقه»⁽³⁾.

ولمبدأ الأمن القانوني صور وتطبيقات متعددة، سواء على المستوى التشريعي⁽⁴⁾، أو على المستوى الإداري فيما يتعلق بمجال إصدار القرارات الإدارية⁽⁵⁾.

- ١ للمزيد حول مفهوم الأمن القانوني وصوره في المجال التشريعي، يراجع د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح- رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة القاهرة - ص ٢٣٤ وما بعدها.
- ٢ د. يسري محمد العصار «بتصرف»، - الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية -مجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا - العدد الثالث- السنة الأولى - يوليو ٢٠٠٣ ص ٥١، ومشار إليه أيضًا لدى د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح- مرجع سابق ص ٢٣٦.
- ٣ د. محمد محمد عبد اللطيف- مبدأ الأمن القانوني - بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق جامعة المنصورة - العدد ٣٦ - أكتوبر ٢٠٠٤ ص ٨٨، كما مشار إليه أيضًا لدى د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح- مرجع سابق ص ٢٣٦.
- ٤ يراجع في بيان صور الأمن القانوني في المجال التشريعي ورقابة المحكمة الدستورية على مدى مراعاة المشرع في تحقيقها من عدمه، د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح- رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع- مرجع سابق، من ص ٢٣٤-٢٠٦.
- ٥ لمزيد من البيان حول بعض صور الأمن القانوني فيما يتعلق بالقرارات الإدارية، يراجع د. محمد عبد اللطيف - مبدأ الأمن القانوني- مرجع سابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

مفهوم فكرة التوقع المشروع:

تعد فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة، من أهم تطبيقات مبدأ الأمن القانوني في المجالين التشريعي أو الإداري على السواء، ويقصد بفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة عمومًا «ألا تصدر القواعد التشريعية - قانونية كانت أو لائحية - بطريقة فجائية أو مباغته للأفراد، فتصطدم مع توقعاتهم المشروعة، والتي بنوُّها على أسس موضوعية استنادًا إلى تشريعات قائمة، أو بناء على سياسات رسمية معلنة من جانب السلطات العامة، أو وعود وتأكيدات صادرة عنها⁽¹⁾، وبناء عليه، يمكن القول إن الثقة المشروعة تهدف إلى حماية ثقة المخاطبين بالقواعد أو قرارات الدولة، من خلال التمتع بالحقوق في ثبات المراكز القانونية القائمة استنادًا إلى هذه القواعد أو القرارات ولو لمدة معينة، فالثقة المشروعة إذن، تعني تمكين الفرد من التطور في وسط قانوني مستقر ومتوقع يمكنه أن يثق فيه⁽²⁾.

ولقد اعتدت المحكمة الدستورية العليا المصرية بفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة في العديد من أحكامها⁽³⁾، بما يمهد لتلك الفكرة عمومًا لأن تكون محل مراعاة وموضع حماية عند إجراء كافة التصرفات القانونية، تشريعية كانت أو تنفيذية، بل ووجوب مراعاة حمايتها قضائيًا عند الفصل في المنازعات القضائية ذات الصلة. فكرة التوقع المشروع في نطاق إعادة التوازن المالي للعقد الإداري:

وبتطبيق ما سبق من فكرتي التوقع المشروع بصفة خاصة، والأمن القانوني بصفة عامة، على مجال العقود الإدارية، وخاصة في النطاق الذي نحن بصدد، وهو نطاق إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، يمكن القول إن فكرة التوقع المشروع تصلح أساسًا طبيعيًا ومنطقيًا لتعويض المتعاقد مع الإدارة، حال اختلال اقتصاديات العقد نتيجة الظروف الطارئة.

ذلك أن المتعاقد مع الإدارة ما أقدم على التعاقد معها بالأساس، إلا وتحذوه توقعات مشروعة في تحقيق بعض الأرباح والمكاسب من وراء تنفيذ تعاقداته مع الجهات الإدارية، خاصة وأنه يضع في حسابه أنها تعاقدات آمنة، بمعنى أن جهة الإدارة حتمًا ستلتزم بالتزاماتها المادية المنصوص عليها بالعقد دون ممانعة أو تنصل منها، وذلك فضلًا عن كونها تتسم بأنها الطرف الأكثر ملاءة وقدرة من الناحية المادية، مما يحفز على الدخول معها في

١ في ذات المعنى د. يسري محمد العصار - مرجع سابق ص ٥٥.

٢ د. محمد عبد اللطيف - مرجع سابق - ص ٩١.

٣ يراجع للمزيد حول مفهوم التوقع المشروع أو الثقة المشروعة في المجال التشريعي ورقابة المحكمة الدستورية على مدى مراعاتها، د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح- مرجع سابق، ص ٢٤٥ وما بعدها، كما تراجع في ذات الصدد أحكام المحكمة الدستورية العليا ذات العلاقة والمشار إليها لديه، ومنها: حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٧/٥/٣، طعن رقم ١٧ لسنة ١٨ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٠/١٢/٢، طعن رقم ٢٢٧ لسنة ٢١ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٠/٥/٦، طعن رقم ٨٧ لسنة ٢٠ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠١٢/١٠/١٤، طعن رقم ٧٩ لسنة ٢٢ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٠/٧/٨، طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٠ ق. دستورية، و المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٩/١٠/٢، طعن رقم ١٣٦ لسنة ٢٠ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٦/٦/١١، طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٤ ق. دستورية، وحكمها في ١٩٩٧/٢/١، طعن رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق. دستورية، وحكمها في ١٩٩٨/٢/٧، طعن رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٠/٦/٣، طعن رقم ١١٦ لسنة ٢١ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠١٣/٥/١٢، طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٢٩ ق. دستورية. وحكمها في ١٩٩٣/١/٢، طعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٥/٣/١٣، طعن رقم ٢٢١ لسنة ٢٤ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠٠٣/١١/٢، طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٠ ق. دستورية، وحكمها في ٢٠١٣/٥/١٢، طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٢٩ ق. دستورية.

تلك التعاقدات، يضاف إلى ذلك، أن تلك التوقعات المشروعة التي استهدفها المتعاقد من وراء تعاقد، الأصل أنها مؤسسة على حسابات دقيقة، ودراسات جدوى مستندة إلى الظروف الاقتصادية والسياسية المحيطة بهذا التعاقد.

فإن حدثت وطرات ظروف طارئة ما، لم يكن في وسع المتعاقد توقعها أو درؤها، فأخلت باقتضادات العقد وتوازنه المالي، فهنا تأتي فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، حماية لتلك التوقعات المشروعة التي حدثت بالمتعاقد ابتداءً للدخول في هذا التعاقد مع جهة الإدارة.

ذلك أن المتعاقد مع الإدارة، لا بد أن يشعر بأمن وطمأنينة تجاه أية تقلبات غير متوقعة قد تطرأ ويكون من شأنها أن تؤثر على تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الإدارة، وذلك ضماناً لأن يقوم بذلك التنفيذ بكفاءة وأمانة، وبالطريقة التي تؤدي إلى استقرار المرفق العام وتحقق أقصى فائدة مرجوة منه على خير وجه، ومن مقتضيات ذلك التنفيذ على هذه الهيئة، أن يأمن آثار تقلب الظروف المحيطة بتعاقداته بصورة تعصف بتوقعاته المشروعة، بتقرير ما يقتضي تعويضه عنها حال حدوث ذلك، وبما يحقق له الأمن القانوني الكافي والكافل لتنفيذ العقد وتحقيق آثاره وفقاً لما كان يتوقعه بصورة مشروعة من تحقيق مكاسب مقبولة دفعته للإقدام على التعاقد مع الإدارة، هذا من ناحية، كما أنها تكفل له التنفيذ بالكفاءة التي تحافظ على دوام سير المرفق العام في تقديم خدماته بانتظام واضطراد منشودين من ناحية أخرى.

بل إنه يمكن القول أيضاً إن فكرة الحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد في تقديم خدماته المتعددة إلى فئات المجتمع على اختلاف مطالبهم وحاجياتهم، تعد تطبيقاً أو مظهرًا من مظاهر التوقع المشروع للمواطنين في مجموعهم، إذ إنهم يتوقعون من المرافق العامة تقديم خدماتها المرجوة بانتظام واضطراد، وعلى وجه مُرضٍ، ومن ثم فإن إحداث خلل بهذه التوقعات وهذا الاستمرار في تقديم الخدمات المرجوة نتيجة عدم تعويض المتعاقد وإقالته من عثرته، بل وتعويضه عن توقعاته المشروعة في الربح العادل، يعد إخلالاً بمقتضيات الأمن القانوني الواجب توافرها لأفراد المجتمع ذوي العلاقة بتلك الحاجيات والخدمات التي تقدمها تلك المرافق.

ومن ثم يمكن القول أيضاً إن فكرة الحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، قد تجد لها سنداً هي الأخرى -من هذه الزاوية- في مفهوم فكرة الأمن القانوني بمفهومه العام، من حيث وجوب الحفاظ على ديمومة سير المرفق العام بانتظام واضطراد وعلى الوجه المطلوب، هذا من ناحية، في الوقت ذاته التي تجد لها مكاناً من الناحية المقابلة في مفهوم فكرة التوقع المشروع لجمهور المواطنين المتوقعين الحصول على الخدمات المرجوة من هذا المرفق محل التعاقد، بالصورة المثلى التي تشبع احتياجاتهم منه، على الوجه الذي يرجونه.

وبناءً عليه، يمكن القول أيضاً أن أعمال مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد الإداري تأسيساً على فكرة التوقع المشروع، بل وعلى فكرة الأمن القانوني في مجملها، يترتب عليها تحقيق أمن قانوني مستحق، سواء لدوام أداء المرفق العام بانتظام واضطراد، أو كضمان للمتعاقد مع الإدارة في الحفاظ على توقعاته المادية المشروعة التي كانت دافعاً له إلى التعاقد مع الإدارة بالأساس، بما توفره له هذه الضمانة من بيئة استثمارية آمنة نسبياً، من خلال إحاطته بضمانة التعويض عن توقعاته المشروعة، تجاه تقلبات بعض الأحداث غير المتوقعة، وبما يصب

في نهاية المطاف في تحقيق الهدف الأسمى للإدارة، والمتمثل في ديمومة استمرار مرافقها المختلفة بأداء خدماتها المنوط بها تقديمها لجموع المستفيدين منها، بالصورة المرجوة، وبانتظام واضطراد منشودين.

ومن ثم نخلص إجمالاً إلى القول بأن مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد الإداري حال تحقق ظروف طارئة على تنفيذه، يمكن رده إلى أسس ثلاثة هي:

1- **مبدأ العدالة المجردة:** ذلك أن العدالة تقتضي ألا يتحمل المتعاقد مع الإدارة آثار تحقق تلك الظروف وحده، بما يمثله له ذلك من خسائر أو إرهاق وكلفة، مع كونه لم يكن بحسبانه توقع تلك الظروف عند التعاقد، كما ليس بإمكانه دفعها حال تحققها، مما يقتضي تعويضه عما لحق به من ضرر، سواء تمثل هذا الضرر في تحقيق خسارة، أو فوات مكسب أو ربح كان يتوقع تحقيقه توقعاً مشروعاً.

2- **مبدأ الحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد:** فالحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، يقتضي «تيسير» تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة المؤدية إلى الإخلال باقتصاديات العقد، ذلك أن عدم إقامة هذا التوازن بصورة عادلة فعلاً، سيترتب عليه عدم قدرة المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته، أو تنفيذها بغير الكفاءة والدقة المطلوبة، ومن ثم عدم إشباع الحاجات المتطلبة للمستفيدين من هذا المرفق بالصورة المرجوة، وذلك فضلاً عن توجس ومن ثم إحجام المتعاقدين من الإقدام على التعاقد مع الإدارة مستقبلاً، خشية تكرار ذات الظروف وعدم وجود مساندة عادلة من جهة الإدارة للمتعاقدين معها، مما يدفعهم إلى مجال آخر من التعاقدات أكثر أماناً وأقل مخاطرة، وربما أكثر ربحاً، بما ينعكس أثره بالتبعية على سير المرافق العامة مستقبلاً، من خلال إحجام المتعاقدين الأكفاء عن التعاقد معها من ناحية، أو حصر عدد المتعاقدين معها في عدد ضئيل، ربما يستغل ذلك في رفع تكلفة تلك التعاقدات من ناحية ثانية، بما يمثل عبئاً مادياً على الإدارة في قابل تعاقداتها .

3- **فكرة التوقع المشروع، بما تحققه من أمن قانوني عام:** إذ إنه -في تقديري- أن تلك الفكرة، تمثل أساساً مقبولاً ومزدوجاً لإعمال فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، سواء بالنسبة للإدارة أو بالنسبة للمتعاقدين معها على حد سواء، ذلك أن فكرة حماية التوقع المشروع، تتضمن المعنى الحقيقي للأساسين السابقين - العدالة المجردة، وسير المرفق العام بانتظام واضطراد- في آن واحد .

فهي بالنسبة للمتعاقد تحقق له مبدأ العدالة، لكونها تحميه من مخاطر الظروف الطارئة، من حيث إنها تضمن له مساندة الإدارة له -ليس فقط في تحمل الخسائر الناتجة عن تلك الظروف- بل وتحمي توقعه -المعقول- في الكسب المشروع والمناسب في ذات الوقت، بما يحقق مبدأ العدالة في أدق معانيه .

كما أنها بالنسبة لجهة الإدارة، تحقق لها غايتها السامية المتمثلة في الحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن ثم إشباع حاجات المواطنين بالخدمة محل التعاقد، في جو من الاستقرار وعدم القلق من تأثر أدائه .

وذلك فضلاً - ومن ناحية أخرى- عما يترتب على ذلك كله من أمن قانوني، يؤدي إلى بثّ الطمأنينة والاستقرار في نفوس المتعاقدين مع الإدارة، من حيث إنهم سيجدون مساندة أكيدة وعادلة من قبل الإدارة إن طرأت ظروف طارئة لم تكن متوقعة عند التعاقد، بما يضيف نوعاً من الاستقرار على تنفيذ تلك العقود في جو من عدم التوجس من تقلبات الظروف الاقتصادية غير المتوقعة، بما يعكس بالتبعية على حرصهم على إبرام تعاقدهم مع الإدارة وهم مطمئنون، كما يؤدي بهم ذلك أيضاً إلى تنفيذهم لتعاقداتهم مع الإدارة على الوجه الأمثل، وذلك فضلاً عن حرص المتعاقدين مع الإدارة على أن يكسبوا ثقتها فيفوزوا مستقبلاً بتلك التعاقدات، بوصفها تعاقدات آمنة مستقرة، دون الخشية من أن تكون العقود الإدارية وما تتضمنه من الشروط التي تنطوي عليها من استخدام وسائل القانون العام، منفرة للأفراد من أن يتعاقدوا معها، وكل ما سبق ينعكس بالضرورة على دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن ثم تقديم خدماته على الوجه المرجو منه تقديمه، وهو ما يعني -كما سبق- أن فكرة التوقع المشروع بما تحققه من أمن قانوني هنا، تصلح أن تكون أساساً مزدوجاً لكل من طرفي العقد الإداري، سواء لجهة الإدارة أو للمتعاقدين معها على حد سواء.

تعليق على مبدأ التعويض الجزئي وعدم جواز التعويض عن كسب أو ربح متوقع:

لما كان ما سبق من تناول مفهوم فكرة حماية التوقع المشروع للمتعاقدين مع جهة الإدارة، فضلاً عن أنه كان قد سبق القول أيضاً عند بيان ضوابط إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إنه من المستقر عليه من ضوابط التعويض المترتب على حدوث الظروف الطارئة، أن هذا التعويض يجب أن يكون جزئياً، بمعنى أن «هذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تعين المتعاقد، وأن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت، أو لفوات كسب ضاع عليه»⁽¹⁾.

إلا أنه -في تقديري- أن تلك الضوابط المقررة للتعويض عن الظروف الطارئة، هي ضوابط محل نظر، ذلك أنه إن كانت فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري تستند في أساسهاها -ضمن ما تستند إليه كما سبق- إلى مبادئ العدالة المجردة، فإن تلك العدالة تقتضي تعويض المتعاقد عن المكسب أو الربح الفائت، كما يتم تعويضه عما تكبده من خسائر، سواء بسواء، حتى إنه وإن كان مقبولاً عقلاً ألا يكون هذا التعويض عن الربح الفائت تعويضاً كاملاً، إلا أنه ليس من المقبول عقلاً إهماله بالكلية⁽²⁾.

خاصة إذا أخذنا في الاعتبار، أن هذا الكسب الفائت، كان متوقعاً - غالباً - بناء على دراسات منطقية وفقاً للبيئة والظروف التعاقدية السائدة - اقتصادية كانت أو سياسية- إبان إبرام التعاقد، وهو ما يعني أن حدوث ظروف طارئة مناقضة لتلك الدراسات والتوقعات، هو عصف للتوقعات المشروعة للمتعاقد لسبب أجنبي لا يد له فيه،

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٩٣/٤/٤، طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق. عليا، وفي ذات الصدد أيضاً حكماً في ٢٠٠١/٥/٨، طعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ ق. عليا.

٢ يعلق بعض الفقه على فكرة التعويض الكامل عن كل ما لحق بالمتعاقد مع الإدارة في معرض حديثه عن الأساس القانوني للتعويض عن الظروف الطارئة بقوله: « يتأسس التعويض الذي يناله المتعاقد مع الإدارة في رأي البعض، على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، على أن الأخذ بهذا الرأي يستدعي بطبيعة الحال، أن تعوض الإدارة المتعاقد معها تعويضاً كاملاً غير منقوص عن كل الأضرار التي تسببها الظروف الطارئة، وهو أمر لم يقل به أحد، فالتعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالة، لا يخرج عن كونه إعانة تهدف إلى إقالة عثرته، ومشاركته في جزء من خسارته»، د. جابر جاد نصار- الوجيز في العقود الإدارية- مرجع سابق، ص ٢٧٦.

إذ ما كان له حيلة في توقعه ابتداءً، ولا في دفعه انتهاءً، بما يقتضي تعويضه عما فاتته من كسب حقيقي ومشروع، وذلك على خلاف المستقر عليه في هذا الشأن.

ذلك أنه مما يناه في مقتضيات العدالة، كما يناه أيضاً مقتضيات الحفاظ على التوقع المشروع للمتعاقد، أن يُهمل تماماً ما استهدفه من ربح أو مكسب كان يرجوه من وراء تعاقد، على الرغم من أجنبية السبب الذي أدى إلى العصف بتوقعه المشروع، وإلا وقعنا في مغبة الآثار السلبية التي يمكن أن تترتب على إهمال التوقعات المشروعة للمتعاقد مع الإدارة مستقبلاً - والسابق الإشارة إليها - وسواء تعلقت تلك الآثار السلبية بالمتعاقد ذاته من ناحية فقدانه للأمن القانوني وعدم الاستقرار تجاه تلك التعاقدات، ومن ثم إمكانية إحجام المتعاقدين الأكفاء عن التعاقد مع الإدارة، أو سواء تعلقت بالتأثير السلبي على مبدأ دوام سير المرفق العام ذاته بانتظام واضطراد، نتيجة عدم التنفيذ بالصورة المرجوة للعقود محلها، ومن ثم التأثير على الخدمة التي يقدمها للمستفيدين منه.

كما أن إهمال تعويض المتعاقد - ولو جزئياً - عن توقعه المشروع في تحقيق بعض الربح، في الوقت الذي يكون فيه ملتزماً بتنفيذ كافة التزاماته التعاقدية تجاه المرفق بما يحقق للمرفق استدامة سيره المرجوة، في الوقت ذاته الذي يُهمل فيه كل توقع مشروع له في ربح أو مكسب كان دافعاً له بالأساس للتعاقد مع الإدارة، فإن ذلك يجعل تنفيذ هذا التعاقد - على الرغم من استطالة مدة تنفيذه غالباً - هو في الواقع بمثابة تنفيذ بلا مقابل، وهو أمر يتنافى بلا جدال مع فكرة العدالة المجردة التي تستند إليها نظرية الظروف الطارئة ضمن ما تستند إليه.

صحيح أن جهة الإدارة هي الأخرى قد تكبّدت قيمة التعويض المترتب على الظروف الطارئة زيادة عما كان متفقاً عليه من التزاماتها المادية، إلا أنها في النهاية تبقى هي الطرف صاحب القدرة والملاءة في التعاقد، ويبقى المتعاقد معها هو الطرف الأضعف دوماً، سواء مقارنة بجهة الإدارة بصورة عامة بوصفها الأقدر على تحمل آثار تلك الظروف غير المتوقعة، أو سواء بما تملية طبيعة مركز المتعاقد في العقود الإدارية، من كونه الطرف الأضعف الذي يقابل طرفاً قوياً غير مكافئ له وهو الإدارة، بما يستخدمه هذا الطرف الأخير من أدوات السلطة العامة وفقاً لما تملية طبيعة العقود الإدارية ذاتها، بما يقتضي ويحتم على هذا الطرف المليء أيضاً تحمل ذلك التعويض، فضلاً عن تحمله لبعض ما توقعه المتعاقد من كسب أو ربح فاتته نتيجة الظروف الطارئة، وذلك حماية لدوام سير المرفق العام من جهة، وحفاظاً على التوقعات المشروعة للمتعاقدين معها من جهة ثانية، وإعمالاً لمقتضيات العدالة المجردة التي تتنافى مع تنفيذ العقد لصالحها بلا مقابل من ناحية ثالثة.

وهو ما يستدعي - في تقديري - إعادة النظر في هذا المبدأ المستقر عليه قضائياً من حصر التعويض المترتب على الظروف الطارئة، في نطاق الخسارة فقط، دونما اعتبار للأرباح والمكاسب الفائتة التي كان يتوقع المتعاقد مع جهة الإدارة تحقيقها.

ذلك أنه وكما تؤكد المحكمة الإدارية العليا ذاتها، أن «نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف

المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، ذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية، لقاء ربح أو أجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات، وما يصادفه من عقبات»⁽¹⁾.

المبحث الثالث

المعالجة القضائية والتشريعية للظروف الاقتصادية الطارئة المترتبة على تعديل سعر الصرف

ربما يكون من أكثر آثار التقلبات الاقتصادية تأثيراً على تنفيذ العقود الإدارية، هو ما يعتري هذه التعاقدات من ظروف اقتصادية طارئة تتمثل في إحداث تقلبات على سعر صرف العملة، بما قد يؤدي إليه ذلك - أحياناً - إلى مضاعفة قيمة التنفيذ الفعلي للعقود، عما كان متفقاً عليه وقت إبرامها وفقاً لأسعار العملة التي كانت سائدة وقت التعاقد.

وفيما يلي نلقي الضوء سريعاً على موقف القضاء الإداري المصري من حيث الاعتداد بتقلبات سعر الصرف بوصفها من قبيل الظروف الاقتصادية الطارئة المؤثرة على تنفيذ العقود الإدارية، ومن ثم المستوجبة للتعويض عن آثارها من عدمه، على أن نتبي على ذلك بالتعريض على معالجة المشرع المصري لآثار تحرير سعر الصرف بمقتضى قانون «تعويضات عقود المقاولات والتوريدات والخدمات العامة» رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ بهدف إعادة التوازن المالي لتلك العقود، وهو ما نتناوله في مطلبين متتاليين كما يلي:

المطلب الأول

موقف القضاء الإداري المصري من اعتبار تقلبات سعر الصرف ظرفاً طارئاً

لقد أُتيح للقضاء الإداري المصري مرات عديدة أن يوضح موقفه من مدى اعتبار تقلبات الأسعار أثناء مدة تنفيذ العقد الإداري من قبيل الظروف الاقتصادية الطارئة المستوجبة للتعويض من عدمه، ويمكن إيجاز موقف مجلس الدولة المصري في هذا الصدد فيما يلي:

أولاً: موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة:

• اعتدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في إحدى الفتاوى الصادرة عنها باعتبار تعديل سعر الصرف يعد من قبيل الظروف الطارئة التي تستوجب التعويض عن إخلالها باقتصاديات العقد الإداري، حيث أفتت في هذا الصدد بأن «قرار مجلس الوزراء بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار، يعد حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني، إذ لم يكن في وسع المتعاقدين

١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٩٣/٤/٤، طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق. عليا، وإن كان من اللافت للنظر أن المحكمة ورغم تأكيدها على مبدأ العدالة وحماية الربح والأجر العادل للمتعاقد، وفقاً لما هو مشار إليه بعالية، إلا أنها عقت على ذلك مباشرة، بتأكيدها على عدم جواز المطالبة إلا بالتعويض الجزئي، عما لحق المتعاقد من خسائر، دون حق المطالبة بأي ربح فاتته من جراء تلك الظروف، فقد أردفت المحكمة مباشرة على ما هو مشار إليه بالمتن بقولها، «ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحمّلها، فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تعين المتعاقد، فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت، أو لفوات كسب ضاع عليه»، يراجع حكمها سالف الإشارة إليه.

توقعه وقت إبرام العقد، ومع التسليم الجدلي بأنه كان مفروضاً على المتعاقد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية، فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهّن به، ومن ثم فإنه يتعين أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد، قد جاوز ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد، وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة، كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسائر بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى الحد المعقول، بمعنى أن الخسارة المتوقعة، يتحملها المتعهد، أما الخسارة غير المتوقعة، فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذي يخفف من فداحتها»⁽¹⁾.

• إلا أنه - وعلى خلاف ذلك - فإنه في فتاوى متعددة أخرى، رفضت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، اعتبار تقلبات سعر الصرف من قبيل الظروف الطارئة المستوجبة للتعويض، ومن قبيل ذلك ما أفتت به من أنه قد «استظهرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إفتاءها المطرد على أن تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، هو أصل عام من أصول القانون، يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، ومقتضى تطبيقه في الحالات التي يتفق فيها طرفا العقد على سعر إجمالي لمقاولة الأعمال، لا يستتهد للمقاولة حقاً في تقاضي أية زيادة في الأجرة المتفق عليها، ولو بلغ ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة وغيرها من التكاليف حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً»⁽²⁾.

ثانياً: موقف المحكمة الإدارية العليا من اعتبار تقلبات سعر الصرف ظرفاً طارئاً:

إذا كنا قد استظهرنا مما سبق أن هناك تضارباً في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في مدى اعتبار تقلبات سعر الصرف من قبيل الظروف الطارئة التي يمكن التعويض عنها من عدمه، فإن قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن، لم يفارقه أيضاً ذات التضارب.

• فلقد اعتدّت المحكمة الإدارية العليا في بعض أحكامها باعتبار أن تقلبات سعر الصرف بما يترتب عليه من زيادة أعباء المتعاقد مع جهة الإدارة، تعد من قبيل الظروف الطارئة التي يجب تأمين من يتعاقد مع الجهات الإدارية ضدها، مثلها في ذلك مثل كل تغيير في الضرائب أو الرسوم الجمركية بعد تقديم العطاء وحتى تمام التوريد، حيث قضت في هذا الصدد، «بأن تتحمل الجهة المتعاقدة بقيمة الفرق في حالة زيادة الضرائب أو الرسوم الجمركية عما كانت عليه خلال الفترة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد، دون تفرقة بين ما إذا كان سبب هذه الزيادة هو زيادة التعريفات الجمركية أو زيادة سعر الصرف الذي كانت تحسب الرسوم الجمركية على أساسه، بحسبان أن الحكمة من تحمل قيمة الزيادة في الحالتين واحدة، وهي تأمين من يتعاقد مع الجهات الإدارية ضد كل تغيير في الضرائب أو الرسوم الجمركية بعد تقديم العطاء وحتى تمام التوريد،

١ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٣٦٠ في ١٧/٧/١٩٥٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ١٨، الطبعة الأولى ١٩٨٦-١٩٨٧، ص ٧٩٦ قاعدة رقم ٥٦٨، مشار إليها لدى د. محمد عبد المجيد إسماعيل- عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها- منشورات الحلبي الحقوقية طبعة ٢٠٠٣، ص ٢٧٨-٢٧٩.

٢ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم الفتوى ١٢٧، في ١٧/١/١٩٩٣، الملف رقم (٧٨-٢-٢٥)، وفي ذات الاتجاه فتواها رقم ١٨٧ في ١٩٩٣/١/٣١، (الملف رقم ٤٧-١-١٥٩).

شريطة أن يتم التنفيذ في الموعد المحدد دون تأخير، وأن يُسَدَّدَ فعلاً الماؤول أو المتعهد الرسوم الجمركية بالفئات الجديدة»⁽¹⁾.

كما «ميزت المحكمة الإدارية العليا - في هذا الصدد - بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فأوضحت أن ارتفاع الأسعار أثناء تنفيذ العقد الإداري بطريق غير متوقع مما يترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد بتحميله خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً، يعتبر ظرفاً طارئاً وليس قوة القاهرة»⁽²⁾.

• إلا أنه وعلى خلاف ما سبق، فإن المحكمة الإدارية العليا - وفي أحكام متعددة لها - لم تعتبر تقلبات سعر الصرف من قبيل الظروف الطارئة التي تستوجب تعويض المتعاقد مع جهة الإدارة عنها حال إخلالها باقتصاديات العقد، ومن ثم اشترطت المحكمة لتقضي للمتعاقد بالتعويض عن تقلبات سعر الصرف، أن يكون هناك اتفاق بالعقد يقرر مبدأ التعويض عن تقلبات وفوارق الأسعار، بما يعنيه ذلك من أن القضاء بالتعويض هنا مرجعه عائد إلى إرادة طرفي العقد، وليس استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة.

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة، حصوله على المقابل المالي الذي قد يكون ثمناً للبضائع الواردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو للخدمة المطلوبة، وإنه «من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة، هي شروط تعاقدية، من ثم تتحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديلات لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد الإداري، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار، ويوجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدم للطرف الآخر ويحقق به التوازن المالي للعقد، فإذا ما حدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال، فإن هذه النسبة وبالقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد، بإعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نص على شروط تعاقدية، وذلك دون نظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفات الجمركية وغيرها من المسائل المتوقعة حدوثها لدى التعاقد مع الإدارة، والقول بغير ذلك يؤدي بحكم الضرورة واللزوم إلى زيادة القيمة عن المتفق عليه في حالة زيادة سعر التحويل للعملة، أو نقصان هذه القيمة في حالة نقصان سعر التحويل للعملة، وهو أمر يتناقض مع ثبات شرط المقابل المالي للعقد، ويجعل التزامات طرفيه في هذا الخصوص التزامات غير محددة، بإعتبار أن السعر قد حدد بصفة نهائية في اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد، وبالتالي لا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه إلى زيادة سعر العملة عند مراحل التنفيذ المستقبلية، باعتبار أن ذلك يؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة، وإلى زيادة قيمة المقابل النقدي للعقد، وهو أمر غير جائز كأصل عام، ولا يتم الأخذ به إلا استثناءً وبنص تعاقدية خاص، قائم على الرضاء المشترط لطرفي العقد، ...»

١ حكم المحكمة الإدارية العليا في ١١/٥/١٩٩٣، في الطعن رقم ٣٤٣٨ و ٢٧٣٢، لسنة ٣٥ ق. عليا.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٦ قضائية، في ١٩/٦/١٩٦٢، مجموعة الأربعين عامًا في العقود الإدارية - مرجع سابق، ص ٤٥٨، مشار إليه لدى د. محمد عبد المجيد إسماعيل - مرجع سابق، ص ٢٧٧.

ومن ثم خلصت المحكمة - في ذات النزاع - إلى أنه، «وترتيباً على ما تقدم - فإن الهيئة المطعون ضدها لا تلتزم قبل الطاعن إلا بالوفاء بالقيمة المبينة في العقد المبرم بينهما، طبقاً للنسب المتفق عليها بالجنيه المصري، على أساس سعر الدولار وقت التعاقد، وهو ما تم تحديده بمبلغ ٧,٧ قرشاً وفقاً للسعر المعلن من البنك المركزي في هذا التاريخ، دون نظر إلى ما طرأ على هذا السعر من تغير وقت الاستحقاق، وأن ما يطالب به الطاعن من أن تكون أساس المحاسبة على أساس سعر الدولار وقت الاستحقاق وليس وقت التعاقد باعتباره يمثل خروجاً على الأصول العامة، كان يمكن تحقيقه إذا ما ضُمن عطاءه تحفظاً أو شرطاً صريحاً بأن تؤدي إليه أتعابه على أساس سعر الصرف وقت الاستحقاق، وهو الأمر غير الثابت في العقد محل المنازعة»⁽¹⁾.

وإعمالاً لذات التوجه، ومن قبيل المساواة في ذات القاعدة بين الإدارة والمتعاقد معها، أكدت المحكمة أيضاً على أنه لما كان المتعاقد مع الإدارة لا يجوز تعويضه عما لحقه من ضرر نتيجة زيادة سعر العملة عما كان متفقاً عليه وقت التعاقد، فإنه من حقه في المقابل الاستفادة من أي نقص يطرأ على سعر الصرف عما كان مقيماً به التزاماته وقت التعاقد، ومن ثم قضت بأنه «لما كان طرفاً عقد الصرف الذي يبرمه المفاوض هما المصرف والعميل، ومحلّه شراء عملة أجنبية يدفع ثمنها بالجنيه المصري بسعر الصرف الرسمي يضاف إليه العلاوة المقررة، ومن ثم يتحمل العميل أية زيادة تطرأ على تلك العلاوة، كما يستفيد من أي خفض فيها، شأنها في ذلك شأن أي تغيير يطرأ بالزيادة أو النقصان على ثمن المهمات أو المواد الأولية أو أجور العمال أو أجور الشحن أو التأمين»⁽²⁾.

ونستبين مما سبق، أن قضاء مجلس الدولة قد تردد في اعتبار تقلبات السوق وسعر العملة من قبيل الظروف الطارئة، فتارة اعتبرته الجمعية العمومية من قبيل الظروف الطارئة في افتائها، وتارة أخرى أنكرت عليه تلك الصفة⁽³⁾، كما أن قضاء المحكمة الإدارية العليا في ذات الشأن قد جاء كذلك متضارباً بين إثبات تلك الصفة حيناً، وإنكارها أحياناً أخرى.

وهو موقف في تقديري - محل نظر⁽⁴⁾، ذلك أن تقلبات سعر الصرف تعد من الظروف التي يصعب على المتعاقد توقعها، نظراً إلى سرعة قلب الظروف الاقتصادية عموماً وما يصاحبها من تقلبات شديدة أحياناً في أسعار صرف العملة، فضلاً عن أن مدة تنفيذ العقود الإدارية - غالباً - ما تتسم بالطول النسبي، الذي يصعب معه التكهّن باستقرار سعر الصرف طوال مدة التنفيذ من عدمه، بما كان يستدعي من القضاء الإداري، الاعتداد بتقلبات سعر الصرف بوصفها ظروفًا اقتصادية طارئة، تستوجب التعويض عن آثارها، مع تمتع القضاء في ذات الوقت، بسلطة تقديرية في تقدير ملاسبات كل منازعة على حدة.

١ حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٣/٨/٣١، طعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق. عليا، وفي ذات المعنى أيضاً حكمها في ٢٠٠٦/٧/١٨، طعن رقم ٧٠٥٧ لسنة ٤٧ ق. عليا، وكذلك حكمها في ١٩٦٧/١١/٢٥، طعن رقم ١١٨٦ لسنة ١٠ ق. عليا
٢ حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٧/١١/٢٥، طعن رقم ١١٨٦ لسنة ١٠ ق. عليا.
٣ قريباً من ذات المعنى، د. محمد عبد المجيد إسماعيل - مرجع سابق، ص ٢٨٠-٢٨١.
٤ ربما مما تجدر الإشارة إليه هنا، أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر أن تقلبات سعر الصرف، تعد من قبيل الظروف الطارئة التي تستوجب التعويض، طالما كان تغير الأسعار غير متوقع، «بينما رفض طلب التعويض إذا كان التغير في الأسعار في حدود المتوقع، مما لا يشكل إخلالاً كبيراً باقتصاديات العقد»، يراجع في هذا المعنى د. محمد عبد المجيد إسماعيل - مرجع سابق، ص ٢٧٤.

المطلب الثاني

المعالجة التشريعية لآثار تحرير سعر الصرف بمقتضى قانون التعويضات المصري

رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧

لما كان ما سبق وتطبيقاً عليه، فإنه نظراً لبعض الظروف الاقتصادية والسياسية التي مرت بها الدولة المصرية خلال السنوات الماضية، فقد حدث انخفاض شديد للاحتياطي النقدي من العملة الأجنبية نتيجة تأثير تلك الظروف على مصادر النقد الأجنبي، ومع زيادة الطلب عليه، أصبح هناك فارق كبير بين سعر الجنيه مقابل السعر الرسمي للعملة الأجنبية، وذلك فضلاً عن اتفاق الدولة مع صندوق النقد الدولي للحصول على قرض لإنعاش الاقتصاد، وما تطلبه الصندوق من شروط للموافقة على إتمام هذا القرض، إذ أدى كل ذلك إلى لجوء البنك المركز المصري في ٢٠١٦/١١/٣ إلى اتخاذ قرار بتحرير «بتعويم» سعر صرف الجنية مقابل العملات الأجنبية.

ولما كان هذا القرار قد ترتب عليه انخفاض سعر الجنية مقابل الدولار إلى النصف تقريباً، فضلاً عن ارتفاع نسبة التضخم، وهي نتائج لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقود المختلفة مع جهات الإدارة، فقد نتج عن ذلك أضرار بالغة بالمتعاقدين مع جهة الإدارة، نتيجة تضاعف أسعار الخدمات والمواد الخام المطلوبة لتنفيذ تلك العقود، بما لم يكن متوقعاً عند إبرامها، مما كان سيؤدي بالتبعية إلى العصف بتوقعاتهم المشروعة في تحقيق أية مكاسب أو أرباح كانت متوقعة، فضلاً عن عدم قدرتهم الفعلية على تنفيذ تلك التعاقدات إلا بخسارة شديدة يتكبدونها حال إلزامهم بتنفيذها بذات قيمتها المتفق عليها عند التعاقد، مما حدا بالمشروع إلى التدخل لمعالجة تلك الآثار، من خلال إصداره لقانون «تعويضات عقود المقاولات والتوريدات والخدمات العامة» رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ بهدف إعادة التوازن المالي لتلك العقود^(١).

وهو ما يعني أن المشرع المصري بهذا التدخل التشريعي، مقررًا تعويض المضارين من آثار تحرير سعر الصرف، قد اعتبر صراحة أن تحرير سعر الصرف في هذه الظروف، يعد من قبيل الظروف الاقتصادية الطارئة، التي تستوجب التعويض عن آثارها، عبر إعادة التوازن المالي للعقود محلها^(٢).

وحسناً فعل المشرع المصري بهذا التدخل التشريعي الصريح، خاصة في ظل عدم استقرار القضاء الإداري على اعتبار تقلبات سعر الصرف من قبيل الظروف الطارئة المستوجبة للتعويض عن آثارها، كما سبق بيانه.

١ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧ (مكرر)، بتاريخ ٢٠١٧/٧/٩.

٢ ربما مما يجدر التأكيد عليه هنا، أن التعويض عن آثار تحرير سعر الصرف وفقاً لهذا القانون، هو من قبيل التعويض عن آثار ظروف طارئة، وليس تعويضاً عن آثار نظرية عمل الأمير، وذلك لسببين، أولهما أن التعويض في حالة نظرية عمل الأمير، يكون تعويضاً عن إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد، لا يشاركه فيه من مسهم هذا الإجراء، في حين أن آثار تحرير سعر الصرف هو تعويض عن ظرف استثنائي عام، مسّت آثاره الجميع، وفي القلب منهم المتعاقدين مع الإدارة، وثانيهما أن التعويض عن عمل الأمير، مرجعه إلى اتخاذ إجراء من جانب جهة الإدارة المتعاقدة، وهو مالا ينطبق على حالة تحرير سعر الصرف، بما مفاده أن تحرير سعر الصرف هنا هو من قبيل الظروف الطارئة التي فرضت نفسها على طرفي العقد سواء بسواء، ولم يكن في مقدور أي من الطرفين درؤه.

وإنه بالتعريض سريعاً على نصوص هذا القانون - وفي سبيل الوقوف على المنهج الذي تبناه لهذه المعالجة التشريعية لآثار تحرير سعر الصرف - نلاحظ أن تلك المعالجة التشريعية ربما تتسم بوصفها معالجة لظروف خاصة، وإن كان لها دلالتها العامة، المتمثلة في إفصاح المشرع عن قناعته بأن التقلبات الواردة على سعر الصرف، تمثل ظرفاً طارئاً يستوجب التعويض عن إخلاله بالتوازن المالي للعقد الإداري، وهي دلالة يتوجب أن يكون لها مردودها في توجهات القضاء الإداري في ذات الصدد.

وعموماً، فإن الناظر إلى نصوص القانون محل الدراسة، يجد أنه قد نص على نطاق زمني لإعمال أحكامه، كما نص على نطاق موضوعي، يتمثل في أنواع العقود التي تسري عليها تلك الأحكام، كما أشار إلى آلية تقدير نسب التعويض، وسلطة إقرارها، وإجراءات استحقاقها، وذلك وفقاً للإيجاز التالي:

أولاً: النطاق الزمني والموضوعي لإعمال أحكام قانون التعويضات رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧:

لقد حدد القانون نطاقاً زمنياً وموضوعياً لإعمال أحكامه، إذ قرر أن تسري أحكام هذا القانون على عقود «المقاولات والتوريدات والخدمات العامة»، التي تأثرت بالقرارات الاقتصادية الصادرة في الفترة من ٢٠١٦/٣/١ وحتى ٢٠١٦/١٢/٣١، على أن يكون تنفيذ تلك العقود كان سارياً في الفترة من ٢٠١٦/٣/١ وحتى نهاية تنفيذ العقد.

إذ قد نصت المادة (١) منه على أن «تشأ لجنة تسمى «اللجنة العليا للتعويضات»، يكون مقرها وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية، تختص بتحديد أسس وضوابط ونسب التعويضات عن الأضرار الناشئة عن القرارات الاقتصادية الصادرة في الفترة من ٢٠١٦/٣/١ وحتى ٢٠١٦/١٢/٣١، والتي ترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي لعقود المقاولات والتوريدات والخدمات العامة السارية خلال تلك الفترة، والتي تكون الدولة أو أي من الشركات المملوكة لها أو أي من الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، وذلك عن الأعمال المنفذة بدءاً من ٢٠١٦/٣/١ وحتى نهاية تنفيذ العقد، وذلك كله ما لم يكن هناك تأخير في التنفيذ لسبب يرجع إلى المتعاقد».

ويلاحظ على النص التشريعي السابق، أنه اشترط لاستحقاق التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الاقتصادية المشار إليها ما يلي:

١. أن يكون العقد ضمن أنواع العقود المشار إليها، وهي عقود المقاولات والتوريدات والخدمات العامة التي أبرمتها الدولة أو أي من الشركات المملوكة لها أو أي من الأشخاص الاعتبارية العامة، عن الأعمال المنفذة في الفترة المشار إليها بهذا القانون.

٢. أن تكون تلك العقود قد جرى تنفيذها بدءاً من ٢٠١٦/٣/١ وحتى نهاية تنفيذ العقد، حتى ولو كان تاريخ نهاية هذا التنفيذ لاحقاً على تاريخ ٢٠١٦/١٢/٣١، وأياً كان تاريخ إبرام هذه العقود^(١).

١. يراجع للمزيد حول تحديد النطاق الزمني لإعمال أحكام هذا القانون مع مزيد من التوضيح للفروض المختلفة في هذا الصدد، البند ثالثاً من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣ لسنة ٢٠١٧، والخاص بإصدار أسس وضوابط ونسب التعويضات اللازمة لتطبيق أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧، والمعتمدة من مجلس الوزراء، والمنشورة بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٩ (مكرر ب)، بتاريخ ٢٠١٧/١٠/١.

3. أن تكون تلك العقود قد تضررت من تلك القرارات الاقتصادية، بما ترتب عليه الإخلال بالتوازن المالي لها، وهو ما يعني أن استحقاق التعويض بالنسبة للعقود المنفذة خلال تلك الفترة ليس استحقاقاً آلياً، لمجرد أنه قد تم خلال تلك الفترة.

4. يشترط لاستحقاق التعويض في جميع الأحوال ألا يكون هناك تأخير في التنفيذ لسبب يرجع إلى المتعاقد.

ثانياً: آليات وإجراءات تقدير التعويض والحصول عليه وفقاً للقانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧:

نص القانون على آلية تقدير نسب التعويضات، وسلطة إقرارها، وإجراءات استحقاقها وفقاً للآليات والإجراءات الآتية^(١):

1- نص القانون على إنشاء لجنة تسمى «اللجنة العليا للتعويضات»، يكون مقرها وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية، تختص بتحديد أسس وضوابط ونسب التعويضات محل هذا القانون، ويصدر بتشكيلها قرار من رئيس مجلس الوزراء، وبرئاسة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية^(٢).

2- يقدم صاحب الشأن طلباً بصرف التعويض للجهة التي يحددها وزير الإسكان متضمناً ما يلزم لهذا الطلب من بيانات.

3- يعرض رئيس اللجنة على مجلس الوزراء تقريراً بالأسس والضوابط ونسب التعويضات زيادة أو نقصاناً والمدة اللازمة لصرف هذه التعويضات حسب الظروف كلما دعت الحاجة لاعتمادها وإصدار التعليمات اللازمة للعمل بها في الجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون.

4- يتولى مجلس الوزراء إقرار صرف التعويضات المشار إليها بناء على تقرير يرفع إليه من اللجنة العليا للتعويضات^(٣).

وإجمالاً يمكن القول إن المشرع المصري بإصداره لقانون «تعويضات عقود المقاولات والتوريدات والخدمات العامة» رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ مستهدفاً إعادة التوازن المالي لتلك العقود، قد خطا خطوة إيجابية صريحة ومحمودة، تجاه إقرار قاعدة قانونية مؤداها الاعتداد بتقلبات سعر الصرف بوصفها ظرفاً اقتصادياً طارئاً يستوجب التعويض

١ تراجع مواد القانون من (١ - ٤).

٢ صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٦٧٧ لسنة ٢٠١٧، ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٩ مكرر (ي) بتاريخ ٢٦/٧/٢٠١٧، متضمناً تشكيل اللجنة - وفقاً لما قرره القانون - برئاسة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية، وعضوية الأشخاص المحددة صفاتهم بنص المادة (٢) من قانون التعويضات رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧.

٣ تراجع قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣ لسنة ٢٠١٧، والخاص بإصدار أسس وضوابط ونسب التعويضات اللازمة لتطبيق أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧، والمنشورة بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٩ مكرر (ب)، بتاريخ ١/١٠/٢٠١٧، للوقوف على المزيد من ضوابط هذه الآليات والإجراءات التي أجملها القانون.

عنه حال إخلاله بالتوازن المالي للعقد الإداري، ولا ينفي ذلك الرأي، القول بأن هذا القانون قد صدر لمعالجة ظروف خاصة، ومستهدفاً التعويض عن مضار بعض القرارات الاقتصادية خلال فترة بعينها، ذلك أن تلك المعالجة التشريعية -حتى وإن صدرت لظروف خاصة- إلا أنها لا تنفي كشفها عن توجه وقناعة لدى المشرع، اعتبر فيها -ودون موارد- أن تقلبات سعر الصرف تمثل ظرفاً اقتصادياً طارئاً يستوجب التعويض كأصل عام، كما أن تلك الخطوة، لعلها تدفع المشرع مستقبلاً إلى إقرار ذات المبدأ بنص عام في قانون المناقصات والمزايدات.

بل لعل تلك المعالجة التشريعية التي تبناها قانون التعويضات رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧، يكون لها مردودها في قضاء مجلس الدولة، بأن يتبنى -ولو من باب القياس عليها- مبدأ مستقراً في قضائه، يعتد فيه بتقلبات الأسعار غير المتوقعة، بوصفها ظرفاً طارئاً يستوجب التعويض عن إخلاله بالتوازن المالي للعقود الإدارية.

كما يمكن القول أيضاً بأن مسلك المشرع المصري في هذا الصدد، قد انطوى على احترامه للتوقعات المشروعة للمتعاقدین مع الإدارة، بوجوب تعويضهم عما ألم بهم من جراء الظروف الطارئة المتمثلة في تعديل سعر الصرف، خاصة وأن المشرع في هذا القانون وكذلك في القرارات المنفذة له، لم يتحدث عن التعويض عن مجرد الخسائر التي لحقت بالمتعاقدين مع الإدارة، ولكن تحدث بصورة عامة عن استحقاق التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات الاقتصادية، بما يؤدي إلى إقامة التوازن المالي لتلك العقود، ومن ثم فإن إطلاق عبارة «التعويض عن القرارات الاقتصادية»، يستفاد منه معنى التعويض الكامل وليس التعويض الجزئي.

وإجمالاً، ومن جماع ما سبق، فقد تناول هذا البحث دراسة نظرية الظروف الاقتصادية الطارئة وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء فكرة التوقع المشروع، وقد تناول بيان مفهوم تلك النظرية، وشروط إعمالها، من حيث اشتراط حدوث ظروف طارئة لم تكن متوقعة عند إبرام التعاقد، يترتب عليها الإخلال باقتضادات العقد إخلالاً جسيماً، يجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة وإرهاقاً للمتعاقد -وإن لم يكن مستحيلاً-، كما تطرق البحث للأثار المترتبة على تحقق تلك الظروف، من وجوب تعويض المتعاقد مع جهة الإدارة عما لحقه من خسائر جراء تحققها، وبين البحث أنه من المستقر عليه في شأن التعويض عن تلك الظروف، أنه تعويض جزئي، تشارك به الإدارة المتعاقد معها بعض خسائره، لتقليله من عثرته، دون أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن كسب أو ربح فاتته، وأكدت هذه الدراسة على أن تلك المبادئ المستقرة في شأن استحقاق التعويض، تتنافى والأسس القانونية التي تستند إليها فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، والتي أسندتها الدراسة إلى أسس ثلاثة، هي مبادئ العدالة المجردة، وفكرة التوقع المشروع بما تحققه من أمن قانوني للمتعاقد مع الإدارة وللمرفق العام على السواء، وذلك فضلاً عن الأساس المتمثل في مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، مع بيان هذه الدراسة لمفهوم الأمن القانوني بمعناه العام، كما بينت كذلك مفهوم فكرة التوقع المشروع، بوصفها صورة من صور الأمن القانوني الواجب حمايتها بالنسبة للمخاطبين بالقواعد القانونية، تشريعية كانت أو إدارية.

كما تطرقت هذه الدراسة أيضاً إلى المعالجة القضائية والتشريعية للظروف الاقتصادية الطارئة المترتبة على تعديل سعر الصرف، وبيّنت أن موقف مجلس الدولة المصري، سواء ما تعلق منه بإفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، أو قضاء المحكمة الإدارية العليا، قد جاء متضارباً في هذا الخصوص، حيث أثبت

القضاء الإداري وصف الظروف الطارئ على تقلبات سعر الصرف حيناً، بيد أنه أنكره عليه أحياناً أخرى، وقد بيّنت الدراسة أن هذا الموقف القضائي، هو موقف محل نظر.

ثم خُتمت هذه الدراسة بتناول معالجة المشرع المصري لآثار تحرير سعر الصرف بمقتضى قانون التعويضات المصري رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧، إذ عرّجت على النطاق الزمنى والموضوعي لإعمال أحكامه، وكذلك على آلية تقدير نسب التعويض المستحقة عن آثار تحرير سعر الصرف وسلطة إقرارها وإجراءات استحقاقها، مؤكدةً في الوقت ذاته على أن تلك المعالجة التشريعية وإن كانت تتسم بوصفها معالجة لظروف خاصة، إلا أنها لها دلالتها العامة، المتمثلة في الكشف عن قناعة المشرع بالاعتداد بأن التقلبات الواردة على سعر الصرف، تمثل ظرفاً طارئاً يستوجب التعويض عن إخلاله بالتوازن المالي للعقد الإداري.

وبناء على ما سبق، فإن هذه الدراسة توصي بما يلي:

- أن تُقرّ التشريعات ذات العلاقة صراحة -وكمبدأ عام- اعتبار تقلبات سعر الصرف من قبيل الظروف الطارئة المستوجبة لتعويض المتعاقد مع الإدارة، حال إخلال ذلك باقتضيات العقد، وفقاً لضوابط عامة يكون تنفيذها تحت رقابة القضاء، وتجد هذه التوصية أهميتها في ظل تضارب أحكام القضاء وعدم استقرارها على مبدأ مستقر في هذا الصدد.

- أن يكون التعويض عن الظروف الطارئة تعويضاً كاملاً، وفقاً لظروف كل عقد على حدة، وذلك حماية للتوقعات المشروعة للمتعاقد مع الإدارة، وحفاظاً على دوام سير المرفق العام ذاته، وفقاً لما سبق إيضاحه بهذه الدراسة.

- في ظل عدم وجود نص تشريعي عام يقرر التعويض عن تقلبات سعر الصرف، فإنه حريٌّ بالقضاء الإداري، أن يستقر على مبدأ عام، مؤداه الاعتداد بأن تقلبات سعر الصرف، تمثل ظرفاً طارئاً يستوجب التعويض حال إحداثه خللاً باقتضيات العقد، ولعل أن ما تبناه المشرع المصري بقانون التعويضات رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ من إقرار جزئي لهذا المبدأ، يمهد الطرق أمام القضاء الإداري للاستقرار على مثل هذا المبدأ العام.

شروط قبول طلب إعادة المحاكمة في الأحكام المدنية وفقاً لأحكام القانونين الأردني والبحريني

د. محمد إبراهيم التميمي

أستاذ القانون المدني المساعد

المستشار القانوني لشؤون الجمارك

د. خالد محمد الدويري

أستاذ القانون المدني المشارك

الأكاديمية الملكية للشرطة

المقدمة:

الأصل أن الحكم القضائي يمثل عنواناً للحقيقة، ولكن في بعض الاحيان قد لا يُنبئ عن ذلك، إذ قد يُبنى على أسباب لاتمت للحقيقة بصلة، فلا تتطابق عند ذلك الحقيقة الثابتة أصلاً مع الحقيقة الثابتة فعلاً، ما يجعل منه حكماً قضائياً مجحفاً بحق الخصم الذي لولا تلك الأسباب لما صدر الحكم بمواجهته على تلك الصورة.

وقد يكتسب هذا الحكم قوة القضية المقضية، أو الصفة النهائية، لسبب من الأسباب التي تسبغ عليه مثل هذا الوصف، ما يجعل من الخصم المضروب من هذا الحكم يفقد حق الطعن به وفق الطرق العادية للطعن بالأحكام، و بحيث لا يبقى أمامه والحالة هذه كذلك إلا اللجوء الى طريق غير عادي من طرق الطعن بالأحكام وهو طريق خاص رسمه القانون لكي يلج فيه من هو في مثل حاله للطعن في هذا الحكم من خلاله. هذا الطريق هو ما يُطلق عليه تسمية طرق الطعن غير العادية في الأحكام، والتي منها طلب إعادة المحاكمة، أو إعادة النظر في المحاكمة، كما يُسمى في القانون البحريني. والحقيقة أن هذه الطرق غير العادية للطعن بالأحكام سُميت كذلك لأنها غير عادية في الأحوال العادية. إذ أنه وعند اللجوء اليها لا بد وأن نكون أمام أمر خارج عن المؤلف أي غير عادي، إذ أنه وفي الأحوال العادية ينتهي النزاع أمام المحكمة عند صدور حكم قطعي (نهائي) من المحكمة المختصة للفصل في ذلك النزاع.

مشكلة الدراسة وأهميتها :

لقد اخترنا الكتابة في هذا الموضوع وذلك لأهمية البحث فيه من الناحيتين النظرية والعملية. فمن الناحية النظرية تكمن الأهمية في جانبين :- الأول منهما: أن من شأن إعادة النظر في الأحكام المكتسبة لقوة القضية المقضية (النهائية)، المساس بقاعدة حُجية الأحكام القضائية، والتي مفادها أن القاضي وبمجرد إصداره للحكم النهائي الفاصل في النزاع المعروض أمامه إنما يستنفذ ولاية النظر فيه مجدداً، لأن الحكم عند ذلك يكتسب حُجية الشيء المحكوم فيه، مما يترتب عليه منع المحكمة من إعادة وضع يدها على ذات النزاع مجدداً، مادام أنه قائماً بين ذات الخصوم وعلى ذات الموضوع محلاً وسبباً، ما لم تتوافر شروط ومن ضمنها الحالات المنصوص عليها حصراً في القانون والتي يمكن معها إعادة النظر في النزاع مجدداً سنداً لها أو لإحداها، هذا من جانب

. وأما الثاني منهما: فيعود لوجود إختلاف وتمايز، في بعض الأحكام المتعلقة في هذا الموضوع ، فيما بين قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته^١، وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته^٢. ماجعلنا نلقي الضوء على بعض جوانب هذا الموضوع فيما بين القانونين المذكورين . ولاشك أيضاً أن من الأسباب التي دعتنا للبحث في هذا الموضوع ، تلك الحالة التي تكون معها المحكمة قد أغفلت الحكم لأحد الخصوم في الدعوى ببعض طلباته الموضوعية عند إصدارها للحكم النهائي في تلك الدعوى. فهل يتم تدارك ذلك العيب المتمثل بالإغفال وفق هذا الطريق من طرق الطعن ؟ أم يكون ذلك عن طريق التصحيح للأحكام ، على إعتبار أن المحكمة في حالة الإغفال لا تكون قد إستفدت ولايتها بعد في نظر النزاع، ومن ثم الفصل في هذه الطلبات المغفلة؟ هذه التساؤلات وغيرها ، تثير بعض الإشكالات من الناحية النظرية ، وهو ما دعانا للبحث بها وفقاً لأحكام القانونين الأردني والبحريني . لعلنا نصل من خلال ذلك إلى بعض الإقتراحات والتوصيات والتي يمكن من خلالها تلافي ما أعترى هذا القانون أو ذاك من نقص أو عيب في هذا الجانب أو ذاك من جوانب هذا الموضوع ، فما يوضع من البشر إنما هو أمر لا يمكن أن يصل إلى الكمال فلا ينكر عندها تغييره أو تعديله سعياً للوصول إلى ما يقربنا من مقاصد المشرع الوضعي . أما من الناحية العملية فإن كثرة طرق هذا الموضوع أمام القضاء ، مما استتبع إصداره لإجتهادات كثيرة فيه تارةً موضحة ومُبيّنة للطريق الواجب اللجوء إليه عند الطعن بالحكم ، وتارةً أخرى لبيان فيما إذا كان يُقبل من الخصم الطعن بالحكم الصادر في النزاع أمام محكمة الدرجة الثانية قبل تقديم طلب تصحيحه ، أم أن التصحيح لذلك الحكم هو الحل على إعتبار أن المحكمة لم تستفد بعد ولايتها في نظر النزاع ما يجعل من هذا الطعن سابقاً لأوانه ، وتارةً ثالثة لبيان الشروط الواجب توافرها لقبول اللجوء لهذا الطريق من طرق الطعن ، وهي الشروط التي قد يدور مع تحققها قبول هذا الطعن من عدمه . وهو ما جعلنا نختارها لأهميتها محوراً ومن ثم عنواناً لهذا البحث ، والذي سميناه «شروط قبول طلب إعادة المحاكمة في الأحكام المدنية وفقاً لأحكام القانونين الأردني والبحريني» . إذ بالرجوع الى قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، نجد أن المشرع قد أفرد الفصل الخامس من الباب العاشر منه للبحث في موضوع إعادة المحاكمة ، وذلك من خلال المواد (٢١٣-٢٢٢) ، والتي بينت أحكام هذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام ، وكذلك شروط قبوله والحالات الحصرية المبررة للجوء إليه لكونه طريقاً غير عادي لا يتم اللجوء اليه إلا إذا توافرت هذه الشروط وتحققت على الأقل إحدى هذه الحالات المبررة للجوء إليه ، قاصداً المشرع من خلاله تحقيق العدالة وإعادة الحقيقة الى مكانها الطبيعي . وأما المشرع البحريني فقد عالج هذا الموضوع من خلال المواد (٢٢٩-٢٣٢) من قانون المرافعات. وكذلك من خلال قانون محكمة التمييز الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٩ . هذا الأمر يُمكننا من القول أن القاضي، ومن حيث المبدأ لا يحكم بعلمه الشخصي^١، وإنما يحكم إستناداً لما بين يديه من الأدلة والبيانات القانونية، والتي يتقدم بها الخصوم في الدعوى، ووفق الشروط والطرق التي رسمها وحددها القانون أثناء نظر الدعوى، وذلك لكي يتم من خلالها إثبات حق أو نفيه . إلا أنه قد يحدث أحياناً وبعد أن يصدر القاضي حكمه النهائي في قضية ما ، أن تظهر أو

١ - المنشور على الصفحة ٧٣٥ ، العدد ٣٥٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٣. والمعدل بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ ، والمنشور على الصفحة ١٣٥٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٨. والمعدل بموجب القانون المؤقت رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢ ، والمنشور على الصفحة ٢٠٦٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٥٤٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٥/١٦ ، والذي ألغي وحل محله القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ ، والمنشور على الصفحة ٣٩٢٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٢٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٩/١٥. والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٦ ، والمنشور على الصفحة رقم ٧٥٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٥١ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦ .

٢ والمنشور في الجريدة الرسمية - العدد ٩٢٦ - الخميس ٢٨ جمادى الأولى ١٣٩١ هـ - الموافق ٢٢ يوليو ١٩٧١ م

تستجد أمور في الدعوى وبشكل يمكن معه القول أن القاضي ما كان ليحكم وفق الشكل الذي قضى به لو كان يعلم بما خفي عنه منها عند الحكم في الدعوى . وسعيًا من المشرع في المملكتين للوصول الى الحقيقة ، وتحقيقاً للعدالة ، فقد عمل من خلال الأحكام القانونية التي ضمنت تلك المواد المشار إليها بها ، على بيان شروط وتعداد حالات وأسباب معينة حصراً ، والتي يحق معها للخصم المتضرر نتيجة لصدور حكم قضائي نهائي، أو مكتسب لقوة القضية المقضية ، بمواجهته سنداً لها أن يطلب رفع الظلم عنه، وذلك بأن أجاز له الطعن بهذا الحكم عن طريق إعادة المحاكمة فيه، متى ما توافرت هذه الشروط وتلك الأسباب ، المتطلب توافرها قانوناً لقبول مثل هذا الطعن أو الطلب ، وهو ما يتوجب بيانه تالياً. لقد سعينا لظهار الطابع العملي لهذه الدراسة وذلك من خلال بيان موقف الاجتهاد القضائي ممثلاً بإجتهد محكمتي التمييز في كل من الأردن والبحرين في ذلك .

لذلك فقد قسمنا هذه الدراسة إلى عدة مباحث لنبحث من خلالها ما يلي :

المبحث الاول : ماهية الطعن بالأحكام وانواعه.

المبحث الثاني: ماهية الطعن بطريق اعادة المحاكمة واهميته .

المبحث الثالث : شروط قبول طلب اعادة المحاكمة في الاحكام المدنية .

المبحث الأول

ماهية الطعن بالأحكام وأنواعه

بداية وقبل البحث في الطعن بطريق إعادة المحاكمة لابد من الإشارة الى أن الطعن بالحكم ما هو إلا وسيلة قانونية ، أو أداة فنية ، يلجأ اليها أحد طرفي الخصومة القضائية ، أو كلاهما (أو الغير) من أجل إعادة النظر في حكم صدر بمواجهته من محكمة مختصة ومشكلة وفقاً لأحكام القانون ، مادام أن هذا الحكم يقبل الطعن به لسبب من الأسباب، والتي وإن وجدت مجتمعة أو منفردة جازله معها أن يطعن بهذا الحكم الصادر بمواجهته، أو أن يتظلم منه وذلك بقصد إلغاء أو تعديل هذا الحكم غير الصحيح¹. وقد يتظلم الخصم غير المحكوم له بكل أو بعض طلباته في الدعوى من الحكم الصادر فيها بصورة جعلته لم يرتض به لإعتقاده مثلاً أن هذا الحكم قد بُني على أسباب مخالفة للقانون ، أو لأن المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله ، أو لكونها أخطأت في تقدير الوقائع أو وزن البينة أو لأن الإجراءات التي بُني عليها الحكم كانت باطلة أو لأي سبب

١ - د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص (٧٥٦-٧٥٧)، ط٨/ دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٨ . د. رزق الله الانطاكي ، أصول المحاكمات المدنية في المواد المدنية والتجارية ، ص (٧٠٢) مطبوعات جامعة دمشق، د. صلاح الدين سلهدار ، أصول المحاكمات المدنية ، ص (٢٢٩)، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٤ . د. مفلح عواد القضاة ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، ص (٣٢٩) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط١/ عمان، ٢٠٠٨ . د. وجدي راغب وآخرون، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص (١٠٩٣)، حقوق عين شمس، الكتاب الثاني، ٢٠٠٠. د. أحمد هنيدي ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، ص (٣٦٥)، الدار الجامعية بيروت، ١٩٨٩. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ص (٣٥٩) ط١، الإصدار الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٦،

آخر من الأسباب التي أجاز له معها القانون الطعن أو التظلم من هذا الحكم¹. كما أجاز القانون للغير والذي يتأثر مركزه القانوني من صدور الحكم في الدعوى أن يطعن به بإعتباره صاحب مصلحة في ذلك، وفقاً للقواعد العامة في القانون والتي اعتبرت أن مناط قبول الطلب أو الدفع في الدعوى أو الطعن في الحكم الصادر فيها إنما هو المصلحة، وبحيث لا يقبل ذلك ممن لا مصلحة له فيه². وعلى ذلك يرى بعض الشراح أن الطعن بالحكم من قبل الخصوم هو من النظام العام، إذ تعد قابلية الحكم للطعن فيه من عدمه أمراً متعلقاً بالنظام العام لا يجوز للخصوم الإتفاق على خلافه، وهو ما أخذ به القانون في مملكة البحرين³. ويكون الطعن بالحكم إما أمام المحكمة الأعلى المختصة للنظر في هذا الطعن وفقاً لأحكام القانون، أو أمام ذات المحكمة التي أصدرته، كما في حال إعادة المحاكمة، وقد يكون أمام محكمة القانون وهي محكمة التمييز أو النقض⁴. وعليه ومع غياب النص القانوني المتضمن وضع تعريف محدد للطعن بالأحكام فقد ذهب جانب من الفقه⁵ إلى محاولة صياغة تعريف له وإن تباينت اتجاهاتهم في ذلك، حيث أن منهم من اعتبره وسيلة قانونية ومنهم من اعتبره وسيلة قضائية، ومنهم من اعتبر أن الطعن حق للمحكوم عليه فقط، ومنهم من اعتبره حقاً للخصوم، ومنهم من أضاف إليهم الغير الذي يُضار من صدور الحكم في الدعوى. وأياً كانت اتجاهاتهم حول تعريف طرق الطعن بالأحكام، فإنه يمكن القول أنها :-

« الوسائل التي أتاحتها المشرع لصاحب المصلحة من الخصوم أو الغير الذي قد يُضار من صدور الحكم في الدعوى، للطعن به وفقاً للطريقة المتاحة له قانوناً، مادام حق الطعن به مازال قائماً له ». وباستخدام صيغة الإطلاق من خلال هذا التعريف، سواء من حيث نوع الوسائل أو من حيث صفة أصحاب الحق في الطعن بالأحكام يمكن القول أن كل من يُضار مركزه القانوني من الحكم و باعتباره صاحب المصلحة هو فقط من له حق الطعن فيه سواء أكان المدعي إبتداءً أم المدعى عليه في الدعوى أم الغير الذي يُضار من صدور الحكم في الدعوى، ولذلك نرى أن يُستخدم لفظ الإطلاق مع وضع ضابط المصلحة، وهو دائماً الضابط الذي يجب توافره سناً لأحكام القانون⁶ والذي اعتبر أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه مصلحة فيه، قائمة ومشروعة، يقرها ويحميها القانون، وذلك أقرب للعدالة ولتحقيق مقاصد المشرع أو الغاية المبتغاة من إعطاء حق الطعن بالأحكام للمضرور منها وبما يؤدي لتفادي تنفيذ حكم صدر بحقه وهو مخالف للواقع أو القانون. وإن كان هنالك من الفقه من يرى⁷، أن نظام الطعن في الأحكام يقوم على فكرتين متعارضتين، الأولى: أن الأحكام من صنع البشر وأن الإنسان غير منزّه عن الخطأ وأن عمله يحتمل الصواب أو الخطأ كما هو إجتهاده، فقد

١ د. صلاح الدين سلحدار، مرجع السابق ص (٢٢٩).

٢ قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (١٢) لسنة ١٩٧١ و تعديلاته في المادة (٥) والتي نصت على «لايقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

٣ -د. محمد وليد المصري، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، ص ٣٦٩ هامش (١) وكذلك ص (٣٧١). جامعة البحرين ٢٠٠٦.

٤ -د. صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٢٩).

٥ -د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ص (٧٦٦) وما بعد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧. د. رزق الله الأنطاكي، مرجع سابق ص (٧٠٢). وكذلك د. مفلح القضاة، مرجع سابق ص (٣٢٩).

٦ - قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته في المادة (٣) مدنية أردني.

٧ -د. رمزي سيف فقره ٥٤٠، رجع سابق ص ٧٥٦.

يجتهد الرأي فيصيب، وقد يجتهد الرأي فيخطئ، وقد يكون خطأه هذا متعمداً وقد لا يكون كذلك. وعلى كل الأحوال فإن العدالة تأبى أن يبات شخص وهو مظلوم. وهذا ما أتاح للمضروور فرصة الطعن بالحكم للرجوع من خلال ذلك إلى جادة الحق، ما يقتضي والأمر معه كذلك تصحيح ما شاب هذا الحكم من خطأ، وبحيث يبقى حقه هذا في الطعن قائماً لا يسقط إلا بالمسقطات المحددة والتي تسقط بها سائر الحقوق ومنها فوات الميعاد. والثانية: استقرار الحقوق لأصحابها وكذلك استقرار المراكز القانونية للأفراد، ما يقتضي ضرورة البت في المنازعات منعاً لتأييدها وهو ما يتطلب وضع حد نهائي للنزاع، وبحيث يتمتع طرح النزاع مجدداً فيما فصل فيه بأية وسيلة من الوسائل مادام قد اكتسب هذا الحكم حجية أو قوة القضية المقضية. وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور نظرية الطعن بالأحكام، وبحيث حدد المشرع بمقتضاه وسائل التظلم من الأحكام، وجعل لاستعمالها شروطاً وموعيداً محددةً. ويؤيد ذلك ما ذهب إليه جانب من الفقه¹ والذي اعتبر أن الهدف من الطعن في الأحكام هو إما سحب الحكم المطعون فيه من المحكمة التي أصدرته دون أن يؤدي هذا الطعن إلى تجريحه وإنما يهدف فقط إلى إعادة النظر فيه كالتطعن بطريق إعادة النظر أو المحاكمة. وإما أن تباشر بقصد تجريح الحكم وفي هذه الحالة يرفع الطعن إلى محكمة أعلى من تلك التي أصدرته لتفصل في موضوع الدعوى من جديد كالتطعن إستئنافاً. وقد يُرفع الطعن بقصد نقض الحكم فلا يملك القضاء الأعلى في هذه الحالة إلا نقضه إذا وجدته مخالفاً للقانون دون أن يفصل في الموضوع وإن كان هنالك بعض الإستثناءات والتي تم من خلالها الإجازة لمحكمة التمييز «النقض» التصدي للموضوع إستثناءً في بعض الحالات. وهو ما أخذ به القانون البحريني في أضييق الحدود².

وتجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أن بعض القوانين وكذلك الفقه والقضاء عملوا على تقسيم طرق الطعن في الأحكام إلى فئتين³:

الاولى منها وهي: طرق الطعن العادية في الأحكام.

وهي طرق محددة قانوناً للطعن في الأحكام دون تعيين لأسباب حصرية لقبولها⁴، فالطاعن يستطيع وفق هذا الطريق من طرق الطعن أن يبنى طعنه على ما يشاء من الأسباب والعيوب غير الحصرية والتي من شأنها أن تعيب الحكم المطعون فيه⁵، أو تجرحه ومن ثم تنقضه، وسواء تعلق بالواقع أو بالقانون⁶، إلا أنه ورغم ذلك

١ محمود طهماز، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ص ٢٨٩ فقرة ٤٩٨، منشورات جامعة حلب ج ٢، ١٩٦٥/١٩٦٤.

د. أحمد أبو الوفا مرجع سابق ص ٧٦٦.

٢ - نصت المادة (٢٥) من المرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٩ والقاضي بإصدار قانون محكمة التمييز على ما يلي: «إذا نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الإختصاص تقتصر محكمة التمييز على الفصل في هذه المسألة، وتعين عند الإقتضاء المحكمة المختصة التي يصح للخصوم التداوي إليها بإجراءات جديدة. وإذا نقض الحكم لغير ذلك من الأسباب تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد، بناءً على طلب الخصوم، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة التمييز في المسألة القانونية التي فصلت فيها. ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه بكامله وبغير إتخاذ إجراء جديد أو كان الطعن للمرة الثانية وجب عليها الحكم في الموضوع، ولها عند الإقتضاء تحديد جلسة لنظره».

٣ - د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ص (٧٦٦). د. صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٣٠).

٤ - د. صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٣٠).

٥ - د. رمزي سيف، مرجع سابق ص (٧٥٩).

٦ - د. أحمد هندي، مرجع سابق ص (٣٧٥).

لا يجوز أن يخلو الطعن من سببه تحت طائلة عدم قبوله حال عدم بناءه على سبب أو أكثر من الأسباب التي أدت به للطعن بهذا الحكم. وإن كنا نرى أن هذه الأسباب وإن كانت غير محددة إلا أنه يجب أن تكون مُقيّدة بقيد الجديّة. فيجب أن يُبنى هذا الطعن على سبب جدي جوهري قد يؤدي قبوله إلى تغيير وجه الحكم في الدعوى وذلك منعاً للكيدية والمماطلة و التسوييف. فإذا ما قُبِل الطعن وفق هذا الطريق من طرق الطعن ، فإنه يترتب على ذلك نشر النزاع مجدداً أمام المحكمة الناظرة للطعن من كافة جوانبه القانونية وضمن نفس الشروط المحددة للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ¹. ومن أمثلة هذا النوع من طرق الطعن العادية في الأحكام «الإستئناف».

أما الفئة الثانية: فهي الطرق غير العادية للطعن في الأحكام . وهي الطرق الخاصة التي نص عليها القانون للطعن في الأحكام للأسباب الحصرية المعينة² لكل طريق منها، وبحيث لا يُقبل الطعن بالحكم سنداً لأي نوع منها ما لم يُبنى على سبب أو أكثر من تلك الأسباب الحصرية المنصوص عليها قانوناً³. إذ لا يكفي هنا لقبوله أن يُبنى على أسباب يعتقد الطاعن أنها قد تؤدي إلى جرح الحكم المطعون فيه أو نقضه ، وإنما يجب بناءه على سبب أو حالة على الأقل من تلك الحالات المحددة قانوناً ، وعلى سبيل الحصر لقبوله، تحت طائلة عدم قبوله قانوناً . وهذا الطعن ليس كسابقه ، فلا يترتب على قبوله نشر النزاع أمام المحكمة الناظرة من كافة جوانبه القانونية ، وإنما تنحصر سلطاتها في بحث الحالات أو الأسباب أو العيوب التي بُني عليها الطعن أو استند إليها الطاعن في طعنه فقط⁴. ومن أمثله الطعن بطريق إعادة المحاكمة «طلب إعادة النظر في المحاكمة» .

هذا التقسيم لطرق الطعن بالأحكام إلى عادية وأخرى غير عادية، يرى به جانبٌ من الفقه تقسيماً قاصراً، إذ أنه لا يشمل جميع طرق الطعن بالأحكام حسب رأيهم ، فهم يرون أنه لا يدخل فيها إعتراض الغير، والذي يهدف من خلاله الطاعن تارة سحب الحكم المطعون فيه ، وتارة أخرى تعديله . وكذلك ومن وجهة نظرهم لا يدخل من ضمنها الطعن بالنقض (التمييز) لأن القرار الصادر عن محكمة النقض لا يحل محل الحكم المطعون فيه، إذ لا يحق مبدئياً لمحكمة التمييز (النقض) إذا وجدت الحكم المطعون فيه مخالفاً للقانون أن تفصل فيه وإنما عليها أن تنقضه ومن ثم تعيده لمحكمة الموضوع المختصة⁵، ماعدا تلك الحالة الإستثنائية المشار لها من خلال نص المادة (٢٥) من قانون استقلال السلطة القضائية البحريني رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ وتعديلاته. وبناءً على هذا التقسيم فقد بيّن بعض الفقه أهم النتائج المترتبة على التفرقة بين طرق الطعن العادية وغير العادية للطعن بالأحكام والتي يمكن إجمال أهمها بما يلي⁶ :

أولاً: للطاعن بطريق طعن عادي أن يطعن بالحكم ، لمجرد أنه خصم خسر مدعاه و دون أن يكون حقه في هذا الطعن مقيّداً أو محصوراً بحالات معينة على العكس منه في حالات الطعن غير العادي ، إذ أن القانون قيد حق

١ - د.أحمد أبو الوفا، رجع سابق ص(٧٦٦) .د.صلاح الدين سلحدار ، مرجع سابق ص (٢٣٠) .
٢ - د. صلاح الدين سلحدار ، مرجع سابق ص (٢٣٠).
٣ - د.أحمد هنيدي مرجع سابق ص(٢٧٥).
٤ - د. رزق الله الأنطاكي مرجع سابق ص (٧٠٥) . د. صلاح الدين سلحدار مرجع سابق ص(٢٣٠) .
٥ - د.رزق الله الأنطاكي مرجع سابق ص (٧٠٤) .
٦ - د. أحمد أبو الوفا مرجع سابق ص (٧٦٦). د.رمزي سيف مرجع سابق ص (٧٦٠) . د.محمد وليد المصري مرجع سابق ص(٣٧٢).

الطاعن فيه بوجود توافر أسباب أو حالات حصرية معينه متعلقة بعيوب معينة في الحكم لا يكون له حق الطعن فيه إلا إذا أثبت توافر حالة واحدة على الأقل من هذه الحالات أو الأسباب الحصرية.

ثانياً: لأن الطعن العادي يهدف الى تأكيد عدالة الحكم ، لذلك فإن القاضي الذي ينظر في الطعن يملك نفس سلطات القاضي الذي أصدر الحكم المطعون فيه ، أما في حالة الطعن غير العادي فإن سلطات القاضي فيه تكون محددة فتتحصّر على إزالة العيوب المعينة فيه .

ثالثاً: إن قبول الطعن العادي يؤدي إلى نشر النزاع مجدداً و من كافة جوانبه القانونية أمام القضاء ، إذ ليس من المفيد علاج ما في الحكم من عيوب ، على العكس من الطعن غير العادي والذي لا يحق للمحكمة النازرة للطعن أن تبسط سلطتها على غير تلك الحالات الحصرية التي بُني عليها الطعن.

رابعاً: وإن كان طرق باب القضاء حقاً للخصوم إلا أن إخفاق الطاعن بطريق طعن غير عادي كإعادة المحاكمة مثلاً، يُعرضه في بعض الأحيان للحكم عليه بالغرامة (وفق أحكام القانون الأردني دون البحريني) ، أما إخفاق الطاعن بطريق طعن عادي فلا يؤدي الى هذه النتيجة من حيث المبدأ وفق أحكام القانون الأردني دون البحريني¹ .

خامساً: الأصل² أن الطعن بالحكم وفق طرق الطعن العادية بالأحكام إنما يكون عادة موقفاً لتنفيذ الحكم المطعون فيه وفق هذا الطريق من طرق الطعن ، إلا إذا تضمن هذا الحكم النفاذ المُعجل ، أو كان بحسب طبيعته أو بحكم القانون يقبلُ النفاذ المُعجل كالأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة .على العكس من طرق الطعن غير العادية والتي لا تعتبر موقفة للتنفيذ ، إذ يجب تنفيذ الحكم إلا إذا قررت المحكمة المُقدم اليها الطعن غير العادي خلاف ذلك .

سادساً: إضافةً الى أنه لا يجوز اللجوء الى طرق الطعن غير العادية في الأحكام مادام الطعن به وفق الطرق العادية ما زال قائماً ، فالأصل أنه لا يجوز اللجوء الى طرق الطعن غير العادية ما دامت العادية منها متاحة أمام المضرور من الحكم المطعون فيه.

وخلاصة الأمر فإن طرق الطعن كما بينها كل من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ او تعديلاته (في الباب العاشر منه) ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧١ وتعديلاته (في الباب السادس من ثانيا) هي : الإستئناف، التمييز، إعتراض الغير، وإعادة المحاكمة. وأما الإعتراض على الحكم الغيابي فقد ألغى المشرع البحريني هذا الطريق من طرق الطعن بموجب المرسوم بقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٠ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ١٨٨٩ تاريخ ١٩٩٠/٢/٧ .

١ - إذ نصت المادة (١٩٨) مرافعات مدنية بحريني على «إذا قصد من الدعوى أو الدفاع فيها مجرد الكيد ، جاز الحكم بالتعويض على من قصد ذلك» .

٢ - د. رزق الله الأنطاكي ، مرجع سابق ص (٧٠٦) .

المبحث الثاني

ماهية الطعن بطريق إعادة المحاكمة وأهميته

إن من أهم الآثار المترتبة على صدور الأحكام القضائية في الدعوى، أن المحكمة وحينما تصدر حكمها النهائي فيها، إنما يتوجب عليها أن ترفع يدها عنها، وبحيث يتمتع عليها إعادة النظر مجدداً في النزاع الذي فصلت فيه على ذلك الوجه، حتى لو شعرت بعد ذلك أن الحكم الصادر عنها كان مغلوطاً¹، وذلك دونما قصد منها². إلا أن المشرع وإستثناءً من هذه القاعدة، أجاز للخصوم في حالات معينة، الطعن أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم بطريق إعادة المحاكمة³ «إعادة النظر في المحاكمة» حتى وإن كان الحكم الصادر عن هذه المحكمة قد إكتسب الصفة النهائية⁴، أو قوة القضية المقضية⁵، إذا ما تبين له بعد ذلك أن هذا الحكم الذي تضرر منه كان خاطئاً، لكونه بني مثلاً على أساس غير صحيح أو على سبب كان خافياً عليه أثناء المحاكمة، وبحيث أنه لو أثير أمام المحكمة التي أصدرت الحكم من جديد لتبين لها أن حكمها كان خاطئاً⁶، وأنها ماكانت لتصدره وفق هذا الشكل الذي أصدرته به لو علمت بهذا السبب أثناء المحاكمة⁷.

وعليه، ولما كانت هذه الطريق تؤدي وخلافاً للقاعده العامة الى إعادة يد المحكمة على النزاع الذي سبق لها أن فصلت فيه، فقد جعل المشرع ذلك مقيداً بتوافر شروط معينة، وتحقق حالات حصرية محددة يجوز معها أو مع إحداها قبول مثل هذا الطلب وذلك بهدف سحب الحكم المطعون فيه⁸، وإتاحة الفرصة مجدداً للمحكوم عليه للطلب من ذات المحكمة مصدرة الحكم لإصلاح بعض العيوب التي شابها⁹. وهو ما جعل جانباً من الفقه يذهب إلى بيان المقصود بهذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام بقوله¹⁰:

«هو طريق طعن غير عادي في الأحكام الحائزة لقوة القضية المقضية، يسلكه أحد الخصوم أمام المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم المطعون فيه بقصد الرجوع عنه لسبب من الأسباب التي نص عليها القانون على سبيل الحصر، والتي تستند جميعها إما إلى خطأ في الإجراءات أو خطأ في الواقع غير منسوب إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه»¹¹، أو هو: «طريق غير عادي، للطعن في الحكم النهائي يرفع إلى ذات المحكمة

١ - محمود طهماز، مرجع سابق ص(٣٣٢).

٢ - د. أحمد هندي، مرجع سابق ص (٤١٥) .

٣ - وهو ما أطلق عليه المشرع المصري تسمية «إلتماس إعادة النظر» والذي نظم أحكامه، في الفصل الثالث، من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته، وذلك من خلال المواد (٢٤١-٢٤٧).

٤ - وفق ما ورد في قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني حيث جاء في المادة ٢٢٩ منه «للخصوم أن يطلبوا إعادة النظر في المحاكمة بالنسبة للأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الإستئناف أو المحاكم الابتدائية، وذلك لأي سبب من الأسباب الآتية...» .

٥ - كما نصت المادة ٢١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه: «يجوز للخصوم أن يطلبوا إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية بإحدى الحالات الآتية...».

٦ - د. صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٥٩).

٧ - د. محمد وليد المصري، مرجع سابق ص (٣٩١) .

٨ - د. رزق الله انطاكي مرجع سابق ص (٧٥٠) .

٩ - د. أحمد الهندي، مرجع سابق ص (٤١٥) .

١٠ - د. رزق الله انطاكي، مرجع سابق ص (٧٥٠) .

١١ - د. مفلح القضاة، مرجع سابق ص(٣٣٦) .

التي أصدرته إذا توافر سبب من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر^١، وهو: «طعن غير عادي في حكم مُبرم في أحوال إستثنائية، ولأسباب معينة، بهدف نقض ذلك الحكم وإلغائه كلياً أو تعديله جزئياً ثم إصدار حكم جديد صحيح بدلاً عنه.»

وباستعراض التعاريف السابقة، نجدتها تدور حول فكرة واحدة تتمثل في إتاحة الفرصة للمضروور من الحكم الصادر بمواجهته للتقدم بطلب إعادة المحاكمة في تلك الأحكام التي توصف بأنها نهائية وفقاً لأحكام القانون البحريني، أو المكتسبة لقوة القضية المقضية وفقاً لأحكام القانون الأردني. وعلى أن يقدم هذا الطلب إلى ذات المحكمة المصدرة للحكم المراد إعادة المحاكمة (النظر) فيه مجدداً نتيجة لتوافر هذه الحالات الحصرية والتي يمكن معها مجتمعة أو منفردة طلب سحب الحكم أو نقضه أو تعديله كلياً أو جزئياً أو إلغائه أو الرجوع عنه ثم إصدار حكم آخر جديد صحيح بدلاً عنه^٣. لذلك يتبين لنا أن الطعن بطريق إعادة المحاكمة لا يكون إلا بالنسبة للأحكام التي لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية بالأحكام، فهو كما بينا يوجه في القانون الأردني للطعن بالأحكام الحائزة لقوة القضية المقضية وبحيث يشمل هذا المعنى، فضلاً عن الأحكام القطعية، الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى^٤، والتي أصبحت تحوز هذه الصفة إما لأنها قبلت من الخصوم أو لأنه تم تفويت ميعاد الطعن فيها^٥. في حين أنها توجه وفق أحكام القانون البحريني للطعن بالأحكام الصادرة بصورة نهائية، فإذا كان الحكم يقبل الطعن بطريق طعن عادي كالإستئناف مثلاً، فإنه لا يمكن اللجوء إلى هذا الطعن غير العادي في الأحكام عند ذلك. طالما أنه لم يُستنفذ بعد كما ذكر سابقاً طرق الطعن العادية في الأحكام، فإذا فوت الخصم على نفسه فرصة الطعن العادي به، كأن فوت ميعاد الإستئناف مثلاً، فإنه يكون مقصراً بحق نفسه وعندها يمكن القول أن المهمل المُقصر أولى بالخسران، فلا يسمح له بعد ذلك ولوج طريق الطعن غير العادي في الأحكام، لأنه طريق غير عادي في الأحوال العادية ولا يعتبر الإهمال والتقصير من هذه الأحوال العادية التي تجيز الطعن بالحكم عن طريق إعادة المحاكمة^٦.

وخلاصة القول هنا، أنه لا يمكن الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام المدنية بإعتباره طريقاً غير عادي من طرق الطعن بالأحكام، طالما أنه كان من الممكن الطعن فيها بأي طريق عادي من تلك الطرق، وذلك تحقيقاً لمقاصد المشرع في إتاحة هذا الطريق للخصوم أمام ذات المحكمة المصدرة للحكم المراد إعادة المحاكمة فيه، فالمشرع وعندما يتيح للخصوم سلوك هذا الطريق من طرق الطعن إنما قيد ذلك بشروط معينة وفي أحوال استثنائية ولأسباب حصرية لايجوز الخروج عنها تحت طائلة رد الطب و عدم قبوله.

١ - د.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ص (٩٠٨) .

٢ .د. صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٥٨) .

٣ .د. أحمد هنيدي، مرجع سابق ص (٤٢٠) . وكذلك د.علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص (٦٤٥) . وكذلك د.عباس العبودي، مرجع سابق ص (٤٣١).

٤ -وهي محاكم البداية والصلح وفق التسمية التي أطلقها عليها المشرع الأردني، ويقابلها المحاكم المدنية الكبرى والصغرى وفق التسمية التي أطلقها عليها المشرع في مملكة البحرين .

٥ .د.مفلح القضاة، مرجع سابق ص (٣٣٦).

٦ .د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ص (٩٠٨) .

المبحث الثالث

شروط قبول طلب إعادة المحاكمة في الأحكام المدنية

يرى جانبٌ من الفقه أنه يشترط لقبول طلب إعادة المحاكمة ، في الأحكام الصادرة عن المحاكم المدنية ما يشترط لقبول الطلب القضائي والطعن فيه بوجه عام ، غير أنهم وجدوا أنه يشترط أيضاً لقبوله بوجه خاص¹ ، ضرورة توافر بعض الشروط الأخرى والتي تتطلبها طبيعة مثل هذا الطعن .وحيث أن هذه الشروط على درجة من الأهمية وبحيث يدور معها قبول هذا الطعن من عدمه ، فإننا سنفرد مطلباً مستقلاً للبحث في كل واحد منها وفق ما يلي:

المطلب الأول

الخصوم في دعوى إعادة المحاكمة

أو بعبارة أخرى يتعلق بطالب الإعادة ، وبمن يقدم بمواجهته هذا الطلب². ذلك أنه وبالرجوع لنص المادتين (٢١٢) اصول محاكمات مدنية أردني³ ، و (٢٢٩) اصول مرافعات بحريني⁴ ، ولغيرها من النصوص القانونية، يمكن القول أن المشرع أجاز لصاحب المصلحة من الخصوم «طريق النزاع»⁵ ، اللجوء لهذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام . و يلاحظ هنا أن لفظ الخصوم الذي أورده المشرع، إنما جاء على صيغة الإطلاق، ما يستوجب البحث في:-

أولاً- صاحب الحق في اللجوء لهذا الطعن :

إذ اشترط قانوناً فيمن يقدم طلب إعادة المحاكمة (إعادة النظر) ، أن يكون من الخصوم الممثلين في الدعوى التي صدر فيها الحكم الحائز لقوة القضية المقضية، أو المكتسب للصفة النهائية وفق أحكام القانون البحريني، أو من أحدهم، وهو ما يعني عدم جواز تقديم هذا الطلب إلا ممن كان خصماً أو ممثلاً في الدعوى الأصلية التي صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه أو من ورثتهم حال وفاتهم⁶، أو ممن يمثلهم قانوناً مادامت قد توافرت به الشروط

١ د . علي هادي العبيدي، مرجع سابق ص(٦٤٨).

٢ د. صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٥٩).

٣ حيث نصت على أنه «يجوز للخصوم أن يطلبوا إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية... الخ».

٤ والتي جاء في صدرها «للخصوم أن يطلبوا إعادة النظر في المحاكمة بالنسبة للأحكام الصادرة بصفة إنتهائية... الخ».

٥ إذ نصت المادة (٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على ما يلي: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة بقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .» في حين نصت المادة (٣١) من ذات القانون والباحثة في الدفوع في الدعوى على أنه: «يجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بعدم قبولها في أية حالة تكون عليها، لإنعدام صفة المدعي وأهليته أو مصلحته أو لأي سبب آخر ...».

في حين نصت المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على «١- لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة بقرها القانون ٢- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .»

٦ محمود طهماز ، مرجع سابق ص(٣٣٣) .

العامة والخاصة الواجب توافرها قانوناً لقبول هذا الطلب¹، تحت طائلة عدم قبوله لتقديمه ممن لا يملك مثل هذا الحق². فإذا لم يكن من أضر به هذا الحكم (القطعي، النهائي) خصماً أو ممثلاً في الدعوى الأصلية، أو كان خصماً في الدعوى الابتدائية ثم لم يكن خصماً أو ممثلاً في الدعوى أمام محكمة الاستئناف، أو رفع طلب إعادة بصفة غير تلك التي صدر بها الحكم (القطعي، النهائي) ضده³، فلا يُقبل منه طلب إعادة المحاكمة عند ذلك لعدم تحقق الشرط الأول المتوجب توافره لقبول مثل هذا الطعن أو الطلب.

ويرى جانب من الفقه⁴ هنا، أنه وفي حال أن تعدد المحكوم ضدهم في الدعوى جاز لكل واحد منهم أن يتقدم بطلب إعادة محاكمته مستقلاً، إذا توافرت شروطه أسبابه.

ب- ضد من يوجه طلب إعادة المحاكمة (النظر) :

يمكن القول أن هذا الطلب يقدم ضد كل من كان طرفاً في الدعوى التي انتهت بصدر هذا الحكم المراد الطعن به. فلا يجوز توجيهه ضد أي شخص آخر لم يكن ممثلاً أو طرفاً في الدعوى⁵، وكذلك لا يجوز توجيهه ضد شخص ناقص الأهلية، إذ يجب عند ذلك أن يوجه إلى ممثله القانوني⁶. وأما في حال تعدد الخصوم فيوجه هذا الطلب ضد من صدر الحكم لمصلحته منهم، لأنه هو وحده صاحب المصلحة والذي يهيمه الدفاع عن هذا الحكم أثناء النظر في طلب إعادة المحاكمة، وإلا فزدهم جميعاً إذا كانت المصلحة تعود عليهم جميعاً فيه⁷. وهذا ما بينه الإجتهد القضائي الأردني ممثلاً بإجتهد محكمة التمييز بإحدى القرارات الصادرة عنها⁸، والذي جاء فيه «ما يلي: -١- يجوز للخصوم أن يطلبوا وفقاً لأحكام المادة ٢١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، وذلك فيما عدا حالة النيابة الإتفاقية، وعليه وحيث أن المحكمة أدخلت زوجة المدعى عليه الورثية كمدعى عليها في الدعوى استناداً لحجة حصر الإرث وصدر حكم بحقها دون دعوتها ودون أن تكون ممثلةً فيها تمثيلاً صحيحاً فتكون شروط إعادة المحاكمة متوافرة وينبغي على ذلك اعتبار الحكم السابق كأن لم يكن»⁹.

- ١ د.علي هادي العبيدي، مرجع سابق ص (٦٤٧).
- ٢ د.صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٥٨)، فقد اعتبر أنه وتطبيقاً للمبادئ القانونية يشترط فيمن يقدم الطلب أن يكون متمتعاً بأهلية التقاضي، فلا يملك المجنون والمعتوه والصغير تقديم مثل هذا الطلب إما يقدمه عنهم الولي أو الوصي. وأن يكون له كذلك مصلحة قائمة، وقت صدور الحكم الذي انصب الطلب على إعادة المحاكمة فيه، بغية نقضه أو تعديله ولا يكفي قيامها حين تقديم طلب إعادة المحاكمة فقط.
- ٣ - أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ص (١٩-٤٨) وما بعد، دار الكتب القانونية، ج٥، ٢٠٠٣.
- ٤ - أ. ناشد حنا. مرجع مشار له في مؤلف أ. محمود طهماز، هامش (١)، مرجع سابق ص (٣٣٤).
- ٥ - د.صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص ٢٥٩.
- ٦ - محمود طهماز، مرجع سابق ص (٣٣٤).
- ٧ - د.صلاح الدين سلحدار، مرجع سابق ص (٢٥٩).
- ٨ - ت ح رقم (٩٣/١٣١٠)، ص ٢٩٠٢ من مجلة نقابة المحامين ١٩٩٤.
- ٩ - ومصطلح «كأن لم يكن» هو مصطلح لوجه له من الناحية القانونية، إذ الأصوب أن يقال، يزول أثره، أو، لا يحدث أثراً قانونياً، ليس ذو أثر قانوني. إذ كيف يقال عما كان كأن لم يكن، خاصة إذا بُنيت أو ترتبت عليه بعض المراكز القانونية للأشخاص.

وخلاصة الأمر، أن طلب إعادة المحاكمة ، الأصل أنه لا يُقبل حال تقديمه من غير الخصوم في الدعوى المراد إعادة المحاكمة فيها أو من غير ممثليهم أو وكلائهم فيها ، ذلك أن المشرع قد رسم لغير هؤلاء الخصوم في هذه الدعوى طريقاً خاصاً بهم يتم من خلاله الطعن بالحكم من قبلهم وهو ما يُسمى بإعتراض الغير¹ أو إعتراض الخارج عن الخصومة² على الحكم الصادر فيها .

المطلب الثاني

المحكمة التي يقدم إليها طلب إعادة المحاكمة

يمكن القول أن كلا القانونين قد نصا صراحةً على أن مثل هذا الطلب أو الطعن إنما يقدم إلى ذات المحكمة المصدرية له «أيأ كانت درجتها». إذ بالرجوع لأحكام المادة (٢١٥) اصول محاكمات مدنية و تجارية أردني، نجدها تنص على أن :

« يقدم طلب إعادة المحاكمة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم ويجري في ذلك تبادل اللوائح بين الفرقاء وفقاً لأحكام هذا القانون » . وهو ذات الحكم الذي نصت عليه المادة (٢٣٠) مرافعات بحريني³ . وعليه فإن المحكمة المختصة بنظر طلب إعادة المحاكمة ، هي ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، ذلك أن الطعن بطريق إعادة المحاكمة من شأنه تصحيح أخطاء أو مخالفات لا يرجع سبب ارتكابها إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ولذا تُترك لهذه المحكمة أمر تصحيح هذه الأخطاء أو المخالفات عن طريق إعادة المحاكمة⁴. ويجوز أن تكون المحكمة التي تنظر طلب إعادة النظر أو الإلتماس مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم⁵، فإذا كانت المحكمة منقسمة إلى عدة غرف فيجوز عرض دعوى إعادة المحاكمة إلى غير الغرفة التي أصدرت الحكم، وكذلك إذا أُلغيت المحكمة التي أصدرت الحكم، فيقدم طلب إعادة المحاكمة عندئذ إلى المحكمة التي حلت محلها في اختصاصها⁶ . وينبغي على ذلك أنه إذا كان الحكم صادراً عن محكمة الإستئناف مثلاً، وجب تقديم الطلب إلى نفس المحكمة، إذ لا يجوز تقديمه إلى محكمة أخرى وإلا يكون مصيره الرد لعدم الإختصاص ، وهذا ما ذهب إليه أيضاً الإجتهد القضائي الأردني⁷ ، ممثلاً بإجتهد محكمة التمييز، إذ جاء في أحد القرارات الصادرة عنها :« اشترطت المادة ٢١٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية بأنه في حالة تقديم طلب إعادة المحاكمة فإن الطلب يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم وعليه وحيث أن محكمة الإستئناف هي التي

١ - نظم المشرع الأردني أحكام إعتراض الغير على الحكم الصادر بالدعوى من خلال المواد (٢٠٦-٢١٢) أصول محاكمات مدنية وتجارية .

٢ - إذ نظم أحكام ذلك المشرع البحريني من خلال المواد (٢٠٨-٢١٢) من قانون المرافعات المدنية.

٣ - نصت المادة (٢٣٠) مرافعات مدنية وتجارية بحريني على ما يلي :« ميعاد إعادة النظر في المحاكمة خمسة واربعون يوماً من تاريخ صدور الحكم أو تبليغه إلى المحكوم عليه وفقاً لأحكام المادة ٢١٦ من هذا القانون ولا يبدأ الميعاد في الحالات المنصوص عليها في الفقرات الثلاث الأولى من المادة السابقة إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوتة أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة . ويقدم طلب إعادة المحاكمة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ».

٤ - د. رزق الله الأنطاكي مرجع سابق ص (٧٦١).

٥ - د. حمد أبو الوفا مرجع سابق ص (٩٢١) .

٦ - د. رزق الله الأنطاكي مرجع سابق ص (٧٦١) .

٧ - ت ح ٩٧/٧٥٥ ص ٢٠١٠ مجلة نقابة المحامين ١٩٩٨ .

أصدرت الحكم المطلوب إعادة المحاكمة به حيث قررت فسخ الحكم البدائي وأصدرت حكماً جديداً فيكون طلب إعادة المحاكمة في هذه الحالة يتوجب تقديمه إلى محكمة الاستئناف بعمان وليس إلى محكمة البداية الذي لم يعد قرارها قائماً» .

المطلب الثالث

إستدعاء الطعن ومشتملاته

إذ تطلب المشرع في كلا القانونين أن يُقدم هذا الطلب بموجب صحيفة (لائحة) إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ووفق ذات الأوضاع المعتادة لرفع الدعوى . فبالرجوع لنص المادة (٢١٦) محاكمات مدنية أردني^١، نجد أنها تشترط لقبول هذا الطعن وجوب تقديمه بموجب إستدعاء إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، مع وجوب إتباع ذات الإجراءات الواجب توافرها عند رفع الدعوى أو قيدها إبتداءً، بما في ذلك دفع الرسوم القانونية. مع وجوب أن يشتمل هذا الإستدعاء على بيان الحكم المطعون فيه وأسباب الطعن تحت طائلة البطلان^٢ .

وهو ما نصت عليه المادة (٢٣٠) مرافعات مدنية بحريني سابقة الذكر، والتي أوجبت تقديم طلب إعادة إلى ذات المحكمة المصدرة للحكم وبذات الأوضاع المعتادة لرفع الدعوى . غير أن المشرع البحريني لم يوجب ومن خلال نص المادتين (٢٣٠ و ٢٣١)^٣ مرافعات مدنية، ما أوجبه المشرع الأردني من خلال الفقرة الثانية من المادة (٢١٦) سابقة الذكر لزوم إشتمال الإستدعاء على بيان الحكم المطعون فيه وأسباب الطعن (وإلا كان باطلاً). وهو الأمر الذي يؤدي إغفاله إلى وجود نقص جوهري في بيانات الطلب المُقدم، وأنه وعند عدم النص على الجزاء المترتب على هذا الإغفال والمتمثل في البطلان، فإننا سنكون عند ذلك أمام إشكالية قد تفقد النص القانوني الغاية المبتغاه منه . ثم إننا عندها لا نستطيع أن نحكم بالبطلان جراء هذا النقص أو الإغفال في البيانات، لأن البطلان هنا لا يفترض إفتراضاً، بل لا بد من وجود نص صريح يرتبه عند ذلك، فلا بطلان إلا بنص . وحيث خلا القانون البحريني من بيان الجزاء المترتب على خلو صحيفة الطعن من أحد أو كل هذه البيانات ، فإنه يمكن القول عند ذلك أن هنالك نقصاً تشريعياً من هذه الناحية ، يا حبذا لو قام المشرع في مملكة البحرين بتداركه ، بأن ينظم ذلك بنص خاص كما فعل المشرع الأردني من خلال نص المادة (٢ / ٢١٦) أصول محاكمات مدنية أردني، لا أن يُكتفى هنا بإحالة هذا الأمر إلى الشروط والقواعد العامة الواجب توافرها لرفع الدعوى^٤ .

- ١ -نصت المادة (٢١٦) أصول محاكمات مدنية أردني على ما يلي «١- يقدم طلب إعادة المحاكمة باستدعاء إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالأوضاع المعتادة للدعوى ٢- يجب أن يشتمل الإستدعاء على بيان الحكم المطعون فيه ، وأسباب الطعن وإلا كان باطلاً ٣- على الطالب أن يقوم في الميعاد المنصوص عليه في المادة السابقة بدفع الرسوم القانونية المنصوص عليها في نظام رسوم المحاكم» .
- ٢ -ومكان بحثه مستقبلاً من خلال بحث مستقل يبحث في إجراءات تقديم طلب إعادة المحاكمة وآثاره.
- ٣ نصت المادة (٢٣١) مرافعات مدنية وتجارية بحريني على ما يلي : « إذا قدم طلب إعادة المحاكمة ضمن المدة القانونية ، وكان ينطوي على سبب أو أكثر من الأسباب المنصوص عليها في المادة ٢٢٩ من هذا القانون ، تقرر المحكمة قبول الطلب ثم النظر في أساس الدعوى وبعد سماع أقوال الخصوم والتدقيق في أوراقهم الثبوتية تصدر حكمها برد الطلب أو إلغاء الحكم أو تعديله ، أما إذا قبل طلب إعادة المحاكمة بناء على وجود حكمين متناقضين وثبت ذلك يلغى الحكم الثاني وبطل الأول نافذاً» .
- ٤ -كما جاء في المادة (٢٣٠) مرافعات مدنية وتجارية بحريني سالف الذكر .

ولذلك فإننا نقترح تعديل نص المادة (٢٣٠) مرافعات مدنية بحريني آنفة الذكر، وبحيث يصبح نصها بعد التعديل كما يلي:

«... ويقدم طلب إعادة المحاكمة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى مع وجوب أن يشتمل الطلب على بيان الحكم المطعون فيه وأسباب الطعن وإلا كان باطلاً.»

المطلب الرابع

ميعاد تقديم طلب إعادة المحاكمة

إن التقيد بوجوب تقديم طلب إعادة النظر « إعادة المحاكمة » خلال الميعاد القانوني يعتبر من أهم الشروط الواجب توافرها لقبول هذا الطلب أو الطعن. إذ يتوجب على طالب إعادة مراعاة هذا الشرط تحت طائلة عدم قبول طلبه شكلاً. ذلك أنه وبإنقضاء هذا الميعاد يسقط حق المضرور من الحكم المراد الطعن به وفق هذا الطريق من طرق الطعن في تقديم هذا الطعن. ولذلك تطلب المشرع في كلا القانونين لقبول هذا الطلب ضرورة تقديمه ضمن الميعاد المحدد قانوناً لذلك. وقد قصد المشرع من تبين زمن إعادة المحاكمة وجواز طلبها إنهاء الخصومات بين أفراد المجتمع وإلا بقيت على مر الأزمان^١.

وقد بينت المادة (٢٣٠) أصول مرافعات مدنية وتجارية بحريني، أن ميعاد تقديم طلب إعادة النظر في المحاكمة هو (٤٥) يوماً تبدأ من تاريخ صدور الحكم أو تبليغه إلى المحكوم عليه وفقاً لأحكام المادة (٢١٦) مرافعات بحريني^٢، وبحيث يكون تاريخ بدء سريان هذا الميعاد القانوني مختلفاً وفقاً لكل حالة من الحالات الوارد ذكرها في المادة (٢٢٩) مرافعات بحريني^٣.

وأما المادة (٢١٤) اصول محاكمات مدنية أردني^٤ فقد بينت أن ميعاد تقديم طلب إعادة المحاكمة هو ثلاثون يوماً أيضاً كان السبب الذي استند إليه الطالب في طلبه أو الملتمس في طعنه، و يكون وقت بدء سريان هذا الميعاد

١ - أنس حسن الخمرة ، الدعوى من البداية الى النهاية ط٣ ، ص (٢٣٤) د.ن عمان،الأردن .

٢ وقد نصت المادة(٢١٦) مرافعات مدنية وتجارية بحريني على ما يلي : « ميعاد الإستئناف خمسة واربعين يوماً من تاريخ صدور الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ اعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى وكذلك إذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب. كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومه و صدور الحكم دون إختصام من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته . ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في محل إقامته أو في محله المختار ويجري الميعاد في حق من أعلن الحكم . ويترتب على عدم مراعاة الميعاد سالف الذكر سقوط الحق في استئناف الحكم. وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها».

٣ د. محمد وليد المصري ، مرجع سابق ،ص(٣٩٧).

٤ وقد تم تعديل المادة(٢١٤) المذكورة بموجب القانون المعدل رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ بالغاء نص الفقرة الرابعة منها والاستعاضة عنه بالنص التالي بعد التعديل والذي أصبح كما يلي : « ١. ميعاد طلب إعادة المحاكمة ٣٠ يوماً ولا يبدأ في الاحوال المنصوص عليها في الفقرات الاربع الاولى من المادة ٢١٣ إلا من اليوم الذي يلي ظهور الغش او الذي أقر فيه فاعله بالتزوير أو حكم بثبوتة أو الذي حكم فيه على الشاهد بأنه كاذب أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة ٢. يبدأ الميعاد في الحالتين ٥ و ٦ من تاريخ اكتساب الحكم قوة القضية المقضية ٣. يبدأ الميعاد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة ٧ من اليوم الذي يلي تبليغ الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً ٤. يبدأ الميعاد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة ٨ من هذه المادة من اليوم التالي لتاريخ تبليغ الحكم الثاني » .

القانوني والذي يبدأ منه إحتساب المدة مختلفاً باختلاف السبب الذي بني عليه هذا الطعن¹ أو تبعاً لتحقيق موجب كل حاله من الحالات المنصوص عليها في المادة (٢١٣) اصول محاكمات مدنية أردني سابقة الذكر.

و يلاحظ هنا أن المشرع الأردني لم يُبين صراحة الأثر المترتب على عدم مراعاة الميعاد المذكور سابقاً، وما إذا كانت المحكمة تستطيع التصدي لذلك من تلقاء نفسها أم لا ، كما فعل في ذلك المشرع البحريني . وهو ما يدعونا للقول يا حبذا لو أخذ المشرع الأردني بما أخذ به المشرع البحريني في هذا الشأن وبحيث يُضيف لعجز المادة (٢١٤) مدنية أردني نصاً مفاده «... ويترتب على عدم مراعاة الميعاد سالف الذكر سقوط الحق في الطعن بالحكم، وتقتضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها».

ويذهب جانبٌ من الفقه للقول أن هذه القاعدة المتمثلة في بدء إحتساب أو سريان الميعاد في حالة طلب إعادة المحاكمة ، إنما تشكل خروجاً من المشرع على القواعد العامة لبدء سريان ميعاد الطعن بالأحكام ، والتي وجد المشرع أنها قد تؤدي في هذه الحالات إلى ضياع حق الخصوم في سلوك هذا الطريق من طرق الطعن، وبالتالي فإنه لا يمكن تطبيقها على إطلاقها في حالة الأسباب الموجبة لتقديم طلب إعادة المحاكمة وذلك منعاً من الإضرار بالمحكوم عليه وحماية منه له أيضاً، والذي قد يكون في هذا الوقت يجهل السبب الموجب أو المبرر لتقديم هذا الطعن، مما يتوجب معه إتاحة الفرصة له للطعن به أو لطلب إعادة المحاكمة في الحكم الصادر بمواجهته لوجود هذا المبرر القانوني . إذ كيف يمكن مطالبة الطعن في الحكم وفق هذا الطريق من طرق الطعن في الوقت الذي كان يجهل فيه أسبابه² الموجبة أو المبررة لتقديم هذا الطعن، إضافة إلى أن سبب الطعن (أو الإلتماس) في هذه الأحكام قد لا يظهر إلا بعد انقضاء الميعاد القانوني إذا تم احتسابه طبقاً للقواعد العامة من يوم صدور الحكم. ومع ذلك رأى جانب من الفقه³ في هذا الشأن أن هذا الإستثناء المقرر لمصلحة المحكوم عليه لا يجرمه من حق التمسك بالقاعدة العامة في الطعن بالأحكام والتي يبدأ إحتساب الميعاد من خلالها من يوم صدوره أو تبليغه مادام ذلك يصب في مصلحته وأنه لا يحول دون ذلك انقضاء الميعاد طبقاً لهذه القاعدة الاستثنائية⁴ .

وباستقراء نص المادة (٢١٤) مدنية أردني يتبين لنا أن بداية هذا الميعاد تختلف باختلاف السبب الذي إستند إليه طالب الإعادة⁵ في طلبه:

1- فإذا كان السبب الذي يتمسك به المحكوم عليه ناشئاً عن حالة وقوع غش أو حيلة من الخصم أثناء سير الدعوى، فيكون إحتساب الميعاد من اليوم الذي يلي ظهور الغش أو الحيلة، وأما في حالة بناء الحكم على أوراق مزورة فإن الميعاد يبدأ من اليوم التالي لليوم الذي تم فيه الإقرار بالتزوير أو اليوم الذي حكم فيه بثبوت التزوير ، وأما في حالة بناء الحكم على شهادة أو شهادات قضي بعد الحكم بأنها كاذبة، فيبدأ الميعاد من اليوم الذي يلي اليوم الذي حكم فيه على الشاهد بأنه كاذب ، في حين أن المدة تبدأ من اليوم الذي

١ د. مفلح القضاة، مرجع سابق، ص (٣٤٣) د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص (٦٥٢).

٢ د. علي هادي العبيدي ، مرجع ، سابق ص (٦٥٣) .

٣ د. رمزي سيف ، مرجع سابق ، ص (٨٧١).

٤ د. رمزي سيف ، مرجع سابق، ص (٨٧١) .

٥ د. مفلح القضاة ، مرجع سابق ، ص (٣٤٣) .

يلي اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة وهي الورقة المنتجة في الدعوى والتي حال الخصم دون حصول خصمه المحكوم عليه في الدعوى عليها وسواء كان ذلك عن طريق كتمها أو عن طريق حمل الغير على كتمها أو عن طريق حيلولته دون تقديمها بلا مبرر قانوني . وعليه فإن بدء ميعاد الطعن في هذه الحالات الأربعة يكون من اليوم الذي يلي ظهور الموجب ، أو الحكم بثبوتها . وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢١٤) سابقة الذكر . وهو ما أكدته أيضاً الإجتهااد القضائي الأردني إذ جاء في الفقرة الأولى من أحد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز^١ ما يلي : «... كما حددت المادة (٢١٤) من ذات القانون ميعاد طلب إعادة المحاكمة بثلاثين يوماً تبدأ في الحالات المشار إليها من اليوم الذي يلي ظهور الغش في الحالة الأولى أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة في الحالة الثانية ومن تاريخ إكتساب الحكم قوة القضية المقضية في الحالة الثالثة، وباعتبار أن الحكم المطلوب إعادة المحاكمة فيه إكتسب قوة القضية المقضية بتصديقه تمييزاً وفي ضوء المبادئ العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية فلا بد من تبليغ الحكم أو تفهمه لغايات حساب المدد المتعلقة بمهل الطعن ، وقد إستقر إجتهااد محكمة التمييز على أن العلم بالحكم غير الوجاهي لا يقوم مقام التبليغ لسريان مواعيد الطعن في القضايا الحقوقية التي تستلزم وقوع التبليغ بالشكل الذي رسمه القانون . وعليه فيكون طلب إعادة المحاكمة في هذه الدعوى مقدماً على العلم طالما لم يتبلغ المميز (المستدعي) القرار التمييزي ويكون ماتوصلت إليه محكمة الإستئناف برد الإستئناف وتصديق قرار محكمة البداية القاضي برد الطلب شكلاً لتقديمه بعد فوات المدة القانونية مخالفاً للقانون » .

2- أما إذا كان السبب الذي يستند إليه طالب الإعادة في طلبه مرده القضاء بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه . أو إذا كان مرده أن منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض ، فإن الميعاد يبدأ من تاريخ إكتساب الحكم قوة القضية المقضية وذلك بناءً على أحكام الفقرة الثانية من المادة (٢١٤) اصول محاكمات مدنية أردني سابقة الذكر .

3- وأما إذا كان الطعن بإعادة المحاكمة سببه صدور الحكم على خصم لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وسواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً ما دام أنه لا توجد هنالك حالة نيابة إتفاقية، فإن ميعاد الطعن بإعادة المحاكمة يبدأ هنا من اليوم الذي يلي تبليغ الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٢١٤) سابقة الذكر، وهو ما أكدته أيضاً الإجتهااد القضائي الأردني إذ جاء في أحد إجتهاادات محكمة التمييز^٢ «٢٠٠٠- إذا كانت المشروحات المتضمنة أن الخصم في الدعوى الإستئنافية لم يقدم حجة حصر إرث المميز ضده الثاني بعد وفاته وأثناء نظر الدعوى الإستئنافية وأن هذه المشروحات جاءت على ظهر إستدعاء تقدم به المميز طالب إعادة المحاكمة، فإن تاريخ تقديم هذا الإستدعاء يُفيد العلم بعدم صحة تمثيل المميز ضده الثاني، ويعتبر هذا التاريخ هو بدء المهلة القانونية لطلب إعادة المحاكمة، ويكون تقديم طلب إعادة المحاكمة بعد مضي أكثر من شهر من تاريخ العلم أي بعد فوات المدة القانونية مما يستوجب رده شكلاً » .

١- ح. رقم ٩٦/١٨٥٣ ، ص ٤٧٧٨ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧ .

٢- ح رقم ٩٩/٣٧٥ ، ص ٣٦٩٠ مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩ .

4-

غير أنه إذا كان السبب مرده صدور حكمين متناقضين بين الخصوم أنفسهم وبذات الصفة وعلى ذات الموضوع محلاً وسبباً ، فإن ميعاد الطعن عند ذلك يبدأ من اليوم التالي لتاريخ تبليغ الحكم الثاني. وهذا مانصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (٢١٤) سابقة الذكر، وهو ما أكدته أيضاً الاجتهاد القضائي الأردني، إذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز^١ ما يلي : «١- إن ما يحكم ميعاد الطعن بطلب إعادة المحاكمة لصدور حكمين متناقضين بين الخصوم أنفسهم وبذات الصفة والموضوع هو الفقرة الرابعة من المادة (٢١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية وليس الفقرة الثانية من ذات المادة، فيبدأ الميعاد من تاريخ تبليغ الحكم الثاني، وعليه فإن معالجة محكمة الإستئناف لميعاد الطعن على ضوء الفقرة الثانية من ذات المادة والباحثة في وجود تناقض في منطوق الحكم وبالتالي إعتبار طلب إعادة المحاكمة مقدماً بعد مضي المدة القانونية من إكتساب الحكم قوة القضية المقضية في غير محله » .

موقف المشرع البحريني : بالرجوع لنص المادة (٢٣٠) أصول المرافعات المدنية و التجارية نجد أن المشرع البحريني قد بين أن بدء سريان الميعاد يكون من اليوم الذي ظهر فيه الغش، أو الذي أقر فيه فاعل التزوير بالتزوير أو اليوم الذي حكم بثبوته. وأما بالنسبة لشهادة الزور فيبدأ الميعاد من اليوم الذي حكم فيه على شاهد الزور بشهادة الزور أو من اليوم الذي ظهرت فيه الورقة القاطعة في الدعوى والتي حال الخصم دون تقديمها .

إلا أن المشرع البحريني لم ينص على وقت بدء سريان الميعاد في حالتي قضاء الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، وكذلك في حالة صدور حكمين متناقضين بين ذات الخصوم وهي الحالات التي كان قد نص عليها في الفقرتين (٥،٤) من المادة (٢٢٩) مرافعات مدنية بحريني، مما يشكل نقصاً تشريعياً في هذا الشأن من الأفضل تداركه بإكمال النص عليه وهو ما يدعو للقول بهذا لو أكمل المشرع البحريني نص المادة (٢٣٠) مرافعات مدنية ،وبحيث يقوم من خلال ذلك التعديل ببيان وقت سريان الميعاد بالنسبة للحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين (٥،٤) المشار اليهما سابقاً، وذلك كما فعل بالنسبة للحالات الثلاث الأولى من المادة (٢٢٩) السابقة^٢.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ، هل يحق للخصم الذي فوت على نفسه فرصة الطعن بالحكم وفق طريق طعن عادي خلال الميعاد القانوني أن يطعن به وفق هذا الطريق غير العادي من طرق الطعن بالأحكام .

يمكن القول أن الحكم القضائي إذا كان قابلاً للطعن به بطريق طعن عادي وآخر غير عادي في نفس الوقت، فالأصل أن يبدأ المضرور منه بسلوك طريق الطعن العادي قبل اللجوء إلى غير العادي. فإذا أهمل أو قصر بعد ذلك بأن فوت على نفسه فرصة تقديم الطعن العادي أثناء الميعاد المتاح له قانوناً، وإنما يعتبر في ذلك مُهملاً مُقصرًا وبالتالي فهو الأولى بالخسران . وهذا الأمر يستتبع حرمانه من اللجوء الى طريق الطعن غير العادي مادام أنه بإهماله وتقصيره قد فوت على نفسه هذه الفرصة. لأنه بذلك يكون قد أسقط حقه في الطعن به

١ ح رقم ٩٧/١٠٥٦ ص ٤٧٦٥ مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧.

٢ -ويكون بحث ذلك تفصيلاً عند البحث في الحالات المبررة لتقديم طلب إعادة المحاكمة بإعتبارها أسباباً مبررة لسلوك هذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام وهو ليس مجال بحثنا في هذا المقام ، وإنما سيكون إن شاء الله مجال دراسة لاحقة لا يتسع المجال هنا لها .

بإعادة المحاكمة والذي هو طريق غيرعادي من طرق الطعن في الأحكام. ويعلل أصحاب هذا الرأي من الفقه¹ رأيهم هذا بأن ترك الضرور لحقه في اللجوء إلى الطعن العادي كالإستئناف مثلاً عندما كان متاحاً له ، إنما يعتبر قبولاً ضمناً منه للحكم الصادر عليه من قبل محكمة الدرجة الأولى ، فإذا تقدم بعد ذلك به فإن طلبه هذا يكون غير مقبول ومستوجباً للرد لأنه ومن وجهة نظرهم يبقى من غير الجائز تقديم طلب إعادة المحاكمة للطعن بالأحكام التي كانت قابلة للإستئناف اصلاً ولم تستأنف لكونه في تلك الحالة لم يستنفذ بعد طرق الطعن العادية حتى يفيد بعد ذلك من طرق الطعن غير العادية .

وفي مقابل ذلك هنالك من يرى² أن الحكم السابق لا يطبق على تلك الحالة التي تصدر فيها الأحكام من المحاكم الابتدائية بصفة ابتدائية ثم تتحول إلى إنتهائية بسبب النزول عن الإستئناف أو فوات ميعاده ، معتبرين أن حرمان الضرور من الطعن بالحكم وفق هذا الطريق غير العادي من طرق الطعن بالأحكام لا يكون إلا في حالة صدور الحكم بصورة إنتهائية ابتداءً ، فإذا لم يكن الحكم قد صدر بصورة إنتهائية ابتداءً فإنه لا يمكن تطبيق قاعدة الحرمان من سلوك طرق الطعن غير العادية في الأحكام .

في حين يذهب جانبٌ ثالث من الفقه إلى القول³ بوجود التمييز أو التفرقة في هذا الشأن بين وضعين ، أولهما يكون حينما يبدأ ميعادي الإستئناف وطلب إعادة المحاكمة بالنسبة للطالب في آن واحد ، وبحيث يكون بدء الميعاد وانتهائه في الطلبين معاً واحداً ، و بحيث يكون أمام الطالب هنا طريقتين إحدهما عادية والأخرى غير عادية ، أي إستثنائية للوصول إلى هدفه بتعديل الحكم أو إلغاؤه ، وهنا يجب عليه أن يسلك الطريق العادي من طرق الطعن بالأحكام ، وبحيث يترتب على إهماله لهذا الطريق وسلوكه الطريق الآخر عدم قبول طلبه .

وأما ثانيها ، فيكون حينما يبدأ ميعاد الإستئناف قبل ميعاد طلب إعادة المحاكمة ، فإن عدم سلوك طريق الإستئناف هنا لا يؤدي لعدم قبول طلب إعادة المحاكمة، إذ لا يمكن تفسير ترك سلوك طريق الإستئناف في هذه الحالة بقبول الحكم مع العلم بماشابهه من أحد العيوب التي تكشففت فيما بعد ، ومثال ذلك أن ميعاد إعادة المحاكمة يبدأ مثلاً من اليوم الذي يلي ظهور الغش في حين أن ميعاد الإستئناف كان قد بدأ وانتهى قبل هذا التاريخ ، عند ذلك لا يوجد وفق هذا الجانب من الفقه ما يمنع قانوناً من اللجوء إلى طريق إعادة المحاكمة بإعتباره طريق طعن غيرعادي في الأحكام حتى وإن لم يتم الولوج في طريق الطعن العادي للحكم والذي كان متاحاً له أيضاً في هذه الحالة.

والذي نراه في هذا الشأن ، أن المهمل المقصر يجب ألا يكافئ بإتاحة الفرصة له في سلوك طريق الطعن غير العادي بالأحكام مادام أن طريق الطعن العادي متاحاً له ، فإذا شعر أن الحكم الصادر بمواجهته يجافي الواقع والحقيقه ، فإن عليه أن لا يقبل به أياً كان سبب صدوره بمواجهته وفق هذا الشكل ،ويكون هنا إعلان عدم قبوله لهذا الحكم عن طريق الطعن به إستئنافاً مادام هذا الطريق متاحاً له ، ثم وبعد ذلك وإذا ظهر له

١ - رمزي سيف ، مرجع سابق ،ص(٧٦٠) ، د.أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص(٩٠٩) ، د. وليد المصري ، مرجع سابق، ص(٣٩٢)

٢ - د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص (٦٤٩) .

٣ - محمود طهماز ، مرجع سابق ، ص (٣٣٥) .

مايوجب الطعن به عن طريق طعن غير عادي ، عندها يمكن القول أنه شخص حسن النية لم يكن قد ارتضى بالحكم ابتداءً ما أدى إلى قيامه بالطعن به وفقاً للطريق العادي ثم وبعدهما تبين له ماخفي عليه مما يوجب سحب الحكم أو تعديله أو الغاؤه عن طريق إعادة المحاكمة ها هو يتقدم أيضا للطعن به وفق هذا الطريق ، عند ذلك فقط يمكن قبول طعنه في الحكم وفق هذا الطريق غير العادي من طرق الطعن . فالشخص الذي ارتضى بالحكم ابتداءً بأن فوت على نفسه الإفادة من الطعن العادي إنما هو شخص قد ارتضى بما تضمنه ذلك الحكم فلا يقبل منه بعد ذلك القول بغير ذلك .

المطلب الخامس

الأحكام القابلة للطعن بطريق إعادة المحاكمة

وهنا نتساءل ، هل جميع الأحكام القضائية تقبل الطعن وفق هذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام ؟ أم أن هنالك منها ما لا يقبل ذلك ؟

الحقيقة أن تساؤلنا هذا ليس من قبيل الترف العلمي غير المبرر، وإنما مرده يعود لأهمية الإجابة عنه ، وبحيث يدور قبول هذا الطعن من عدمه مع وصف الحكم من حيث القابلية من عدم . وهو ما يدعونا للرجوع لنص القانون ولما ذهب إليه الإجتهادين الفقهي والقضائي في هذا الشأن، وبما يمكن معه القول أن ليس كل حكم قضائي قابل للطعن به وفق هذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام . ذلك أن منها ما يقبل ذلك ومنها ما لا يقبله . ولذلك يمكن تقسيم الأحكام القضائية من حيث قابليتها للطعن بها وفق هذا الطريق من طرق الطعن من عدمه إلى قسمين وفق مايلي :

أولاً: الأحكام التي تقبل الطعن بطريق إعادة المحاكمة . إذ بين المشرع الأردني أن الأحكام التي تقبل الطعن وفق هذا الطريق إنما هي تلك التي حازت قوة القضية المقضية¹ ، فلا يجوز تقديم طلب إعادة المحاكمة بقصد تعديل الحكم أو إلغاؤه أو سحبه إذا كان بإمكان طالبه الوصول إلى نفس الغاية عن طريق الطعن العادي بالأحكام كالإستئناف² مثلاً .

وعلى ذلك فإن الأحكام المكتسبة لقوة القضية المقضية، هي فقط الجائز الطعن بها وفق هذا الطريق ، وبحيث يشمل هذا المعنى بالإضافة للأحكام القطعية (الإنتهائية) الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى ولكنها أصبحت تحوز قوة القضية المقضية بقبولها أو بتفويت ميعاد الطعن فيها³ .

وأما المشرع البحريني فقد بين أن الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية هي فقط التي يمكن إعادة النظر بها وذلك سناً لأحكام المادة (٢٢٩) مرافعات مدنية وتجارية بحريني ، إذ لا يجوز سناً لها إعادة المحاكمة إلا في

١ -المادة(٢١٣) اصول محاكمات مدنية أردني :«يجوز للخصوم أن يطلبو إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية بإحدى الحالات الآتية...» .

٢ -محمود طهماز ، مرجع سابق ،ص (٣٣٥)

٣ -د.مفلح القضاة ، مرجع سابق ،ص(٣٣٦) .

الأحكام الصادرة بهذه الصفة الإنتهائية، وسواء أكانت صادرة عن محاكم الإستئناف¹ أو عن محاكم الدرجة الأولى بصفة إنتهائية لا تقبل الإستئناف أو تكون صادرة عن محاكم الدرجة الثانية كنتيجة لإستئناف أحكام محاكم الدرجة الأولى . وخلص الأمر أن الأحكام المدنية التي تقبل إعادة النظر فيها وفقاً لأحكام القانون البحريني² هي الأحكام غير القابلة للطعن بحكم القانون وفق طرق الطعن العادية ، كالأحكام الصادرة بصورة إنتهائية بناءً على اتفاق الخصوم ، وبحيث لا يجوز إستئناف هذه الأحكام في هذه الحالة ما لم يكن هناك بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، وعند ذلك يمكن الطعن فيها إستئنافاً دون الطعن بالإعادة أو (بالإلتماس)³ ، وكذلك يمكن الطعن بذات الطريق في الأحكام الصادرة في حال أن تم الطعن في الحكم ولكنه رُد من قبل محكمة الإستئناف أو من محكمة التمييز ، إذ في هذه الحالات يمكن أن يتم تقديم طلب لإعادة المحاكمة فيها⁴ .

يتبين لنا من ذلك أن المشرعين الأردني والبحريني قد اشترطا لقبول مثل هذا الطعن ، أن يكون الحكم قد استنفذ كافة طرق الطعن العادية بالأحكام ، وأن يقدم بقصد فسخ الحكم المطعون فيه أو إبطاله أو تعديله، و أن يهدف إلى سحب الحكم النهائي أو الحائز لقوة القضية المقضية ليفصل في الدعوى مجدداً⁵ ، وإلا كان هذا الطعن سابقاً لأوانه مستوجباً للرد⁶ . فمن إستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

ثانياً : الأحكام غير القابلة للطعن بطريق إعادة المحاكمة :

بعد بيان الأحكام القابلة للطعن وفقاً لهذا الطريق، يبقى لنا أن نتساءل عن تلك التي لا تقبل الطعن بطريق إعادة المحاكمة ؟

وللإجابة عن ذلك لابد من النظر إلى هذا الموضوع من زاويتين :

الأولى: وتتعلق بإمكانية الطعن بالأحكام وفق هذا الطريق من طرق الطعن من عدمه تبعاً لصفة المحكمة المصدرة للحكم المراد الطعن به .

الثانية: تتعلق بمضمون أو ذات الحكم المراد الطعن به وفق هذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام .

الحالة الأولى : وتتعلق بالأحكام غير القابلة للطعن وفق هذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام تبعاً لصفة

١ -ومحاكم الدرجة الثانية وفق أحكام القانون البحريني هي إما محكمة الاستئناف العليا المدنية أو المحكمة المدنية الكبرى بصفتها الاستئنافية في المادة (٨) من قانون محكمة التمييز وأخذ المشرع الأردني بموجب التعديل التشريعي للمادة (٤) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ١٧ سنة ٢٠٠١ والمعدل بموجب القانون رقم ٣١ سنة ٢٠٠٨ ، بفكرة الإختصاص المزدوج للمحاكم البدائية .

٢-محمد وليد المصري ، مرجع سابق ، ص (٣٩١) .

٣ - د . أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص (٩٠٨) . د . محمد وليد المصري ، مرجع سابق ، ص (٣٩١) .

٤ - د . محمد وليد المصري ، مرجع سابق ، ص (٣٩٢) .

٥ -محمود طهماز ، مرجع سابق ، ص (٢٣٥) .

٦ - د . مفلح القضاة ، مرجع سابق ، ص (٢٣٧) . د . محمد وليد المصري ، مرجع سابق ص (٣٩٢) .

المحكمة الصادرة للحكم المراد الطعن به، والتي منها :

١- الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز: الأصل أن الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز و باعتبارها أعلى سلطة قضائية في الهرم القضائي لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن بما فيها إعادة المحاكمة . وهذا الأصل هو ما نصت عليه المادة (٢٠٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ سنة ١٩٨٨ قبل تعديلها والتي بينت أنه:

« لا يجوز الطعن في أحكام محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن ».

غير أن المشرع الأردني أدخل تعديلاً على نص المادة المذكورة^١ وبحيث اعتبر ماورد فيها فقرةً (أولى) وأضاف إليها فقرةً (ثانية). ثم بعد ذلك قام بإلغاء الفقرة الثانية من المادة (٢٠٤) من القانون الأصلي واستعاض عنها بالنص الحالي^٢، حيث أصبحت المادة (٢٠٤) تنص على :

«١- لا يجوز الطعن في أحكام محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن.

٢- على الرغم مما ورد في الفقرة (١) من هذه المادة يجوز لمحكمة التمييز إعادة النظر في قرارها الصادر في أي قضية إذا تبين لها أنها قد ردت الطعن إستناداً لأي سبب شكلي خلافاً لحكم القانون بما في ذلك القرارات الصادرة عن رئيس محكمة التمييز أو من يفوضه والمتعلقة برد طلب منح الإذن».

أما القانون البحريني فقد أخذ بذات الحكم الوارد في المادة (٢٠٤) اصول محاكمات مدنية أردني قبل تعديله، حيث نصت المادة (٥٤) من المرسوم بقانون رقم ٨ سنة ١٩٨٩ والقاضي بإصدار قانون محكمة التمييز في مملكة البحرين^٣ على ما يلي :«لا يجوز الطعن في أحكام محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن».

مما يتبين معه أن المشرع البحريني جعل الأصل في ذلك ، هو عدم جواز الطعن بالحكم الصادر عن محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن بالأحكام ، والتي بأحكامها تستقر المراكز القانونية للخصوم ، فحكمها يعتبر نهاية المطاف بالنسبة للخصومة ، فلا يبقى بعد قولها قول، إضافة إلى أن الطعن بإعادة النظر يقتضي بحث الواقع ، ومحكمة التمييز هي محكمة قانون وليست محكمة واقع ، وهذا هو الأصل^٤.

١ -حيث اصبح نص المادة ٢٠٤ بعد التعديل بموجب القانون المعدل رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ باعتبار ماورد فيها فقرة ١ واطافة الفقرة ٢ اليها لتصبح « ... ٢ - على الرغم مما ورد في الفقرة ١ من هذه المادة يجوز لمحكمة التمييز اعادة النظر في قرارها الصادر في اي قضية اذا تبين لها انه قد تم رد الطعن شكلا نتيجة خطأ في احتساب المدة القانونية .»

٢ -حيث تم إلغاء نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٤) من القانون الأصلي واستعيز عنها بهذا النص بموجب القانون المعدل رقم ٢٠ سنة ٢٠٠٥ المنشور على الصفحة ٣٩٢٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٢٠ والصادر بتاريخ ١٥ /٩/ ٢٠٠٥ علماً بأنها كانت قد عدلت بموجب القانون المعدل رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢ والذي تم إلغاؤه بموجب الإعلان الصادر بمقتضى المادة (٩٤) من الدستور .

٣ --ذلك أنه يوجد قانون خاص بمحكمة التمييز في مملكة البحرين يجب العمل به وقد تم إلغاء كل ما يتعارض مع أحكامه من تشريعات حيث صدر مرسوم بقانون رقم (٨) سنة ١٩٨٩ بإصدار قانون محكمة التمييز .

٤ -د. أنور طلبه ، مرجع سابق ، ص(٩) . ومن الإستثناءات في القانون البحريني حالة نظر الدعوى موضوعاً سناً لنص المادة (٢٥) من قانون محكمة التمييز البحرينية .

أما المشرع الأردني فقد أبقى على عدم جواز الطعن بالأحكام الصادرة عن محكمة التمييز كقاعدة عامة، إلا أنه ورغم ذلك أضاف استثناءً على هذه القاعدة - وحسناً فعل في ذلك - بهدف تلافي العيوب الشكلية التي قد تلحق بالأحكام أياً كانت، فتحدث ضرراً قد لا يمكن تلافيه لو لم يتم إدخال هذا النص التشريعي، كالخطأ في احتساب المدد والمواعيد. فإذا ماقررت محكمة التمييز مثلاً، أو رئيسها أو من يفوضه في نظر طلب الإذن بالتمييز، رد التمييز أو طلب الإذن شكلاً لعلة تقديمه بعد فوات الميعاد نتيجة خطأ في احتسابه، كأن لا يراعى مثلاً أن آخر يوم في الميعاد صادف يوم عطلة رسمية، فتم احتساب المدد مع عدم أخذ ذلك بعين الاعتبار، فتبين للمحكمة «على خلاف الواقع» أن الطعن أو الطلب قد قُدم بعد فوات الميعاد، فقررت لذلك رده شكلاً، وبما يلحق الضرر هنا بالخصم. عند ذلك لا تملك هذه المحكمة إعادة النظر بقرارها المعبى لإنعدام صلاحيتها في ذلك، وهو الأمر الذي كان يتعذر تداركه سابقاً قبل تعديل النص التشريعي للمادة (٢٠٤) أصول المحاكمات المدنية الأردني، وذلك لوضوح النص بعدم جواز ذلك قبل التعديل. هذا من جهة ولعدم القدرة على الإجتهد في مورد النص في ذلك الحين من جهة أخرى، وهو ما أصبح الآن وبعد التعديل يمكن تلافيه من خلال تمكين محكمة التمييز، أو رئيسها أو من يفوضه من إعادة النظر في قرارها المطعون فيه لأي سبب شكلي خلافاً لحكم القانون.

والحقيقة أن هذا التعديل التشريعي يتفق والقانون، ويحقق العدالة، بما ينسجم وأهداف المشرع. فبما حيداً لو أخذ بهذا التعديل المشرع في مملكة البحرين، وهو دعا إليه أيضاً جانب من شراح قانون المرافعات البحريني إذ تمت المطالبة بضرورة تعديل التشريع بحيث يصبح من الجائز معه لمحكمة التمييز إعادة النظر في قرارها إذا تبين لها أنه قد تم رد الطعن شكلاً نتيجة خطأ في احتساب المدة القانونية، أو لأي سبب شكلي آخر خلافاً للقانون وبما يحقق العدالة وذلك لكونه لا يوجد أي طريق آخر للطعن بعد محكمة التمييز¹.

لذلك وفيما عدا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٠٤) أصول المحاكمات المدنية الأردني نجد أنه لا يمكن الطعن بأحكام محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن بالأحكام والتي منها إعادة المحاكمة أو «إعادة النظر». وهذا ما استقر عليه الإجتهد القضائي الأردني ممثلاً بإجتهد محكمة التمييز، والتي اعتبرت أن الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز تعتبر أحكاماً قطعية غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن والتي منها إعادة المحاكمة، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها² ما يلي:

« يعتبر الحكم الصادر عن محكمة التمييز قطعياً غير قابل لأي طريق من طرق الطعن عملاً بالمادة (٢٠٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية، وعليه فإن طلب إعادة المحاكمة وهو طريق من طرق الطعن بالأحكام طبقاً للمادة (٢١٣) من ذات القانون غير مقبول شكلاً، ذلك أن أحكام محكمة التمييز تصدر عن أعلى سلطة قضائية ولا يتصور إعادة النزاع بينها مرةً أخرى لأنها المرجع الأخير للتقاضي »

الحقيقة وأياً كان الاتجاه القانوني في هذه المسألة فإنه يمكننا القول أن هنالك بعض الإشكالات التي تشور في

١ - د. محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص (٤٣٧).

٢ - ت. ح رقم ٩٥/٣٦٧ المنشور على الصفحة ٢٥٩٤ من مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩٥.

هذا الشأن، ومنها تلك الحالة التي تتصدى من خلالها محكمة التمييز للفصل أو الحكم في موضوع النزاع¹ ويكون ذلك مثلاً عندما تقرر محكمة التمييز نقض قرار الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الثانية ومن ثم تعيدها إليها لتفصل فيها مجدداً موضوعاً ، إلا أنه وعند إصرار محكمة الدرجة الثانية على قرارها السابق ومن ثم الطعن أمام محكمة التمييز للمرة الثانية بالحكم المنقوض من قبلها ، فإنها ومنعاً لتميع الخصومة ولعدم إطالة أمد النزاع ، تتصدى للفصل في النزاع موضوعاً بعد نقض الحكم ، فهل يمكن عند ذلك الطعن بهذا الحكم الصادر عنها أمامها² ، وكذلك في حال أن نقضت محكمة التمييز الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للحكم أو الفصل فيه ، فهل يخضع عند ذلك قرارها الفاصل في الموضوع للطعن به أم لا ؟

الحقيقه أن هذه المسألة أيضاً كانت محل خلاف قانوني وفقهي ، فمثلاً المشرع الأردني لا يجيز في هذه الحالة الطعن بالحكم الصادر عن محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن بالأحكام حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٩٧ مدنية أردني على ما يلي «٤...- لمحكمة التمييز أن تحكم في الدعوى دون أن تعيدها الى مصدرها إذا كان الموضوع صالحاً للحكم ، والحكم الذي تصدره بهذه الصورة لا يقبل أي اعتراض أو مراجعة أخرى».

وأما المشرع البحريني فإنه لم ينص صراحة على ذلك من خلال نص المادتين (٢٥ و٢٦) من قانون محكمة التمييز إلا أنه ومن خلال الرجوع لأحكام المادة (٥٤) من ذات القانون ،يمكن القول بعدم جواز الطعن بأحكام محكمة التمييز بأي طرق من طرق الطعن بما فيها إعادة المحاكمة .

إلا أن بعض القوانين كالقانون السوري قد استثنى من القاعدة العامة - والتي مفادها عدم قابلية الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز (النقض) للطعن بأي طريق من طرق الطعن بما فيها إعادة المحاكمة - حالة تصديها للحكم في الموضوع³، حيث يمكن عندها الطعن بهذا الحكم بطريق إعادة المحاكمة ما دامت وبعد نقضها للحكم قد تصدت للموضوع وحكمت به⁴.

٢- الأحكام الصادرة عن قاضي الامور المستعجلة . مما لا شك فيه أن المشرع البحريني قد نص صراحةً ومن خلال نص المادة (٨) مكرر من قانون المرافعات المدنية على عدم جواز الطعن بالتماس إعادة النظر (إعادة المحاكمة) في الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة⁵.

١ -إذ نصت المادة (٢٥) من قانون محكمة التمييز البحريني ما يلي :«...ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه بكامله وبغير إتخاذ إجراء جديد أو كان الطعن للمرة الثانية وجب عليها الحكم في الموضوع ،ولها عند الإقتضاء تحديد جلسة لنظره » وأما المادة (٢٦) من ذات القانون فقد نصت على أنه:«يترب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام والإجراءات اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها. وإذا كان الحكم لم ينقض إلا في جزء منه بقي نافذاً في أجزائه الأخرى ما لم تكن مترتبة على الجزء المنقوض أو كانت التجزئة غير ممكنة »

٢ -محمود طهماز ، مرجع سابق ، ص (٣٣٦) .

٣ - محمود طهماز ، مرجع سابق ، ص (٣٣٦) .

٤ - د.صلاح الدين سلحدار ، مرجع سابق ، ص (٢٥٩) .

٥ -المادة (٨) مكرر مرافعات مدنية و تجارية إذ جاء فيها «...ولايجوز الطعن بالمعارضة أو التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة »

على العكس من القانون الأردني والذي كان سابقاً لايجيز الطعن بالأحكام الصادره في المواد المستعجلة بطريق إعادة المحاكمة ، وهو ماكان يظهر جلياً من خلال نص المادة (١٧٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية ، اذ جاء في فقرتها الثانية قبل إلغائها ومن ثم تعديلها ما يلي: «...٢- يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها ، وتبت المحكمة المختصة بهذا الإستئناف بقرار لايقبل أي طريق من طرق الطعن .»

ما يعني وفقاً لذلك النص أن الأحكام الصارة عن قاضي الأمور المستعجلة والتي تبت بها محكمة الإستئناف كانت لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن بالأحكام بما في ذلك طريقي التمييز وإعادة المحاكمة ،وهو الأصوب على ما نعتقد .

إلا أنه وبعد إلغاء النص السابق من المادة سابقة الذكر بموجب القانون المعدل رقم ١٤ سنه ٢٠٠١ ومن ثم الإستعاضه عنها بالنص الحالي والذي جاء فيه :

«٢٠٠- يجوز استئناف القرارات الصادره في الأمور المستعجلة ، أيا كانت المحكمة التي اصدرتها وتفصل محكمة الإستئناف المختصة في الطعن المقدم اليها بقرار لا يقبل الطعن بطريق التمييز الا بإذن من رئيس محكمة التمييز او من يفوضه بذلك».

مايعني وفق ماذهب اليه جانب من الشراح^١، أنه لم يرد أي نص صريح في القانون الأردني يستثني الأحكام المستعجلة من الطعن بإعادة المحاكمة، خاصة بعدما تم إلغاء نص الفقرة الثانية من المادة (١٧٦) اصول محاكمات مدنيه أردني المشار اليها سابقا ، معتبراً أن ذلك الإلغاء يدل على نية المشرع في العدول عن إعتبار قرارات محكمة الإستئناف الصادرة في الأمور المستعجلة لا تقبل اي طريق من طرق الطعن ، مُضيفاً أن إمكانية الرجوع عن القرار المستعجل إذا حصل تغيير في الوقائع المادية او المراكز القانونية للطرفين أو لأحدهما أو إذا ظهر لقاضي الأمور المستعجلة وقائع لم يكن على إطلاع عليها عند إصدار قراره السابق ، لايجب أن يكون مبرراً لحرمان الخصوم من طريق من طرق الطعن^٢ .

غير أن الحقيقة الماثلة هنا تكمن في أن الآراء الفقهية قد اختلفت حول قابلية الأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة للطعن بطريق إعادة المحاكمة أو إلتماس إعادة النظرمن عدمه ، خاصة مع غياب النص التشريعي الصريح على منع ذلك في بعض القوانين ومنها القانون الأردني. والذي نتمنى عليه الأخذ بما ذهب اليه المشرع البحريني في هذا الشأن وبحيث ينص صراحه على عدم جواز الطعن بإعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة. ورغم ذلك فإنه وبإستعراض هذه الآراء يمكن القول أنها تقسم الى قسمين:

١ - د. نشأت عبدالرحمن الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ، دراسة مقارنة .ج.١ ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٨ ، ص (٤٤٤).

٢ - د.نشأت عبدالرحمن الأخرس، المرجع السابق ، ص(٤٤٤) وما بعد.

الاول منها : يرى أن الأحكام المستعجلة يمكن الطعن فيها بإعادة المحاكمة «الإلتماس» إذا كانت إنتهائية وشابها سبب من أسباب الإلتماس أو الإعادة، شأنها في ذلك شأن غيرها من الأحكام¹. ويرى أنصار هذا الرأي أن النص القانوني جاء مطلقاً من حيث الإجازة للخصوم في كل الأحكام الإنتهائية بما في ذلك الأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة ، لأن النص القانوني جاء على صيغة الإطلاق وبالتالي فلا يجوز تخصيصه وقصره على فئة معينة من تلك الأحكام الإنتهائية²، وهو ما يعني جواز الطعن بالأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة بإعادة المحاكمة أو إلتماس إعادة النظر³. ويضيف اصحاب هذا الرأي⁴ أن الحكم الصادر في الإلتماس يحوز حجية وقتية لاتتقيد به محكمة الموضوع عند الفصل في موضوع النزاع بعد ذلك لأنه لايعتبر حجة عليها ، فإذا ما صدر الحكم في الموضوع قبل صدور الحكم بطلب إعادة المحاكمة «الإلتماس» ، فإن هذا يؤدي الى إعتبار الإلتماس منتهياً. ورغم ذلك فإن هذا لايبيرر عدم إجازة مثل هذا الطعن فيها لذلك.

وأما الفئة الثانية من الفقه⁵ ، فقد ذهب للقول: بأن الأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة لا تقبل الطعن بإعادة المحاكمة ، لأنها ذات صفة مؤقتة تتغير بتغير الظروف التي أدت إليها. إذ يجوز لقاضي الأمور المستعجلة تعديلها والرجوع عنها عند زوال الأسباب التي أدت إلى صدورها ، فهي أحكام ذات حجية وقتية لاتحوز قوة الأمرالمقضي فيه، وعليه يعتقد أصحاب هذا الرأي من الفقه أن الإجتهد الراجح يقول بعدم جواز قبول مثل هذا الطلب على الأحكام أوالقرارات المذكورة للأسباب آتفة الذكر. فطالما كان بإمكان الخصوم الرجوع إلى قاضي الأمور المستعجلة إذا تغيرت الظروف لا يكون هناك داع لطلب إعادة المحاكمة لتغير الظروف أو لحصول المرافعة في أصل الحق ، وبالتالي لإنتفاء الغاية أو الهدف من سلوك مثل هذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام ،فالهدف هنا دائماً سحب الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي به ليفصل في الدعوى من جديد من حيث الواقع والقانون⁶.ومن جهة أخرى يرى هذا الجانب من الفقه أن في إتاحة الفرصة للمحكوم عليه في الدعوى المستعجلة⁷،والذي فوت على نفسه فرصة الطعن إستئنافاً بالحكم المستعجل الصادر ضد مصلحته، مكافأة له رغم إهماله وتقصيره وأن ذلك يتنافى مع العدالة التي تأبى أن يكافئ المَهمل المُقصر، فمن فوت فرصة الطعن العادي بالحكم المستعجل إنما يعتبر حجةً عليه لقرينة القبول منه لهذا الحكم وإلا فما كان عليه إلا الطعن به مالم يكن عدم طعنه مرده إلى سبب لم يتبينه خلال مدة الطعن ، وعند ذلك فإن العدالة تقتضي السماح له بطلب إعادة المحاكمة لعدم وجود الإهمال والتقصير من قبله ، ولكوننا لا نستطيع القول أن عدم طعنه مرده القبول الضمني للحكم المستعجل رغم ما شابه من عيب لعدم علمه أصلاً بوجود ذلك العيب والذي تكشف له فيما بعد . والحقيقة اننا نميل إلى هذا الرأي لعدة أسباب منها :

- ١ - د.رمزي سيف ، مرجع سابق ،ص (٨٥٩).
- ٢ - د.علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ،ص (٦٥١) .
- ٣ - المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص (٩) ومابعد .و كذلك د. نشأت الأخرس ، مرجع سابق ،ص (٤٤٤) ومابعد.
- ٤ - المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص (٩) وما بعد.
- ٥ - د.رزق الله الأنطاكي ، مرجع سابق ، ص (٧٥٩) فقره (٥٢٥). د.أحمد هنيدي ، مرجع سابق ، ص(٤٢٢) فقره (٢٩٠). محمود طهماز ، مرجع سابق ص (٣٣٦) فقرة (٥٢٦).
- ٦ - د. مفلح القضاة ، مرجع سابق ، ص (٣٣٦-٣٣٨).
- ٧ - محمود طهماز ، مرجع سابق ، ص(٣٣٥-٣٣٦) هامش (١) .

أولاً: أن في عدم جواز الطعن بطريق إعادة المحاكمة كأصل عام ومبدأ في الأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة تحقيقاً للعدالة. إذ أننا نلجأ إلى القضاء المستعجل عندما يكون هنالك خطراً مُحدقاً قد لا يُمكن تدراكه إذا انقضى الزمن وهو ما يؤدي إلى التساؤل، هل دفع الخطر المُحدق وبصورة مؤقتة لا تستقر معه المراكز القانونية للأفراد يستدعي الطعن بالحكم إستثنافاً، ومن ثم تمييزاً بعد الحصول على إذن بذلك، أو إعادة للمحاكمة، خاصة ونحن نعلم بأن هذا الحكم لا يعتبر ذو حجة قاطعة على قاضي الموضوع والذي يجب عرض النزاع أمامه خلال مدة قد تقصراً وتقل عن المدة المتاحة للطعن به إستثنافاً¹، وبما يمكن معه تدارك حتى العيب أو النقص الذي اعترى الحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة .

ثانياً: أن الإجتهد القضائي الأردني كان وقبل التعديل التشريعي لنص المادة (٢/١٧٦) مدنية أردني قد حسم الأمر واستقر على عدم جواز الطعن بالأحكام الصادرة في الأمور المستعجلة بطريق التمييز أو إعادة المحاكمة. إذ وبالرجوع للإجتهد القضائي الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بهيئتها العامة²، يمكن القول أن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ما لم تتغير (الأحكام)، وحيث أن النص القانوني قد خلا من ذلك التجويز، وحيث أن الإجتهد يعتبر مصدراً تكميلياً من مصادر التشريع عند غياب النص، وحيث أن ما ذهب إليه الهيئة العامة لمحكمة التمييز هو أمر واجب الإحترام والعمل به ما لم يتم الرجوع عنه أو النص قانوناً على خلافه، وحيث أن ما كان مستقراً في السابق هو عدم جواز الطعن بالقرارات الصادرة في المسائل المستعجلة تمييزاً، أو إعادة، فإن هذا الأصل يجب أن يبقى على ما كان عليه، ويُستثنى من ذلك تلك الحالة الاستثنائية التي نص عليها المشرع صراحة بعد تعديل أحكام المادة (٢/١٧٦) أصول محاكمات مدنية أردني، والتي يمكن معها الطعن به تمييزاً في حالة حصول الطالب على إذن من رئيس محكمة التمييز أو من يفوضه بذلك. ولا يغيب عن الذهن هنا أن للرئيس أو من يفوضه سلطة تقديرية في منح الإذن من عدمه، فإذا لم يمنح الإذن يبقى الأصل قائماً على ما كان عليه والذي هو عدم جواز الطعن بالحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة تمييزاً، فإذا لم يتقيد الطاعن بذلك يرد طعنه شكلاً ودون البحث فيه موضوعاً. وإذا كانت الحالة هذه كذلك بالنسبة للتمييز، فمن باب أولى عدم قبول طلب إعادة المحاكمة بالحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة وذلك لإستقرار الإجتهد القضائي على ذلك. لذلك يرى الفقه أنه لا يجوز الطعن بالحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة إعادةً لإنهاء الغاية والسبب المبرر للجوء إلى هذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام³. وهو ما نراه في هذا الشأن .

الحالة الثانية: وتتعلق بالأحكام التي لا تقبل الطعن بها وفق هذا الطريق من طرق الطعن وذلك تبعاً لمضمون (لذات) الحكم المراد الطعن به، والتي منها :

١- الأحكام غير الحائزة لقوة القضية المقضية أو المكتسبة لصفة النهائية. إذ لم يُجز كل من المشرع الأردني والبحريني تقديم طلب إعادة المحاكمة إلا على الأحكام الحائزة لقوة القضية المقضية، أو النهائية، ما يعني أن

١ إذ يجب تقديم الدعوى للمطالبة بأصل الحق وفقاً لأحكام المادة (١٥٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني خلال ثمانية أيام من اليوم التالي لتاريخ صدور ذلك القرار. وخلال خمسة عشر يوماً وفق أحكام المادة (٣٠٨) من قانون المرافعات البحرين .

٢ -ت. ج. ٩٨/٩. ه.ع. ص (١٣٤٩)، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩٨. والذي جاء فيه «...وقد حددت المادة (٢/١٧٦) من ذات القانون طريق الطعن في الأحكام الصادرة في الأمور المستعجلة بأنها الطعن إستثنافاً فقط ولا تقبل الطعن بأي طريق آخر كالتمييز وإعتراض الغير، وإعادة المحاكمة... الخ».

٣ -د. رزق الله الأنطاكي، مرجع سابق، ص (٧٥٩). محمود طهماز، مرجع سابق، ص (٣٣٦).

المشرعين لم يُجيزا تقديم طلب الإعادة بقصد إلغاء أو تعديل الحكم إذا كان بإمكان الطالب الوصول إلى نفس الغاية عن طريق التصحيح (على ضوء ما سيتم بيانه لاحقاً)، أو عن طريق الطعن العادي كالإستئناف مثلاً، وإلا كان طلبه هذا سابقاً لأوانه، مستوجباً للرد، ذلك أنه لا يجوز اللجوء إلى هذا الطريق غير العادي من طرق الطعن بالأحكام إلا بعد إستنفاذها لكافة طرق الطعن العادية فيها، وهو ما يقتضيه الأصل والمبدأ العام في هذا الشأن، والذي أمكن من خلاله التمييز بين طرق الطعن العادية وغير العادية في الأحكام، إذ لا يجوز اللجوء إلى غير العادية قبل إستنفاذ العادية منها. إلا أن هنالك إشكالية غاية في الأهمية تثور في هذا الشأن، وتدور حول مسألة إغفال الحكم الفاصل في الموضوع لبعض الطلبات الموضوعية للخصوم في الدعوى، فهل يمكن- وكما ذكرت سابقاً- القول أن من الآثار المترتبة على صدور الحكم في الدعوى غل يد المحكمة عن نظر النزاع مجدداً وبحيث يمتنع عليها إعادة النظر فيه من قبلها بعد ذلك، فيما إذا تبين لها أنها قد أغفلت الحكم في هذه الطلبات على اعتبار أنها إستنفذت ولايتها في رؤية الدعوى؟ أم أنها ورغم ذلك تعتبر صاحبة الولاية والحق في إعادة نظر النزاع ومن ثم لا يعتبر عند ذلك حكمها نهائياً فيه، وبما يمكن معه القول بعدم جواز تقديم طلب إعادة المحاكمة في الدعوى لكون المحكمة لم تستنفذ ولايتها بعد بنظر النزاع، وهو ما يؤدي إلى رد الطعن بإعتباره سابقاً لأوانه لكونه لا ينصب إلا على حكم قضائي صدر في مسألة متنازع عليها، والإغفال هو جانبٌ سلبي، لا تكون المحكمة معه قد نظرت في موضوع النزاع بعد؟

الحقيقة أن الأنظمة القانونية والإجتهادات الفقهية قد تباينت في هذا الشأن. فمنها من قال¹ إذا كان الحكم الصادر في الدعوى والمُغفل لبعض الطلبات الموضوعية للخصم قد صدر بصورة نهائية، فإنه يكون من حق المضرور إقامة دعوى جديدة للمطالبة بالحق الموضوعي المُغفل الحكم له به في تلك الدعوى، وعند ذلك لا يحق له الطعن به وفق أي طريق من طرق الطعن بالأحكام العادية منها «كالإستئناف»، أو غير العادية كإعادة المحاكمة. لأنها لم تفصل بعد في الطلبات الموضوعية المغفلة، ولأن الطعن لا ينصب إلا على حكم فاصل في الموضوع، وهو الأمر غير المتوافر في هذا الشأن. ما يوجب عليه إقامة دعوى جديدة في الموضوع للمطالبة بها مادام أن الحكم قد صدر بصورة نهائية. فإذا لم يكن الحكم قد صدر بصورة نهائية، فإن الطعن وفق الطرق المقررة قانوناً للطعن به هو الطريق الطبيعي لعلاج الأحكام المشوبة بالعيب أو الخطأ². ما يعني أنه وفي حال صدور حكم قضائي مُغفلاً لبعض الطلبات الموضوعية للخصم، وكان طريق الطعن العادي به ما زال قائماً أمام المضرور، فإنه يستطيع الطعن به لتلافي العيب الذي شاب هذا الحكم و المتمثل في الإغفال، فإن تعذر عليه ذلك لصدور الحكم بصورة نهائية كما ذكر سابقاً، كان له أن يُقيم دعوى جديدة بتلك الطلبات الموضوعية المغفلة لا أن يطلب إعادة المحاكمة به، وذلك وفقاً للأنظمة القانونية التي لم تُعالج مسألة الإغفال بنص خاص كقانون اصول المحاكمات المدنية السوري والأردني رقم ٢٤ سنة ١٩٨٨ قبل تعديله بموجب القانون المعدل رقم ١٤ سنة ٢٠٠١.

في حين نجد أن أنظمة قانونية أخرى كالقانون الأردني بعد تعديله والقانون البحريني، قد ذهباً مذهباً مُغايراً في هذا الشأن. إذ أوجبا في هذه الحالة على الخصم المُغفلة بعض طلباته الموضوعية أن يتقدم ولذات المحكمة

١ -محمود طهماز، مرجع سابق، ص (٣٣٤).

٢ -د.وجدي راغب وآخرون ص (١٠٨٧-١٠٩١). د.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص (٩٠٧) فقرة (٤). د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص (٨٥٧) فقرة (٦٢٥).

المصدرة لهذا الحكم بطلب لتصحيح الحكم المذكور، لا الطعن به بأي طريق من طرق الطعن بالأحكام سواء العادية منها أو غير العادية، وإلا كان ذلك الطعن سابقاً لأوانه. حيث أخذ المشرع الأردني بهذا الحكم من خلال التعديل التشريعي لنص المادة (١٦٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية^١، إذ أضاف لها فقرة ثالثة، عالج من خلالها ذلك الأمر، حيث جاء فيها :

٣- « إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية، فعليها بناءً على طلب أحد الخصوم، أن تفصل في الطلبات التي أغفلتها بعد تبليغ الخصم الآخر بذلك ، ويخضع هذا الحكم لقواعد الطعن التي تسري على الحكم الأصلي . »

وهو ذات الحكم الذي كان قد أخذ به قبلاً المشرع البحريني ، إذ نص على ذلك من خلال المادة (١٩٠) مرافعات مدنية و تجارية بحريني^٢.

وهو ما ذهب إليه أيضاً الإجتهد القضائي في مملكة البحرين والذي اعتبر أن الطعن بالحكم المغفل لبعض الطلبات الموضوعية للخصوم يعتبر سابقاً لأوانه ، إذ يجب قبل ذلك على المضرور منه اللجوء إلى ذات المحكمة المصدرة لذلك الحكم سناً لأحكام المادة (١٩٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية من أجل تصحيحه ، لا أن يتقدم بطعن عليه ، لأن المحكمة المصدرة للحكم لم تستنفذ ولايتها بعد في نظر موضوع النزاع حتى يُطعن به أمام جهة طعن ، فقد خلصت محكمة التمييز البحرينية في أحد القرارات الصادرة عنها إلى أن^٣ :

« إغفال الفصل في طلب موضوعي .وسيلة تداركه .الرجوع إلى ذات المحكمة للفصل فيه...الخ» .

وعليه ووفقاً لما ذهب إليه الإجتهد القضائي السابق يجب الرجوع الى ذات المحكمة المصدرة للحكم من أجل إكمال ما شاب حكمها من نقص، ثم بعد ذلك يمكن لمن يُضار منه ،الطعن به، وفق طرق الطعن المتاحة للطعن به .

١ -وقد تم تعديل المادة (١٦٨) محاكمات مدنية أردني بموجب القانون رقم (١٤) سنة ٢٠٠١ والذي تم من خلاله إضافة الفقرة المذكورة. وأنظر فيما سبق د.صلاح الدين سلحدار المرجع السابق ص (٢٢٩) وقد أورد في الهامش (١) من ذات الصفحة قراراً لمحكمة النقض السورية ذي الرقم (٢٧٦-٢٢٨/٣/٩٧٠)، مجلة المحامون ص (٢٥٦) لعام ١٩٧٠. والذي تضمن «إن إغفال المحكمة في حكمها الفصل في تثبيت الحجز الإحتاطي لا يعتبر من الأخطاء المادية ، وإنما هو إغفال الفصل في أحد الطلبات الموضوعية ، يسوغ للمدعي ممارسة حقه المنصوص عليه في المادة ٢١٨ برفع دعوى جديدة أمام ذات المحكمة التي أغفلت الفصل في الطلب .» وأنظر كذلك أم محمود طهماز، المرجع السابق، ص (٣٣٥).

٢ -إذ نصت المادة (١٩٠) مرافعات مدنية و تجارية بحريني على أنه :«إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يبلغ خصمه بلائحة للحضور أمامها لنظر هذه الطلبات والحكم فيها . وتتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ،ويجري كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس وقضاة المحكمة . ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقه المنصوص عليه في الفقرة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح . أما القرار الذي يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على إستقلال» .

٣ - الطعن رقم ١٤٩ سنة ١٩٩٨ القاعدة ١٩٢ جلسة ٢٢ نوفمبر ١٩٩٨ ، ص (٦٩٤) مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة التاسعة (من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٨).

هذه الإشكالية دعت الفقه للتمييز بين طرق الطعن بالأحكام وبين تصحيح الأحكام . حيث أن التصحيح للحكم في حالة الإغفال يكون من قبل ذات المحكمة التي كانت تنظر موضوع النزاع قبل إصدارها للحكم المغفل لبعض الطلبات الموضوعية فيه ، بإعتبارها المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص لنظر النزاع وذلك لكونها لم تستنفذ بعد ولاية الفصل في هذه الطلبات الموضوعية المغفلة، ولا ينطبق عليها عند ذلك القاعدة التي مفادها أن إصدار المحكمة للحكم الفاصل في النزاع موضوعاً يؤدي إلى رفع أو غل يدها عن نظره مجدداً ، مما يتوجب معه على الخصم اللجوء إلى ذات المحكمة المصدرة للحكم، ومن ثم الطلب إليها تدارك هذا الإغفال أو النقص بمواجهة الخصم، ووفق الإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة .

في حين أن الطعن بالحكم إنما يكون الهدف منه هو سحب أو إلغاء أو نقض الحكم الصادر عنها في الموضوع ومن ثم إصدار قرار جديد في الموضوع يتم من خلاله تلافي ما اعترى الحكم المطعون فيه من عيب أو نقص¹ . وقد اعتبر الفقه أن مثل هذا الأمر غير متوافر في حالة الإغفال لعدم وجود حكم أصلاً في الموضوع حتى يتم بعد ذلك الحديث عن كيفية تصحيحه أو تعديله أو إلغائه .

وخلاصة القول هنا أن تقديم طلب إعادة المحاكمة في حكم لم يستنفذ بعد فرصة التصحيح أو فرصة الطعن العادي به إنما يكون - وكقاعدة عامة- طعنًا سابقاً لأوانه وبالتالي فإنه يكون غير مقبول ومستوجباً للرد شكلاً .

وكذلك الحال يجب أن ينصب طلب إعادة المحاكمة على الحكم الذي حاز قوة القضية المقضية ولا يمتد إلى الحكم الذي يقضي بتصديق ذلك الحكم لأنه بذلك يكون وارداً على حكم غير قابل له وبالتالي يكون قابل للرد شكلاً ، ذلك أن الحكم البدائي هو الحكم الذي حاز قوة القضية المقضية والذي يجوز الطعن به بإعادة المحاكمة . وإلى هذا ذهب الإجتهد القضائي الأردني ممثلاً بإجتهد محكمة التمييز الأردنية²، حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي:

«... ٢- إن طلب إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية لا يمتد إلى الأحكام التي تقضي بتصديق ذلك الحكم ، وعليه فيكون الطعن الموجه من المستدعي بإعادة المحاكمة للحكم التمييزي القاضي بالتصديق وارد على حكم غير قابل له وحقيقاً بالرد شكلاً لأن الحكم البدائي هو الحكم الذي حاز قوة القضية المقضية والذي يجوز الطعن به بإعادة المحاكمة .»

إضافة لما سبق يرى جانب من الفقه³ ، أن من الأحكام غير الجائز الطعن بها أيضاً وفقاً لهذا الطريق من طرق الطعن بالأحكام، تلك الأحكام الصادرة بصورة إنتهائية نتيجة إتفاق الخصوم ، فإذا تم الإتفاق على نهاية الحكم قبل صدوره ، ثم صدر باطلاً أو مبنياً على إجراءات باطلة جاز إستئنافه دون الطعن فيه بالإلتماس ، وذات الحكم ينطبق حال صدور الحكم بناءً على غش الخصم أو تدليسه فهو يقبل هنا الطعن إستئنافاً ولا يقبل الإلتماس .

١ - محمود طهماز ، مرجع سابق، ص(٢٨٩). د.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص(٧٦٦) .

٢ - ت.ج (١٢٠٥ / ٩١) ف/٢ ص ٩٠٩ لسنة ١٩٩٣ .

٣ - د. أحمد أبو الوفا ص ٩٠٨، المرجع السابق .

٢- الأحكام الصاردة برفض طلب إعادة المحاكمة أو الحكم في موضوعه:

يمكن القول أن المشرعين الأردني¹ و البحريني² قد نصا صراحةً على عدم جواز الطعن بإعادة المحاكمة بالأحكام الصاردة نتيجة طلب إعادة محاكمة سابق ، إذ لا يجوز قبول طلب إعادة المحاكمة إذا انصب على الطعن بالحكم الذي صدر برفض طلب إعادة محاكمة سابق أو الذي صدر في الموضوع بعد قبول طلب إعادة محاكمة سابق³. حيث يتمتع الطعن بالإعادة في الحكم الواحد مرة أخرى عملاً بالقاعدة القائلة « الإعادة لا تجوز بعد الإعادة»⁴. لأن الهدف من قواعد المرافعات (الأصول) هو تحقيق استقرار الأحكام ووضع حد نهائي للتقاضي⁵. غير أن الخلاف الفقهي ظهر في هذا الشأن ودار حول مسألتين⁶:

الأولى : وتتعلق بمن يتمتع عليه من الخصوم طلب الإعادة . أي تتعلق بنطاق المنع، حيث ذهب جانب من الفقه إلى قصر هذا المنع على المدعي وحده دون المدعى عليه في دعوى الإعادة ، والذي يجوز له أن يطلب الإعادة اذا كان الميعاد ممتداً⁷ وشريطة توافر سبب من الأسباب التي وردت في التشريع على سبيل الحصر تحت طائلة عدم قبول الطعن من جانب المدعي عليه بإعادة المحاكمة ، أو في الإلتماس⁸. في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن المنع ينصرف إلى المدعي كما ينصرف إلى المدعى عليه أي (الملتمس والملتمس ضده) وذلك لعموم النص الذي أقر هذا المنع ، عملاً بالقاعدة المقررة بالمعارضة⁹.

والثانية : تتعلق بجواز الطعن بإعادة المحاكمة مرة ثانية في حكم سبق الطعن به بهذا الطريق، إذا بُني على أسباب أخرى غير تلك التي بُني عليها الطعن الأول . وهنا أيضاً يرى جانب من الفقه أن قواعد العدالة تقضي بجواز ذلك مادامت شروط قبول (إلتماس) إعادة النظر متوفرة¹⁰. وإن كان من الفقه من يرى أن هذا الجواز وبإعتباره خروجاً عن الأصل الذي مفاده عدم قبول طلب إعادة المحاكمة ضد حكم طعن فيه بطلب إعادة سابق، لا يكون إلا إذا بُني على سبب ظهر في وقت لاحق للحكم الصادر في الطعن الأول¹¹.

وأما الرأي المخالف لذلك، والذي تبناه أغلب الفقه ، فإنه يقول بعدم جواز الطعن بإعادة النظر في المحاكمة

- ١ - وذلك من خلال المادة (٢٢٢) اصول مدنية أردني والتي نصت على ما يلي :«لا يجوز طلب إعادة المحاكمة بشأن الحكم الذي يصدر برفض طلب إعادة المحاكمة أو الحكم في موضوعه»
- ٢ -حيث نصت المادة (٢٣٢)مرافعات بحريني على ما يلي :«لايقبل طلب إعادة المحاكمة ثانية على حكم صدر بناءً على حكم أُعيدت المحاكمة عليه»
- ٣ -محمود طهماز ، مرجع سابق ، ص(٢٣٦) .د.محمد وليد المصري ، مرجع سابق، ص(٣٩٣). د.مفلح القضاة ،مرجع سابق ، ص (٣٣٧). د. عباس العبودي ، مرجع سابق ص (٤١٤).
- ٤ -د.أحمد هنيدي ، مرجع سابق ص(٤٢٣) .د.أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ،ص(٩٠٩) .
- ٥ -د.علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص (٦٥٠).
- ٦ -د.مفلح القضاة ، مرجع سابق ،ص(٣٣٧).
- ٧ -د.أحمد هنيدي ، مرجع سابق ، ص (٤٢٣) .
- ٨ - د. أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص(٩٠٩).
- ٩ -د. رمزي سيف ، مرجع سابق، ص(٨٦٠) فقره(٦٢٦) . د.علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص(٦٥٠). د.مفلح القضاة ، مرجع سابق ، ص(٣٣٧).
- ١٠ -د.علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص (٦٥٠).
- ١١ -د.أحمد هنيدي ، مرجع سابق، ص(٤٢٣) .

(الإلتماس) بشأن حكم سبق الطعن فيه بهذا الطريق حتى وإن بُني الطعن الثاني على أسباب أخرى مختلفة عن تلك الأسباب التي بُني عليها الطعن الأول¹، بل حتى ولو كانت هذه الأسباب لم تتكشف إلا بعد الحكم بعدم قبول الطعن الأول أو رفضه، حيث بين هذا الجانب من الفقه أن أساس هذه القاعدة، إنما مرده إلى ضرورة منع تعدد طريق الطعن الواحد عن ذات الحكم حسماً للنزاع وحتى تستقر المراكز القانونية للخصوم².

والذي نراه في هذا الشأن، ومع وضوح نص المادة (٢٢٢) أصول محاكمات مدنية أردني أن المشرع لم يجز لكلا الخصوم طلب الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة برفض طلب إعادة محاكمة سابق، أو في تلك التي تصدر في الموضوع بعد قبول طلب إعادة المحاكمة السابق، وسواء بُني هذا الطعن الثاني على ذات الأسباب أو على أسباب أخرى جديدة مالم تكن هذه الأسباب الجديدة خفية على الخصوم عند تقديم الطلب السابق إذ نرى أنه يجوز لهم عندئذ تقديم الطلب، طبقاً لمبدأ حُسن النية والذي يقتضي ألا يُضار من كان حسن النية من الخصوم من الحكم الصادر في الدعوى، وبحيث تُتيح له سلوك هذا الطريق من طرق الطعن مرة أخرى، بناءً على سبب جديد لم يكن يسهل عليه تبيّنه أو لم يكن قد تبيّنه فعلاً « فمثلاً لا يمكن عدالة حظر الطعن في حكم صدر بناءً على غش أو حيلة من الخصم، فيكافئ هذا الخصم سيء النية، بأن نمنع على خصمه حسن النية سلوك هذا الطريق من طرق الطعن» .

وهو ذات الحكم الذي أخذ به المشرع البحريني، من خلال نص المادة (٢٣٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني والتي بينت أنه :

« لا يقبل طلب إعادة المحاكمة ثانيةً على حكم صدر بناءً على حكم أعيدت المحاكمة عليه . »

ينبني على ذلك أيضاً أنه لا يجوز الطعن بالحكم الصادر برفض الإعادة أو الإلتماس والحكم الصادر بموضوع الدعوى بعد قبول الإعادة (الإلتماس)، كما أنه لا يجوز الطعن فيهما بالإستئناف إذ الفرض أنهما صادران من محكمة تفصل في الدعوى نهائياً³.

وخلاصة الأمر أن المشرع الأردني ومن خلال المادة (٢٢٢) محاكمات مدنية⁴. وكذلك البحريني من خلال المادة (٢٣٢) مرافعات مدنية وتجارية، قد بيّنا أنه لا يجوز الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الحكم الذي يصدر برفض طلب إعادة المحاكمة شكلاً أو موضوعاً أو الذي يصدر بقبول طلب إعادة المحاكمة والحكم في الموضوع من جديد. والحقيقة أنهما قصداً من خلال هذا الحكم وضع حد نهائي لتكرار عمليات الطعن في الأحكام التي تصدر نتيجة دعاوى إعادة المحاكمة، واستقراراً للمراكز القانونية للأشخاص.

١ - د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص (٩٠٨). د. محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص (٣٩٣). د. مفلح القضاة، مرجع سابق، ص (٣٣٧).

٢ - د. رمزي سيف، مرجع سابق ص (٨٦٠)، الفقرة (٨٢٦).

٣ - د. رمزي سيف ص ٨٧٤، المرجع السابق.

٤ - إذ نصت على أنه «لا يجوز طلب إعادة المحاكمة بشأن الحكم الذي يصدر برفض طلب إعادة المحاكمة أو الحكم في موضوعه».

المطلب السادس

الكفالة

إذ اشترطت بعض القوانين على طالب الإعادة إيداع تأمين محدد بالقانون عند تقديم الطعن وذلك على سبيل الكفالة¹، ضمن المدة القانونية، ويختلف مقدارها باختلاف الدعوى ويعتبر دفع الرسم وإيداع التأمينات المحددة قانوناً شرطاً لقيود الطلب وحفظ الميعاد². أما المشرع الأردني فقد إكتفى ومن خلال نص المادة (٢٢٠) أصول محاكمات مدنية بالحكم على مُقدم طلب إعادة المحاكمة بغرامة مقدارها (١٥٠) ديناراً والرسم والمصاريف وذلك إذا حكم برد الطلب ولم يشترط دفع تأمين أو تقديم كفالة. لذلك يا حبذا لو أخذ بهذا الحكم المشرع الأردني لكونه الأفضل والأكثر إثباتاً لجدية الطالب، والذي قد يتعذر إما لعدم يساره أو لأي سبب آخر، تحصيل الغرامة المنصوص عليها منه. غير أنه يمكن هنا بيان عدة نقاط غاية في الأهمية منها:

- 1- أن المشرع في مملكة البحرين لم ينص لاعلى وجوب إلزام الطاعن بالغرامة إن هو خسر طعنه أسوة بما ذهب إليه المشرع الأردني من خلال نص المادة (٢٢٠) أصول مدنية، ولا على إلزام الطاعن بما أوجبه المشرع الكويتي أيضاً من وجوب إيداع الطالب للكفالة، حسب نص المادة (١٥٠) مرافعات كويتي، أو للتأمين القانوني كالقانون السوري³، وهو ما يدعو للقول هنا : حبذا لو نص المشرع البحريني على ذلك وبحيث يضيف نص مماثل لنص المادة (٢٢٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، أو لنص المادة (١٥٠) مرافعات كويتي .
- 2- وأما المشرع الأردني فيا حبذا لو أضاف لنص المادة (٢٢٠) مدنية أردني، وجوب إلزام الطاعن بإيداع تأمين أو كفالة يقدر مقدارها بموجب القانون ويتوجب إيداعه في صندوق المحكمة لحساب دعوى إعادة المحاكمة المراد إقامتها تحت طائلة رد الدعوى شكلاً وذلك بالإضافة للغرامة المنصوص عليها في المادة (٢٢٠) المذكورة ، وذلك إثباتاً لجدية الطاعن بمثل هذا الطعن غير العادي في الأحكام. وكذلك لضمان فرض الجزاء عليه فيما إذا تبين أنه غير محق في طعنه أو طلبه هذا .
- 3- كذلك يا حبذا لو نص المشرع الأردني على وجوب إلزام الطاعن غير المحق في طعنه بالتعويض للمضرور إن كان له مقتضى قانوني ، وذلك أخذاً بما نص عليه المشرع في مملكة البحرين والذي أورد نصاً عاماً مفاده⁴: «إذا قُصد من الدعوى أو الدفاع فيها مجرد الكيد، جاز الحكم بالتعويض على من قصد ذلك».

١ - ومن هذه التشريعات القانون الكويتي إذ جاء في المادة. ١٥٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ما يلي : «...ويتعين على رافع الالتماس أن يودع عند تقديم صحيفته على سبيل الكفالة عشرون ديناراً إذا كان الحكم الملتمس فيه صادراً من محكمة جزئية «الصلح» أو المحكمة الكلية «البداية» وخمسين ديناراً إذا كان صادراً من محكمة الاستئناف، ولاتقبل إدارة الكتاب صحيفة الالتماس إذا لم يصحبها بما يثبت إيداع الكفالة...».

٢ -أ.محمود طهماز، ص ٣٥١، المرجع السابق .

٣ - د.رزق الله الأنطاكي ، مرجع سابق، ص (٧٦٢) .

٤ المادة (١٩٨) قانون مرفعات المدنية و التجارية البحريني .

على أن يترك أمر تقديره للمحكمة بناءً على طلب المضرور. (ليس في هذا النوع من الطعون فقط، بل وفي باقي أنواع الطعون، وكذلك في حالتها الطلب والدفع الكيديين في الدعوى) إضافة للغرامة المنصوص عليها والرسوم والمصاريف (ومصادرة الكفالة على فرض النص عليها بعد التعديل). ولعل في الحكم بالتعويض هنا مخرجاً لمن يتورع عن طلب الفائدة القانونية في دعواه.

والحقيقة أن نص المادة (١٩٨) مرافعات مدنية وتجارية بحريني يتفق ومبادئ العدالة ولا يمس حق التقاضي الذي يجيز للخصم في الدعوى بذل كل السبل المشروعة لحماية وإثبات الحق الذي يدعيه سواء في الطلب أو الدفع دونما مساءلة له في ذلك، وإن ما يقصد هنا هو دفع الكيد والإضرار المتمثل في المماطلة والتسويف وغيرها من الضروب التي تعتبر من قبيل التعسف وسوء النية، فقصد الكيد والإضرار هنا هو ما يعطي للمحكمة الحق وبما لها من سلطة تقديرية في أن تقضي على الخصم بالتعويض إن وجدت لذلك مبرراً قانونياً .

وكذلك فإننا نميل في الرأي هنا، إلى وجوب تعديل التشريع الأردني والبحريني لكي يوجب كلاً منهما تقديم التأمين أو إرفاق الكفالة مع مثل هذا النوع من الطعون، لمصادرتها إن كان الطاعن غير محق في طعنه، إضافة لإلزامه بالتضمينات على سبيل الوجوب أن كان لها مقتضى عند طلب الخصم لذلك وليس على سبيل الجواز للمحكمة كما هو الأمر وفق أحكام المادة (١٩٨) مرافعات مدنية و تجارية بحريني، وذلك منعاً للإضرار و استقراراً للأحكام القضائية وتحسيناً لها من أي طعن غير جدي أو غير مبني على أساس صحيح من الواقع أو القانون.

المطلب السابع

إجراءات تقديم طلب إعادة المحاكمة

إذ بين كل من المشرع الأردني² والبحريني³ أنه يشترط لقبول طلب إعادة المحاكمة وجوب تقديمه أمام ذات المحكمة المصدرة للحكم المراد إعادة المحاكمة فيه، ووفق ذات الإجراءات الواجب إتباعها عند رفع الدعوى⁴، لذلك اشترطت المادة (٢١٦) مدنية أردني لقبول هذا الطلب مايلي :

أولاً : وجوب تقديم الطلب باستدعاء أو ألائحة أو بصحيفة للمحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى وبحيث تودع إلى قلم المحكمة المختصة التي أصدرت الحكم، ويجب أن تراعى عند ذلك الأوضاع والأصول والإجراءات القانونية المقررة والمعتادة لرفع الدعوى⁵، سواء من حيث إجراءات التسجيل أو دفع الرسوم أو التبليغ أو تبادل اللوائح...ألخ. فإذا أوجب القانون ذلك، يجب أن يراعى عند ذلك ماورد بنصوص القانون،

١ - د. أنور طلبه، مرجع سابق، ص(٩٩).

٢ - المادة (٢١٦) قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

٣ - المادة (٢٣٠ و٢٣١) قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني .

٤ - د. مفلح القضاة، مرجع سابق ص(٣٤٤).

٥ - المادتين (٥٧ و٥٦) أصول محاكمات مدنية أردني وغيرها من نصوص القانون، وكذلك المادة (٧) من قانون محاكم الصلح رقم ١٥ سنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٨٨ والمعدل بموجب القانون رقم ١٣ سنة ٢٠٠١، والتي جاء فيها «تقيد الدعوى عند تقديمها الى قاضي الصلح وترسل صورة عن محضرها مربوطة بسند التبليغ يبين فيها لزوم حضور المدعى عليه في اليوم المعين للمحاكمة وتجري التبليغات وفقاً للأصول المتبعة في قانون أصول المحاكمات المدنية» .

والتي أوجبت على الخصوم أن يقدموا لوائحهم في الدعوى من أصل وصور بعدد الخصوم في الدعوى... الخ ، وفي هذا الشأن لا يشترط -وكما بينت سابقاً- أن تكون هذه المحكمة مشكلة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم موضوع الطلب، إذ قد يكون بعضهم توفى أو نقل أو زالت صفته... الخ، فعند ذلك يجوز تقديم الطلب إلى الهيئة التي حلت محل الهيئة التي أصدرت الحكم¹، وهي ذات الإجراءات التي نص عليها وأوجبها المشرع البحريني من خلال نص المواد (٢٣-٣٩) وغيرها من نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني .

ثانياً : وجوب إشتمال الإستدعاء على بيان الحكم المطعون فيه وأسباب الطعن تحت طائلة بطلان الإستدعاء². والغاية من ذلك هي بسط رقابة المحكمة على الدعوى ، فتتأكد مثلاً من بناء الطلب أو الطعن على سبب أو أكثر من الأسباب الحصرية الوارد ذكرها في المادة (٢١٣) قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني ، ومن أنه قد تم تقديمه وفق الشروط الواجب توافرها قانوناً لقبوله تحت طائلة رده أو عدم قبوله شكلاً حال تقديمه غير مستوفياً لهذه الشروط والتي منها مثلاً وجوب تقديمه ضمن الميعاد المقرر قانوناً تبعاً لكل حالة من الحالات المنصوص عليها قانوناً لقبوله . وكذلك الأصل أن يُبنى الطعن على سبب أو أكثر من الأسباب المبينة قانوناً والتي يجوز معها طلب إعادة المحاكمة ، وبحيث لا يجوز للمحكمة أن تعيد النظر إلا في تلك الطلبات التي تناولها إستدعاء إعادة المحاكمة وذلك سندا لأحكام المادة (٢/٢١٦) والمادة (٢/٢١٨) أصول محاكمات مدنية أردني³ . وإن كان من الفقه من يرى أن الحكمة الأخرى المبتغاة من ذكر أسباب الطعن إنما ترجع إلى أن الأسباب تعد بياناً لموضوع الحكم فإذا خلا الطلب من السبب عندها سيكون خالياً من موضوعه ويصعب عند ذلك على الخصم الآخر معرفته فيتعذر عليه أن يهيئ دفاعه وذلك لجهله بموضوع النزاع⁴ ، فالمدعى عليه لا يسأل إلا عن دعوى واضحة حتى يتمكن من تقديم دفوعه وطلباته فيها .

ثالثاً : أوجب القانون» وحتى تكون اجراءات تقديم طلب إعادة المحاكمة صحيحة وموافقة للقانون والأصول» على الخصم طالب إعادة المحاكمة دفع الرسوم القانونية المنصوص عليها في نظام رسوم المحاكم ضمن المدة القانونية ، حيث يعتبر دفع الرسوم شرطاً لقيود الطلب وقبوله⁵ . فبالرجوع لأحكام المادة (٥) من جدول الرسوم الملحق بنظام رسوم المحاكم الأردني نجدها قد أوجبت في هذه الحالة دفع نصف الرسم المقرر على الدعوى الأصلية لقبول الطلب ، على أنه في حال تعدد المستدعين (المدعين) في نفس الطلب ، فيكتفى أن يدفع من قبلهم مجتمعين نصف الرسم المقرر على الدعوى الأصلية مادام أن مصلحة المستدعين ، وإن تعددوا ، هي واحدة في الطلب⁶ .

- ١ . د. مفلح القضاة ، مرجع سابق ، ص(٣٤٤) . د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص(٤٢٧) .
- ٢ . د. رزق الله الأنطاكي ، مرجع سابق ، ص(٧٦٢) . د. مفلح القضاة ، مرجع سابق ، ص(٣٤٤) . د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص (٤٢٧) .
- ٣ - إذ نصت المادة (٢١٨) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني على ما يلي «١- لا تُعِيد المحكمة النظر إلا في الطلبات التي تناولها الاستدعاء ٢- للخصم أن يطلب إعادة المحاكمة تبعياً ولو إنقضى الميعاد بالنسبة اليه على أن لا يتجاوز ذلك ختام المحاكمة . ويسقط طلب إعادة المحاكمة التبعية إذا حكم بعدم قبول طلب إعادة المحاكمة الأصلي شكلاً» .
- ٤ . د. عباس العبودي ، مرجع سابق ص (٤٢٨) .
- ٥ إذ نصت المادة (٢/٢١٦) قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني «...على الطالب ان يقوم في الميعاد المنصوص عليه في المادة السابقة بدفع الرسوم القانونية المنصوص عليها في نظام رسوم المحاكم» .
- ٦ . د. رزق الله الأنطاكي ، مرجع سابق ص(٧٦٢) .

المطلب الثامن

الأسباب المبررة لطلب إعادة المحاكمة

ذلك أن كل من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ومن خلال نص المادة (٢١٣) منه ، و قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني وذلك من خلال نص المادة (٢٢٩) منه ،قد اشترطا لقبول طلب إعادة المحاكمة ضرورة توافر سبب أو حالة واحدة على الأقل من الحالات أو الأسباب الحصرية التي تم بيانها من خلال هاتين المادتين ، وهي الحالات المبررة لقبول هذا الطلب وتقديمه، وإلا كان مصيره عدم القبول أو الرد، وفقاً لأحكام القانون الأردني لوضوح نص الفقرة الثانية من المادة (٢١٦) المذكورة، والتي أوجبت على الطالب أن يُضمن طلبه الحكم المطعون فيه ،بأسباب الطعن تحت طائلة البطلان. وهو الأمر الذي لم ينص عليه صراحة القانون البحريني ما يجعل النص وكما ذكرنا سابقاً بحاجة إلى الإكمال بوضع الجزاء والمتمثل في البطلان ،ذلك أنه لا بطلان إلا بنص .

وأخيراً لا بد من القول هنا أن من الآثار المترتبة على توافر أو تحقق تلك الشروط ،هو قبول طلب إعادة المحاكمة ، مما يترتب عليه صدور حكم جديد يحل محل الحكم السابق المطعون فيه^١. وهو الحكم الذي أصبح ملغياً بعد صدور الحكم الجديد كلياً أو جزئياً وذلك فيما يتعلق بالجزء الذي قُبلت فيه إعادة ، وعندها تعود الخصومة إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه^٢.وهنا يجب على المحكمة أن تراعي من خلال هذا الحكم الجديد بعض القواعد القانونية المتمثلة في تقيدها بحدود ما ورد بالطعن من أسباب، فلا يجوز لها المساس بالإجراءات التي تمت صحيحة في الدعوى ولم يرد عليها الطعن، ولا تتأثر بما لم يرد عليه الطعن، وكذلك يجب عليها ألا تحكم للطاعن بأكثر مما كان قد طلبه في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه^٣، وإلا كان قرارها معيباً عيباً يحق للخصم معه أن يطعن بهذا الحكم وفق الطرق المقررة للطعن بالأحكام . فإذا قُبل الطعن عندها يحل الحكم الجديد محل الحكم الملغى كلياً أو جزئياً ، كنتيجة لقبول طلب إعادة المحاكمة ما لم تكن الخصومة قد إنتهت قبل الفصل في موضوع الدعوى للتقادم أو لأي سبب آخر مُنهي للخصومة قبل ذلك ، ولا يوجد ما يمنع قانوناً أن تحكم المحكمة في قبول إعادة و في موضوع الدعوى بحكم واحد شريطة أن يكون الخصوم قد أبدوا طلباتهم في الموضوع^٤.

١ . رزق الله الأنطاكي ، مرجع سابق ، ص(٧٦٣) . وكذلك د.عباس العبودي ، مرجع سابق ص(٤٣١).

٢ .د.أحمد هنيدي ، مرجع سابق ، ص (٤٢٥) .

٣ .د.علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص(٦٧٢) .

٤ .د.أحمد هنيدي ، مرجع سابق ، ص(٤٢٥) .

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة، والتي رأينا أن نقصرها على البحث في الشروط الواجب توافرها لقبول طعن الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الحكم الصادر في الدعوى المدنية وفقاً لأحكام القانونين الأردني والبحريني، لاعتقادنا بأنه من أهم المواضيع العملية وإن قيل بأنه ليس من أكثرها طريقياً أمام القضاء. فإعادة المحاكمة في حكم كان قد صدر عن القضاء بصورته النهائية والتي يفترض أن تستقر معه المراكز القانونية للأفراد، لا بد وأن يكون لأسباب غير عادية لا يستقيم معها ميزان العدالة مما يقتضي إعادة النظر بها للرجوع فيها إلى طريق العدالة، فالرجوع للحق خير من التماذي في الباطل. وعندها لامجال للحديث عن استقرار للمراكز القانونية للأشخاص، فما بني على باطل فهو باطل. ومن جهة أخرى فإن ما دفعنا لنقصرها عليها هو أن شروط القبول هي جوهر الإعادة، خاصة إذا ما علمنا أن الحالات الواجب توافرها مجتمعة أو منفردة لتبرير طلب الإعادة، ما هي بمجملها إلا شرط لا بد من توافره مع باقي هذه الشروط لقبول هذا الطلب، فإذا لم يتوافر هذا الشرط مع باقيها كان هذا الطلب ناقصاً خالياً من سببه مستوجب الإكمال تحت طائلة الرد أو عدم القبول.

التوصيات

لقد سعينا عند إعداد هذا البحث للوقوف قدر المستطاع على المسائل الخلافية بين القانونين الأردني والبحريني إن وجدت لعلنا من خلال ذلك نقترح ما نرى أنه الأكثر عدالة والأقرب للحق، وإلا وفي حال عدم وجود ذلك، فقد سعينا جاهدين لبيان ما يجب إكماله أو تعديله من نصوص هذا القانون الوضعي أو ذاك، إذ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، لذلك فقد توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى عدة توصيات يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

1. وفيما يتعلق بالقانون البحريني يا حبذا لو قام المشرع البحريني بإدخال التعديلات التالية :

أ- على نص المادة (٢٣٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فيما يتعلق بوجود إشمال الطعن على بيان الحكم المطعون فيه وأسباب الطعن تحت طائلة البطلان. وكذلك فيما يتعلق بتقصير ميعاد الطعن بالحكم وفق هذا الطريق بأن يجعله (٣٠) يوماً عوضاً عن (٤٥) يوم، إضافة إلى وجوب إكماله لنص هذه المادة وبحيث يقوم من خلال ذلك التعديل ببيان الوقت الذي أغفل بيانه من خلالها والمتعلق ببيان بدء سريان الميعاد بالنسبة لحالتي (قضاء الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. وكذلك حالة صدور حكمين متناقضين من محكمة واحدة... الخ) وهي الحالات المنصوص عليها في الفقرتين (٤، ٥) من المادة (٢٢٩) قانون مرافعات المدنية والتجارية البحريني.

ب- على نص المادة (٥٤) من قانون محكمة التمييز بحيث يصبح من الجائز معه لمحكمة التمييز إعادة النظر في قرارها إذا تبين لها أنه قد تم رد الطعن شكلاً نتيجة خطأ في احتساب المدة القانونية، أو لأي سبب شكلي آخر خلافاً للقانون وبما يحقق العدالة وذلك لكونه لا يوجد أي طريق آخر للطعن بعد حكم محكمة التمييز.

ج- إضافة نص مماثل لما نص عليه المشرع الأردني من خلال نص المادة (٢٢٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية، يتضمن إلزام الطاعن وفق هذا الطريق بالغرامة حال رد طلبه وإن كنا نرى أن يتضمن هذا التعديل إلزام الطاعن بوجوب إرفاق الكفالة مع طلبه أو طعنه هذا وذلك تسهيلاً لمصادرتها حال تبين للمحكمة كيدية الطلب.

2. فيما يتعلق بالقانون الأردني والذي نتمنى عليه القيام بالتعديلات التالية:

أ- وجوب تعديل نص المادة (١٧٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية، وبحيث يتم من خلال ذلك النص صراحة على عدم جواز الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة في المسائل أو الطلبات أو الدعاوى المستعجلة. وذلك ما لم يرى المشرع الأردني النص على ذلك المنع بنص خاص .

ب- أن يقوم بإضافة نص إلى المادة (٢١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية مفاده «ويترتب على عدم مراعاة الميعاد السابق سقوط الحق في الطعن بالحكم وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها».

ج- تعديل المادة (٢٢٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية، وبحيث يتضمن التعديل وجوب إلزام الطاعن وفق هذا الطريق بتقديم كفالة، أو بإيداع تأمين نقدي يقرر المشرع مقداره ووجوب إيداعه في صندوق المحكمة لحساب هذه الدعوى أو هذا الطلب، ويأجبذا لو أخذ أيضاً المشرع الأردني بما أخذ به المشرع البحريني من خلال نص المادة (١٩٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية والمتضمن القضاء بالتعويض أيضاً للمضروب من الطلب أو الدفع أو الطعن حال أن تبين للمحكمة أن خصمه كان يقصد الكيد والمماطلة والتسويف، وبالإجمال الإضرار به من خلال ذلك.

قائمة المراجع

أولاً. المراجع :

1. د.أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ٢٠٠٧ .
2. د.أحمد هنيدي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ،الدار الجامعية ، بيروت ١٩٨٩ .
3. أنس حسن الخمرة ،الدعوى من البداية الى النهاية ، ط ٣ ، د.ن عمان .
4. المستشار أنور طلبه ،موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ،ج ٥ ،دار الكتب القانونية ٢٠٠٣ .
5. د.رزق الله الأنطاكي،أصول المحاكمات في المواد المدنية و التجارية،مطبوعات جامعة دمشق،د.ن .
6. د.رمزي سيف،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية ط ٨ ، دارالنهضة العربية ١٩٦٨-١٩٦٩ .
7. د.صلاح الدين سلحدار، أصول المحاكمات المدنية، منشورات جامعة حلب ، ١٩٨٤-١٩٨٥ .
8. د.عباس العبودي،شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية ط١/الإصدارالأول دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٦ .
9. د.علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عُمان،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية ٢٠٠٦ .
10. د.محمد وليد المصري، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، جامعة البحرين ٢٠٠٦ .
11. أ.محمود طهمان، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، ج ٢ ،مطبوعات جامعة حلب ١٩٦٤-١٩٦٥ .
12. د.مفلح عواد القضاة ،أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط ١ ،الإصدارالأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٨ .
13. د.نشأت عبد الرحمن الأخرس .شرح قانون أصول المحاكمات المدنية «دراسة مقارنة»،ج١، ط ١ ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٨ .
14. د.وجدي راغب فهمي و د.أحمد ماهر زغلول ،ود.يوسف أبو زيد ،شرح المرافعات المدنية والتجارية،الكتاب الثاني ، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس. دار أبو المجد للطباعة القاهرة ٢٠٠٠ .

ثانياً. المصادر :

- 1- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ سنة ١٩٨٨ وتعديلاته.
- 2- قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم ١٢ سنة ١٩٧١ وتعديلاته .
- 3- قانون محكمة التمييز البحريني رقم ٨ سنة ١٩٨٩(وتعديله).
- 4- قانون استقلال السلطة القضائية البحريني رقم ٤٢ سنة ٢٠٠٢ وتعديلاته .
- 5- نظام معدل لنظام رسوم المحاكم الأردنية رقم ٥٥ سنة ١٩٩٧ .

ضوابط صحة وجود اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية

الدكتور علي سليمان الطماوي
دكتورة القانون العام والتحكيم الدولي
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

ضوابط صحة وجود اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية (1)

مقدمة:

يعد التحكيم - وبحق - من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، كأحد أهم طرق فض المنازعات العقدية وغير العقدية، والتي اتسعت آفاقه، وباتت كافة دول العالم - بقطع النظر عن نظامها السياسى والاقتصادى والاجتماعى، وعن درجة نموها الاقتصادى - تترك له مكاناً يتزايد فى تحقيق العدالة، وتحيط مؤسساته الوطنية فيها بالرعاية.

وعلى المستوى الموضوعى، اتسع نطاق القابلية للتحكيم، ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال مثلاً فى المنازعات التى تكون الدولة و أحد شتى أو أحد شخصياتها العامة طرفاً فيها⁽²⁾ خاصة العقود الإدارية بمعناها الفنى لهذا الاصطلاح⁽³⁾.

ولما كان من المقرر ان اتفاق التحكيم⁽⁴⁾ - بصفة عامة - عقداً كسائر العقود . فيجب لكى يقوم صحيحاً، أن تتوافر له أسس وجوده، أى أركانه . وأركان العقد فى القانون المعاصر عامة، وهى الرضا والمحل والسبب⁽⁵⁾

١ نفضل استخدام مصطلح الضباط عن مصطلح القاعدة أو الشرط لأن الضابط فى علم الأصول هو ما يختص بباب واحد، أى يجمع فروع باب واحد، وكثيراً ما يخلو من المستثنيات، لذلك فإن مصطلح الضابط هنا أدق، لأنه يعبر عن الحالة المخصوصة التى وضع لها النص القانونى، وهى باب العقود الادارية، كما لم يرتب المشرع لهذين الضابطين استثناءات. يراجع فى تفاصيل الفرق بين مصطلح الضابط القاعدة فى علم الأصول عند كل من:

الإمام جلال الدين السيوطى: الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتاب العربى، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص ١٩٢ وما بعدها؛ أ.د. محمد بكر إسماعيل: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار بمصر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ٨ وما بعدها.

٢ يراجع حول هذا المعنى عند كل من:

J.) Robert, et Bertrand Morean: "L'arbitrage, droit interne, droit international prive" 6eed., Dalloz, 1993, p.12 et S)

أ.د. مصطفى محمد الجمال و أ.د. عكاشة محمد عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول. الطبعة الأولى، ١٩٩٨، بدون دار نشر، ص٤؛ أ.د. حفيظة السيد الحداد: الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بلبنان، ٢٠٠٤ ص٥.

٣ يراجع فى تفاصيل الموضوع: مؤلفنا: التحكيم فى العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، تقديم أستاذنا الدكتور/ يحيى الجمل، دار النهضة العربية بمصر، الطبعة الثانية ٢٠١٧.

٤ قد عرف قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ اتفاق التحكيم بأنه: اتفاق الطرفين على الاتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية « م (١/١٠).

٥ يراجع فى شأن وجود وصحة العقود بصفة عامة عند كل من:

إلى جانب ما عساه أنه يتطلبه القانون فى خصوص عقد معين، لخصوصية ما . كان يتطلب القانون أو حتى طبيعة الأمور ذاتها، فى خصوص عقد معين، أركاناً أخرى تكميلية. فالثمن مثلاً، ركن أساسى فى عقد البيع، ولا يقوم بغيره، وكذلك شأن الأجرة بالنسبة لعقد الإيجار... ويترتب على تخلف تلك الأركان التكميلية بطلان العقد⁽¹⁾.

ولخصوصية اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، فإن الرضا **Consentement** هنا يعد قوام العقد وأساسه، فهو ركنه الأصيل الذى لا يقوم بغير توافره. ويهدف الرضا- بمعناه العام- اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانونى المطلوب. وبمعنى آخر هو أن الرضا فى هذه الحالة المخصوصة يصدر عن العاقدين وينصب على المحل ويستهدف تحقيق السبب.

ولما كان المشرع المصرى، تدخل بعد طول جدل وتردد ليجيز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بنص صريح حسم به الخلاف والانقسام الفقهى والقضائى والإفتائى⁽²⁾. فجاء نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على أنه: «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض فى ذلك⁽³⁾.

وبات مع هذا التعديل، كل تأويل للمسألة الماثلة فى غير محله، واجباً الالتفات عنه والانصياع لحكم النص التشريعى⁽⁴⁾.

ويبدو واضحاً من ظاهر النص أن المشرع قد جعل صحة ووجود اتفاق التحكيم؛ مرهون بضرورة موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة؛ بيد أن النص لم يرتب جزاء صريحاً على حالة تخلف تلك الموافقة، والأثر المترتب عليها، وشكل تلك الموافقة. مما أدى إلى تباين فى اتجاهات أحكام مجلس الدولة، أحكام هيئات التحكيم حول الطبيعة القانونية لموافقة الوزير، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وأثر تخلف تلك الموافقة على صحة ووجود اتفاق التحكيم.

الإمام الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، تنقيح المستشار أحمد مدحت المرغى، مشروع مكتبة المحامى، ٢٠٠٦، بند ٦٩ وما بعدها؛ أ.د. أحمد حشمت أبوستيت: نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة مصر، ١٩٥٤، بند ٧٢ وما بعدها؛ أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى: موسوعة القانون المدنى المصرى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون دار نشر، ١٩٨٤، بند ٣٩ وما بعدها ص٨٦.

١ كما أن مبدأ المساواة بين الشركات، ركن أساسى فى عقد الشركة، بمعنى أنه يلزم أن يساهم الشركاء فى الربح وفى الخسارة، ولا ينبغى أن يحرم أحد الشركاء من الربح، كما أنه كأصل عام، ألا يعفى أحد الشركاء من الخسارة، ومقتضى الاخلاص مبدأ المساواة بين الشركاء أن تقع الشركة باطلة. يراجع: أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى: موسوعة القانون المدنى، المرجع السابقة، هامش ص٨٧.

٢ يراجع فى تفاصيل هذا الخلاف عند كل من:-

المستشار الدكتور/ محمد عبد المجيد اسماعيل: القانون العام الاقتصادى والعقد الإدارى الدولى الجديد، الطبعة الأولى ٢٠١٠، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٨٧ - ١١٦؛ ومؤلفنا التحكيم فى العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة ص ٢٨٥ - ٤٤٩.

٣ منشور بالجريدة الرسمية - العدد (٢٠) تابع فى ١٩٩٧/٥/١٥.

٤ يراجع المستشار الدكتور/ محمد عبد المجيد اسماعيل: القانون العام الاقتصادى - مرجع سابق الإشارة، ص ٨٧.

ويجب التتويه منذ البداية أن، هذه المسألة، تثير مشكلة ضرورة الحصول على إذن مسبق أو تصريح مسبق لإبرام اتفاق تحكيم صحيح.

وفى ضوء ما سبق يمكن تقسيم الدراسة إلى ما يلى:

المطلب الأول: الضوابط التشريعية لاتفاق التحكيم فى العقود الادارية

المطلب الثانى: موقف مجلس الدولة المصرى من ضرورة موافقة الوزير المختص

المطلب الثالث: موقف مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى من ضرورة موافقة الوزير المختص.

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص، والجزاء المترتب على تخلفها.

المطلب الأول

الضوابط التشريعية لاتفاق التحكيم فى العقود الإدارية وشكل موافقة الوزير المختص

عندما صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، ولم يرد به نص صريح يقطع بقبالية منازعات العقود الادارية للتحكيم، وشاب بعض ألفاظه غموض خاصة نص المادة الأولى منه، مما أثار الخلاف مرة أخرى بين الفقهاء حول المسألة. وامتد الخلاف إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة التى تصدت للموضوع فى فتواها الصادرة بجلسة ١٨ ديسمبر ١٩٩٦، وانتهت إلى عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية، ثم ما لبث أن صدر حكم محكمة استئناف القاهرة فى الدائرة ٦٣ تجارى بجلستها لمنعقدة فى ١٩ مارس ١٩٩٧ بجواز التحكيم فى العقود الإدارية، كل ذلك أدى إلى تدخل المشرع لحسم هذا الخلاف بنص فاصل حتى تستقر كل الاجتهادات، فجاء تعديل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإضافة فقرة ثانية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، تنص على أنه: «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية، يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض فى ذلك».

ويلاحظ أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، قد قرر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، بصفة عامة، كما حدد السلطة الإدارية التى يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق، واعتماده ضابطاً لاستعمالها، وضماناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام، وناط بها للوزير المختص، و من يتولى أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص م الاعتبارية العامة، وذلك إعلاء لشأنها. وتقديراً لخطورتها، بحيث لا يجوز لأى منهما التفويض فى هذا الاختصاص بيد أن المشرع لم يحدد شكل تلك الموافقة.

و نتناول عرض ما استحدثه القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من ضوابط تشريعية منظمة لعملية التحكيم فى العقود الإدارية، وكذلك شكل موافقة الوزير المختص كما يلي:

أولاً: الضوابط التشريعية المنظمة للتحكيم فى العقود الإدارية طبقاً للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

ثانياً: شكل موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

أولاً: الضوابط التشريعية المنظمة للتحكيم فى العقود الإدارية طبقاً للقانون ٩ لسنة ١٩٩٧ :

أضاف القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، فقرة ثانية لنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، نصها ما يلي: «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض فى ذلك». (وجاء بتقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية عن مشروع القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ ما يلي: «جاء تعديل المادة الأولى المشار إليها حيث أكد النص على جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، وأضاف النص الوارد فى مشروع القانون موافقة الوزير المختص للاتفاق على التحكيم فى

هذه المنازعات أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزيراً كالجهاز المركزى للمحاسبات، وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية حظر مشروع القانون التفويض فى ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة، إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها ولا اعتبارات الصالح العام وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة فى وزارته».

ومن مطالعة النص يتبين أن المشرع قد أكد على صحة الاتفاق على التحكيم فى العقود الإدارية لأول مرة بنص صريح، إلا أنه أضاف ضابطين شكليين، يتمثل الأول: فى تحديد السلطة المختصة بالموافقة على إبرام اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، أما الضابط الثانى: فيتتمثل فى حظر التفويض فى هذا الاختصاص. وفيما يلى سنتناول هاتين المسألتين بالتفصيل المناسب.

الضابط الأول : ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات الاعتبارية العامة :

بعد طول جدال وتردد، تدخل المشرع المصرى ليجيز التحكيم فى العقود الإدارية بنص صريح حسم به الخلاف سالف الذكر، بيد أنه جعل هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات الاعتبارية العامة. ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز لأى جهة حكومية، أن تدرج فى عقودها الإدارية شرط تحكيم، أو تبرم مشاركة تحكيم مع الغير؛ إلا بموافقة مسبقة من الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات المعنوية العامة. والمفروض أن الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، يراجع مشروع العقد قبل إبرامه، ثم يقرر بعد ذلك، إن كان يمكن إدراج التحكيم فى العقد أم لا، كما يجب أن تكون الموافقة على التحكيم كتابة، طبقاً لما تقتضى به المادة (١٢) من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بقولها: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة).

وقد أثار هذا النص جدلاً واسعاً، من عدة جوانب. فنار التساؤل حول ما استحدثه المشرع بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، هل يُعد ضماناً كافية تتناسب مع خطورة التحكيم فى العقود الإدارية؟

ذهب غالبية الفقهاء^(١) إلى أن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات المعنوية العامة، يُعد قيلاً تشريعياً ضعيفاً، فلئن كان كافياً بالنسبة لبعض العقود الإدارية، فهو ليس كافياً بالنسبة لبعض العقود الأخرى التى تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعية، أو عقود الامتياز المتصلة بها، وعقود نقل التكنولوجيا، وغيرها من العقود التى تتصل بالمصالح العليا للدولة. فتلك يجب أن تحاط الموافقة فيها بأبعد قدر من الضمان، ضبطاً لممارسة إبرام اتفاق تحكيم بشأنها، وتحقيقاً لصحيح المصلحة العامة. كأن يجعل تلك الموافقة بقرار من مجلس الوزراء^(٢).

١ الدكتور جابر جاد نصار: التحكيم فى العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين: خصوصية التحكيم ...، المرجع السابق، ص ٦١؛ د. عادل عبد الرحمن خيل: عقود الإدارة الإدارية والمدنية، مطبعة الإيمان، بدون تاريخ نشر، ص ٣٢٧ وما بعدها.

٢ وهذا الاتجاه يجد تأييداً من كبار أساتذة وفقهاء القانون العام فى مصر، ومنهم أستاذنا الدكتور جابر جاد نصار: التحكيم فى العقود

بينما يرى اتجاه آخر⁽¹⁾. ضرورة إلغاء موافقة الوزير المختص، على اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، الوارد بنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تأسيساً على أن القضاء التحكيمى الدولى قد استقر على أنه، لا يجوز لأى شخص من الأشخاص العامة التذرع بمخالفته لقانونه الوطنى، أو التستر وراء لوائحه للتخلص من التزاماته، بشأن اتفاقه فى ظل هذا القانون على حل منازعاته عن طريق التحكيم، واعتبرت أن مثل هذا السلوك مخالف لمبدأ حسن النية، ومن ثم لا يبقى لشرط موافقة الوزير المختص وجود إلا فى التحكيمات المحلية، مما يميز المستثمر الأجنبى عن المستثمر الوطنى.

فضلاً عن ذلك، فإن اشتراط موافقة الوزير المختص للاتفاق على التحكيم فى العقود الإدارية، يتسم بالمبالغة والخطورة ويعرض الدولة للمسئولية دون مقتضى، إذ أن موافقة الوزير على التحكيم فى عقد إدارى يمكن أن تفسر على أنها تعنى موافقة الدولة ممثلة فى موافقة الوزير المختص على العقد، ومن ثم يمكن اختصاص الدولة فى التحكيم رغم كونها كدولة ليست طرفاً فى العقد، الأمر الذى عانت منه مصر فى قضية هضبة الأهرام، وما زال يجرى عليه العمل أمام مركز الأكسيد فى واشنطن.

وذهب بعض من الفقهاء⁽²⁾. متأثراً باتجاهات أحكام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، إلى تدخل المشرع المصرى، لإلغاء الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، أو أن يقصر تطبيقها على التحكيم الداخلى دون التحكيم الدولى.

لعل ما ذهب إليه غالبية الفقهاء، من تفضيل أن تكون مسألة الموافقة على إبرام اتفاق التحكيم (شرط أم مشاركة) فى عقد إدارى، بموجب قرار من مجلس الوزراء له وجاهته، ويستند إلى منطق قانونى سليم، وواقع عملى ثابت بالفعل. فمجلس الوزراء طبقاً لما نص عليه الدستور الدائم لسنة ١٩٧١، فى المادة (١٥٦) يمارس بوجه خاص الاختصاصات الآتية: «... (ح) ملاحظة تنفيذ القوانين والمحافظات على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة». إذن فإن مجلس الوزراء، يعد أداة للتسيق ورسم السياسات العامة فى الدولة، وحماية مصالح الدولة على العموم، ومنها العقود الإدارية التى تعد هى أهم وظائف الحكومة، لأنها ببساطة، أهم وسائل الحكومة فى إشباع احتياجات المرافق والجهات الإدارية بصفة عامة، تأكيداً لدور الدولة باعتبارها الشخص المعنوى صاحب السيطرة الفعلية على الإقليم وثوراته، لذلك فإن المشرع قد ناط بمجلس الوزراء اختصاص - فى بعض العقود الإدارية المهمة - تحديد شروط التعاقد، وأحكامه وتعديله، كل ذلك بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص. منها على سبيل المثال: القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل

الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٧؛ أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين: خصوصية التحكيم ...، المرجع السابق، ص ٦١؛ المستشار محمد أمين المهدي والمستشار محمود فوزى عبد البارى: الدعوى بطلان شرط التحكيم فى العقود الإدارية (عرض وتحليل للأحدث من أحكام القضاء الإدارى)، مجلة التحكيم العربى، العدد الرابع عشر، يونيو ٢٠١٠، ص ١١٦

١ يراجع المقترحات المقدمة من مجموعة العمل التى عقدت اجتماعاتها بمقر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، لمناقشة مواد القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، فى ضوء التطبيق العملى فى الفترة من سنة ١٩٩٩، حتى سنة ٢٠٠٥، وقد حضرها العديد من كبار رجال القضاء وأساتذة الجامعات والمحامين، فضلاً عن ممثلين لإدارة التشريع بوزارة العدل، وكانت هذه التوصية ضمن مقترحات التعديل المطلوب.

٢ إسماعيل سليم: أهلية إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ومدى تعلقها بالنظام العام، ورقة مقدمة فى ندوة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية الدولية، بمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم فى الفترة من ١٦ - ١٨ إبريل ٢٠٠٦، ص ٢٣.

بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة الذى نص على أن: «... يصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه فى حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات». وأيضاً القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦، المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر، جعل أيضاً منح الالتزام وتعديل شروطه بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة. والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأرضى النزول. فى المادة الخامسة منه نصت على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه وتعديلها بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص، وأخيراً القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ناط لمجلس الوزراء عدة اختصاصات، منها الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.

بالإضافة لما سبق، هناك بعض الحالات يحدث فيها تداخل بين اختصاصات الوزير ورئيس مجلس إدارة هيئة عامة ما، كأن يصدر قرار بمنح رئيس مجلس إدارة الهيئة سلطات الوزير، على الرغم من أن القانون الذى ينظم المرفق، ينص على أن الهيئة تابعة لوزير ما. فعلى سبيل المثال: ما منحه قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٧ لرئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترو، من سلطات الوزير، بل جعل القرار رئاسة مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترو، لوزير البترو نفسه. ومن ثم يصبح الوزير له صفتين، احدهما رئيس مجلس إدارة الهيئة، والصفة الثانية: الرئيس الإدارى الأعلى صاحب السلطة الوصائية باعتباره الوزير المختص طبقاً لنص المادة (٢) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦. ومن ثم تثار مشكلة قانونية فى حالة إذا ما وقع على عقد إدارى به شرط تحكيم. هل وقع عليه بصفته رئيس مجلس إدارة الهيئة، أو بصفته الوزير المختص، علماً بأن رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترو له صلاحيات إبرام عقود إدارية مع الغير.

لكل ما سبق، وللتسيق بين الأوضاع القانونية، وما يقتضيه المنطق القانونى السليم؛ ضرورة توحيد الجهة المنوط بها الموافقة على إبرام اتفاق تحكيم (شرط أو مشاركة) فى عقد إدارى، بأن يصدر بتلك الموافقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص فى كل حالة على حدة. وبهذا الحل التشريعى تأخذ دول عديدة.

(١) من الدول التى جعلت قرار اللجوء إلى التحكيم فى عقد إدارى بقرار من مجلس الوزراء ما يلى:

(أ) القانون الفرنسى: تشترط المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى الفرنسى صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم فى عقود الدولة والعقود الدولية التى تعتبر ذات نفع قومى.

«Toutefois, des categories d'établissement public à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre»

(ب) القانون السعودى: تنص المادة الثالثة من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٦ بتاريخ

١٢/٧/١٤٠٣هـ، تنص على أنه: "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم".

(ج) القانون اللبناني: تنص المادة ٣/٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل بالقانون رقم ٤٤٠ بتاريخ ٢٩/٧/٢٠٠٢ على أنه: "... بالنسبة للعقود الإدارية يجوز التحكيم أكان التحكيم داخلياً أو كان دولياً يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ولكن لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذاً إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء".

ومن جانب آخر، ما إن دخل القانون حيز التطبيق أمام قضاء الدولة، وهيئات التحكيم؛ تكشف واقع عملي يتمثل في تباين الرؤى بين قضاء وإفتاء مجلس الدولة، وبين هيئات التحكيم حول تكييف الطبيعة القانونية لموافقة الوزير، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات المعنوية العامة، والأثر المترتب على تخلف هذه الموافقة. ولعل مرجع هذا الاختلاف في الرؤى والاتجاهات على ما سنرى تفصيلاً؛ هو ان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لم ينص صراحة على جزاء تخلف موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة في حالة إبرامها عقد إداري أدرجت فيه شرط تحكيم. وهو ما سنتناوله بالتفصيل المناسب في موضعه من الدراسة.

الضابط الثاني : حظر التفويض في هذا الاختصاص :

أضاف المشرع قيماً على سلطة جهة الإدارة التي تتولى إبرام اتفاق تحكيم في عقد إداري، إحكاماً وضبطاً للمسألة؛ فحظر على الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، أن يفوض غيره في ذلك، والنهي هنا للمنع كما يتضح من صريح النص، ولعل هذا الحظر كما أوضحته اللجنة المشتركة للشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب في مذكرتها سائلة الإشارة، مرجعه: "... إعلاء لشأنها وتقديراً لخطورتها ولا اعتبارات الصالح العام وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته".

ولعل مسلك المشرع، وما استحدثه بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من ضوابط في شأن إبرام اتفاق تحكيم في عقد إداري، يمكن تبريره بأمرين^(١).

الأمر الأول: أهمية العقود الإدارية، وخطورة شرط التحكيم فيها، بحيث تصبح موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات الاعتبارية العامة، ضماناً لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية، لما قد يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطني أمام هيئات التحكيم، وأعنى بالقانون الوطني هنا، أحكام القانون الإداري.

الأمر الثاني: يتمثل في عدم التفويض، بما يؤدي إلى حصر المسؤولية فيمن وافق على إبرام اتفاق التحكيم،

١ تراجع حول هذا الشأن: الدكتور جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين: خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

لاسيما المسئولية السياسية عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص، بصورة تمس المصالح العليا للدولة.

ولا يمكن بحال القول بأنه يمكن التفويض فى هذا الاختصاص طبقاً لأحكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ بالتفويض فى بعض الاختصاصات، لأن أعمال قواعد هذا القانون لا يكون فيما نهى المشرع عن التفويض فيه، باعتبار أن الخاص يقيد العام^(١).

والحظر فى التفويض فى هذه المسألة ينسحب إلى التفويض فى السلطة أو الاختصاص.

«... Délégation de pouvoir ou délégation de competence».

والتفويض فى التوقيع أيضاً^(٢). "Délégation de signature":

وجوب أخذ رأى مجلس الدولة قبل إبرام اتفاق التحكيم :

هناك ثمة شرط ورد النص عليه فى القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، تنص عليه المادة ٣/٥٨ كالتالى: "ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على (عن) خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة^(٣)."

والأصل أن جهة الإدارة لها الحرية فى استطلاع رأى المجلس، بيد أنه إذا ما ألزم المشرع جهة الإدارة

١ يراجع حول هذا المعنى عند كل من :- المستشار ميلاد سيدهم: جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ... مقال سابق للإشارة، ص ٨. علماً بأن أول قانون عام يصدر فى مصر ينظم أحكام تفويض الاختصاص (أحكام تفويض السلطة)، هو القانون رقم ٣٩٠ لسنة ١٩٥٦، الذى حل محله القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ فى شأن التفويض فى الاختصاصات. وتنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ على ما يلى: "لرئيس الجمهورية أن يعهد ببعض الاختصاصات المخولة له بموجب التشريعات إلى نوابه أو رئيس الوزراء أو نواب الوزراء ومن فى حكمهم أو المحافظين"، وتنص المادة الثانية منه على أن: "لرئيس الوزراء أن يعهد ببعض الاختصاصات المخولة له بموجب التشريعات إلى نوابه أو الوزراء أو نوابهم ومن فى حكمهم أو المحافظين"، ونصت المادة الثالثة على أن: "للوزراء ومن فى حكمهم أن يعهدوا ببعض الاختصاصات المخولة لهم بموجب التشريعات إلى المحافظين أو وكلاء الوزارات أو رؤساء ومديرى المصالح والإدارات العامة أو رؤساء الهيئات أو المؤسسات التابعة لهم أو غيرهم بعد الاتفاق مع الوزير المختص".

٢ يراجع فى تفاصيل الموضوع عند أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الوجيز فى القانون الإدارى، دار الفكر العربى، ١٩٩٢، ص ٥٣ - ص ٦٢.

٣ وهذا النص كما سبق ذكره لم يستحدثه المشرع فى قوانين مجلس الدولة المتعاقبة، بل كان موجوداً فى القانون (١) لسنة ١٩٢٣ الصادر بنظام «لجنة قضايا الحكومة»، على إثر قضية تحكيم شهيرة خسرتها مصر، وكان النص يلزم جهة الإدارة بضرورة استشارتها قبل إبرام أى عقد أو تحكيم. وقد أعادت حكم المادة السابقة، المادة (٣٥) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى (والمقابلة للمادة العاشرة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الملغى أيضاً) والى تقول: "لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة، إلا إذا أبرم العقد على أساس = شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل، إذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير"، كما كانت تنص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية للقانون الملغى، على أنه: "لا يجوز إضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتعين إقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليها وموافقها". يراجع فى التفاصيل: أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة والإدارية، المرجع السابق، ص ٣٦٠. وتجدر الإشارة إلى أن قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والمعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٩ لم يرد به نص مماثل لما جرى النص عليه فى قوانين المناقصات والمزايدات السابقة، وبالتالي لم يرد نص مماثل فى اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ والمعدلة أخيراً بقرار وزير المالية رقم ٣٤٧ لسنة ٢٠١٠ (منشور بالوقائع المصرية، العدد ١٢٠ تابع فى ٢٦/٥/٢٠١٠).

بتعرف رأى المجلس فى بعض المسائل التى يقدر أنها مهمة، مع احتفاظها بحرية التصرف إزاء رأى المجلس بعد الإحاطة به⁽¹⁾؛ يصبح أمراً وجوبياً أخذ رأى المجلس فى هذه المسائل أو الحالات.

بمعنى أن عدم الالتزام بالاستشارة موضوعياً شئ، وضرورة الحصول على رأى شئ آخر⁽²⁾، وبهذا تكون الاستشارة شرطاً شكلياً يترتب على مخالفته بطلان التصرف الإدارى، ومنها المسائل التى عدتها الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) سالف الذكر⁽³⁾. لأن المشرع قصد بها تحقيق اعتبارات فنية قانونية، سواء فى الصياغة، أو لتلافى المخاطر القانونية، لذلك فهى من الاستشارات السابقة⁽⁴⁾.. وترتيباً على ما سبق فإنه فى حالة ما إذا أبرمت جهة الإدارة أى عقد - سواء مدنى أو إدارى - وتضمن شرط تحكيم، أو أبرمت مشاركة تحكيم فى مادة تزيد على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، يصبح اتفاق التحكيم باطلاً، لأن الاستشارة هنا تعد شرطاً شكلياً واجب الاحترام، وهذا ما تفيد به عبارة النص من قولها: "لا يجوز...."، ومن المقرر أن النهى يفيد المنع، وبالتالي فإن عدم استيفاء هذا الشرط الشكلى، يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم.

وإذا كان الأمر كذلك، إلا أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، ذهبت فى أكثر من إفتاء لها، إلى أن إبرام العقد دون الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة، يجعله أمراً واقعاً، ولا يسع جهات الإفتاء فى هذه الحالة إلا أن تراجع، من الناحية القانونية لإبداء ما يوجد فيه من ملاحظات على أن تدارك الجهة المتعاقدة بقدر الإمكان هذه الملاحظات مع الطرف الآخر فى العقد، فقررت أنه: "... ولا يسع المجلس وقد أصبح إبرام هذا العقد أمراً واقعاً إلا أن يراجع من الناحية القانونية لإبداء ما عساه يوجد فيه من ملاحظات والوزارة بعد ذلك وشأنها فى تدارك ذلك إن أمكن مع الطرف الآخر فى العقد⁽⁵⁾.

وإلى ذات الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية، فقررت أنه: "... يبين من عبارة هذا النص (نص المادة ٣٢ من القانون ٩ لسنة ١٩٤٩ والذى حل محله نص المادة ٣/٥٨ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢) ومن المناقشات البرلمانية التى دارت بشأن النص المقابل له فى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ أن الشارع إنما أراد به مجرد طلب رأى فيما تجرّبه الجهة الإدارية من العقود والمشارطات المذكورة دون أن تكون ملزمة باتباعه، ولم يقرن هذا الإجراء بجزاء ولم يترتب البطلان على مخالفته وبالتالي لم يجعل منه ركناً أو شرطاً لانعقادها أو صحتها" ((الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢٧ ق.، جلسة ٢٤ يونيو ١٩٦٤، المجموعة، س ١٥، ص ٨٥٧)).

١ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، ط ٦، ١٩٨٦، سابق الإشارة، ص ١٥٦ وما بعدها؛ وبنفس المعنى يراجع: أ.د. مصطفى أبو زيد فهمى: القضاء الإدارى ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٥٧.

٢ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٦١.

٣ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ١٥٧.

٤ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص ٣٥٩؛ د. مصطفى كامل محمد على: الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٥٢ وما بعدها. وعكس هذا الاتجاه، الأستاذة الدكتورة سعاد الشراوى: العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، ٢٠٠٣، هامش ص ٢١٩، ص ٢٣٧، حيث ترى سيادتها أن ما نص عليه المشرع فى المادة ٣/٥٨ هو من الموافقات اللاحقة والتى لا يترتب على تخلفها بطلان العقد.

٥ «يراجع فتاها رقم ١٠٧٥ فى ١٩٦٠/١٢/١٧، (جلسة ١٤/١٠/١٩٦٠) ١٤، ١٥ - ١٧٩ - ٢٥٨؛ وقريب من ذات المعنى فتاها رقم ٤٩١ فى ١٩٩٤/٧/١٦، (جلسة ١٩٩٤/٧/٦)، مجموعة المبادئ القانونية فى أربعين عاماً، سابقة الإشارة، ص ١٨٩، ص ١٩١، و ص ١٩٨.

هذا فضلاً عن أن النص ينظم العلاقة بين الجهة الإدارية وإدارة الفتوى المختصة، ولا علاقة للمتعاقد

معها به⁽¹⁾.

وبذلك يصح، اتفاق التحكيم الذى تبرمه جهة الإدارة، دون أخذ رأى مجلس الدولة، أو تبرمه رغم رأى مخالف لمجلس الدولة، يعد صحيحاً وناظراً إذا ما توافر له ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة لأولى من قانون التحكيم، من موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه من الشخصيات الاعتبارية العام⁽²⁾.

ثانياً: شكل موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة:

يبدو من صياغة نص الفقرة الثانية في المادة الأولى أن المشرع اتجه إلى ضرورة توقيع الوزير المختص على اتفاق التحكيم، ليكون معنى الموافقة استلزام توقيع الوزير المختص تشخيصاً أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، بشخصهم على اتفاق التحكيم، شرطاً كان أم مشاركة⁽³⁾. فضلاً عما اشترطه المشرع - بصفة عامة - لقيام وصحة اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من وسائل من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال بالمكتوبة.

وبموجب هذا النص أصبحت الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم. فالانفاق على التحكيم اتفاق شكلى

لا ينعقد إلا بالكتابة، فإذا لم توجد الكتابة فلا يجوز اثبات انعقاده ولو بالإقرار أو اليمين⁽⁴⁾.

كما يجب أن تكون الكتابة واضحة بحيث يستطيع الشخص العادى أن يقرأها، فإذا لم تكن كذلك،

فإن اتفاق التحكيم يكون باطلاً⁽⁵⁾. وهذه القاعدة تنطبق على كافة اتفاقات التحكيم سواء كان تحكيمياً مدنياً أم تجارياً أم إدارياً، وأيا كان نوع التحكيم، سواء أكان عادياً أم مع التفويض بالصلح. فضلاً عن كونه تحكيمياً وطنياً أم تجارياً دولياً، ما دام يخضع لقانون التحكيم المصرى.

١. تراجع حكم هيئة التحكيم في القضية رقم ٦٢١ لسنة ٢٠١٠، تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم، بتاريخ ٢٠١١/٧/٢٠، مجلة التحكيم العربي، العدد ١٧، ديسمبر ٢٠١١، ص ٢٦١.
٢. تراجع: أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٢٠؛ ومؤلف سيادته: التحكيم فى المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠١٤، ص ١٤٣.
٣. تراجع حول تفاصيل هذا الموضوع عندك ل من: أ.د. فتحى غزالى: التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبقة الأولى ٢٠١٤، ص ١٠٠١ وما بعدها؛ أ.د. عزمى عبد الفتاح عطية: قانون التحكيم الكويتى: مؤسسة دار الكتب بالكويت، الطبعة الثانية ٢٠١٢، ص ١٢١ وما بعدها، د. ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة مصر، الطبعة الثانية ٢٠١٦، ٢٨٣ وما بعدها؛ أ.د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق الاشارة، ص ٣٧١ وما بعدها.
٤. أ.د. فتحى والى: التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق الاشارة، ص ١٦١.
٥. وتطبيقاً لهذا نصت محكمة التمييز بدبى بأنه: «متى كان شرطاً التحكيم الوارد بسند الشحن غير مقروء ومطبوع بخط دقيق تعجز الشخص العادى عن قراءته، فإنه يتعين إبطاله وعدم الالتزام به. ولا يغير من ذلك كون المعاهدتان شركتين تعملان فى مجال النقل البحرى وأنه يفترض علمهما بوجود شرط تحكيم يحكم مغلتهما فى سندان الشحن، ذلك أن المعيار فى هذا الشأن ليس معياراً شخصياً بل هو معيار موضوعى». جلسة ١٠ مايو ٢٠٠٣ - فى الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٣ - مجلة التحكيم العالمية - يوليو ٢٠١٢ - العدد ١٥ ص ٤١٨.

وفى ذات الوقت أنزل المشرع الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة منزلة المحرر الموقع عليه من الطرفين.

ولئن كان المشرع المصرى قد تطلب الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم؛ غير أنه لم يتطلب الرسمية، فيكفى الاتفاق فى ورقة عرفية. وتصلح الورقة العرفية ولو لم يتم التصديق على توقيع طرفى الاتفاق عليها⁽¹⁾.

ولما كان من المقرر فى نطاق القانون أن جهة الادارة، تعبر عن إرادتها إما بموجب قرار إدارى أو أن تبرم عقد، وفى كلا الأمرين يجب أن يكون القرار الادارى أو العقد. موقعاً ممن أسند المشرع له الاختصاص.

ولما كان من المقرر أن القانون العام يقوم على فكرة الاختصاص. «ويمكن القول بأن فكرة تحديد اختصاصات معينة لرجال الإدارة، هى نتيجة من نتائج مبدأ فصل السلطات، لأن هذا المبدأ لا يقتضى تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب. وإنما يستتبع أيضاً توزيع الاختصاصات فى نطاق السلطة الواحدة»⁽²⁾.

وقواعد الاختصاص عبارة عن قواعد تحدد الأشخاص أو الهيئات التى تملك إبرام التصرفات عامة. وهذا من عمل المشرع وعلى المختص أن يلتزم بحدود الاختصاص كما رسمه المشرع صراحة أو ضمناً⁽³⁾.

ومما تجمع من مادة يتبين لنا أن المشرع المصرى لم يحدد شكل معين تصدر فيه موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، سوى أن تصدر هذه الموافقة:

- 1- ممن أولاه المشرع الاختصاص بالتعبير عن إرادة تلك الجهة وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى ولا يجوز التفويض فى هذا الاختصاص.
- 2- أن يكون مكتوباً فى محرر موقع من الطرفين، سواء أكان هذا المحرر رسمياً أم عرفياً، وسواء أكان فى شكل عقد أم فى شكل قرار إدارى، أو خطاب موجه إلى المتعاقد مع جهة الإدارة.

١ أ.د. فتحى والى : التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق الاشارة، ص ١٦٢.
٢ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، ط ٦، ١٩٨٦، سابق الإشارة، ص ...
٣ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء، ط ٦، ١٩٨٦، سابق الإشارة، ص ...

المطلب الثانى

موقف مجلس الدولة من ضرورة موافقة الوزير المختص

صدرت عدة أحكام عن محكمة القضاء الإدارى، والمحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع؛ أفصحت عن رؤية القاضى الإدارى لمسألة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات المعنوية العامة، والأثر القانونى المترتب على تخلف هذه الموافقة. والتقت جميعاً على أن هذه الموافقة تُعد من النظام العام، ويتخلفها يصبح شرط التحكيم باطلاً، ونظراً لأهمية هذه المسألة وخطورتها، سوف نتناول الأحكام، والفتاوى التى تناولت المسألة بشئ من التفصيل والتحليل فيما يلى:

أولاً : اتجاه محكمة القضاء الإدارى :

لقد أتيح لمحكمة القضاء الإدارى أن تُدلى بدلونها فى هذه المسألة فى عدة أحكام كشفت فيها عن موقفها، وسنلقى الضوء عليها فيما يلى:

حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٢ مارس سنة ٢٠٠٠^(١):

قضت المحكمة برفض طلب تعيين محكم عن الجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى، وذلك لخلو أوراق الدعوى مما يفيد موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، طبقاً لأحكام المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بإضافة فقرة ثانية وقالت المحكمة بعد أن استعرضت نص المادة سالف الذكر أن: "... المشرع بقانون التحكيم المشار إليه قد اشترط اللجوء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، أن يوافق على ذلك الوزير المختص أو من يتولى سلطاته بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وقد خلت الأوراق مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية على اللجوء إلى التحكيم فى النزاع الناشئ عن العقد رقم ٢٧ز/٦/٢٠ المبرم فى ١٩٩٣/٦/٢٠ بين الشركة المدعية وبين الجهاز المدعى عليه. ومن ثم يتعين رفض طلب الشركة المدعية تعيين محكم عن الجهاز المدعى عليه الثانى".

٢ - حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩ فبراير سنة ٢٠٠٦^(٢):

١ دائرة العقود والتعويضات، الدعوى رقم ١٥٩٩ لسنة ٥٤ ق،، جلسة ٢٠٠٠/٣/١٢ م (حكم غير منشور). وتتلخص وقائع الدعوى فى أنه بتاريخ ١٩٩٣/٦/٢٠ أبرم عقد مقاوله رقم ٢٧ز/٦/٢٠ مشروع الهرم - مناطق العزب، بين الشركة الدولية للمشروعات الهندسية والبتروولية (إنبريجيت)، والجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى، ثم ما لبث أن ثار خلاف بين الشركة والجهاز طرفى العقد حول مستحقات الشركة، مما حدا بالأخيرة إلى اللجوء للتحكيم طبقاً لما اتفق الطرفان عليه فى العقد، وقامت بتعيين محكمها، وطلبت من الجهاز تعيين محكم عنه، إلا أنه رفض، مما حدا بالشركة (إنبريجيت) إلى طلب تعيين محكم وفقاً لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وأصدرت محكمة شمال القاهرة الابتدائية قراراً باختيار الدكتور حسن محمد حسن العسلى، المقيد برقم ١١٥ بقوائم المحكمين، محكماً عن رئيس الجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى فى هيئة التحكيم، وقامت الشركة بإعلان قرار تعيين المحكم المذكور إلى الجهاز، الذى أفاد ببطلان الإجراءات طبقاً للتعديل الذى أدخل على نص المادة (١) من قانون التحكيم المشار إليه، والتى اشترطت أن يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة. فقامت الشركة بالتقدم بطلب إلى وزير الإسكان والمرافق بتاريخ ١٩٩٩/٩/١٩ لتعيين محكم عن جهاز الصرف الصحى طبقاً لقانون التحكيم سالف الذكر، إلا أن الطلب أحيل إلى رئيس الجهاز، الذى أشر على الطلب بالرفض بتاريخ ١٩٩٩/١٠/٢١، مما حدا بالشركة إلى إقامة دعواها هذه أمام محكمة القضاء الإدارى، طلبت فى ختامها الحكم بصفة مستعجلة بتعيين محكم عن الجهاز التنفيذى لمشروعات الصرف الصحى للقاهرة الكبرى من قائمة المحكمين الصادر بها قرار وزير العدل على أن يكون تنفيذ الحكم بمسودة الحكم دون إعلان.

٢ (١) الدائرة السادسة - عقود وتعويضات - الدعوى رقم ١٨٢٢٨ لسنة ٥٩ ق،، جلسة ٢٠٠٦/٢/١٩ م (حكم غير منشور). وتتلخص وقائع الدعوى

أثار هذا الحكم عدة مسائل⁽¹⁾، ونجتزأ منه ما يتعلق بالمسألة محل المناقشة فى هذا الموضوع، إذ تبلور فيه اتجاه القضاء الإدارى، وأفصحت فيه المحكمة بعبارة واضحة عن اتجاهها فى شأن طبيعة شرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات المعنوية العامة، واعتبرته شرطاً لسلامة التعاقد. ويترتب على تخلفه بطلان هذا الشرط بطلاناً مطلقاً. فبعد أن استعرضت المحكمة نص المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديليها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، قالت: "... تدخل المشرع المصرى بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ مضيفاً إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة خاصة أجاز بمقتضاها التحكيم فى العقود الإدارية إلا أن هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية دون جواز التفويض فى ممارسة هذا الاختصاص بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم فى هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التى شرطها النص بمن يوافق عليه. ومفاد عدم انعقاد الاتفاق أن يكون باطلاً ولم ينشأ دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد فى ألفاظ النص".

واستطردت المحكمة تقول: "وقد نصت المادة (١١) من القانون المشار إليه على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح". ولا مرية فى أن اشتراط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، هو تحديد قانونى لمن تتوافر فيه صفة التصرف بتنفيذ اتفاق التحكيم فى الحالة المخصوصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود، وإن جزاء عدم توافر الصفة القانونية المشروطة هو عدم جواز الاتفاق، ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يغدو باطلاً لا أثر له إن تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدم أحد أركانه الثلاثة وهى الرضاء والمحل والسبب أو إذا تخلف أحد الشروط التى عدّها المشرع لأى من هذه الأركان الثلاثة ومن ذلك ما أورده الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون

فى إنه تفعيلاً لقرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠٠٠ بتخصيص الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة بمدينة رأس سدر - البالغ مساحتها (٤٢) كيلو متراً مربعاً، وقد قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإعلان عن مناقصة عامية لإنشاء وإدارة واستغلال مطار بمدينة سدر وفقاً لنظام B.O.T. - لفترة معينة يتم بعدها إعادة المطار للدولة. وتقدمت شركة مالىكورب ليميتد بعباتها والمتضمن على خلاف الحقيقة أن رأس مالها يبلغ مقداره مائة مليون جنيه إسترليني، بما حمل الهيئة على تزكية هذا العطاء، بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٤ تم توقيع عقد الامتياز لإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر وفقاً لنظام B.O.T. بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني، والشركة المدعى عليها، وتضمن البند (٢١-٣-٣) من العقد، أى نزاع يتعدى حله ودياً ... يتم تسويته عن طريق التحكيم التجارى الدولى بواسطة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى طبقاً للقواعد السارية فى تاريخ عقد الامتياز هذا وذلك لإصدار قرار نهائى وملزم ويجرى ذلك التحكيم فى القاهرة ... وقانون التحكيم هو القانون المصرى ...، وتاريخ ٢٠٠١/١/١٧ تقدمت شركة مالىكورب، بطلب تأسيس شركة مساهمة مصرية لإنشاء وتشغيل وإدارة المطار تنفيذاً لأحكام البند ٢٣-١-٦ من العقد المذكور. ونظراً لكون طالب التأسيس من غير المصريين، فقد تم إخطار جهات الأمن المختصة، والتى أفادت بعدم الموافقة على تأسيس الشركة، وقد تكشف لوزير الطيران المدني - بصفته - والذى حل محل الهيئة المصرية للطيران أن الشركة قد أدخلت الغش على الهيئة المذكورة حال تعاقدتها معها والمتمثل فى القدرة المالية للشركة والتى كانت وقت التعاقد لا تتعدى جنيهان إسترليني، فضلاً عما شاب عملية التعاقد من أخطاء جسيمة من جانب القائمين على إسنادها، فقد تم إبلاغ النيابة العامة للتحقيق وقيد البلاغ برقم ٢٠٠٤/٦٥ حصر أموال عامة، كما تم مصادرة التأمين واتخاذ إجراءات فسخ العقد. وعلى إثر ذلك قامت الشركة بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، ضد الحكومة المصرية قيادت برقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤ طالبة الحكم بإلزامها بتعويض قدره (٥٠٨) مليون دولار عن الأضرار التى أصابتها من جراء فسخ العقد المبرم معها. وفى أثناء تداول القضية التحكيمية، لجأ وزير الطيران المدني - بصفته - إلى محكمة القضاء الإدارى وأقام الدعوى الحالية طالباً الحكم بصفة مستعجلة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل فى الموضوع المتمثل فى بطلان شرط التحكيم الوارد بالبند (٢١-٣-٣) من عقد الالتزام، لكونه اتفاق باطل بطلاناً مطلقاً وعديم الأثر ذلك لأن الوزير المختص لم يوافق على النحو الذى تطلبه المشرع بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

١ من أهم المسائل التى يثيرها الحكم: أ - مسألة مدى اختصاص محاكم الدولة بإنهاء إجراءات التحكيم، ب - الضوابط الزمنية لاختصاص هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، ج - هل يوجد ثمة تعارض بين إدارية العقد وبين تعلقه بالتجارة الدولية، د - هل هناك ثمة تعارض بين إدارته العقد ودولية العقد، هـ - المحكمة المختصة بنظر الطعن ببطلان حكم تحكيم صادر فى عقد إدارى دولى.

التحكيم متعلقاً بوجوب موافقة الوزير المختص".

ثم قامت المحكمة بتطبيق المبادئ القانونية السابقة على الواقعة محل الدعوى، فقالت: "... وحيث إنه تطبيقاً لما تقدم، ولما كان الثابت بالأوراق أن الوزير المختص - وزير النقل آنذاك - لم يوافق على شرط التحكيم الذى تضمنه العقد محل المنازعة الماثلة بما يعنى أن هذا الشرط وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبما يعيد لهذه المحكمة ولايتها بالفصل فى موضوع الدعوى باعتبارها من منازعات العقود الإدارية".

وقد بررت المحكمة موقفها هذا، بقولها: "... ولا ريب أن بطلان الاتفاق على شرط التحكيم فى خصوصية النزاع الماثل سيؤدى إلى حكم لا يمكن تنفيذه بما مؤداه أنه لا مجال للسير فى إجراءات التحكيم فى القضية التحكيمية المقامة من الشركة المدعى عليها أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى والمقيدة برقم ٢٨٢ لسنة ٢٠٠٤ ومن ثم فإن طلب المدعى بصفته الطلبات محل الدعوى الماثلة يكون قائماً على أساس صحيح من القانون مما يتعين معه الحكم والأمر كما تقدم ببطلان شرط التحكيم الوارد بعقد الامتياز المبرم مع الشركة المدعى عليها بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٤ مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف إجراءات التحكيم فى القضية التحكيمية المشار إليها".

٢ - حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٠٠٩/١٠/٣١^(١):

عادت محكمة القضاء الإدارى فى حكم حديث لها، إلى تكرار ما سبق وأن أبدته فى قضية مالىكورب، الصادر فى ١٩ فبراير ٢٠٠٦ سالف الذكر، بشكل أكثر تفصيلاً، تجاه التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، بصفة عامة وما يثيره من قضايا، أخصها ما يتصل بتكليف موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، على شرط التحكيم، وفصلت الضوابط التشريعية الحاكمة للمسألة، فذهبت المحكمة إلى أنه: "... وحيث ان البين مما تقدم أن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بالتطبيق على المنازعة الماثلة تحكمها ضوابط تشريعية لا فكاك منها:

١ دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار - الدائرة السابعة - الدعوى رقم ٣٨٦٨٣ لسنة ٦٣ ق. (حكم غير منشور). وتتلخص وقائع الدعوى فى أنه بتاريخ ١٩٩٩/١/٦ أبرمت الهيئة المصرية العامة للبتروك مع شركة ناشيونال جاز عقداً بشأن توصيل الغاز الطبيعى للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى داخل محافظة الشرقية، عهدت الهيئة بمقتضاه إلى الشركة بأعمال تمويل ودراسة وتصميم وتوريد وإنشاء وتمديد وتشغيل الغاز الطبيعى والتعاقد مع المتعاقدين وتحصيل مقابل الاستهلاك، كما منح العقد للشركة الحق فى القيام بالأنشطة والأعمال المتعلقة بالاتفاقية بإنشاء خطوط وشبكات توزيع الغاز الطبيعى، وأن تكون مدة منح الالتزام (٢٥) سنة اعتباراً من تاريخ توقيع الاتفاقية، على أن تعود ملكية أصول المشروع ملكاً خالصاً للهيئة فى نهاية المدة.

وعلى أثر نزاع نشب بين الشركة والهيئة، أقامت الشركة طلباً للتحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى قيد برقم ٥٦٧ لسنة ٢٠٠٨ طلبت فى بيانه التحضيرى إلزام الهيئة بسداد مبلغ وقدره ٢٥٥,٩٤٥,٩٧٤,٨٥ جنيه مصرى مع الإلزام بالفوائد على سند أنها (الشركة) قامت بإبرام عقود تمويل أجنبية من الخارج لإنشاء المشروع تنفيذاً لالتزاماتها، وأن تغير سعر الصرف للجنيه المصرى أمام العملات الأجنبية أدى إلى تحمل الشركة أعباء مالية بالزيادة، وتمت إقامة الدعوى التحكيمية استناداً إلى نص البند العشرين من الاتفاقية (العقد) الذى نص على أن فض المنازعات بما فى ذلك منازعات إدارة وتشغيل المشروع بعد تمام تنفيذه يحسم فى حالة تعذر الحل الودى بطريقة التحكيم وفقاً لقواعد تحكيم المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى. وأثناء تداول القضية التحكيمية بالجلسات أمام هيئة التحكيم، حيث كانت مؤجلة لجلسة ٢٠٠٩/٥/٢٨ للمذكرات بادرت الهيئة بإقامة الدعوى الماثلة أمام محكمة القضاء الإدارى طلبت وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ شرط التحكيم وما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف إجراءات التحكيم فى القضية التحكيمية سالف الذكر، وفى الموضوع ببطلان شرط التحكيم الوارد بالعقد المؤرخ ١٩٩٩/١/٦ وما يترتب على ذلك من آثار أخصها انحسار نظر النزاع أصلاً أمام هيئة التحكيم فى القضية التحكيمية سالف الإشارة.

أولها: أن موافقة الوزير المختص الممثل للدولة فى وزارته هى موافقة من النظام العام يصح شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى بوجودها بضوابطها المقررة قانوناً، وبخلفها على أى نحو يبطل الشرط ويصير عدماً لا تتغير به ولاية أو اختصاص ويبطل كل إجراء جرى حال تخلف تلك الموافقة.

وثانيها: أن الوزير المختص وحده دون غيره هو المنوط به الموافقة على شرط التحكيم المشار إليه بالنسبة لوزارته والهيئات العامة والوحدات الإدارية التابعة له سواء تمتعت تلك الهيئات العامة بالشخصية الاعتبارية أو لم تتمتع بها، أما الشخصيات الاعتبارية العامة التى تتولى اختصاص الوزير فهى ليست الهيئات العامة أو الوحدات الإدارية التى تتبع الوزير، وإنما هى الأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزيراً بذاته كالجهاز المركزى للمحاسبات، ذلك أن الهيئات العامة التابعة للوزير لا تستقل عنه وإنما تخضع لإشرافه عليها وموافقته واعتماده لقراراتها أو رفضها بوصفه السلطة الوصائية على تلك الهيئات، ومن ثم لا يغنى عن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى توقيع رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة التابعة له على العقد أو اتفاق التحكيم فلا اختصاص قانونى له فى ذلك ولا جواز لتفويض له أو لغيره فى هذا الاختصاص.

ثالثها: أن الخطاب التشريعى بمضمون القاعدة القانونية موجه لطرفى التعاقد ممن رغبوا فى إدراج شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية المبرمة بينهما، فليس لطرف أن يلقى بعبء التأكد من تحقق الموافقة على طرف، وإنما على كليهما السعى لوضع الشرط المتفق عليه فيما بينهم موضع التطبيق وإلا كان ذلك ممن تقاعس عن تلبية الخطاب التشريعى انصياعاً وقبولاً للاختصاص الأصيل للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع".

ثم قامت المحكمة بإنزال القواعد السابقة على النزاع، وقالت: "وحيث إنه وإنزال جميع ما تقدم على مضمون البند العشريين من اتفاقية توصيل الغاز الطبيعى للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى لمحافظة الشرقية يبين أن الاتفاقية وما تضمنته من بنود بما فيها البند العشريين المتضمنين شرط التحكيم فى منازعة من منازعات العقود الإدارية تتعلق بعقد التزام المرافق العامة، لم توقع من الوزير المختص وهو وزير البترول، بغير خلاف فى ذلك بين الهيئة المدعية والشركة المدعى عليها، وإنما وقعها رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول التابعة لوزير البترول وفقاً لحكم المادة (٢) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦ فى شأن الهيئة المصرية للبترول، ومن ثم يكون شرط التحكيم المشار إليه قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أثر له ويكون هو والعدم سواء وما يترتب على ذلك من آثار".

وقامت المحكمة بالرد على دفاع الشركة من أن حق الهيئة فى طلب إبطال شرط التحكيم قد سقط بالتقادم، لعدم تمسكها به خلال ثلاث سنوات طبقاً لنص المادة (١٤٠) مدنى، وهو ما يعنى حصول الإجازة الصريحة والضمنية للشرط من جانب الهيئة، ومخالفة مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد، وكل ذلك على سند من مواد القانون المدنى أرقام (١٣٨) و (١٣٩) و (١٤٠) و (١٤٨/١). وقالت المحكمة: "... لا يغير ما تقدم من بطلان شرط التحكيم الوارد بالبند العشريين (العشريين) من الاتفاقية (العقد) لعدم الحصول على موافقة وزير البترول، فالبطلان المقرر فى شأن وجوب الحصول على موافقة الوزير المختص ليس مقررراً لأحد المتعاقدين كما عنيت المادة (١٣٨) مدنى بحرمان المتعاقد الآخر من التمسك به، وإنما هو بطلان من النظام العام مقرر لمصلحة طرفى التعاقد، كما أن زوال حق الإبطال للعقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وفقاً لحكم المادة (١٣٩)

مدنى إنما يكون بالإجازة الصادرة من صاحب الاختصاص والولاية وهو وزير البترول ذاته وليس الهيئة المدعية كطرف متعاقد (بوصفها طرفاً متعاقداً) مع الشركة المدعية، ومن ثم لا يغير من بطلان الشرط أن يكون للوزير صور فوتوغرافية لحضور احتفالات توقيع الاتفاقية، فتوقيع الوزير بشخصه على شرط التحكيم لا يغنى عنه بديل أياً كان نوعه، إذ لا يغنى عن الشرط وضوابطه الاستنتاج ودلالاته، كما لا يغير من بطلان شرط التحكيم أن يكون طرفى (طرفاً) التعاقد قد قبلا التحكيم وفقاً لذات الاتفاق من قبل فى منازعات ذلك العقد بالتحكيمين رقمى ٤٠٠ و ٤٩٠ لسنة ٢٠٠٦، إذ لا يعد هذا القبول من الهيئة المدعية إجازة صريحة أو ضمنية للبطلان الذى شاب شرط التحكيم من يوم تحريره لعدم صدور هذا القبول من سلطة الإجازة اللاحقة وهى وزير البترول صاحب سلطة الإذن السابق أو الموافقة السابقة، كما لا يؤثر على بطلان شرط التحكيم الارتكان إلى حكم المادة (١٤٠) من القانون المدنى للقول بسقوط حق الهيئة المدعية فى إبطال العقد لعدم تمسكها به خلال ثلاث سنوات، لما سلف بيانه من أن بطلان شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية هو بطلان من النظام العام لا تحكمه المادة (١٤٠) من القانون المدنى، فضلاً عن أن تلك المادة قد حددت فى فقرتها الأولى مدة سقوط الحق فى الإبطال بثلاث سنوات فى حالات حددها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه، أما فى غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد، وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض لا تتم إلا بمضى خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد، والحال أن بطلان شرط التحكيم لا صلة له بتلك الحالات المتعلقة بالأهلية والغلط والتدليس والإكراه ومن ثم لا يكون لهذا الدفاع من سند يقيمه أو يرتكن إليه.”

وانتهت المحكمة إلى النتيجة التى كانت تؤسس لها فى حيثيات حكمها من بطلان شرط التحكيم الوارد فى العقد، الذى كيفته من العقود الإدارية.

٤ - حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٧ مايو سنة ٢٠١١^(١):

وفى أحدث أحكام محكمة القضاء الإدارى، أكدت ذات الاتجاه السابق، فذهبت المحكمة إلى أنه: “... حيث إن الفقرة الثانية من المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ تنص على أنه (وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض فى ذلك). وتنص المادة (١١) من ذات القانون على أنه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه...).

١ محكمة القضاء الإدارى، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، الدائرة السابعة، الدعوى رقم ١١٤٩٢ لسنة ٦٥ ق. الصادر بتاريخ ٢٠١١/٥/٧ (حكم غير منشور). وملخص وقائع الدعوى أنه بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢ قامت الشركة القابضة للتشييد والتعمير (الشركة القومية للتشييد والتعمير حالياً) ممثلة لوزارة الاستثمار قد باعت شركة «عمر أفندى»، شركة أنوال المتحدة للتجارة، المملوكة للسيد/ جميل بن عبد الرحمن بن محمد القنبيط، مقابل مبلغ إجمالى قدره ٥٩٠ مليون جنيه، واشتمل البيع على جميع فروع عمر أفندى البالغ عددها (٨٢) فرعاً على مستوى الجمهورية، بما فى ذلك فرع «أحمد عبد العزيز» الذى يقدر ثمنه بحوالى سبعمائة مليون جنيه على الأقل، وغيرها من الفروع الأخرى الواقعة بأرقى الأماكن فى مدن الجمهورية التى تقدر قيمة الأرض المقامة عليها فقط بما لا يقل عن أربعة مليارات جنيه على الأقل ... وقد نعى المدعى على عقد بيع شركة «عمر أفندى» مخالفته لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، حيث لم يتقدم للمزايدة التى أعلن عنها سوى عطاء وحيد بمبلغ ٥٠٤ مليون جنيه مقابل شراء هذه الأصول (المعروض يمثل ٩٠٪ من أصول الشركة) ... الخ. وطالب المدعى بفسخ العقد لمخالفة المشتري لبوده على تفصيل فى الدعوى.

وحيث إن مفاد ما تقدم أن الأصل هو عدم جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، وأن (موافقة الوزير) على شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية هى شرط جوهرى يترتب على تخلفه بطلان الشرط ذاته، فقد أورد تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية أن تلك الموافقة (وجوبية)، وأنها لا تكون إلا من (الوزير المختص) أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، وحدد التقرير الأشخاص الاعتبارية العامة التى تتولى اختصاص الوزير بأنها (الأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع الوزير كالجهاز المركزى للمحاسبات) وليست الهيئات العامة التى تتبعه. وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية حظر المشرع التفويض فى ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها، ولا اعتبارات الصالح العام، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة فى وزارته (تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب بتاريخ ٢١/٤/١٩٩٧) .”

واستطردت المحكمة تقول: “... وحيث إن البين مما تقدم أن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بالتطبيق على المنازعة الماثلة تحكمتها ضوابط تشريعية لا فكاك منها:

أولها: أن موافقة الوزير المختص الممثل للدولة فى وزارته هى موافقة من النظام العام لا يصح شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى إلا بوجودها بضوابطها المقررة قانوناً، وبخلفها على أى نحو يبطل الشرط ويصير عدماً لا تتغير به ولاية أو اختصاص ويبطل كل إجراء جرى حال تخلف تلك الموافقة.

وثانيها: أن الوزير المختص وحده دون غيره هو المنوط به الموافقة على شرط التحكيم المشار إليه بالنسبة لوزارته والهيئات العامة والوحدات الإدارية التابعة له سواء تمتعت تلك الهيئات العامة بالشخصية الاعتبارية أو لم تتمتع بها، أما الشخصيات الاعتبارية العامة التى تتولى اختصاص الوزير فهى ليست الهيئات العامة أو الوحدات الإدارية التى تتبع الوزير، وإنما هى الشخصيات الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزيراً بذاته كالجهاز المركزى للمحاسبات، ذلك أن الهيئات العامة التابعة للوزير لا تستقل عنه وإنما تخضع لإشرافه عليها وموافقته واعتماده لقراراتها أو رفضها بوصفه السلطة الوصائية على تلك الهيئات، ومن ثم لا يغنى عن موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم فى منازعات العقد الإدارى توقيع رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة التابعة له على العقد أو اتفاق التحكيم أو المفوض منه فى توقيع العقد فلئن جاز التفويض فى بنود العقد الإجرائية والموضوعية فإنه لا يجوز التفويض فى التوقيع أو الموافقة على شرط التحكيم، ومن ثم فلا اختصاص قانونى لأى من هؤلاء فى ذلك ولا جواز لتفويض لهم أو لغيرهم فى هذا الاختصاص.

ثالثها: أن الخطاب التشريعى بمضمون القاعدة القانونية موجه لطرفى التعاقد ممن رغبوا فى إدراج شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية المبرمة بينهما، فليس لطرف أن يلقى عبء التأكد من تحقق الموافقة على الطرف الآخر، وإنما على كليهما السعى لوضع الشرط المتفق عليه فيما بينهم موضع التطبيق، وإلا كان ذلك تقاعساً عن تلبية الخطاب التشريعى، وانصياعاً وقبولاً للاختصاص الأصيل للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.”

وانتهت المحكمة إلى نتيجة مؤداها، «... وحيث إنه متى كان ما تقدم جميعه، وكان العقد المقضى يبطلانه تبعاً لبطلان وانعدام إجراءات بيع شركة عمر أفندى قد تضمن فى المادة العشرون (العشرين) منه شرطاً

للتحكيم بين الطرفين فى أى نزاع ينشأ عن العقد أو يتعلق به، وكان هذا الشرط لم ينل موافقة الوزير المختص، وهو وزير الاستثمار، بغير خلاف فى ذلك بين جميع أطراف العقد وأطراف الدعوى الماثلة، وإنما وقعها رئيس مجلس إدارة الشركة القابضة للتجارة، والعضو المنتدب، ومن ثم يكون شرط التحكيم المشار إليه قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أثر له ويكون هو والعدم سواء وما ترتب على ذلك من آثار⁽¹⁾.

ثانياً : إتجاه المحكمة الإدارية العليا :

صدر عن المحكمة الإدارية العليا أكثر من حكم، فى شأن مسألة موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم، أيدت فيها ما ذهب إليه أحكام محكمة القضاء الإدارى سالف الإشارة، وقضت برفض الطعون المقدمة، وسنلقى عليها الضوء فيما يلى:

١ - حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٣١ مايو سنة ٢٠٠٥⁽²⁾:

أيدت المحكمة الإدارية العليا ما نحت إليه محكمة القضاء الإدارى من رفض تعيين محكم عن الجهاز التنفيذى لمشروع الصرف الصحى للقاهرة الكبرى، الصادر فى ١٢ مارس سنة ٢٠٠٠ سالف الإشارة، على أساس أن تخلف موافقة الوزير المختص؛ يترتب عليها اتفاق التحكيم كأن لم يكن، واختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر الموضوع، بل أنها رفضت دفاع الطاعن (شركة إنبريجيت)، من عدم سريان قيد موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم، وفقاً للتعديل الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، أى بعد تاريخ إبرام العقد الذى حوى شرط التحكيم، المبرم فى ٢٠ يونيو ١٩٩٣، استناداً إلى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وأن قضاء مجلس الدولة جرى على عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية قبل قانون ٩ لسنة ١٩٩٧. وقالت المحكمة: "... ومن حيث إن مفاد ما تقدم أن المشرع أجاز فى منازعات العقود الإدارية الاتفاق على التحكيم وذلك بشرط موافقة الوزير المختص على التحكيم أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وحظر المشرع على الوزير أو من يمارس اختصاصه التفويض فى هذا الاختصاص.

ومن حيث إن أوراق الطعن ومستنداته قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية الجديدة على اللجوء إلى التحكيم فى النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثانى بشأن

١ وإلى ذات المعنى والاتجاه نحت محكمة استئناف القاهرة، فذهبت إلى أن موافقة الوزير المختص لازمة لصحة شرط التحكيم وأن الخطاب التشريعى بمضمون تلك القاعدة موجه لطرفى العقد بما لا يصح معه القول بأن الجهة الإدارية كان عليها مراعاة ذلك وحدها، كما لا يصح معه القول بأن تبعية إحدى الهيئات للوزير وأن رئيس مجلس إدارة الهيئة هو القائم باختصاصات الوزير وتوقيعه يجعل الشرط صحيحاً فهذا الشرط لا يصح إلا بموافقة الوزير نفسه ... كما أضافت كذلك أن التنفيذ الاختيارى للهيئة لا يقوم مقام القبول، ذلك أن تنفيذ الاتفاق تم من جانب الهيئة، وليس الوزير المختص. كما أن لا محل للدعاء بأن التمسك بالبطلان يتعارض مع مقتضيات حسن النية، لأن طرفى التداعى يقع على عاتقهما إبرام العقود وفق صحيح القانون، وليس طرفاً دون آخر ... فاشتراط موافقة الوزير جاء بناء على نص قانونى ملزم ولا يعتد بجهل أحد بالقانون (حكم محكمة استئناف القاهرة، قضية رقم ١١١، س ١٢٦ ق، جلسة ٢٠١٠/٣/٣٠، الدائرة ٥٠ تجارى). ومع هذا فقد قضت محكمة استئناف القاهرة أن الأصل الحضارى المرتبط بالنظام العام داخلياً كان أو دولياً - يقضى بحرمان الطرف سئى النية من الاستفادة من غشه أو خطئه أو خرقه قاعدة الأمانة والصدق فى إجراءات التحكيم. (استئناف القاهرة، ٢٠١٠/٩/٦، التظلم رقم ١٠ لسنة ١٢٧، الدائرة الرابعة التجارية). مشار إليهما عند أ.د. حسام الدين كامل الأهوانى: المسائل القابلة للتحكيم، مقال منشور بمجلة التحكيم العربى، العدد السادس عشر، يونيو ٢٠١١، ص ٢١.

٢ الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٤٦ ق.ع، الدائرة الثالثة، موضوع، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٣١ (حكم غير منشور). حيث طعن الشركة الدولية للمشروعات الهندسية والبترونية (إنبريجيت) على الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى، دائرة العقود والتعويضات، فى الدعوى رقم ١٥٩٩ لسنة ٥٤ ق.، جلسة ٢٠٠٠/٣/١٢، سالف الإشارة. واستعرضت المحكمة الإدارية العليا نص المادة الأولى من قانون التحكيم، وتعديله بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧.

تنفيذ العقد رقم ٢٢٧/١٩٩٣/٦/٢٠، ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثانى فى النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون.

ولا ينال مما تقدم القول بأن العقد محل المنازعة، والذى تضمن شرط التحكيم قد أبرم فى ١٩٩٣/٦/٢٠ أى قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فهذا القول مردود بأن قضاء هذه المحكمة جرى قبل تعديل المادة الأولى سائلة الذكر على عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية استناداً إلى أن الاختصاص القضائى لمجلس الدولة المبين بالمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بقصر الفصل فى منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة.

وترتيباً على ما تقدم، إذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون (قد) جاء متفقاً وحكم القانون، ويكون الطعن عليه غير قائم على سند من القانون جديراً بالرفض".

٢ - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩ مارس ٢٠٠٧^(١):

ذهبت دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية إلى بطلان اتفاق التحكيم، بالرغم من وجود موافقة من الوزير المختص بموجب كتاب موجه إلى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، مبررة موقفها هذا بأنه لا يوجد ثمة تعاقد تم بين الطرفين، حيث أن العقد الذى حوى شرط التحكيم هو من عقود التزام المرافق العامة، أو التزام الأشغال العامة، طبقاً للمادة الأولى والخامسة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة، عدة إجراءات، ولا يتم التعاقد إلا بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص، ونظراً لعدم صدور هذا القرار، فلا يوجد ثمة تعاقد تم بين الطرفين، وتصبح موافقة الوزير على اتفاق التحكيم باطلة لورودها على غير محل، لعدم وجود تعاقد من الأساس.

وقالت المحكمة: "ومن حيث إن العقد موضوع المنازعة الماثلة وهو من العقود الإدارية، باعتباره من عقود التزام المرافق العامة أو التزام الأشغال العامة، والذى شرعت الجهة الإدارية باتخاذ إجراءاته وفقاً لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول والذى حددت المادة الأولى منه القواعد والإجراءات التى يتعين إتباعها لاختيار الملتزم، ثم نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها فى حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص. فكل ما يسبق صدور هذا القرار يعد من الأعمال أو الإجراءات التحضيرية لعقد الالتزام الذى لا تكتمل عناصره إلا بقرار مجلس الوزراء المشار إليه.

ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن عملية التعاقد على إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر لم يصدر بها قرار من مجلس الوزراء ولم يصل الأمر إلى حد أن يعرض الوزير المختص ذلك على مجلس الوزراء، فمن ثم فلا نكون بصدد عقد التزام مكتمل الأركان، بل بصدد أعمال تحضيرية لهذا التعاقد (حتى ولو احتوت

١ الطعن رقم ١٧٢٥٤ لسنة ٥٢ ق. عليا، دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى فحص طعون، جلسة ١٩ مارس سنة ٢٠٠٧. وتم رفض الطعن بإجماع الآراء، المقدم من شركة ماليكوروب ليميتد ضد وزير الطيران المدنى (بصفته)، (حكم غير منشور).

شرط التحكيم) الفتها جهة الإدارة وعليه فلا محل للقول بوجود عقد إدارى احتوى على شرط التحكيم بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، ولا ينال من ذلك ما قيل عن موافقة السيد وزير الطيران المدنى على سلوك طريق التحكيم بكتاب سيادته رقم ٣١٧٦ فى ٢٠/٥/٢٠٠٤ الموجه إلى المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، لأن الثابت أنه لم يوضع تحت نظر السيد وزير الطيران المدنى الحقائق القانونية للعملية التعاقدية التى لم تصل إلى حد التعاقد ليكون على بينة من أمره عند اتخاذ القرار بالموافقة على سلوك طريق التحكيم، وبالتالي فتكون موافقته هذه باطلة لورودها على غير محل لعدم وجود ثمة تعاقد، بل إجراءات تحضيرية”.

ولعل ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا فى هذا الطعن، يجد مبرره فى خصوصية هذه القضية وما شابها من غش وتواطؤ بين الطرف المتعاقد، وبعض المسئولين فى الجهاز الإدارى للدولة:

ثالثاً : اتجاه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :

أتيح أيضاً للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، أن تدلى بدلها فى هذه المسألة أكثر من مرة، فجاءت فتاها الأولى عقب صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بعدة أشهر فى ٩ يناير سنة ١٩٩٨، وأوضحت فيها الجمعية العمومية وجهة نظرها فى مسألة التحكيم فى العقود الإدارية، وشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، وكون شرط التحكيم، عقداً مستقلاً عن باقى شروط العقد الإدارى، فإذا لم يكن العقد مستكماً أركاناً كاملة مستوفياً شروطاً صحتها، بأن تخلف ركن من أركانه، أو شابه عيب من العيوب، كان العقد باطلاً، أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال. ثم أكدت اتجاهها السابق فى فتاها الصادرة فى ٨ نوفمبر ٢٠١٠ (فى حالة خاصة)، وأوضحت بعبارات أكثر تحديداً - بشأن ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه - بأنه فى حالة عدم وجود هذه الموافقة يصبح اتفاق التحكيم فاقداً لأساسه القانونى السليم. وفيما يلى سنعرض لكلا الفتويين بشئٍ من التفصيل.

١ - فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الصادرة فى ٩ يناير ١٩٩٨^(١):

استعرضت الجمعية العمومية إفتاءها السابق بجلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٦، الذى انتهت فيه إلى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، وأسانيدها فى ذلك، ولاحظت أنه على إثر هذا الإفتاء، قام المشرع بإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، بإضافة فقرة جديدة إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، التى تنص على أنه: “بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص...”.

ثم عرضت الجمعية العمومية لوجهة نظرها فى مسألة شرط التحكيم فى العقود الإدارية، وشروط نفاذه، وضرورة توافر أركانه كاملة، وإلا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال، فقالت: “... ولما كان شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، فإنه يلزم لنفاذه توافر الأركان (الرضا والمحل والسبب)، والشروط المطلوبة قانوناً من رضا صحيح غير مشوب بعيب من عيوب الرضا (والرضا يجب أن

يكون صادراً من جهة الإدارة المختصة ذات الولاية وفقاً للأوضاع المقررة من حيث الشكل والاختصاص)، ومحل قابل للتعامل فيه، وسبب مشروع. فإذا ما ثبت أن قبول جهة الإدارة لشرط التحكيم كان نتيجة لغلط فى القانون وكان المتعاقد الآخر على صلة بهذا الغلط فإن كان مشتركاً فيه أو كان عالماً به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، فإن هذا الشرط يكون قابلاً للإبطال، بعد ثبوت الغلط على الوجه الذى تسفر عنه الحقيقة القضائية عند النزاع، وشأن الغلط فى القانون هنا شأن الغلط فى الواقع من حيث انجراح الإرادة به وما يترتب على ذلك من قابلية العقد للإبطال، أما إذا لم يكن هناك غلط شاب قبول جهة الإدارة لهذا الشرط، أو كان هناك غلط لم يتصل به المتعاقد معها على أى من الوجوه سالفة الإشارة، فإن الشرط يكون لازماً إعمالاً لما تلاقت عليه إرادة الطرفين؛ مع مراعاة أن تطبيق ذلك ينبغى أن ينظر إليه فى كل حالة على حدة”.

قالت الجمعية العمومية فى موضع آخر من الفتوى: “... فإذا نشأ العقد صحيحاً قامت قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه تطبيقاً لما نص عليه القانون المدنى من المادة (١/٤٧) من أن: “العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقرها القانون” وتعين تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبما يتفق (مع) ما يوجبه حسن النية. أما إذا لم يكن العقد مستجماً لأركانه كاملة مستوفية لشروطها فإن تخلف ركن من أركانه أو شابه عيب من العيوب كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال”.

٢ - فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الصادرة فى ٨ نوفمبر ٢٠١٠^(١):

أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على المبادئ العامة التى تحكم العقود بصفة عامة ومنها اتفاق التحكيم، التى سبق وأن أوضحتها فى فتاها سالفة الإشارة (جلسة ١٩٩٨/١/٩)، وأفصحت بعبارات أكثر تحديداً، بشأن مسألة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه؛ وأفتت بأنه فى حالة عدم وجود هذه الموافقة يصبح اتفاق التحكيم فاقداً لأساسه القانونى السليم.

والجمعية العمومية، وهى بسبيلها للإدلاء برأيها فى الموضوع، استعرضت بجلستها المنعقدة فى ١٣ أكتوبر ٢٠١٠، نص المادة (١٥٧) من الدستور التى تنص على أن: “الوزير هو الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته ...”، ونص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، ونص المادة (٢٣) من ذات القانون التى تنص على أن: “يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته”^(٢).

ثم قالت الجمعية العمومية: “... وعلى ما جرى عليه إفتاؤها، من أن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذى الولاية العامة فى نزاع يتعلق بعقد إدارى هو الاستعمال الطبيعى لحق التقاضى، أما لجؤها فى ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة فى شأن يتعلق

١ ملف رقم ٤٧٨/١/٥٤، رقم التبليغ ٦٢٩ بتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ (فتوى غير منشورة).

٢ كما استعرضت الجمعية العمومية قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٨٣ بشأن إنشاء الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة، ... الخ. كما يتسنى لها الفصل فى تلك الحالة المخصوصة.

بصميم الأداء العام الذى تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو ما لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة، وتخويل صريح يرد من عمل تشريعى، وأن صلاحية جهة الإدارة لإبرام العقد الإدارى وفق شروط الإبرام وإجراءاته التى ترد بالقوانين واللوائح لا تقيد بذاتها صلاحية جهة الإدارة فى إبرام شرط التحكيم، باعتبار أن هذا الشرط وفقاً لحكم المادة (٢٣) من قانون التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى من حيث الصحة وأوضاع النفاذ والاستمرار، ولما كان قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المشار إليه قد أجاز للجهات العامة الاتفاق على التحكيم لفض المنازعات التى تنشأ بينها وبين الجهات الخاصة المتعاقدة معها بشأن العقود الإدارية، وذلك بشرط أن يكون هذا الاتفاق بموافقة الوزير المختص باعتباره الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته طبقاً لحكم المادة (١٥٧) من الدستور، أو من تكون له سلطة الوزير بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، بحيث يكون لما يتخذه من قرارات فى شأن الشخص الاعتبارى العام الذى يتولى رئاسته أو إدارته صفة النهائية ولا يحتاج لنفاذه إلى تصديق أو اعتماد من سلطة أعلى، أما إذا كانت هذه القرارات تحتاج إلى تصديق أو اعتماد من سلطة أعلى، فمن ثم تكون هذه السلطة هى المختصة دون غيرها بالموافقة على شرط اللجوء للتحكيم فى شأن منازعات العقود الإدارية المبرمة بين هذا الشخص الاعتبارى العام، وأى جهة خاصة ولا تستطيع أن تفوض غيرها فى ممارسة هذا الاختصاص، وذلك إعمالاً لصريح حكم المادة (١) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المشار إليه.”

ثم طبقت الجمعية العمومية المبادئ السابقة على موضوع الفتوى، فذهبت إلى أنه: “... ولما كان البين من الاطلاع على مشروع العقد المعروض أنه تضمن فى البند (٢٥) منه النص على حق طرفيه فى اللجوء إلى التحكيم لفض أى نزاع ينشأ بينهما، ولم يثبت من الأوراق صدور أية موافقة صريحة من محافظ الجيزة على هذا البند مسبوقة بموافقة مجلس إدارة الهيئة، فمن ثم يكون إدراج هذا البند فى مشروع العقد فاقداً لأساسه القانونى السليم، ولا جناح على مجلس إدارة الهيئة إذا ارتأى حذف هذا البند والعودة إلى الأصل العام فى الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية بمعرفة محاكم مجلس الدولة”.

وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم فى مشروع العقد المعروض طالما أنه لم يصدر بذلك قرار من مجلس إدارة الهيئة متوجاً بموافقة صريحة من محافظ الجيزة بذلك^(١).

١ وتتلخص وقائع الموضوع، أنه بتاريخ ٢٠٠١/٦/٢٩ تم إبرام عقد النظافة العامة لأحياء العجوزة والدقى وشمال الجيزة بين الهيئة العامة للنظافة والتجميل محافظة الجيزة والشركة الدولية للإنشاءات الحديثة ومجموعة من الشركات الإيطالية، وتضمن البند التاسع عشر من هذا العقد النص على اختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فى أى نزاع ينشأ عن تفسير العقد أو تنفيذه أو بسببه، وبتاريخ ٢٠٠٦/١٠/٩ قرر مجلس الوزراء إعادة دراسة عقود شركات النظافة فى القاهرة والجيزة والإسكندرية لعلاج التشوهات فى العقود القائمة، وإعادة صياغتها بحيث يتم التوصل إلى عقد فطى، يستند إلى معايير دولية يتم بحثه مع السادة المحافظين المعنيين قبل إقراره، وأنه بعرض النسخة النهائية من العقد النمطى المشار إليه على مجلس إدارة الهيئة العامة للنظافة والتجميل محافظة الجيزة فى ٢٠٠٨/١٢/٣، اعترض على بعض البنود الواردة فيه، ومنها النص على اللجوء إلى التحكيم فى شأن أى نزاع ينشأ بين طرفى العقد، وانتهى المجلس إلى عرض مشروع العقد الجديد بين الهيئة وشركة النظافة على مجلس الدولة لمراجعته. وبعرض العقد على اللجنة الأولى لقسم الفتوى انتهت بجلسته ٢٠٠٩/٩/١٢ إلى إدخال بعض التعديلات عليه، ومنها حذف المعادلة المالية الواردة بالبند ١٦ ر ١ لعدم الانضباط. ثم طلبت الهيئة إعادة مراجعة العقد مرة أخرى لأنه يتضمن حق طرفيه فى اللجوء إلى التحكيم فى حالة نشوب أى خلاف بينهما، فى حين أن الهيئة تتمسك بما ورد فى البند التاسع عشر من العقد الأصلى من اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى أى نزاع ينشأ بين طرفيه، وبعرض الموضوع على اللجنة الأولى، قررت بجلستها فى ٢٠١٠/٤/١٤ إحالته إلى الجمعية العمومية لما آتسته فيه من أهمية وعمومية.

المطلب الثالث

موقف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي من ضرورة موافقة الوزير المختص

صدرت عدة أحكام تحكيمية عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، فى هذه المسألة، وتبين من الواقع العملى تباين فى اتجاهاته بحسب ما إذا كان التحكيم داخلياً، أو دولياً. ففى حين ذهب بعض أحكامه إلى أن الشرط المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى، هو تحديد قانونى لمن تتوافر له صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم، وجزء تخلف الشكل الذى أوجبه القانون، هو بطلان الشرط، بينما ذهب فى أحكام تحكيمية أخرى إلى عدم ترتيب البطلان بوصفه جزءاً لتخلف هذا الشرط، لأن جهة الإدارة هى المسئولة وحدها عن الحصول على هذه الموافقة وبدا هذا الاتجاه واضحاً فى أحكام التحكيم الدولية، وفيما يلى سنتناول كلا الاتجاهين بالتفصيل المناسب.

أولاً : اتجاه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم إلى بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة :

يتجلى هذا الاتجاه فى بعض أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، فى قضايا تحكيمية داخلية، جميع أطرافها مواطنون، على تفصيل نوضحه فيما يلى:

١ - القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ٢٩ مايو سنة ٢٠٠٣^(١):

قامت هيئة التحكيم باستعراض وقائع الموضوع، والإجراءات التى تمت، ومذكرات دفاع الطرفين، وحقوق وواجبات طرفى العقد، وتبين لها أنه يوجد اتفاق على الالتجاء للتحكيم تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (٢٥)، ونصها: " ... سيتم إجراء التحكيم طبقاً للإجراء المنشور بواسطة المنشأة المسماة (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم) وفى المكان المحدد فى بيانات العقد". وأهم ما يتعلق بالمسألة محل البحث، والخاصة بالدفع الذى دفعت به الوزارة (المحتكم ضدها) ببطلان شرط التحكيم لأن الوزير المختص لم يوافق ويوقع على هذا الشرط، ومن ثم تنحسر ولاية هيئة التحكيم عن نظر الموضوع، لأن شرط التحكيم الوارد بالعقد يعتبر شرطاً باطلاً

١ (حكم تحكيمى غير منشور). غير أنه قد نشر ملخص للمبدأ القانونى فى نشرة أبناء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بمناسبة اليوبيل الفضى للمركز، يناير ٢٠٠٤، ص ٧ وما بعدها. وتتلخص وقائع النزاع فى أن وزارة الأشغال العامة والموارد المائية قامت بدعوة بعض الشركات للتقدم بعبءاتها فى المناقصة المحدودة لتنفيذ مشروع تطوير ترعة بسنتواى الفرعية وفروع التوزيع وتطوير المساقى بمنطقة المحمودية بمحافظة البحيرة، وتقدمت شركة النوبارية للهندسة الزراعية والميكنة بعبء فى هذه المناقصة، وقامت لجنة البت رقم (٣) أنه بالنسبة لما ورد بصدد الاشتراطات الخاصة بالشركة باستدعاء الشركة سألقة الذكر لمفاوضتها فيما ورد بعبئها من تحفظات للتنازل عنها، أو تعديلها بما يجعلها تتفق مع شروط المناقصة، وتم التفاوض، وأهم ما جاء بمحضر التفاوض، ما جاء بالبند رابعاً من محضر لجنة التفاوض والبت رقم (٣) أنه بالنسبة لما ورد بصدد الاشتراطات الخاصة بالشركة بشأن اختيارها للمركز الإقليمي للتحكيم الدولى كمحكم عام للعملية، فإن الشركة متمسكة بهذا الشرط طبقاً لما هو وارد بعقد العملية، وتم إبرام العقد بين الطرفين بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٣، وأثناء تنفيذ الأعمال المسندة للشركة، ثار خلاف ونزاع بين الطرفين فى شأن تنفيذ هذا العقد، وتقدمت الشركة بطلب إلى السيد المستشار الدكتور مدير المركز الإقليمي للتحكيم بتاريخ ٢٠٠٢/٥/١٨ باتخاذ الإجراءات اللازمة فى هذا الشأن، وذلك استناداً إلى نص البند ٣/٢٥ من شروط العقد التى تنص على أنه سيتم إجراء التحكيم طبقاً للإجراء المنشور بواسطة المنشأة المسماة وفى المكان الموضح فى بيان العقد، وقد جاء فى القسم (٤) الخاص ببيانات العقد أن الهيئة التى تقوم بالتحكيم بالنسبة للمقاولين المحليين هى المركز الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى بالزمالك - القاهرة - مصر، وقد تضمن طلب الشركة المشار إليها تعيين المحكم الذى اختارته ليكون محكمها فى هيئة التحكيم التى سيتم تشكيلها.

لانعدام أهلية من وافق عليه. وقامت هيئة التحكيم باستعراض نص المادة (١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والفقرة الثانية المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والمعمول بها ابتداء من ١٦ مايو ١٩٩٧، وقالت ما يلى: “... والنص فى فقرتها الأولى يحدد نطاق تطبيق القانون وأحكامه على «كل تحكيم» بالتبين الوارد به من حيث الأطراف ومن حيث طبيعة العلاقة القانونية، ومن حيث الإقليم، ثم هو فى الفقرة الثانية يحدد الصفة القانونية الواجب توافرها فيمن يوافق على التحكيم فى العقود الإدارية، فنص أنه فى هذه العقود «يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص...»، بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم فى هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التى شرطها النص بمن يوافق عليه، ومفاد عدم انعقاد الاتفاق أن يكون باطلاً ولم ينشأ، دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد فى ألفاظ النص”.

ثم استعرضت هيئة التحكيم نص المادة (١١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتى نصت على أنه: “لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه، ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح”.

واستطردت الهيئة فى تفسيرها للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فقالت ما يلى: “... وإن اشترط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية، حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، هو تحديد قانونى لمن تتوافر فيه صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم فى الحالة المخصوصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود، وجزءاً من عدم توافر الصفة القانونية المشروطة هو عدم جواز الاتفاق. والمعروف أن الاتفاق يعتبر باطلاً إن تخلف شكل أوجبه القانون، أو انعدام أحد أركانه الثلاثة وهى الرضا والمحل والسبب، أو إذا تخلف أحد الشروط التى اعتبرها المشرع لأى من هذه الأركان الثلاثة، ومن ذلك ما أوردته الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم متعلقاً بوجوب موافقة الوزير المختص. وقد تأكد حكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم، بما نصت عليه المادة (٤٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أنه: “يجوز لطرفى العقد عند حدوث خلاف فى أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص...” “فربط بين الاتفاق على تسوية الخلاف بالتحكيم وبين موافقة الوزير المختص، بذات الأداة التى استخدمها قانون التحكيم فى الفقرة الثانية من المادة الأولى”.

ثم رتبت هيئة التحكيم على كل ما سبق، بعد أن أنزلت حكم المادة الأولى، فقرة ثانية من قانون التحكيم، إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى لتخلف موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، مما يبطل اتفاق التحكيم، وانحسار ولايتها عن نظر هذا النزاع. وقالت ما يلى: “... ومن حيث إنه يثبت لهيئة التحكيم من نظرها أوراق الدعوى والعقد المبرم بين طرفى التحكيم، ومن مذكرات الطرفين ودفاع كل منهما، أن الوزير المختص لم يوقع ولم يوافق على شرط التحكيم المشار إليه بالعقد محل النزاع، ونص القانون يوجب أن تكون الموافقة على اتفاق التحكيم صادرة من الوزير المختص وتمنع التفويض فى هذا الشأن، الأمر الذى يكون معه اتفاق التحكيم فى النزاع المائل صادراً من غير مختص ومن غير صفة فى إبرام هذا الاتفاق، ومن ثم يبطل اتفاق التحكيم، وتنحسر ولاية هيئة التحكيم عن نظر هذا النزاع ولا تكون مختصة بالفصل فيه، الأمر الذى

يستتبع من هيئة التحكيم أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر هذه الدعوى⁽¹⁾.

٢ - القضية التحكيمية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠٠٤، الصادر حكمها بتاريخ ١٢ مارس ٢٠٠٥⁽²⁾:

أكد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، بطلان شرط التحكيم فى العقد الإدارى؛ لتخلف موافقة الوزير المختص عليه، وكان ذلك أيضاً بمناسبة تحكيم داخلى.

وتتلخص وقائع النزاع فى أن قامت إحدى الهيئات العامة المصرية (محتكم ضدها)، بالإعلان عن مناقصتين عامتين لإنشاء مرافق عامة بإحدى القرى بمحافظة الفيوم، وتم إرساء هاتين المناقصتين على إحدى شركات المساهمة المصرية العاملة فى مجال الإنشاءات (الشركة المحكّمة)، وترتيباً على ذلك تم إبرام عقد مقاوله بينهما وتضمن هذا العقد، فى البند ٢١ منه شرط تحكيم «تحت رعاية وإشراف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى ووفقاً لقواعده وإجراءاته التنظيمية (...). على أن يخضع التحكيم وإجراءاته للقانون المصرى». ثم ما لبث أن نشب نزاع بين الطرفين حول تنفيذ بعض بنود العقد، مما حدا بالشركة سائلة الإشارة إلى إقامة دعوى تحكيم ضد الهيئة العامة سائلة الذكر، أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى، استناداً إلى نص المادة ٢١ من عقد المقاوله.

قامت الهيئة العامة (المحتكم ضدها) بالدفع بعدم قبول دعوى التحكيم، لبطلان اتفاق التحكيم، لعدم موافقة الوزير المختص، طبقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وقامت الشركة المحكّمة بالرد على هذا الدفع، بقولها أن الهيئة العامة (المحتكم ضدها)، هى التى عرضت التحكيم ضمن شروط التعاقد، ووقعت على العقد بما فى ذلك شرط التحكيم، ولا يستقيم القول بأنها قامت بعرض المقاوله فى مناقصة عامة دون أن تكون قد حصلت على موافقة سابقة من الوزير المختص، قبل إبرام العقد، بيد أن الهيئة العامة المحتكم ضدها، ردت بذات الجلسة على هذا الدفاع من الشركة المحكّمة بأنها لم تحصل على موافقة الوزير المختص، لأنه رفض التحكيم، بعد أن طلبت الشركة المحكّمة موافقته على ذلك، وأضافت بأنها وحدها التى انفردت بالموافقة على كراسة الشروط، ولا توجد موافقة المحافظ أو الوزير المختص عليها، فضلاً عن أن كراسة الشروط ليس لها علاقة بالمحافظ أو الوزير.

وبعد أن استعرضت هيئة التحكيم كل ما سبق قررت أن الدفع المبدى من الهيئة العامة المحتكم ضدها، هو فى حقيقته دفع بعدم الاختصاص الولائى بنظر هذا التحكيم، وقضت به.

١ وقد أخذت هيئة التحكيم فيما انتهت إليه إلى الربط بين فكرة الاختصاص فى مجال القانون العام وفكرة الأهلية فى مجال القانون الخاص. وهذا ما ذهب إليه قسم الرأى بمجلس الدولة منذ إنشائه، فى الفتوى رقم ١٦٢، الصادرة فى ١٨ مايو ١٩٥٠، منشورة بمجموعة أبو شادى، ص ٨٦، ذهب قسم الرأى إلى أن: "... الاختصاص فى القانون العام يقابل الأهلية فى القانون الخاص. وكما يشترط لى يكون التصرف الفردى صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لإبرامه، كذلك يشترط لصحة التصرف الإدارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصاً، وأن يكون موضوعه جائزاً ومشروعاً، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون. على أن الاختصاص فى القانون العام أضحى نطاقاً من الأهلية فى القانون الخاص، إذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك، أما فى القانون العام، فالأصل أن الموظف غير مختص بها إلا بالنسبة إلى المسائل التى ينص على اختصاصه بها. وفى الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية فى الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية، فالتزامها باطل بطلاناً مطلقاً لعدم اختصاصها به، ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر".

٢ حكم تحكيم غير منشور، صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى.

وقد استندت هيئة التحكيم فيما انتهت إليه من نتيجة قضت بها إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وقالت فى حيثيات حكمها أنه: “... مؤدى هذا النص أن الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية يستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم، وتلك الموافقة تعد شرطاً لوجود هذا الاتفاق وصحته، فإن عدم صدورها من الوزير المختص يؤدى إلى عدم استجماع اتفاق التحكيم لشرائط صحته، ومن حيث إن مستندات الدعوى قد خلت مما يثبت موافقة الوزير المختص الذى كانت تتبعه الهيئة المحكّم ضدها على التحكيم فإن اتفاق التحكيم الذى استندت إليه الشركة المحكّم فى اللجوء إلى التحكيم والمنصوص عليه فى المادة ٢١ من عقد المقاوله المؤرخ ٢٧/١١/٢٠٠٢ والمبرم بين طرفى التحكيم، يكون باطلاً ولا يجوز الارتكان عليه لطرح منازعات هذا العقد على التحكيم”.

وعلى الرغم من النتيجة التى انتهت إليها هيئة التحكيم سائلة الذكر، إلا أنها اعتبرت الهيئة العامة المحكّم ضدها سيئة النية، لأنها لم تبادر إلى الحصول على موافقة الوزير المختص على التحكيم، لذلك قضت هيئة التحكيم بإلزامها (الهيئة العامة المحكّم ضدها) بكامل مصاريف وأتعاب التحكيم. وقالت هيئة التحكيم فى هذا الشأن، أن الهيئة العامة المحكّم ضدها سيئة النية لأنها: “... لم تبادر إلى الحصول على موافقة الوزير المختص على هذا التحكيم، فى الوقت الذى ارتكبت فيه الشركة المحكّم على أن الهيئة المحكّم ضدها سوف تحصل على تلك الموافقة لالتزامها بتنفيذ العقد المذكور وبنوده بحسن نية”.

واستطردت هيئة التحكيم تقول: “... فإن الهيئة المحكّم ضدها كانت لديها سوء النية فى عدم الحصول على موافقة الوزير المختص لى لا يستجمع اتفاق التحكيم شرائط صحته وتفوت على الشركة المحكّم فرصة اللجوء للتحكيم”.

ولعل هذا الحكم التحكىمى، قد وازن بين مسألتين مهمتين، أحدهما، عدم إهدار النص القانونى الوارد بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم، والثانية وهى ضرورة معاينة الطرف سىئ النية فى العقد إذا ثبت ذلك، وهو اجتهاد صائب بلا شك من جانب هيئة التحكيم، ونرجو أن يلقى صدق فى أحكام هيئات التحكيم سواء المؤسسية، أو التحكيم الحر.

ثانياً : اتجاه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم إلى عدم بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة :

يتجلى هذا الاتجاه فى بعض أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم فى قضايا تحكيمية دولية، سواء تطبيقاً للمعيار الاقتصادى أو المعيار القانونى، أو كلاهما معاً، وهو صدق لاتجاه مراكز التحكيم الدولية، التى ترفض أن تضع فى اعتبارها هذه القيود، ومنها حالة التشريع أو اللائحة الداخلية للدولة، التى قد تفرض ضرورة الحصول على إذن مسبق لإبرام اتفاق تحكيم صحيح^(١).

١ يرجع فى تفاصيل اتجاهات أحكام التحكيم الدولى بصفة عامة عند كل من:

Philippe leboulanger: «Quelques questions abordées dans les sentences CCI en matière de contrats d'Etat, Bulletin .de la cour Internationale d'arbitrage de la CCI» Vol. 15 / No 2e Semestre 2004, P. 103

حيث أشار سيادته إلى حكم التحكيم الآتى على سبيل المثال:

(.La sentence CCI no 3526 de 1982 (Etat Iranien c. société cementation international Ltd

«La législation ou la réglementation interne d'un Etat peut imposer L'obtention d'une autorisation préalable pour conclure valablement une convention d'arbitrage».

وفيما يلي سنعرض لأهم تلك الأحكام التحكيمية الصادرة تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وأسانيد كل حكم تحكيمي على حدة.

١ - القضية التحكيمية رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٧ مارس ٢٠٠٦^(١):

سبق عرض وقائع الموضوع عندما عرضنا لحكم محكمة القضاء الإداري فى الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق، لجلسة ٢٠٠٦/٢/١٩ (قضية ماليكوروب ليميتد)، وبإيجاز، قامت شركة «ماليكوروب ليميتد» فور اكتشاف أمرها (التمثلة فى أن رأس مالها وقت التعاقد لا يتعدى جنيهان إسترليني، وقيام الجهة الإدارية بإخطار الشركة فى ٢٠٠١/٨/١٢ بفسخ العقد، كما تم مصادرة التأمين النهائى)، بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، ضد الحكومة المصرية^(٢)، وطلبت بإلزامها بأن تسدد لها تعويضاً مقداره تقريباً (٥٠٨) مليون دولار أمريكى عن الأضرار التى لحقت بها من جراء فسخ العقد المبرم معها^(٣).

وقد دفع المحكم ضدهم فى هذا التحكيم، وهم الحكومة المصرية، والشركة المصرية القابضة للطيران، والشركة المصرية للمطارات، بعدم اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى بطلان شرط التحكيم الوارد بعقد الامتياز وذلك لعدم موقفة الوزير المختص على التحكيم عملاً بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، كما أقاموا دعوى قضائية أمام محكمة القضاء الإداري، وطلبوا الحكم ببطلان شرط التحكيم استناداً لذات السبب (وقد أجابتهم المحكمة إلى ذلك كما سلف عرضه فى الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق، بجلسة ٢٠٠٦/٢/١٩)، وبطلان عقد الامتياز للغش، وفسخه... الخ^(٤).

وفي الفقه العربي: المستشار الدكتور محمد أبو العينين: الاتجاهات الحديثة بشأن التحكيم التجاري الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات، ٢٠٠٨، بحث غير منشور، ص ٦١ وما بعدها؛ د. نبيل العربي: هل هناك مجال للسوابق التحكيمية فى التحكيم الدولي؟ مقال منشور بمجلة التحكيم العربي - العدد الرابع عشر - يونيو ٢٠١٠، ص ١١، ويراجع أحكام التحكيم الدولية التى أشار إليها سيادته، منها حكم تحكيم ICC الصادر فى القضية رقم ٥١٠٣ لسنة ١٩٩٨ والذي أرسى مبدأ أنه لا يجوز لشركات القطاع العام بعد إبرام اتفاق التحكيم التذرع بالقيود الواردة فى قانونها الوطنى للطن فى صحة اتفاق التحكيم.

١ حكم تحكيمي غير منشور، تراجع الترجمة الرسمية للحكم صادرة من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

٢ ينص البند (٣/٣/٢١) من العقد على أن يتم تسوية أى نزاع يتعذر حله ودياً بين الطرفين عن طريق التحكيم التجاري الدولي بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

٣ طلبت الشركة المحكمتة (ميد شابلى رئيس مجلس إدارة شركة ماليكوروب ليميتد)، الحكم لها فى مواجهة المحكم ضدهم وهم (١ - الحكومة المصرية، ممثلة فى وزير الطيران المدني، ووزير النقل، ٢ - رئيس مجلس إدارة الشركة القابضة للمطارات والملاحة، ٣ - رئيس مجلس إدارة الشركة المصرية للمطارات)، بالآتى: أداء مبلغ ٥٠٠ مليون دولار قيمة ما فاتتها من كسب، نتيجة إلغاء جهة الإدارة للعقد المبرم معها، ومبلغ مليون دولار تعويضاً = لها عن الأضرار الأدبية التى أصابها، ومبلغ ٥٦٤٠٦٩ دولار قيمة التعويض الذى صدرته الحكومة المصرية، ومبلغ ١٢٤١٦٥٧٤ دولار قيمة المصروفات العامة وفواتير قدمت الشركة صورتها إلى هيئة التحكيم ومرتببات دفعها إلى موظفيها، أى بإجمالى ٥١٣٩٨٠٦٤٣ دولاراً أمريكياً ومصروفات التحكيم.

٤ كما أوضحت جهة الإدارة بأن عطاء الشركة تضمن على خلاف الحقيقة أن رأس مالها مبلغ مقداره مائة مليون جنيه إسترليني، فى أن حقيقة الأمر أن رأس مال الشركة هو ٢ جنيه إسترليني، موزعة على ساهمين يختص بأحدهما: ... (مصرى الجنسية)، والآخر لسيدة تدعى/ عطور، وهى زوجة شخص يدعى/ عبد الحميد مالك عراقى - إنجليزى، = = سمساراً وكان ضابطاً بالمخابرات العراقية، وهو ذاته (ميد شابلى) كما تبين من التحقيقات

وقد طلب المحاكم ضدّهم من هيئة التحكيم فى هذا الدفع أن تنظر أولاً فيما إذا كان عقد الامتياز من العقود الإدارية فى القانون المصرى، وإذا كان الأمر كذلك، أن تبحث ما إذا كان اتفاق التحكيم تم بناءً على الموافقة التى تنص عليها المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أم لا؟

قامت هيئة التحكيم بتحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، وأوضحت أنه يوجد فى مصر فصل جوهري بين القانون الخاص والقانون الإدارى. وأن المادة ١٧٢ من الدستور المصرى، تقضى بأن: "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية...". وأن مجلس الدولة قد تبنى نظرية للعقود الإدارية منفصلة عن العقود المدنية، وهى تختلف عن الأخيرة من ثلاثة فروق على تفصيل سابق. ثم أوضحت هيئة التحكيم أن الأطراف لا يختلفون على أن عقد الامتياز هو فى جوهره عقد إدارى. ولكنهم يختلفون على خصائصه كعقد إدارى (عقداً إدارياً) وما يترتب على ذلك من آثار قانونية. وفى حين ذهب المحاكم ضدّهم إلى أن عقد الامتياز هو نموذج لعقد إدارى. ذهبت الشركة المحكّمة إلى أن "الفقه وأحكام القضاء فى مصر يعتبران العقود بنظام B.O.T. (الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية) عقوداً إدارية دولية ويعتبره فقه التحكيم الدولى عقداً ذى طبيعة خاصة ومن ثم لا تطبق عليه أحكام العقد الإدارى العادى".

ولما كان الأصل فى تقرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، يجب أن يبدأ بالنظر فى نصوص وشروط عقد الامتياز نفسه. فقامت هيئة التحكيم باستعراض نصوص العقد، وبدأت بما نصت عليه ديباجة العقد، من أن عقد الامتياز يستند إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح امتياز مرفق عام لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى الهبوط، والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بضمانات وحوافز الاستثمار ولائحته التنفيذية، ثم عرضت لنص المادة (٢٤) من عقد الامتياز، والتى تنص على أن: "كلا الطرفين يلتزم بمراجعة مجلس الدولة لهذا العقد". ويتفق هذا الشرط مع المادة الخامسة من القانون رقم ٣ لعام ١٩٩٧، التى تنص على أن: "يصدر قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص بمنح الامتياز وكذلك تقرير أو تعديل شروطه وأحكامه...، كما تنص المادة ٢١-١ من العقد على أنه: "يعتبر من عقود القانون المدنى وتحكمه القوانين المدنية لجمهورية مصر العربية". وعودة إلى التقنين المدنى المصرى لعام ١٩٤٨، تنص المادة ٦٦٨ منه على ما يلى: "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".

وانتهت هيئة التحكيم إلى أن العقد من عقود الامتياز وفقاً لمفهوم المادة ٦٦٨ مدنى، وهو أيضاً من العقود الإدارية فى القانون المصرى، وقالت ما يلى: "... إن التكييف الملائم للعقد مسألة قانونية (وبناءً عليه لا ينفرد الطرفان بصلاحيته تكييفه، ومن ثم فالمادة (٢) ... من عقد الامتياز لا يمكن اعتبارها قاطعة فى تحديد طبيعة عقد الامتياز). وتبعاً لذلك، تنتهى هيئة التحكيم إلى أن عقد الامتياز هو امتياز عام بمفهوم المادة ٦٦٨ من القانون المدنى، وهو أيضاً عقد إدارى فى القانون المصرى. والعناصر التى تدل على طبيعته الإدارية هى (١) أحد الطرفين الدولة المصرية التى تمثلها سلطة عامة (هى الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى التى وصفها القرار الجمهورى رقم ٢٩٣١ لعام ١٩٧١ بأنها - سلطة عامة؛ (٢) العقد هو عقد امتياز يتعلق بمرفق عام

أمام النيابة العامة (...). وبالإضافة لما شاب عملية التعاقد من أخطاء جسيمة من جانب القائمين على إسنادها مما حدا بالجهة الإدارية إلى فسخ التعاقد فى ٢٠٠١/٨/١٢ وإخطارها الشركة بذلك.

(المطارات وأراضى الهبوط التى وصفت بأنها امتياز مرفق عام، مثلاً فى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧)؛ (٣) عقد الامتياز يثير قضايا سيادة الدولة والنظام الوطنى فيما يتعلق بالملاحة الجوية والسلامة والسياحة وتنمية البنية الأساسية؛ (٤) عقد الامتياز يخضع لإطار تنظيمى محدد (القانون رقم ٣ لعام ١٩٩٧)؛ (٥) عقد الامتياز يتضمن بنوداً استثنائية لا نظير لها فى العقود المدنية (وأهمها شرط موافقة مجلس الدولة وما تنص عليه المادة ٢-٦-٥ من منح «جميع الحقوق والامتيازات والضمانات المنصوص عليها فى القانون رقم ٨ لعام ١٩٩٧»).

ثم ذهبت هيئة التحكيم إلى أن العقد يصطبغ بالطابع الدولى، مما يؤدى إلى أن بعض جوانب العقد وأبرزها اتفاق التحكيم هو جزء من العلاقات القانونية الدولية، ومن ثم يمكن إخضاعه لقواعد خارج نطاق النظام القانونى المصرى الداخلى. وقالت هيئة التحكيم: "... إن التكييف الملائم لعقد الامتياز هو أنه عقد دولى، الشركة المحكّمة هى شركة إنجليزية (منصوص على ذلك تحديداً فى المادة ٢٣-١-١)، والعقد يتعلق بمطار دولى (منصوص على ذلك تحديداً، مثلاً فى المادة ...)، والشركة المحكّمة يجب أن تتأكد من أن المطار يتفق والالتزامات الدولية التى تفرضها اتفاقية وارسو (المادة ٢٢-١٢-٣). وبالإضافة إلى ذلك، فاتفاق التحكيم الذى يشتمل عليه عقد الامتياز اتفاق دولى بمفهوم المادة (٣) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. إن أهمية تكييف عقد الامتياز كعقد دولى (بوصفه عقداً دولياً) لا يندرج فى إطار النظام القانونى المصرى الداخلى. فطابعه الدولى يعنى أن بعض جوانب العقد - وأبرزها اتفاق التحكيم - هى أيضاً جزء من العلاقات القانونية الدولية ومن ثم يمكن إخضاعه لقواعد خارج نطاق النظام القانونى المصرى الداخلى. وفى الحالة الماثلة، يترتب على الطابع الدولى لعقد الامتياز ولاتفاق التحكيم نتائج بالنسبة للقواعد التى تطبق على بعض المسائل التى أثرت فى التحكيم المائل".

ومن خلال المقدمات السابقة، التى مهدت بها هيئة التحكيم للفصل فى مسألة موافقة الوزير المختص وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بالإضافة إلى ما انتهت إليه من أن الهيئة المصرية للطيران المدنى هى من الهيئات العامة المصرية، وأن الوزير المختص لم يوقع على اتفاق التحكيم، ومع ذلك فإنها ذهبت إلى أن اتفاق التحكيم ملزم ومنتج لآثاره، وقالت هيئة التحكيم: "... صدر القرار الجمهورى رقم ٢٩٣١ لعام ١٩٧١ بإنشاء الهيئة المصرية للطيران المدنى. وتنص المادة السابعة على أن الهيئة المصرية للطيران المدنى يديرها رئيس مجلس إدارتها طبقاً «لأحكام هذا القرار وتحت إشراف وزير الدولة لأمور الطيران المدنى». وتضيف المادة السابعة أن «رئيس مجلس الإدارة يمثل الهيئة فى علاقاتها بالسلطات الأخرى والغير والسلطة القضائية». والواقع أن رئيس مجلس الإدارة وقع عقد الامتياز، وكل صفحة من عقد الامتياز تحمل الأحرف الأولى من أسماء الموقعين، بما فى ذلك الصفحة التى تشتمل على اتفاق التحكيم. وتشير هيئة التحكيم أيضاً إلى أن الدكتور سليمان محمد الطماوى فى كتابه «القانون الإدارى» دراسة مقارنة» (نشر دار الفكر العربى) فى الصفحة ٣٢٥ - ٣٢٦ يدخل الهيئة المصرية للطيران المدنى فى فئة الهيئات العامة المصرية.

وبناء على ذلك، فهذه التحكيم مقتنعة بأن رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية للطيران المدنى كان مسئولاً مخولاً بموجب القانون المصرى سلطة إبرام اتفاق تحكيم فيما يتعلق بعقد إدارى. ويترتب على ذلك أن اتفاق التحكيم ملزم ومنتج لآثاره، وأن هيئة التحكيم تملك اختصاصاً بنظر المنازعة الماثلة. وهيئة التحكيم مقتنعة

أيضاً بأن وزير النقل كان يعلم باتفاق التحكيم ووافق عليه للسبب المبين فى البند (٦٦) أدناه”.

واستطردت هيئة التحكيم فى بيان اتجاهها ومبرراتها فى الاعتراد باتفاق التحكيم بالرغم من عدم توافر ما اشترطته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وقالت ما يلى: “... وتشير هيئة التحكيم أخيراً إلى أن الفقرة الثانية من المادة الأولى تعد بوضوح جزءاً من القانون الداخلى المصرى والتحكيم، وهذا واضح. ولكن وضعها فى تحكيم تجارى دولى مع مستثمر أجنبى أقل وضوحاً. ثمة دلائل كافية فى هذه القضية تشير إلى أن جمهورية مصر العربية عملت على تأسيس نظام مأمون لحماية الاستثمارات الأجنبية فى مصر، بحيث أنه فى الأحوال العادية، لا ينبغى تضييع حق اللجوء للتحكيم على أساس أن مسئولاً كبيراً كان يفتقر إلى السلطة الملائمة. مثل هذه النتيجة تتناقض مع حسن النية. والواقع أن محكمة استئناف القاهرة اعترفت فى حكم لها فى ٣ مارس ١٩٩٧ بأهمية حسن النية فى هذا السياق. وتشير هيئة التحكيم أيضاً إلى المبدأ الراسخ فى القانون الدولى العام الذى يقضى بأن الدولة ملتزمة بتصرفات المسئول المخول بسلطة حكومية ما دام هذا الشخص تصرف بصفته الرسمية، حتى لو جاوز حدود هذه السلطة أو خالف التعليمات (انظر على سبيل المثال المادة السابعة من ضمن المواد الخاصة بمسئولية الدولة التى أعدتها مفوضية القانون الدولى) ومبدأ النظام العام عبر الدولى الذى يقضى بأن الدولة الطرف أو الكيان العام لا ينبغى أن يتذرعا بعدم أهليتها وفقاً للقانون الداخلى بعد توقيع التزام بالتحكيم”.

٢ - القضية التحكيمية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ١٧ مايو ٢٠٠٧^(١):

أكد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى على اتجاهه السابق، من عدم بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فذهبت إلى أن: “... الثابت والمستقر عليه فقهاً وقضاً أنه فى مجال إبرام العقود الإدارية تكون جهة الإدارة هى القائمة على اتخاذ جميع إجراءات التعاقد وما تستلزمه تلك الإجراءات من إعلانات وتديير الاعتمادات المالية والحصول على الموافقات اللازمة من السلطة المختصة أو غير ذلك من الإجراءات التى يتطلبها القانون وذلك باعتبار أن الجهة الإدارية هى المهيمنة على إجراءات إبرام العقود وهى المسئولة وحدها عن إتمام تلك الإجراءات بحيث إذا ما أغفلت عمداً أو إهمالاً (عفواً) عن اتخاذ أى إجراء من تلك الإجراءات المقررة قانوناً تحملت وحدها تبعات ذلك، حيث أن الطرف المتعاقد معها قد غلت يده فى هذا الشأن، وليس له أى دور فى استيفاء تلك الإجراءات، وذلك يجد أساسه القانونى فى الرابطة التى تربطها بالمتعاقد معها حيث إنها رابطة عقدية بالمفهوم القانونى السليم، لاسيما وأنه يجب الحفاظ فى البداية على عدم زعزعة الثقة فى الجهة الإدارية وعلاقتها بالغير، وبث الحذر والريبة والحيطة فى هذه العلاقات بدلاً عن مبادئ حسن النية والثقة والأمانة والعدالة التى يجب أن تتوافر فى الجهة الإدارية عند تعاملها مع الأفراد”.

واستطردت هيئة التحكيم: “... ومن حيث أنه وبناء على ما تقدم فإن استيفاء الإجراءات بما فى ذلك موافقة الوزير المختص إنما هو إجراء يقع على عاتق الجهة الإدارية وحدها وليس للمتعاقد معها (المحتكم) أى دور فيه، فاشتراط موافقة الوزير المختص يخاطب الجهة الإدارية فقط لكونها المهيمنة على إجراءات التعاقد

١ حكم تحكيمى منشور فى مجلة التحكيم العربى، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٤٩ وما بعدها؛ وأعيد نشره مرة أخرى بمجلة التحكيم العربى، العدد الثانى، يوليو ٢٠٠٩، ص ١٢١ وما بعدها.

والقائمة على التحقق من صحتها ومن ثم يتعذر تصور ترتيب البطلان كجزء (جزءاً) على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم وإلا كان فى مكنة الطرف المخطئ الاستفادة (الإفادة) من خطئه على حساب الطرف الآخر، وهو أمر يتنافى كلية مع مبادئ العدالة وحسن النية، فضلاً على أن البطلان لا يكون بغير نص، والمشرع لا يرتب فى المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، البطلان كجزء (جزءاً) على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، وكل ما يترتب على ذلك هو إعمال قواعد المسئولية التأديبية قبل المسئول عن التعاقد دون الحصول على موافقة الوزير المختص، وبالتالي فالمحتكم لا دور له فى عدم الحصول على موافقة الوزير المختص".

ثم تواترت الأحكام التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى، تردد ذات المبدأ وتقرر أن جهة الإدارة هى المسئولة وحدها عن إتمام إجراءات إبرام العقود الإدارية، بما فيها الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم^(١).

بيد أنه تجدر الإشارة هنا أنه يوجد ثمة خلط بين المخالفات التى تشوب إجراءات التعاقد، من إعلانات أو تدبير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ العقود الإدارية، وبين مسألة ضرورة الحصول على تصريح سابق للتعاقد، والجزاء المترتب على مخالفة أى من هاتين المسألتين، وتقريباً جميع أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، ذهبت إلى أنها جميعاً شيئاً واحداً ولا يختلف الحكم فى أى من الحالتين، إلا أنه ثمة حكم تحكيمى حر Ad-Hoc، صدر فى القضية التحكيمية رقم ٤٦٤ لسنة ٢٠٠٦، بجلسة ٢٠٠٦/٧/٢^(٢)، ذكر - على خلاف الحقيقة - أن هذا الاتجاه مستقر عليه فى أحكام المحكمة الإدارية العليا، وذكر ما نصه: " ... لم يرتب المشرع فى المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ البطلان كجزء على عدم الحصول على موافقة الوزير على شرط التحكيم وأن جل ما يمكن ترتيبه فى هذه الحالة هى إعمال قواعد المسئولية الإدارية (التأديبية) فى شأن من ثبت مسئوليته عن عدم استيفاء ذلك الإجراء من العاملين بالجهة الإدارية (الهيئة المحتكم ضدها). وهذا هو ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا سواء بالنسبة للمخالفات التى تشوب إجراءات التعاقد التى تقوم عليها الجهة الإدارية، أو عدم تدبير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ العقود الإدارية باعتبار أن هذه الإجراءات شأن داخلى بالجهة الإدارية ولا شأن للمتعقد معها به وترتيباً على ما تقدم يضحى الدفع المائل غير قائم على سند صحيح من القانون وحقيقاً بالرفض".

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإنه يوجد ثمة خلط أيضاً بين مسألة قدرة أو أهلية الدولة أو أحد شخصياتها المعنوية العامة فى إبرام اتفاق التحكيم، وبين مسألة مختلفة تماماً وهى حالة وجود تشريع أو لائحة داخلية للدولة تفرض ضرورة الحصول على إذن مسبق لإبرام اتفاق تحكيم صحيح. ومن ناحية ثالثة، تباين وجهة نظر أحكام التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بشأن مسألة ضرورة موافقة الوزير المختص، وجزاء تخلفها، فى التحكيمات الداخلية أو المحلية أو الوطنية، عنها فى حالة التحكيمات الدولية، مما يجعل تمييزاً بين المستثمر الأجنبى، والمستثمر الوطنى، ومن ناحية أخيرة، يلاحظ أنه بالرغم من النتيجة

١ - تراجع على سبيل المثال: القضية التحكيمية رقم ٥٥٣ لسنة ٢٠٠٧، جلسة ٥ نوفمبر ٢٠٠٩؛ القضية التحكيمية رقم ٥٦٧ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ١٢ سبتمبر ٢٠٠٩، كلاهما منشوران فى مجلة التحكيم العربى، العدد الثالث عشر - ديسمبر ٢٠٠٩، ص ٢٣٧.
٢ - منشور مجلة التحكيم العربى، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٤٨ وما بعدها.

الموحدة التى تنتهى إليها أحكام التحكيم الصادرة فى تحكيمات أجنبية، من عدم بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه؛ فإنه لا يوجد ثمة سند قانونى موحد لتبرير عدم الاعتداد بضرورة موافقة الوزير المختص، ففى حين تذهب فى بعض الأحكام التحكيمية إلى أن الفقرة الثانية من المادة (١) من قانون التحكيم، هى إحدى قواعد القانون الداخلى التى لا يجوز التذرع بها للتخلص من شرط التحكيم، استناداً لفكرة النظام العام الدولى أو غير الوطنى، تذهب فى أحكام أخرى أن المشرع لم يرتب على مخالفتها البطلان، وأن الخطاب التشريعى موجه إلى جهة الإدارة وحدها، وفى بعض الحالات تذهب إلى أنه يوجد ثمة اتفاقية دولية، بين دولة مصر، وبين المستثمر الأجنبى الطرف فى التحكيم، وأن نصوص المعاهدة الدولية، تعدُّ واجبة الاتباع وإن خالفت نص قانونى داخلى، باعتبارها نصاً خاصاً يقيد النص العام^(١).

ويلاحظ أن هيئات التحكيم، تكثرت من استعمال فكرة النظام العام الدولى، دون تحديد دقيق لمفهومها، فهى لا زالت تحتاج إلى مزيد من التحديد لكى توضع فى إطارها الصحيح^(٢).

وعلى الرغم من ذلك، فقد استخدمت هيئات التحكيم فى بعض الأحيان - كما سبق ذكره - لفكرة النظام العام عبر الوطنى «Transnational public policy»، أداة لاستبعاد تطبيق الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى، وهى ما يعبر عنها الفقه المصرى بفكرة النظام العام الدولى «La nation d'ordre public international». علماً بأنه يوجد تباين بين المفهومين^(٣) فالنظام العام الدولى، ليس فكرة عامة مجردة متفق عليها فى كل البلاد، بل ينظر إليه على ضوء المفاهيم القانونية والتصورات فى كل بلد، لذلك فإنه يوجد نظام عام دولى من زاوية قانون كل دولة^(٤)، بمعنى أن النظام العام الدولى، يخص دولة من الدول فنجد النظام العام الدولى الفرنسى، والنظام العام الدولى التونسى، والنظام العام الدولى اللبنانى ... الخ، أما النظام العام عبر الوطنى، فهو مجموعة من المبادئ المستقاة من الاتفاقيات الدولية، ومن النظام العام للغالبية العظمى من الدول كتجريم الرشوة والاتجار غير المشروع بالمخدرات، واحترام مبدأ حسن النية، ومن أهم تطبيقاته حظر تذرع الدول، والشخصيات الاعتبارية العامة بتشريعتها الداخلى للتصل من اتفاق تحكيم سبق وأن ارتضته^(٥).

١. يراجع على سبيل المثال: القضية التحكيمية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٢٠٠٧/٥/١٧، منشور بمجلة التحكيم العربى، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٥٠، وأيضاً منشور ذات المبدأ بمجلة التحكيم العربى، العدد الثانى عشر، يوليو ٢٠٠٩، ص ١٢٢ وما بعدها.
٢. يراجع حول هذا المعنى عند: د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الرابع، بدون دار نشر، ٢٠٠٠، ص ٢٠٢ و ص ٢٠٥.
٣. د. إسماعيل سليم: النظام العام الدولى لصالح التحكيم، دراسة مقارنة، مجلة التحكيم العربى، العدد ١٣، ديسمبر ٢٠٠٩، ص ١٨١.
٤. د. محيى الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الرابع، سابق الإشارة، ص ٢٠٥.
٥. د. إسماعيل سليم: النظام العام الدولى لصالح التحكيم، البحث السابق، ص ١٨١.

وقد وجه غالبية الفقهاء المصريين⁽¹⁾ النقد الشديد لفكرة النظام العام الدولي، أو عبر الوطنى، لكونها وسيلة استعمارية تلجأ إليها الدول المتقدمة للسيطرة على الدول النامية، واستبعاد تطبيق قوانينها الوطنية أمام هيئات التحكيم.

فضلاً عن أن فكرة النظام العام الدولي، فكرة لا أساس لها، فاتفاقية نيويورك أشارت فقط على حالة مخالفة النظام العام للدولة، ولم تتعرض لما يسمى النظام العام الدولي، ومن ثم فإن مصر لا تلتزم سوى بما جاء باتفاقية نيويورك⁽²⁾.

ومن كل ما سبق عرضه فى هذه المسألة، من أحكام مجلس الدولة، وفتاوى الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع، وأحكام هيئات التحكيم الصادرة تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، يتبين لنا، أنه أهم مسألة ثار حولها جدل قانونى جاد وعميق، وتباينت فيها الرؤى بينهم، الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة،

وفيما يلي نتناول مسألة الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص والجزاء المترتب عليه.

١ أ.د. مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية بمصر، ط ١٩٩٥، ص ١٣٦ وما بعدها؛ أ.د. أحمد السيد صاوى: التحكيم وفقاً لقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية بمصر، ٢٠٠٢، ص ٢٠٥ وما بعدها؛ أ.د. حسام عيسى: دراسة للآليات القانونية للتبعية الدولية، التحكيم التجارى الدولى، نظرة انتقادية، مرجع سابق الإشارة، ص ٩٤ وما بعدها؛ أ.د. أكثم أمين الخولى: التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة والاستثمار، محاضرة ألقىت فى الدورة التدريبية المنعقدة بمقر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى، فى ٢٠٠٤/١٢/٥، ص ٥.

٢ يراجع حول هذا المعنى: أ.د. أكثم أمين الخولى، التحكيم والوسائل البديلة ... المحاضرة السابقة، ص ٥.

المطلب الرابع

الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، والجزاء المترتب على تخلفها⁽¹⁾

تبين لنا فيما سبق أن للعقد الإدارى خصائص ذاتية، تختلف عن أحكام عقود القانون الخاص، إذ ترد عليه قيود شكلية وقواعد إجرائية واجبة التطبيق، تلتزم بها جهة الإدارة؛ أهمها كيفية التعبير عن الإرادة كما حددتها القوانين واللوائح، ومنها على وجه التحديد، ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد «autorisations préalables»، أو تصريح بالتعاقد سابق على إبرام العقد، من جهة معينة يحددها القانون، بحيث لا تستطيع جهة الإدارة التعاقد كلية بدون هذا الإذن. ومن هذا القبيل ما استحدثه المشرع فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المعدل بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، فقد جعل القانون جواز إبرام اتفاق تحكيم فى العقود الإدارية؛ مرهون بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، وحظر التفويض فى ذلك الاختصاص. لذلك فإن هذه الموافقة تعد من قبيل الإذن السابق لصحة اتفاق التحكيم «autorisation préalable à la conclusion du convention d'arbitrage».

ولما كان شرط التحكيم، يعد اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، فإنه يلزم لنفاذه توافر الأركان والشروط المطلوبة قانوناً من رضا صحيح، ومحل قابل للتعامل فيه، وسبب مشروع، لذلك فلا بد وأن يكون الرضاء صادراً من جهة الإدارة المختصة ذات الولاية القانونية وفقاً للأوضاع المقررة من حيث الشكل والاختصاص⁽²⁾.

وقد جرى الفقه والقضاء فى فرنسا⁽³⁾ ومصر⁽⁴⁾، على أنه إذا اشترط المشرع ضرورة الحصول على هذا
 ١ أثرت مسألة طبيعة موافقة الوزير أو اعتماده لعقد ما، أبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام مع مستثمر أجنبى، فى قضية تحكيم هضبة الأهرام، ففى حين ذهبت هيئة التحكيم إلى أن توقيع الوزير المختص على هذا العقد بالموافقة والاعتماد والتصديق «Agreed, approved and ratified» يجعل الدولة المصرية طرفاً فى العقد، ومن ثم ألزمتها بتعويض المستثمر الأجنبى عن الأضرار التى أصابته من جراء إلغاء العقد. وبعد سجال طويل فى أروقة محكمة استئناف باريس صدر حكمها فى ١٢ يوليه ١٩٨٤، بإلغاء حكم هيئة التحكيم المطعون عليه بالبطلان، وأيدته محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية الأولى - فى ٦ يناير ١٩٨٧ واستقر الأمر على اعتبار موافقة الوزير على العقد المذكور مجرد إجراء إدارى تقتضيه سلطة الوصاية التى يباشرها على المؤسسات العامة التابعة له، وأن وضع توقيع على العقد إعمالاً لهذه السلطة لا يجعل الدولة طرفاً فى اتفاق التحكيم. يراجع فى عرض تفاصيل القضية والتعليق عليها:

Rambaud Patrick: «L'affaire des pyramides, suite et Fin, In Annuaire Français de droit international, Volume 39, 1993, PP. 567 - 576

ويراجع فى الفقه العربى: أ.د. حفيظة السيد الحداد: الموجز فى النظرية العامة... مرجع سابق الإشارة، ص ٢٥٥ وما بعدها؛ أ.د. سامية راشد: التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق الإشارة، ص ٣٤٣ وما بعدها؛ د. أحمد محمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم المصرى، مرجع سابق الإشارة، ص ١٣٤ وما بعدها.

٢ يراجع حول هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، ملف ٣٤٣/١/٥٤، جلسة ١٠ ديسمبر ١٩٩٧، رقم التبليغ ٢٨ فى ١١/١١/١٩٩٨ (غير منشور).

3 (Ch.) Guettier: «Droit des contrats administratifs» 2008, Op. Cit., P. 299 et S.: (R.) Chapus: «Droit administratif général»: T. 1, Montchrestien, 15e éd., 2001, no 1293 et S.: (art. R. 78 et 129 du code domaine de l'État): CE, 7 Févr. 1936, GAJA, Dalloz, 16e éd., 2007, no 50.: CE, 4 Juin 2007, ligue de l'enseignement, no 289792.

٤ أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٤٢؛ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٩؛ فتوى قسم الرأى فى ٢٢ سبتمبر ١٩٥٤، مجموعة الفتاوى، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة، ص ٢٢٦؛ فتوى الرأى رقم ٣٦٠، فى ١٧ يوليو ١٩٥٤، المجموعة السابقة، ص ٤٦ وما بعدها؛ وبذات المعنى فتوى الجمعية العمومية، بالملف رقم ٣٤٣/١/٥٤، جلسة ١٠ ديسمبر ١٩٩٧، سابقة الإشارة، ويراجع أيضاً الأحكام والفتاوى الحديثة الصادرة من مجلس الدولة، سابقة الإشارة.

الإذن؛ يصبح هذا الإذن ضرورياً لقيام الرابطة التعاقدية. بمعنى أن تعاقد جهة الإدارة بدون الحصول على هذا الإذن؛ يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً «*nul d'une unllité absolue*»، لأنه بات من المسلم به، والمستقر العمل عليه في الفقه والقضاء السابقين، أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق، هي قواعد من النظام العام «*des règles d'ordre public*»، لأنها تقوم على أسباب جوهرية تتصل بالمصلحة العامة، اتصالاً وثيقاً، وبالتالي فلا يمكن مقارنتها بالقواعد المقررة لحماية ناقصي الأهلية في القانون الخاص.

وهذه الضوابط والقيود التي يفرضها المشرع في حالة عقود الإدارة بصفة عامة، والعقود الإدارية بصفة خاصة، لا تختلف في النظم القانونية المقارنة، سواء في النظام اللاتيني - الذي نحن بصدد -، أو الكومون لو «*Common Law*» «نظام الشريعة العامة»، فمتى طلب القانون إجراءً معيناً للتعاقد، كالإذن بالتعاقد؛ فإنه يكون واجب الاحترام⁽¹⁾، ومنطقياً إذا ما خالف أحد المتعاقدين هذه القيود أو الضوابط، يصبح التصرف باطلاً أو قابلاً للإبطال، والقول بغير ذلك يجعل النص القانوني لا قيمة له، مفرغاً من مضمونه. كما أن أمر التحقق من استيفائه، يقع على عاتق الطرفين التحقق منه، لأن النص القانوني هنا يخاطب جميع الأطراف بعبارة عامة، دون أن يقصر الخطاب التشريعي إلى جهة الإدارة فقط كما ذهبت بعض أحكام هيئات التحكيم.

علماً بأن هذا القيد أو الضابط الذي نصت عليه المادة (٢/١) من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، معدل بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، ينطبق على جميع أنواع العقود الإدارية، سواء كان التحكيم في شأن عقد إداري داخلي، أو عقد إداري دولي، وسواء تم الاتفاق بين الأطراف على إخضاعه لقانون التحكيم المصري، أو لقانون تحكيم أجنبي، أو لنظام تحكيم معين مثل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس (I.C.C.)، أو قواعد اليونسترال أو غيرها، لأنه كما سبق الإشارة نص يتعلق بالنظام العام، يجب احترامه دائماً بالنسبة للتحكيم التي تتفق عليها الدولة، أو الشخصيات الاعتبارية العامة في مصر⁽²⁾، وإذا ما تخلف هذا الضابط (موافقة الوزير المختص)، يصبح اتفاق التحكيم باطلاً. على أن هذا البطلان يزول بالإجازة اللاحقة⁽³⁾ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق⁽⁴⁾.

١ يراجع حول هذا المعنى أستاذنا الدكتور محمد محمد بدران: العقد الإداري بين مفاهيم النظام اللاتيني ونظام الشريعة العامة، ورقة مقدمة لندوة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، المنعقدة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم في الفترة من ١٦-١٨ أبريل ٢٠٠٦، ص ١.
٢ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٩.
٣ أ.د. مصطفى الجمال، أ.د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة ...، مرجع سابق الإشارة، بند ٩٩، ص ١٤٨؛ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٨.
٤ أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٨.

يرى بعض الفقهاء أن إمعان النظر في صياغة النص (م ٢/١) تحكيم قد يبرر القول بأن: "شرط موافقة الوزير المختص لا يعدو أن يكون شرط نفاذ بدليل أن النص عندما اشترط موافقة الوزير المختص كان يتكلم عن اتفاق تحكيم قائم فعلاً بين طرفيه بحيث تأخذ موافقة الوزير شكل الاعتماد لهذا الاتفاق، وفي هذه الحالة يكون جزءا تخلف موافقة الوزير هو عدم نفاذ اتفاق تحكيم قائم فعلاً وليس بطلانه. صحيح أنه قد يبدو أن التمييز بين كون الشرط شرط انعقاد أو شرط نفاذ ليس له أهمية عملية طالما أن بإمكان الطرف الحكومي أن يمتنع عن المشاركة في إجراءات التحكيم استناداً إلى عدم نفاذ اتفاق التحكيم في حقه. ومع ذلك فإن هذا التمييز لا يخلو من فائدة من عدة نواحي منها مثلاً أنه إذا اعتبرت موافقة الوزير شرط انعقاد فإن تخلفها يفضى إلى بطلان الاتفاق بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن الرضا فيه وبالتالي لا يكون صالحاً لترتيب آثاره القانونية ولا تصح إجازته، أما إذا كانت موافقة الوزير هي مجرد شرط نفاذ فإن تخلفها في البداية لا تمنع من صحة الاتفاق وإمكان ترتيبه لآثاره إذا أجازته الوزير في تاريخ لاحق". يراجع: أ.د. أحمد شرف الدين: الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، بدون دار نشر، ٢٠٠٧، ص ٦٨ وما بعدها؛ وبحث سيادته: الاختصاص بنظر بطلان اتفاق التحكيم أثناء جريان التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الحادي عشر، يونيو ٢٠٠٨، ص ٢١٠ وما بعدها؛ وذات البحث منشور بمجلة التحكيم العربي أيضاً بالعدد الرابع عشر، يونيو ٢٠١٠، ص ٢٠٠ وما بعدها

وعلى الجانب الآخر، ذهب بعض الفقهاء المصريين⁽¹⁾، إلى أن هذا القيد لا يسرى على التحكيمات التجارية الدولية التى تحكمها اتفاقية نيويورك، بالرغم من أن هذه الاتفاقية لم تتعرض صراحة لمسألة (قيد) موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، إلا أنه يفهم من الأعمال التحضيرية للاتفاقية أنها لا تقر أى قيد على أهلية الدولة، أو أى من أشخاصها العامة فى إبرام اتفاق التحكيم، فالقيود التى تفرضها القوانين الوطنية فى هذا الشأن تسرى على التحكيمات الوطنية دون التحكيمات الدولية. ذلك لأنه توجد قاعدة دولية مستمدة من الأعراف التجارية الدولية، ومستقرة قضاءً وفقهاً مؤداها عدم خضوع التحكيمات الدولية لمثل تلك القيود. لذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أنه إذا ما أبرمت الدولة، أو أحد شخصياتها الاعتبارية العامة، عقداً إدارياً وتضمن شرطاً للتحكيم، وتوافرت فى هذا التحكيم ما تنص عليه المادتان الثانية والثالثة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بما يجعله تحكيمياً تجارياً دولياً، فإن هذا التحكيم لا يخضع للقيد الوارد فى الفقرة الثانية من المادة الأولى منه، والتى تشترط لصحة اتفاق التحكيم موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة، ولو كان قد اتفق على أن يجرى التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصرى.

ويذهب الأستاذ الدكتور فتحى والى⁽²⁾ - وبحق - إلى أنه رغم الأخذ بهذا الرأى، فإنه وفقاً للمادة ٢/٥ من اتفاقية نيويورك "يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: ... (ب) أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد". ولما كان وجوب الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، مسألة تتعلق بالنظام العام، فإنه إذا صدر حكم تحكيم فى خارج مصر دون توافر هذه الموافقة، وأراد المحكوم له تنفيذه فى مصر، فإنه يجب على القاضى رفض الاعتراف به، أو إصدار الأمر بتنفيذه. وذات الأمر قد نص عليه قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فى المادة ٢/٥٨ ب، التى تقضى بأنه: "٢... لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتى: ... (ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية".

ومما يتصل بالموضوع ما ذهبت إليه بعض أحكام التحكيم فى الخلط بين مسألة ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد، ومسألة الإذن المالى «L' autorisation budgétaire» أو الاعتماد المالى، وهى أيضاً من القيود التى ترد على جهة الإدارة، ويتعين عليها أن تمر بها قبل أن تستطيع أن تبرم أى عقد - سواء مدنى أم إدارى - ولكن هذا القيد وفقاً للنظرة الفرنسية والمصرية يتعلق بالقانون المالى، ومن المقرر أن القانون المالى مستقل عن القانون الإدارى، ويترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية، وهى أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالى، ويرتب عليها القضاء الفرنسى والمصرى⁽³⁾ نتيجتين مهمتين هما:

١. يراجع فى تفاصيل هذا الاتجاه عند كل من: أ.د. سامية راشد: التحكيم فى العلاقات الخاصة، المرجع السابق، بند ١٨١، ص ٣٢٨ وما بعدها؛ أ.د. مصطفى الجمال، أ.د. عكاشة عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة ... = المرجع السابق، بند ٢١٤، ص ٣١٩؛ د. أحمد هندى: الاتجاهات الحديثة بصدد الأمر بالتنفيذ، دار النهضة العربية بمصر، ١٩٩٩، ص ١٧ وما بعدها؛ أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم ... مرجع سابق الإشارة، بند ١٠٩، ص ٣٧٠ وما بعدها.

٢. أ.د. فتحى والى: قانون التحكيم ... المرجع السابق، ص ١١٩.

٣. يراجع على سبيل المثال:

النتيجة الأولى: أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالى لا يترتب عليها بطلان التصرف الإدارى.

النتيجة الثانية: أن اعتماد المبالغ المالية اللازمة للتعاقد، لا يلزم الإدارة بالتعاقد، وذلك سواء أكان الاعتماد المالى يصدر فى صورة قانون من البرلمان، أم بناء على قرار من مجلس من المجالس⁽¹⁾.

ومناطق المسؤولية هنا يقع على عاتق الموظف المختص الذى خالف القانون المالى، دون أن يترتب على ذلك أى أثر على عملية التعاقد، التى تمت ووقعت صحيحة مرتبة لكامل آثارها.

وباختصار، فإن أى نظام قانونى فى أى دولة، لابد وأن يمتلك وسائل للدفاع عن نفسه وبقائه، بحيث يلزم جموع المتعاملين معه إلى احترام ما هو قائم من تشريعات، ولا يعتد بجهل أحد بالقانون؛ حماية للمصالح الوطنية المشروعة والتى وجدت التشريعات من أجلها. لذلك فإن التفريط والتسليم لضغوط اقتصادية من شركات كبرى، أو هيئات تحكيم دولية، سيؤدى إلى نتائج خطيرة على سيادة الدولة من جانب، ومن جانب آخر على اقتصاد الدولة.

لذلك نرى ضرورة التدخل التشريعى بإضافة عبارة «وإلا كان الاتفاق باطلاً» فى نهاية الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم، كيما نغلق باب الخلاف حول جزاء تخلف موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة.

وحكم الإدارية العليا، الطعن رقم ١٧٥ لسنة ١ ق.ع.، فى ١١ فبراير سنة ١٩٥٦، المجموعة، السنة الأولى، ص ٦٩٨؛ فتوى الجمعية العمومية، الصادرة بجلسة ١٩٨٥/٦/٢٦، ملف رقم ٣٠٨/٦/٨٦؛ وفتاها فى الملف رقم ١٩٣٨/١٣/٣١، رقم التبليغ ١٠٠٦، صادر فى ٢٩/١٠/٢٠٠٠ (غير منشورة).

١ يراجع فى تفاصيل الموضوع عند كل من:

أستاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

(Ch.) Guettier: «Droit des contrats ...», Op. Cit., P. 298 etS.; (R.) Chapus: «Droit administrative général» T. 1, Op. Cit., no 1293.

الخاتمة

هكذا عالجتنا موضوع ضوابط صحة وجود اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية واقتضى حسن العرض أن نتناول الضوابط التشريعية لاتفاق التحكيم فى العقود الإدارية ونتبع موقف مجلس الدولة المصرى، ومركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى من ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، وتبين لنا مدى التباين فى الرؤى بين مجلس الدولة وهيئات التحكيم والأسانيد التى ساقها كل اجتهاد تدعيماً لموقفه. وأخيراً تناولنا الطبيعة القانونية لموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه من الأشخاص الاعتبارية العامة التى لا تتبع وزير معين، والجزاء المترتب على تخلفها.

ولعل أهم النتائج والتوصيات التى ظهرت جلية فى البحث ما يلى:

- ١- تباين الرؤى والخلاف الشديد بين اتجاهات القضاء الإدارى، وأحكام هيئات التحكيم فى شأن ضوابط صحة وجود اتفاق التحكيم، وأخصها ضرورة موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم.
- ٢- اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية لابد وأن يكون مكتوباً، ودون أن يأخذ شكل معين فى التعبير عن الإرادة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة سواء أ جاءت هذه الموافقة فى شكل التوقيع على العقد أو قرار إدارى أو خطاب موجه إلى المتعاقد مع جهة الادارة.
- ٣- نقترح أن تضاف عبارة «وإلا كان الاتفاق باطلاً» فى نهاية الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى، لغلط باب الخلاف من جانب هيئات التحكيم وتقنياً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة المصرى.
- ٤- نقترح ضرورة إعادة تنظيم موضوع التحكيم فى العقود الإدارية برمته، مع تنظيم موضوع التحكيم الداخلى والتحكيم التجارى الدولى، وخص كل نظام منهما بقواعد تتناسب مع طبيعة كل علاقة.

شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ٢٠١٥ (دراسة مقارنة)

الدكتورة نادية إسماعيل محمد الجبلي

أستاذ القانون المساعد

المقدمة:

شهد العالم خلال السنوات الأخيرة تطوراً لا مثيل له في الاستثمار والاقتصاد والتجارة الدولية، وتجاوزت الشركات في الدول العظمى حدودها الوطنية فأصبحت تتحكم في سوق التجارة الدولية، وسيطر النظام الرأسمالي سيطرة لا حدود لها على العالم بأسره، ولرغبة الدول النامية في تطوير اقتصادياتها وجذب الاستثمارات العالمية إليها.

فقد تتابعت الخطوات للأخذ بآليات السوق والانفتاح على العالم الخارجي، ومن هنا بدأت مشكلة بطئ التقاضي تطفو على السطح، وأصبح علاج تلك الظاهرة يشكل أحد أهم عوامل جذب الاستثمارات لعدم رغبة الشركات متعددة الجنسيات في حل ما قد ينشأ من منازعات بمعرفة القضاء الوطني، لذلك أصبح الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة فعالة وسريعة لفض المنازعات مطلباً لا بديل عنه مما حدا بالدول النامية إلى الانضمام للاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم؛ ومنها اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف بإحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، واتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ بشأن حل منازعات الاستثمار، وقانون الأونسيترال والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر ١٩٨٥ هذا القانون الموحد للتحكيم التجاري الدولي وغيرها، وقد تسارعت الخطى نحو تعديل التشريعات الوطنية وإقرار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات.^(١)

ولم يكن المشرع العربي بوجه عام والمشرع البحريني بوجه خاص بمعزل عن كل هذه التطورات خاصة وأن التنظيم القانوني المرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي، وكذلك المرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون التحكيم والذي يستند على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الـ UNCITRAL والذي جاء مرفقاً بالمرسوم المذكور، والذي تضمن تنفيذ الأحكام الصادرة عن التحكيم التجاري الدولي أمام المحاكم المختصة بالتنفيذ بالمملكة بصورة مباشرة.

ولما كان الثابت أن كافة العقود الدولية التي تبرمها الدول العربية ومنها مملكة البحرين مع غيرها من الدول أو الشركات متعددة الجنسيات أو مع الشركات الاستثمارية الوطنية أصبح شرط التحكيم هو القاسم المشترك لكافة العقود لإصرار تلك الشركات على تضمين عقودها هذا الشرط.

١ /د/ أحمد محمد عبد الصادق: المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، الطبعة السادسة، ٢٠١٤.

أهمية البحث :

يستمد هذا البحث أهميته كونه يتناول موضوع في غاية الأهمية ويتمثل في « شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ » «دراسة مقارنة» ، باعتبار ان شرط التحكيم جزء مهم في العقود التجارية والاستثمارية المحلية والدولية والتي اتسعت رقعته وازدادت قيمته دولياً ، كما يعتبر شرط التحكيم من القضايا المهمة في الوقت الحاضر والذي حظي باهتمام كبير من جانب الفقه كما تربح على قمة الموضوعات ذات القيمة القضائية التي شغلت أذهان الباحثين وجذبت الأنظار وكذا الاعتناء به من طرف المعاهد العلمية.

إشكاليات البحث:

ما مدى فاعلية شرط التحكيم كوسيلة قانونية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات والتعاملات التجارية الدولية بين الأطراف بدلاً من اللجوء إلى وسائل أخرى ؟

هذا السؤال يقودنا إلى طرح عدة أسئلة أخرى للوصول إلى الإجابة على إشكاليات شرط التحكيم بدأ بمفهومه والاعتراف به والفرق بينه وبين مشاركة التحكيم والقواعد التي تطبق على العقد هل هي نفسها المطبقة في اتفاق شرط التحكيم؟ وكذلك خلو قانون التحكيم البحريني من أهلية الدولة في إبرام العقود التي تتضمن شرط التحكيم، وما هي الجهة المختصة في الفصل في النزاع الذي يرفع إليها؟ وكيف تشكل هيئة التحكيم للفصل في المنازعات المتعلقة بشرط التحكيم؟ وما هي الآثار المترتبة على شرط التحكيم؟ وما مدى فاعلية الاتفاقيات الثنائية والدولية في شرط التحكيم؟ وأسباب انقضاء شرط التحكيم والآثار المترتبة على انقضائها؟

منهجية البحث:

إذا كان الموضوع يتعلق أساساً بدراسة « شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ «دراسة مقارنة»، فإن الدراسة تحتم علينا استخدام أسلوب المنهج المقارن لدراسة موضوع شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني ومقارنتها مع غيرها من الاتفاقيات والقوانين ، وذلك رغبة في إبراز الجوانب السلبية والايجابية فيما يتعلق بهذه الدراسة، واخذ الجوانب الايجابية والاستفادة منها . وكذلك استخدمنا أسلوب المنهج التحليلي لوصف جوانب الموضوع وبحث مشكلاته وتحليلها تحليلاً قانونياً من خلال استعراض النصوص الدستورية والقانونية واللوائح والاتفاقيات الثنائية والدولية من أجل الخروج بنتائج أفضل للموضوع، ووضع الحلول والمقترحات الممكنة لحل الإشكاليات الناجمة عن هذا الموضوع .

تقسيم الدراسة:

في ضوء ما تقدم ستتقسم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين خصصت في المبحث الأول للحديث عن ماهية شرط التحكيم في المنازعات الدولية ، وتطرقنا من خلاله للحديث عن مفهوم شرط التحكيم وأهميته ، ومعرفة الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم ، وعن أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام شرط التحكيم في المطلب الأول ، ومن ثم تكلمنا في المطلب الثاني عن طبيعة شرط التحكيم وخصائصه وصوره . إما في المبحث الثاني تحدثنا عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم من خلال معرفة موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من

شرط التحكيم في المطلب الأول، بينما استعرضنا في المطلب الثاني النتائج المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وأسباب انقضاء شرط التحكيم والآثار المترتبة على انقضائها. وفي خاتمة هذا البحث استخلصت أهم النتائج ووضعت عددا من التوصيات التي قد تساعد في تلافي بعض جوانب القصور والإخفاق المتعلقة بعملية تنظيم شرط التحكيم.

المبحث الأول

ماهية شرط التحكيم في المنازعات التجارية والاستثمارية

تزايد الاهتمام بفكرة التحكيم من قبل العديد من الدول خاصة في العصر الحديث، ويظهر ذلك جلياً من خلال إنشاء عدة مراكز دولية متخصصة في حل المنازعات القائمة عن طريق التحكيم، وكذلك تمت سن العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لتنظيم هذه الفكرة، والاعتراف بحق الأفراد في اللجوء إلى التحكيم بدلاً عن قضائها العام.

وعليه فقد يتفق المتعاملين الاستثماريين والاقتصاديين على اختيار وسيلة التحكيم سواء كان ذلك في العقد الأصلي والذي يعرف بشرط التحكيم، أو بعدما تكون المنازعة قد ثارت فيما بينهم، فيتم بعدها الاتفاق على التحكيم لحلها وهو ما يسمى بمشاركة التحكيم، وهاتين الصورتين هما التي يمكن أن يكون عليها الاتفاق على التحكيم^(١)، ولكن ما يهمنا في هذا البحث هو شرط التحكيم.

وفي حقيقة الأمر أن شرط التحكيم يشكل الأساس أو القاعدة التي يرتكز عليها قضاء التحكيم لهذا استقصر هذا البحث على الركيزة الأساسية وحجر الزاوية في التحكيم التجاري والاستثماري ولكونه شرط له موضوع خاص يهدف إلى تسوية المنازعات المحتملة التي يظهرها العقد الأساسي.

وأن دراسة هذا الكيان القانوني لشرط التحكيم هو مسألة أساسية تظهر جوهرية عملية التحكيم من حيث أهميته وتمييزه عن المشاركة التحكيم وتكيفه وطبيعته ومدى استقلاله عن العقد الأصلي ويعود إلى التساؤل حول إمكانية اعتبار شرط التحكيم عقد كامل قادر بذاته على تحريك إجراءات التحكيم أو حول مصير العقد الذي علق على شرط واقف النفاذ؟

لذلك لا بد من دراسة هذه الموضوع على ضوء التطورات التشريعية والفقهية واجتهادات المحاكم، ومن ثم عرض وجهة نظر قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ بالإضافة إلى التشريعات الوطنية المقارنة. لذلك سينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتحدث في المطلب الأول عن المقصود بشرط التحكيم في المنازعات التجارية والاستثمارية، وتمييز شرط التحكيم عن مشاركة التحكيم وكذلك الإشارة إلى أهمية العملية، ومن ثم نتحدث في المطلب الثاني عن طبيعة شرط التحكيم وخصائصه وصوره وأسباب انقضاء شرط التحكيم والآثار المترتبة على انقضائها كما يلي:

١ /د/ حفيظة السيد الحداد: شرط التحكيم بالإشارة، بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المالية، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني، ١٩٩٥، ص: ١٠

المطلب الأول

المقصود بشرط التحكيم وأهميته والتميز بين شرط ومشاركة التحكيم

نتيجة لتشعب العلاقات التجارية والاستثمارية واختلاف مصالحها وأهدافها ، أصبح لشرط التحكيم أهمية كبيرة في العقود التجارية والاستثمارية الدولية ، وذلك من خلال الاتفاق المسبق إلى اللجوء للتحكيم، حيث يعتبر عقد التحكيم التقليدي هو الشرط الوارد في عقد ما كأحد بنوده والذي يخضع المنازعات المستقبلية للتحكيم ، وهناك عقد التحكيم الذي يتم إبرامه بعد وقوع النزاع وهو ما يسمى بالمشاركة⁽¹⁾. لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف شرط التحكيم وأهميته في الفرع الأول ، وتمييز شرط التحكيم عن مشاركة التحكيم وفي الفرع الثاني ، وعن أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام شرط التحكيم في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تعريف شرط التحكيم وأهميته

1- **تعريف شرط التحكيم:** يقصد به «الاتفاق الذي يكون مبرماً ما بين أطراف الاتفاق على التحكيم بشأن الفصل في نزاع محتمل وغير محدد ، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسير العقد أو تنفيذه عن طريق هيئة التحكيم»⁽²⁾

كما يعرف شرط التحكيم بأنه « هو اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات مستقبلية واحتمالية غير قائمة بالفعل ولكنها قد تنشأ في المستقبل ، وقد أستمد هذا الاتفاق تسميته من انه يكون جزءاً من عقد كأحد بنوده وشرطاً من شروط العقد الأصلي لاحتمال نشوء نزاع بسبب تنفيذه أو تفسيره ».⁽³⁾

وكذلك يعرف شرط التحكيم بأنه «الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، ويكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم»⁽⁴⁾

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه لم يعرف شرط التحكيم في التحكيم الدولي بينما عرفه في التحكيم الداخلي في المادة (١٤٤٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية، وذلك بنصها على أنه « اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم»⁽⁵⁾

١ /د أحمد محمد عبد الصادق : المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق ، ص: ٤٣٦

٢ /د محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧، ص: ٦٥ .

٣ /د أحمد محمد عبد الصادق ، المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق ، ص: ٧٦

٤ /د أحمد أبو الوفا :التحكيم الاختياري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ، العددان الأول والثاني - السنة السادسة ١٩٥٢ - ١٩٥٤ م- مطبعة جامعة الإسكندرية- فقرة ١، ص ١ .

٥ /د محمود السيد عمر التحيوي : أركان الاتفاق على التحكيم ، مرجع سابق ، ص: ٤١

بينما أجاز المشرع المصري شرط التحكيم على أنه « يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى»^(١)

كما أجاز المشرع السعودي شرط التحكيم على أنه « يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواءً أكان مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين»^(٢)

وكذلك أجاز المشرع البحريني شرط التحكيم تحت عنوان اتفاق التحكيم بأنه « هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل»^(٣)

وكذلك أجاز المشرع اليمني شرط التحكيم بأنه «يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل (وثيقة التحكيم) أو على شكل بند في عقد (شرط التحكيم) وفي الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو بفسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم»^(٤)

ومن خلال التعاريف السابقة نستنتج أن شرط التحكيم هو في الغالب يرد على شكل بند ضمن عقد معين وفي بعض الحالات قد يكون مستقلاً عن ذات العقد ، ويتضمن اتفاق الأطراف على الفصل في أي نزاع قد يحدث مستقبلاً حول تفسير العقد أو تنفيذه بطريقة التحكيم ، وينصب هذا البند على نزاعات مستقبلية محتملة الحدوث ولم تحدث بعد، وهذا النزاع غير محدد تفصيلاً وقت إبرامه .

2- أهمية شرط التحكيم:

يُعتبر التحكيم طريقاً استثنائياً لحل المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية والقانونية بين الأطراف، ويُمثل شرط التحكيم القاعدة التي يركز عليها نظام التحكيم والذي يُظهر إرادة الأطراف لاختيار نظام التحكيم لحل خلافاتهم .

١ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م
٢ الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الأمر الملكي السعودي رقم م/٣٤ لسنة ٢٠١٢
٣ (٩) الفقرة الأولى من المادة السابعة المادة (١٦) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ ، صدر بتاريخ ٥/يوليو/ ٢٠١٥ ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد ٣٢١٧ ، الخميس ٩/ يوليو / ٢٠١٥ .
٤ المادة (١٦) من قانون التحكيم اليمني رقم (٢٢) لعام ١٩٩٢ المعدل بالقانون رقم (٣٢) لعام ١٩٩٧

لذلك أجازت غالبية التشريعات العربية والاتفاقيات الثنائية والدولية شرط التحكيم ، وأطلقت عليه عدة تسميات ؛ حيث سُمِّي في القانون السعودي (الشرط الخاص)⁽¹⁾ وفي القانون اللبناني (البند التحكيمي)⁽²⁾، وفي القانون البحريني (شرط التحكيم)⁽³⁾، وفي القانون المغربي (الشرط التحكيمي)⁽⁴⁾، ومهما اختلفت وتعددت هذه التسميات والمصطلحات فإنها تُعد مصطلحات مترادفة تُعبر عن الاتفاق التحكيمي.

لذلك أصبح لشرط التحكيم أهمية كبيرة في وقتنا الحاضر ؛ حيث يُعتبر منبع التحكيم التجاري الدولي في معظم الأحيان ، وإن أكثر من (٨٠٪) من عقود التجارة الدولية تتضمن شرطاً تحكيمياً⁽⁵⁾، وتكمن أهمية اتفاق التحكيم بتنازل المتعاقدين عن اللجوء إلى القضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل وعرض نزاعهم على أشخاص معينين من قبلهم.

وإن لشرط التحكيم فائدة وقائية من ناحية فهو يستبعد ذلك الاختلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع الذي قد ينجم عند إبرام مشاركة التحكيم⁽⁶⁾؛ ومن ناحية أخرى له أثر خطير فهو يحرم المتعاقدين من الالتجاء إلى قضاء الدولة .

وتتطلب بعض القوانين أن يرد شرط التحكيم في اتفاق خاص منفصل عن شروط الاتفاق الأصلي وإلا كان باطلاً⁽⁷⁾، ومن هذه القوانين ما تنص عليه المادة (٧٥٠) من التقنين المدني المصري بالنسبة لعقد التأمين من أنه « دفع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية : (٤) « شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص مفصل عن الشروط العامة»

الفرع الثاني

تمييز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

شرط التحكيم مر بتطور طويل قبل أن يتم الاعتراف به باعتباره اتفاقاً على التحكيم بصورته الحالية، فقد لجأت اتفاقية الأمم المتحدة إلى تفادي استعمال تعبير «شرط التحكيم» و«مشاركة التحكيم» واستخدمت للدلالة على اندماجها في مفهوم موحد التسمية « اتفاق التحكيم».

لذا أجازت القوانين المختلفة اتفاق التحكيم بصورة خاصة ونظمت شرط التحكيم والنظم اللاتينية أخذت بالتفرقة بين مشاركة التحكيم وشروطه ، غير أن هذا الاعتراف التشريعي لم يكن منذ البداية، حيث أثار شرط التحكيم في فرنسا خلاف شديداً وبقي القضاء الفرنسي فترة طويلة يرفض الاعتراف بصحة شرط التحكيم ،

١ المادة (١٠) من قانون التحكيم السعودي رقم ٤٦/م بتاريخ ١٢/٣/١٤٠٣هـ

٢ المادة (٧٦٢) من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، مرسوم رقم (٩٠) صادر في ١٦/٩/١٩٨٣

٣ المادة (٧) (الفقرة ١) من قانون التحكيم التجاري الدولي بالبحرين رقم (٩) لسنة ١٩٩٤

٤ المادة (٣١٥) من قانون التحكيم المغربي الصادر بتاريخ ٢٨/أيلول / ١٩٧٤م.

٥ د/عبد الحميد الأحمد : موسوعة التحكيم ، الجزء الأول والثاني والثالث ، منشورات نوفل ، بيروت ١٩٩٠، ص: ١٠٤

٦ د/ أبو زيد رضوان : الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، ١٩٨١، ص: ٢١

٧ د/ أحمد محمد عبد الصادق ، المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق، ص: ٤٣٧

وفقاً لما قرّرتّه محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير أصدرته في الأول من يوليو ١٩٤٣ حيث أجاز فقط الاتفاق الذي يبرمه الأطراف بعد نشوء النزاع للجوء إلى التحكيم ، وحيث أن اللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى توقيع «مشاركة تحكيم» بين الأطراف بعد قيام النزاع ، فإن شرط التحكيم يعد مرحلة تمهيدية سابقة لإبرام مشاركة التحكيم^(١) والمادة (١٠٠٦) من القانون الفرنسي كانت توجب تحديد موضوع النزاع وتسمية وتعيين المحكمين في وثيقة التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً.

وعندما انضمت فرنسا لبروتوكول لسنة ١٩٢٣ الذي يعد بصحة شرط التحكيم قام المشرع الفرنسي بإصدار تشريع خاص سنة ١٩٢٥ أجاز بموجبه شرط التحكيم والاعتراف بصحته تم تتابعت تشريعات توسيع دائرة الأمور التي يجوز فيها الاعتراف بشرط التحكيم.^(٢)

وحسبت اتفاقية نيويورك موقفها من شرط التحكيم سنة ١٩٥٦ فقد نصت في المادة الثانية منها «على كل دولة موقعة الاعتراف بالاتفاق المكتوب الذي يلزم الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة جواز تسويتها عن طريق التحكيم». ويقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق التحكيم الذي وقعه الأطراف وتضمنه رسائل وبرقيات متبادلة بينهم.

وكان لقانون التحكيم البحريني لسنة ٢٠١٥ من أكثر القوانين وضوحاً في بيان صور شرط التحكيم حيث عرف على انه اتفاق التحكيم في المادة السابعة من القانون.^(٣)

يتضح لنا مما تقدم أن التشريعات والاتفاقيات والقواعد الدولية قد اعترفت بشرط التحكيم سواء ورد في صلب العقد أو في اتفاق مستقل وساوت بين ذلك.

ولكي نميز بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم لابد من تعريف مشاركة التحكيم وهو « اتفاق منفصل عن العقد الأصلي يبرمه الأطراف بصدد نزاع قائم بالفعل بينهما على إخضاعه للتحكيم ». ^(٤)

وشرط التحكيم و مشاركة التحكيم رغم اعتبارهما صورتين اتفاق التحكيم إلا ان هناك فروقاً بينهما مما يستوجب بيان ذلك ، ويمكن إيجاز هذه الفروق على النحو الآتي :

- أن شرط التحكيم يتم إبرامه قبل حدوث النزاع ، أما مشاركة التحكيم فيتم إبرامها بعد حدوث النزاع بين الأطراف ، فشرط التحكيم يتعلق بنزاع من الممكن أن يولد مستقبلاً ، أما مشاركة التحكيم فإنها تتعلق بنزاع ولد بالفعل. ^(٥)

١ /د سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، اتفاق التحكيم ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٨٤ ، ص: ٧٠-٨٧

٢ /د نجيب أحمد عبد الله الجبلي : التحكيم قبل الإسلام ، المكتب الجامعي الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص: ١٧٨

٣ المادة ١/٧ من قانون التحكيم البحريني لسنة ٢٠١٥

٤ /د سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص: ٧٥

٥ /د محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، فقرة ١٠٩ ، ص: ١٧١-١٧٢

- عندما يتم إبرام مشارطة التحكيم فإن الخصوم ينزلون عن اللجوء إلى القضاء بالنسبة للنزاع القائم ، أما في شرط التحكيم فإن الخصوم ينزلون عن حقهم في اللجوء إلى القضاء ، فيما لو نشأ نزاع مستقبلي بين الأطراف. (1)

- كما يتميز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم في أن الأول يرد على نزاع قد يثور مستقبلاً ، ولهذا يصعب تحديد موضوع النزاع ، أما مشارطة التحكيم فإنها تبين مضمون النزاع ، لأن الأخير وقع فعلاً (2) ، ومن الجدير ذكره في هذا الشأن أن أغلب القوانين رتبت البطلان في حالة عدم تضمين مشارطة التحكيم المسائل المتنازع فيها ، وذلك على عكس الحال في شرط التحكيم لأنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل الوقوع. (3)

- يتم إبرام شرط التحكيم في جو تسوده روح الثقة بين الأطراف لأن النزاع لم يقع ، أما في مشارطة التحكيم فالأمر لا يبدو بهذه البساطة لأن النزاع يكون قد وقع فعلاً ، وبالتالي فإن المشارطة تبرم في جو يسودها التوتر وعدم الثقة. (4)

نستنتج مما سبق أن شرط التحكيم هو بند من بنود العقد الأصلي ويكون مختصراً لا يتضمن تفاصيل النزاع الذي لم ينشأ بعد ، فهو يعالج نزاعاً مستقبلياً قد يحدث وقد لا يحدث ويتم إدراجه في نهاية العقد كبديل عن شرط اختصاص المحكمة ، ونادراً ما يعطي أهميته وانتباهاً لأحكامه ، ويرجع ذلك عادة إلى أن الأطراف لا يتصورون وقوع نزاع عند توقيع العقد ، وهذا ما يتطلب منا في معظم الأحيان إلى كتابة شرط التحكيم دولي ، ولا يحدد القانون الواجب التطبيق أو المؤسسة التي يجرى التحكيم وفقاً لقواعدها ، بينما مشارطة التحكيم فهو في الحقيقة اتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم ، فهي لا تقتصر فقط على تقرير الالتجاء إلى التحكيم في شأن نزاع معين ، وإنما تتولى تنظيم كل ما يتعلق بهذا التحكيم من حيث إجراءاته ونطاقه وموضوعه وضوابطه والعديد من الإجراءات الدقيقة والمهمة .

١ ((د/ أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، فقرة ٣٩، ص: ١١٢))

٢ ((د/ أمال أحمد الفزائري: دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص: ٤٩))

٣ ((ومن هذه القوانين مثلاً: المادة (٤/٥) من قانون التحكيم الفلسطيني ، والمادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، والمادة (١١) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ .

٤ ((د/ أمال أحمد الفزائري: دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ، ص: ٤٨))

الفرع الثالث أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام شرط التحكيم

مثلما يحق للأشخاص الطبيعيين إبرام شرط التحكيم ويحق كذلك للأشخاص المعنوية الخاصة إبرام شرط التحكيم ، فإنه يحق أيضاً للأشخاص الاعتبارية العامة إبرام شرط التحكيم ، حيث كان هذا الأخير من الموضوعات التي حدث بصدها جدل طويل أثناء إعداد بعض التشريعات واستأثر هذا الموضوع بفكر الفقه والقضاء .

فقد اتخذت بعض الدول - وخاصة بلدان العام الثالث- موقفاً عدائياً من شرط التحكيم بسبب خسارتها لبعض القضايا أمام جهات التحكيم ، فقررت حظر شرط التحكيم في عقودها ، بينما أجازت أغلب التشريعات للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفاً في إتفاق التحكيم.

فبالنسبة لقانون التحكيم البحريني ٢٠١٥ لم يتطرق إلى أهلية الدولة أو أشخاص الاعتبارية العام في إبرام العقود التي تتضمن شرط التحكيم ، وكذلك ما تضمنه قانون التحكيم المصري فقد نصت المادة (١١) منه « لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح» ، وكذلك نصت في المادة الأولى على أنه « مع عدم الإخلال بإحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مصر تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص» ، إلا ان المشرع المصري سرعان ما حسم هذا الأمر بإدخال تعديل تشريعي لقانون التحكيم ، وذلك بإضافة فقرة إلى المادة الأولى منه نصت على أنه « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك»^(١)

وهكذا قيد المشرع المصري إبرام شرط التحكيم في العقود الإدارية بوجود أخذ موافقة مسبقة من الوزير المختص وإلا كان باطلاً ، والغرض من ذلك لتفعيل الرقابة والأشراف على الاتفاقيات التي تبرمها الدولة والتي تتضمن شرط التحكيم تحقيقاً للصالح العام^(٢)

يتبين لنا من الحكم أعلاه أن المحكمة أجازت للدولة وللأشخاص المعنوية التابعة لها اللجوء إلى شرط التحكيم في إطار العقود الدولية لذلك أن المنع المتقدم لا يمتد إلى عقود الاستثمار على اعتبار أن هذه العقود من العقود الدولية وهذا ما معمول به في الوقت الحاضر^(٣) .

وأشارت الاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى شرط التحكيم ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١) من الاتفاقية على أنه « الأشخاص المعنوية التي تعتبر

١ () قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، والمعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ ، والمعدل كذلك بالقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠ .
٢ (د/مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الداخلة ، الطبعة الأولى ، دون ناشر ، ١٩٩٨ ، ص: ١٤٨
٣ (د/ د. حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٣٨ وما بعدها.

وفقاً للقانون واجب التطبيق عليها من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقيات تحكيم صحيحة». وأخذت نفس الاتجاه اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار لسنة ١٩٦٥ وذلك في نص المادة (٢٥) من الاتفاقية فقد أشارت إلى أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى شرط التحكيم. وكذلك اعترفت معظم التشريعات الوطنية الأخرى بأهلية الدولة في الاتفاق على شرط التحكيم مثل النمسا وإسبانيا وإيطاليا وسويسرا و الدانمارك وفنلندا والسويد والترويج.

يمكن القول أن مشكلة قدرة الأشخاص الاعتبارية العامة على إبرام شرط التحكيم مشكلة مثارة في كثير من الأنظمة القانونية إلا أن غالبية الدول تحاول قدر الاستطاعة من تفادي هذه المشكلة ، حيث انه لا تستطيع الدولة أو الأشخاص المعنوي التمسك ببطان شرط التحكيم ، بحجة أن الاتفاق على التحكيم لم يحظ بموافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه ، وذلك يرجع لأمرين؛ الأول ينبثق من مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية ، والأمر الثاني يتمثل في القول ان مقتضيات حسن النية - في التعاقد - تستلزم أن تقوم الدولة أو الشخص المعنوي العام بتبصير المتعاقد معه بالقيود التي يفرضها القانون الداخلي ، فإذا لم يحط علماً بعدم الحصول على هذه الموافقة عند التعاقد، فان النظام العام الدولي يتعارض مع تمكين الشخص الاعتباري العام من التمسك بهذا العيب.

المطلب الثاني طبيعة شرط التحكيم وخصائصه وصوره

أثارت طبيعة شرط التحكيم جدلاً فقهيًا واسعاً ، فقد ذهب البعض إلى تكييفه بأنه من ضمن الشرط التي ينظمها القانون المدني ، بينما ذهب البعض الآخر إلى تكييفه بأنه وعد بالتعاقد ، في حين ذهب غيرهم إلى تكييفه بأنه عقد ولكنه ذو طبيعة إجرائية ، ومن ثم نبين خصائص شرط التحكيم والصور التي يمكن أن يندرج تحتها هذا الشرط ، وذلك في ثلاثة فروع : نتحدث في الفرع الأول عن الطبيعة القانونية لشرط التحكيم، ونتطرق في الفرع الثاني عن خصائص شرط التحكيم، بينما نتحدث في الفرع الثالث عن صور شرط التحكيم كمايلي.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

يثير شرط التحكيم بعض الصعوبة عند تكييفه ، فقد ساد تكييفه لفترة طويلة بأنه وعد بالتحكيم، أو وعد بالعقد يلتزم أطرافه بالقيام بعمل هذا التكييف هو وليد منذ صدور حكم من المحكمة الفرنسية التي قررت بطلان شرط التحكيم وتعد هذه الاعتبارات تاريخية ليست قانونية^(١) .

لذلك تثور تساؤلات حول الطبيعة القانونية لشرط التحكيم هل يمكن اعتباره من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني؟ أو هو متميز عنها ولا تجمعها إلا وحدة التسمية ؟ أم هو مجرد وعد بالتعاقد أم هو عقد ذو طبيعة إجرائية . لذلك سنتطرق للحديث عن ذلك على النحو التالي:

أولاً : شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني:

في البداية لابد لنا من تعريف الشرط في القانون المدني، وذلك لمعرفة هل يعتبر شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني من عدمه.

يعرف الشرط في القانون المدني: بأنه أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يتوقف على تحققه وجود الحكم أو زواله، وهو نوعان: الشرط الواقف؛ والشرط الفاسخ، فالشرط الواقف: يتوقف على تحققه نشوء الالتزام، إما الشرط الفاسخ: يتوقف على تحققه زوال الالتزام.⁽¹⁾

إما شرط التحكيم فهو أمر عارض على العقد وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام وهو وارد على أمر جائز شرعاً وقانوناً لتسوية النزاع عن طريق التحكيم.⁽²⁾

لذلك شرط التحكيم يشبه الشرط في القانون المدني كون النزاع المتفق بشأنه على التحكيم أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، وغير مخالف للنظام العام، وهو وارد على جائز قانوناً، إلا أن الاختلاف بينهما، يكمن في أن شرط التحكيم يحتاج إلى أهلية خاصة لإبرامه، واشتراط الكتابة لصحة انعقاده، وتحديد الجهة التي بواسطتها تعيين المحكمين، كما أنه يتميز بأنه اتفاق داخل اتفاق.⁽³⁾

ثانياً : شرط التحكيم مجرد وعد بالتعاقد أو وعد بالتحكيم:

ذهب بعض من علماء الفقه⁽⁴⁾ إلى القول بان شرط التحكيم يعتبر مجرد وعد بالتعاقد ولهذا يتوجب إبرام مشاركة تحكيم بعد وقوع النزاع، لذلك يمكن توضيح الفروق بين شرط التحكيم وبين الوعد بالتعاقد، ومن أهم الفروق بينهما تتمثل بالآتي:

- أن الوعد بالتعاقد هو عقد ملزم لجانب واحد وقد يكون ملزماً للجانبين⁽⁵⁾، ويكون ملزماً لجانب واحد من طرف الواعد الذي يلتزم خلال مدة معينة بإبرام العقد الموعود به إذا اتجهت نية الشخص الموعود له خلال هذه الفترة المحددة لإبرامه⁽⁶⁾، أما شرط التحكيم فهو يعتبر عقداً وليس وعداً بالتعاقد حيث اتجهت نية طرفيه إلى حل ما يتم من منازعات بينهما عن طريق التحكيم.

١ /د/ موسى سلمان أبو ملوح: شرح القانون المدني، أحكام الالتزام «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص: ٢١٩

٢ /د/ نجيب الجبلي: التحكيم قبل الإسلام، مرجع سابق، ص: ٣٦

٣ /د/عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٨، ص: ٨٣

٤ من مؤيدي هذا الرأي: /د/ أحمد حسنى: عقود إيجار السفن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥، ص: ٣٠٠. وكذلك انظر: /د/ خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص: ١٤٧-١٤٨، وكذلك /د/ مصطفى الحمال، د/عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨، ص: ٣٤٤

٥ /د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: شرح القانون المدني - نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص: ٢٦٣

٦ /د/ دربال عبد الرازق: الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص: ٤٤

- كما أن الوعد بالتعاقد يكون مقترناً بمدة معينة، والتي يعبر فيها الموعد له عن نيته في التعاقد. وذلك على عكس الحال في شرط التحكيم الذي لا يقترن بمدة معينة عند الاتفاق عليه بين الأطراف، لذلك فهو يعتبر عقداً نهائياً.
- الوعد بإبرام العقد لا ينعقد إلا إذا تم التوافق على جميع العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، إما في شرط التحكيم فالمنازعات لم تقع بعد لأن وقوعها أمر احتمالي⁽¹⁾.
- ويختلف شرط التحكيم عن الوعد بالتعاقد من حيث الآثار المترتبة على كل منهما، ففي الوعد بالتعاقد إذا أعلن الموعد له عن نيته في التعاقد، ورفض الواعد ذلك يجوز للموعد له اللجوء إلى القضاء الذي يحكم بثبوت العقد⁽²⁾، أما في شرط التحكيم ففي حالة حدوث النزاع فيستطيع أي من الطرفين اللجوء إلى التحكيم.
- إذا كان شرط التحكيم وعداً بالتعاقد معنى ذلك أن العقد الذي ينظمه إذا كان باطلاً انسحب على شرط التحكيم، وهذا يتنافى مع استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي⁽³⁾.
- يعتبر شرط التحكيم عقداً وليس وعداً بإبرام عقد في المستقبل، لذلك حينما ينشأ النزاع مستقبلاً فلا يكون على أطراف هذا الشرط التزام بإبرام مشاركة تحكيم عند وقوع النزاع بل على الأطراف أن يقوموا بتنفيذ هذا الشرط عند وقوع النزاع⁽⁴⁾.

ثالثاً : شرط التحكيم عقد ذو طابع إجرائي:

من المتفق عليه أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهم. غير أن بعض الفقهاء في إيطاليا، مع تسليمهم باعتباره عقداً، يرون أنه عقد ليس له الطبيعة الخاصة للعقود وإنما له طبيعة إجرائية عامة.

ويستند هذا الرأي إلى أن عقد التحكيم يؤثر في الخصومة إذ هو يمنع من عرض النزاع على قاضي الدولة، ويخول المدعى عليه دفعاً هو الدفع بوجود اتفاق على التحكيم، كما يمنح المحكم أو المحكمين سلطة القضاء بين الأطراف المتنازعة في النزاع موضوع الاتفاق، ومن ناحية أخرى فإن اتفاق التحكيم ينظم خصومة التحكيم في العديد من المسائل التي ترك القانون لأطراف الاتفاق حرية تنظيمها، وأجيب على ذلك أن شرط التحكيم يعقد قبل بدء الخصومة فلا يتسنى إذن أن يكون من بين عناصرها المكونة لها، وبالتالي فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة الإجرائية⁽⁵⁾.

١ /د/ خالد حسن : بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص: ١٤٨-١٤٩

٢ /د/ موسى سلمان أبو ملوح : شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ١٩٩٥، ص: ٩٧

٣ /د/ خالد حسن : بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص: ١٤٩ - ١٥٠

٤ /د/ سيد أحمد محمود: التحكيم الاختياري أو الفردي، في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ص: ١٥٨

٥ /د/ أمال احمد الفزايري: دور قضاء الدولة في تحقيق التحكيم، مرجع سابق، ص: ٣٥-٣٦، وكذلك انظر: أحمد عبدالكريم سلامة : قانون التحكيم، بند ٢٦، ص: ٢٤٣

نستنتج مما سبق أن شرط التحكيم هو عبارة عن اتفاق كامل يتم بين الطرفين المتعاقدين بالرضا التام بمعنى وجود عقد يتم بإيجاب وقبول ، ويلزم أن تتوافر فيه الشروط العامة للعقود ، سواء كان شرط التحكيم وارداً ضمن بنود العقد الأصلي ، أم ورد في اتفاق لاحق تم إبرامه قبل نشوء النزاع ، لهذا لا يندرج تحت اسم الشرط في القانون المدني ، ولا يعتبر وعداً بالتعاقد ولا يمكن اعتباره أيضاً عقداً إجرائياً بل هو عقد قائم بذاته .

وهكذا يُلاحظ أنه لا يمكن تطبيق أحكام الوعد بالتعاقد على شرط التحكيم ، حيث أنه يجب في الوعد تبيان جميع المسائل الجوهرية للعقد وهذا لا يصح في شرط التحكيم لأنه أمر احتمالي كما سبق ذكره لذا يتبين أنه من الخطأ تكييف شرط التحكيم بأنه وعد بالتحكيم .

ومهما كان الأمر حول تكييف شرط التحكيم فإن الأمر المؤكد أن شرط التحكيم عقد كامل ملزم لأطراف التحكيم دون الحاجة إلى إبرام المشاركة ، ولا بد أن تتوافر فيه أركان العقد بشكل عام وشروطه الخاصة وهذا هو التكييف المنطقي لطبيعة شرط التحكيم ، علماً بأن شرط التحكيم الوارد في العقد يعتبر مستقلاً عن باقي شروط العقد الذي احتواه .

الفرع الثاني خصائص شرط التحكيم

ان يكون شرط التحكيم مكتوباً:

لقد اتجهت العديد من التشريعات الحديث إلى إلزامية الكتابة في شرط التحكيم لذا وجب على المتعاقدين الالتزام بها، وإلا وقع الشرط باطلاً^(١)، ذلك لوجود حكمة وراء هذه الإلزامية تكمن في المحافظة والحرص على ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة عند إبرامهم لشرط التحكيم ، وعدم إنكارهم له وكذا العمل على تقليل قدر الإمكان من حدوث التنازع بشأنها^(٢)، كما يكسب الشرط نوع من المصدقية تجاه المتعاقدين .

كذلك يتحقق شرط الكتابة المطلوب لإبرام شرط التحكيم عند استعمال المتعاقدين لوسائل الاتصال التي تكون مكتوبة فيما بينهما، وتتمثل هذه الوسائل في وسائل المراسلة عبر البريد العادي والبرقيات والفاكس وأي وسيلة تدخل ضمن نطاق خدمات الاتصال التي يقدمها البريد (ما جاء في المادة ٢/٧ من قانون التحكيم البحريني ، والمادة (١٢) من قانون التحكيم المصري)^(٣) .

كما تساهم التقدم التكنولوجي الذي يشهده عالم الاتصالات في تطوير العديد من وسائل الاتصال التقليدية وابتكار وسائل أخرى حديثة ، أهمها الانترنت (البريد الإلكتروني) والهواتف النقالة ، حيث أصبح المرء من خلالها يستطيع التواصل مع غيره دون عناء أو مشقة وفي أسرع وقت ممكن ، وأصبح بإمكانه عرض شرط

١ /د حمزة أحمد حداد : التحكيم في القوانين العربية ، الجزء الأول ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص:٩٥

٢ /د فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص:١٣٥

٣ المادة السابعة الفقرة الثانية من قانون التحكيم البحريني ٢٠١٥ ، والمادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤

التحكيم مثلاً مع توضيح مضمونه ، وكذلك قبول ما عرض عليه عبر رسائل الكترونية التي تتسم بسهولة استساخها على محررات ورقية ، وبهذا تتحقق فكرة الكتابة المفروضة في شرط التحكيم ، مع العلم أن اختلاف وسائل الاتصال المكتوبة التي بين المتعاقدين عند الإيجاب والقبول المرسل إليه لا تؤثر على صفة شرط الكتابة (1).

ومن المسلم به أن الدليل الكتابي يحقق الثقة والاطمئنان بين المتعاملين إلا أن ثورة الاتصالات في مجال الانترنت فرضت واقعاً جديداً في مجال التجارة الدولية للتعامل وإبرام العقود بنظام الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني(2).

وقد قرر قانون التحكيم البحريني ٢٠١٥ بجواز الاتفاق على التحكيم بوسائل الاتصال الحديثة، وقبل بالتكس ووسائل الاتصال السلكي واللاسلكي حيث ينص على أنه « يجب أن يكون اتفاق مكتوباً»(3)، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي و اللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا يذكره الطرف الآخر. وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم ، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد .

وفي حال كان اتفاق التحكيم يتم بوساطة وكيل فيجب أن تكون الوكالة مكتوبة ، ولا بد أن تكون الوكالة خاصة في تخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه (4)

1. صحة شرط التحكيم وعدم مخالفته النظام العام:

إذا كان النظام العام الداخلي نسبي ومرتببط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية لمجتمع أو دولة ما ، فإن النظام العام الدولي يعتبر هو المصلحة العليا الاجتماعية والأخلاقية للمجتمع الدولي(5) ، فلا يجوز في مجال التحكيم التجاري الدولي إهدار القيم الدينية والاجتماعية والاقتصادية للشعوب والتي تعد وفقاً لها متعلقة بالنظام العام أو القول بسمو النظام العام الدولي على النظام العام الداخلي رغم أن الأول تقتصر تطبيق أحكامه مصلحة فردية لطرف أجنبي ، ولا يجوز أيضاً استبعاد القانون الداخلي المتعلق بالنظام العام

١ /٥ حمزة أحمد حداد : التحكيم في القوانين العربية ، مرجع سابق ، ص:٩٩
٢ /٥ أحمد محمد عبد الصادق : المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق ، ص: ٧١
٣ المادة السابعة الفقرة الثانية من قانون التحكيم البحريني ٢٠١٥
٤ تنص المادة (٧٦) مرافعات مصري «على ضرورة وجود تفويض خاص بالتحكيم ، فالتوكيل العام لأحد المحامين لا يخوله إبرام اتفاق التحكيم بل يستلزم شرط أو اتفاق التحكيم تفويضاً جديداً..»

بمقولة عدم احتوائه على حل للنزاع ومفسحاً المجال للاستعاضة عنه بالمبادئ العامة للقانون الدولي^(١) على أن ما يخفف من غلو هذه الظواهر ما قررته اتفاقية نيويورك في المادة (١٤) من إمكانية عدم تنفيذ هذه الأحكام المخالفة للنظام العام الداخلي تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل^(٢).

ومن الأمور المستقرة في نطاق التحكيم التجاري الدولي، أن المحكم يبقى حريصاً على عدم تعريض حكمه للإبطال أو لعدم التنفيذ بسبب مخالفة النظام العام، لذلك فإنه يعمل دوماً على الأخذ بالحسبان، ليس فقط اعتبارات النظام العام في مكان التحكيم، بل في البلد الذي يمكن أن يتم فيه تنفيذ حكم المحكمين أيضاً، وهو غالباً قانون موقع كما أنه يجد نفسه ملزماً أيضاً أن المال الذي يمكن أن يضمن أكثر من غيره حقوق المحكوم له^(٣)، ويأخذ بالحسبان أيضاً متطلبات النظام العام الدولي الذي يقوم على اعتبارات أخرى تهم المجتمع الدولي الاقتصادي وتتجاوز اعتبارات النظام العام الوطني ولكنها لا تستوعبها جميعها.

ولعله من المفيد أن نشير إلى بعض المفاهيم المجاورة للنظام العام كسبب لبطلان حكم التحكيم في بعض الدول، ففي سنغافورة و مالطا مثلاً أخذ المشرع ببطلان حكم المحكمين في حالة خرق أو مخالفة قواعد العدالة الطبيعية، كما أخذ المشرع السعودي بمفهوم مخالفة الشريعة الإسلامية كسبب للبطلان، فقد نصت المادة (٣٩) على ما يأتي " ... تكون قرارات (المحكمين) بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية"^(٤)، ومن المعروف أن أحكام الشريعة الإسلامية تمثل اعتبارات النظام العام في الدول الإسلامية ولاسيما الأحكام الآمرة أو الناهية فيها، وبموجب أحكام الشريعة الإسلامية لا يمكن التمييز بين ما هو من النظام العام الداخلي وما هو من النظام العام الدولي، وذلك نظراً إلى أن الشريعة الإسلامية ذات طابع عالمي شامل تطبق في كل زمان ومكان.

أن اتجاه إرادة الأطراف لا يمكن حصرها في قانون وطني معين، بل لهم كامل الحرية في تحديد ما يرونه مناسباً من القوانين الوطنية المختلفة، حتى وإن كانت مثلاً جنسية أحد أطراف عملية التحكيم من ذلك القانون المتفق عليه^(٥)، ولكن هناك فكرة النظام العام التي يلزم عدم معارضتها، وأخذها بعين الاعتبار عندما يحدد القواعد القانونية لأن معارضتها ستؤدي بالحكم الذي تصدره هيئة التحكيم بئلاً يدخل حيز التنفيذ، وهو ما أقرته اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة الفقرة الثانية^(٦)، وكذلك المشرع المصري فهو يقر باحترام النظام العام رغم الحرية الممنوحة في تحديد القواعد القانونية للإطراف^(٧)، وكذلك يقر المشرع البحريني بأن لا تكون

١ انظر قرار التحكيم الصادر في النزاع بين أبو ظبي وشركة التنمية الدولية المحددة سنة ١٩٥١، وكذلك النزاع بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية سنة ١٩٥٨ الذي استبعد أحكام الشريعة الإسلامية بادعاء أنها تحتوى على حل للنزاع.

٢ وهو المبدأ الذي قرره المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات المدنية المصرية

3 D. VIDAL , Droit français de l'arbitrage commercial international, - 59 (LGDJ) Paris, 2004, P. 221.

٤ المادة ٣٩ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادر بموجب قرار نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ١٦٤ تاريخ ٢١/٣/١٤٠٣

٥ د/ فتحي والي: قانون التحكيم، مرجع سابق، ص: ٤١٩.

٦ د/ مراد محمود المواجهة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠م، ص:

١٩٤ -

٧ د/ محمود مختار أحمد برير: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص: ١٣٥.

الأحكام الصادرة عن التحكيم الدولي مخالفة للنظام العام في مملكة البحرين⁽¹⁾.

1. ان يكون مستقلاً بذاته في العقد:

من البديهي أن يكون شرط التحكيم الوارد في أحد بنود العقد الأصلي هو عقد منفصل ومستقل بذاته عن العقد الأصلي ، فهو تصرف قانوني مستقل بذاته وان تضمنه هذا العقد ، فهو عقد داخل عقد آخر يبرمه ذات الأطراف ولكل منهما أحكامه ومضمونه المختلف عن الآخر.

وقد قننت كثير من التشريعات الحديثة مبدأ استقلال شرط التحكيم في العقد ، فقد نص قانون التحكيم البحريني لسنة ١٩٩٤ في المادة (١٦) على: (ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم)، وكذلك قرر قانون التحكيم المصري هذا المبدأ في المادة (٢٣) حيث نصت على (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى)، وكذلك نصت المادة (٤/٦) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس I.C.C .

وحكمة تقرير استقلال شرط التحكيم أن لكل من الشرط والعقد الأصلي محلاً مختلفاً فمحل الشرط هو الفصل في جميع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بشأن العقد ، أما محل العقد فهو أمر آخر يختلف حسب نوع العقد الذي قد يكون عقد توريد أو عقد شراء أو عقد مقاوله الخ . كما أن سبب كل منهما مختلف ، فالسبب في الشرط هو تعهد كل طرف بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماماً.⁽²⁾

الفرع الثالث صور شرط التحكيم

شرط التحكيم يأخذ عدة صور فقد يرد ضمن بنود العقد الأصلي ، وقد يرد في اتفاق بعد إبرام العقد الأصلي ، ولكنه يكون سابقاً على قيام النزاع ، وقد يكون بطريق الإحالة ، وقد نص قانون التحكيم البحريني ٢٠١٥ بأنه «هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل»⁽³⁾

فقد ذكر المشرع البحريني على أن يكون اتفاق التحكيم على شكل (بند تحكيم) وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل (وثيقة التحكيم)، فالنص هذا لم يشير إلا إلى صورة واحدة لشرط التحكيم ، هي صورة البند في عقد

١ المادة (٢٣) الفقرة (أ) من مرسوم بقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٩ بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية ، والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد ٢٩٠٢ - الخميس ٢ يوليو ٢٠٠٩ ، مملكة البحرين.
٢ د/ أحمد محمد عبد الصادق ، المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق ، ص: ٤٣٩.
٣ المادة (٧) الفقرة (١) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ .

، في حين ذكر المشرع المصري ثلاث صور لشروط التحكيم حيث نص قانون التحكيم المصري^(١) على أنه « يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين ...، ونصت الفقرة (٢) على أنه « ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من هذا العقد » ، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت ، بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد . وفيما يلي بيان هذه الصور :

أولاً : ان يرد شرط التحكيم في صورة بند أو شرط في العقد الأصلي:

غالباً يتم إدراج شرط التحكيم في أحد بنود العقد الأصلي المبرم بين طرفيه ، فيتم الاتفاق بين الأطراف على تضمين اتفاقهم في العقد الأصلي حق لجوء الأطراف إلى التحكيم عندما ينشأ نزاعات حول تفسير العقد أو تنفيذه ويتم الفصل فيه بواسطة التحكيم^(٢). فهو يعتبر عقد منفصل ومستقل بذاته عن العقد الأصلي ، كما انه يعتبر تصرف قانوني مستقل بذاته وان تضمنه هذا العقد ، فهو عقد داخل عقد آخر يبرمه ذات الأطراف بكل حرية بتحديد أحكامه ومضمونه المختلف عن الآخر، وسواء كان هذا الشرط وارداً في بداية العقد أو في نهايته، ويتحقق ذلك بتحرير الأطراف لشروط التحكيم في صورة بند يتم كتابته في العقد ، ولا يشترط التقييد بصيغة معينة أو بألفاظ محدد بل يشترط ما يفيد اللجوء إلى التحكيم عند حدوث النزاع بخصوص العقد الأصلي^(٣). إلا إذا تبين من الشرط أنه قصد به عرض منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها^(٤).

ثانياً: شرط التحكيم بالإحالة:

شرط التحكيم قد لا يرد ضمن بنود العقد الأصلي، وإنما يكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وفي هذه الحالة يكون شرط التحكيم بالإحالة إلى الوثيقة تضمنت شرط التحكيم^(٥)، وقد تكون الإحالة إلى عقد نموذجي معين^(٦)؛ في مجال النقل البحري عن طريق عقود إيجار السفن أو عقد نموذجي لبيع البضائع أو لتشييد العقارات ، ويلزم في هذه الحالة أن تتضمن الإحالة ما يفيد شرط التحكيم الذي تضمنته هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي^(٧). فالإحالة العامة التي قد يتضح منها عدم دراية أو علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم، ينتفي فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم^(٨).

- ١ الفقرة (٣٢) من المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، والمعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧، المعدل بالقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠.
- ٢ د/ أمال الفزاري : مرجع سابق ، ص: ٤٨ وكذلك : خالد حسن : بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق، ص: ١٤٥
- ٣ د/ عبد الباسط محمد الضراسي : شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي «دراسة مقارنة» ، دون ذكر دار النشر ، ٢٠١٤ ، ص: ٤٣
- ٤ د/ فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص: ٩٣٤
- ٥ د/ فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص: ٩٣٥
- ٦ يقصد بالعقد النموذجي : هو عبارة عن مجموعة من الشروط العامة ، التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة ، في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بإعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل . وتلعب هذه العقود دوراً هاماً في تسيير عمليات التجارة الدولية الحديثة ، والذي يقوم على إعدادها جمعيات والهيئات المهنية . انظر : د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١ ، ص: ١٣٣-١٣٤
- ٧ مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، ٢٠٠٣ ، العدد الثاني والعشرون ، ص: ٤-٥
- ٨ ((د/ محمود مختار أحمد بريي : التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية ، دون ذكر دار النشر ، ١٩٩٩ ، ص: ٢٨

وقد أكد القضاء الفرنسي في أحكامه السابقة على المرسوم الصادر في ١٢/مايو/١٩٨٠ صحة اتفاق التحكيم صراحة المبرم بالإحالة إلى عقد نموذجي أو إلى العادات والشروط العامة للبيع ، وهذا ما خلصت إليه كذلك أحكام القضاء الفرنسي الحديثة^(١). كما تضمن هذا المعنى نص المادة بأنه « يعتبر اتفاقاً على تحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ، إذا كانت الإحالة واضحة من اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد »^(٢)

وقد أجازت محكمة النقض المصرية في ٥/ مارس/ ١٩٧٥م تضمين سندات الشحن أحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار ، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن رغم عدم توقيعه على سند الشحن وعدم تعاقد على نقل البضاعة، إذ يعتبر المرسل إليه طرفاً ذا شأن في عقد النقل^(٣). وتستبعد المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ إمكانية شرط التحكيم بالإحالة. ويشترط لأعمال أثر هذه الإحالة^(٤):

- 1- أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد المحيل.
- 2- أن تكون الوثيقة المحال إليها معلومة للطرف الآخر.
- 3- أن تكون الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد بتلك الوثيقة صريحة باعتباره جزءاً من العقد.

وشرط التحكيم بالإحالة باعتباره صورة من صور شرط التحكيم له نفس الحجية والقوة الإلزامية ولا يدعي أحد الأطراف أنه كان يجهل وجود شرط التحكيم في العقد المحال إليه ، إذ إنه بحكم تعامله في نشاط تجاري دولي معين ، محل تنظيمه شروط عامة أو عقود نموذجية يفترض علمه به ، أما إذا كانت الإحالة إلى عقد خاص بالإطراف أو غيرهم فيشترط إطلاع الطرف الآخر على هذا العقد وقبوله بما ورد به حتى يحتج عليه بشرط التحكيم الذي تضمنه ، وبهذا يحقق شرط التحكيم الغاية المرجوة منه في تلبية حاجات التجارة الدولية، التي تتطلب السرعة في انجاز المعاملات ، والتي من ضمنها الإحالة إلى شروط عامة أو عقود نموذجية.^(٥)

ثالثاً: أن يرد شرط التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي:

ان الأصل يتم أدرج شرط التحكيم في صلب العقد بحسبان أن يتم الاتفاق عليه عند إبرام العقد وقبل نشوء النزاع بين الأطراف ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من ان يرد الاتفاق على التحكيم السابق على نشوء النزاع أي شرط التحكيم في محرر مكتوب مستقل عن العقد الأصلي ، وهذا ما أشار إليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التحكيم البحريني ٢٠١٥ بقوله « ويجوز أن يكون اتفاق في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق مستقل » ، لذلك فشرط التحكيم يبقى منطبقاً طالما أن الاتفاق تم قبل نشوء النزاع ، فهو يقوم

1 Goldman J. C.L – dr international . fase . 186-4 , procedure civile .Fase 1069 p.7 no 26-27

المادة (١٤٤٣) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

٢ أشار إليه : د/ منير عبد المجيد : الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، دون ذكر دار النشر ، ٢٠٠٥ ، ص: ٩٨

٣ د/ أحمد محمد عبد الصادق : المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق ، ص: ٤٢٨

٤ د/ إيناس الخالدي : التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص: ٢٦٣

بصورة منفصلة عن الوجود المادي للعقد^(١). فهو يعبران فيه عن إرادتهما في حسم منازعاتهما المستقبلية وحلها عن طريق التحكيم^(٢).

المبحث الثاني مبدأ استقلالية شرط التحكيم

يقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو: أن الشرط التحكيمي له كيانه المستقل عن كيان العقد الذي يتضمنه ، وان زوال هذا العقد قبل إقامة الدعوى التحكيمية ، ليس من شأنه أن يؤثر على صحة ذلك الشرط.^(٣)

من بين المبادئ الهامة التي تترتب عن التحكيم التجاري الدولي هو مبدأ استقلالية شرط التحكيم، بحيث يكون مستقلاً عن العقد الأساسي المتضمن لهذا الشرط ، أو مستقلاً عن القانون الوطني^(٤)، بمعنى أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم سواء كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي أم كان مستقلاً عنه في صورة اتفاق منفصل عن العقد.^(٥)

وهنا يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي وحول استقلالية أو عدم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، إذا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه ، فالمتصور منطقياً أن العقد إذا تعرض لأحد هذه العوارض ، فإنه يزول بكل ما تضمنه ، وبالتالي ؛ ينتهي أثر شرط التحكيم بالتبعية ، ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك ، إذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا العقد إلى التأثير على شرط التحكيم ، فالشرط يظل صحيحاً طالما استكمل شروط صحته الخاصة به .^(٦)

لكن استقرت التشريعات الوطنية الحديثة والتشريعات الدولية والاتفاقيات الدولية على الإقرار بمبدأ استقلال التحكيم عن العقد.^(٧) وسنتناول في هذا المبحث عن موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم ونتائجها في المطلب الأول ، بينما نتحدث في المطلب الثاني عن آثار شرط التحكيم وانقضائها، وذلك على النحو التالي:

- ١ د/ خالد حسن: بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص: ١٤٦، وكذلك: انظر د/ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٩٣٤
- ٢ د/ حمدالله محمد حمدالله : النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٢١
- 3 Thomas Oehmke , Commercial Arbitration, The Lawyers Co, Operative Publishing Co.San Francisco .1987, p.147.
- ٤ د/ محمود سمير الشرفاوي : التحكيم التجاري الدولي ، دراسة قانونية مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ٥٩.
- ٥ د/ عبد المجيد منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص: ١٠٢ .
- ٦ حسم المشرع المصري الجدل في الفقه في القانون الجديد ، فنصت المادة ٢٣ على ان «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقراً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته .»
- ٧ د/ حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٠ ، ١٢١

المطلب الأول

موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية

من مبدأ استقلالية شرط التحكيم ونتائجها

أقرت معظم القوانين والتشريعات على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، ويظهر ذلك من خلال استعراض النصوص ذات العلاقة بموضوع الاستقلالية ، أما على صعيد المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم ، فيمكن القول بأن بعض المعاهدات نصت بوضوح على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وعلى العكس من ذلك فإن بعض المعاهدات لم تنص صراحة على مبدأ الاستقلالية، وإنما يمكن استخلاص ذلك بطريقة غير مباشرة . لذلك سنتحدث عن موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات والدولية من مبدأ استقلال شرط التحكيم في الفرع الأول ، أما في الفرع الثاني سنتكلم عن النتائج المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك كما يلي:

الفرع الأول

موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية

أصبح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة في التشريعات الوطنية والدولية وكذلك في الفقه والقضاء ، واستمد شرط التحكيم استقلاليته من عدة اعتبارات أهمها: أن شرط التحكيم يشكل عقداً حقيقياً له أركانه وشروطه القانونية المستقلة عن الاتفاق الأصلي، بالإضافة إلى ان الأهداف المرجوة من شرط التحكيم تختلف كلياً عنها في العقد الأصلي، فبينما يهدف العقد الأخير إلى تحديد الحقوق والالتزامات التي ترتبها شروطه على أطرافه وتنظيمها وتنفيذها، وهذه المسألة موضوعية، يقتصر دور شرط التحكيم على أن يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة ، في حل منازعات أطرافه، وعلى الإجراءات الواجب إتباعها للفصل في المنازعات الناجمة عن الشروط الموضوعية للعقد الأصلي بالتحكيم ، وهذا أمر إجرائي. (1)

أولاً: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ استقلال شرط التحكيم:

١ - **موقف المشرع الفرنسي:** لم يشير القانون الفرنسي النافذ إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، ولكن القضاء الفرنسي قد أقر استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، وهو ما نجده في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية ((GOSSET ضد Garapelli)) الشهيرة الصادرة في ٧ مايو ١٩٦٣ حيث جاء في حيثيات الحكم على أنه (في مجال التحكيم الدولي فإن إتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به ، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية) (2)

١ /د/ حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص: ١١٩، د/ احمد الشيخ قاسم: التحكيم التجاري الدولي ، لا دار نشر ، ١٩٩٤، ص ٩٩ ، د/ منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، منشأة المعارف ، ١٩٩٧، ص١١٧تلتأ أو

٢ /د/ حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص: ١٢١ وما بعدها . وهي البداية الحقيقية نحو إقرار واعتراف القضاء الفرنسي باستقلال اتفاق التحكيم - بنوعية- عن العقد الأصلي، وقد صدر هذا الحكم من

2- **موقف المشرع الانجليزي:** كانت بدايات القضاء الانجليزي ترفض رفضاً قاطعاً مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تصممه⁽¹⁾ بيد أن سرعان ما تراجع القضاء الانجليزي عن هذا المسلك⁽²⁾ فقد أشار قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٩٦ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك بموجب نص المادة (٧) منه ، وأقر صراحة « استقلالية اتفاق التحكيم » وذهب إلى أنه إذا ما تم فسخ العقد أو إنهائه لسبب من الأسباب فإن ذلك لا يؤثر على شرط التحكيم وإذا ما شاب العقد الأصلي بطلان أو خلاف حول إرادة الأطراف في تفسير العقد الأصلي ، فذلك أيضاً لا يؤثر على شرط التحكيم بينما يأخذ شرط التحكيم حكم العقد الأصلي إذا لم يبرم العقد الأصلي أصلاً أو لم يكن له وجود قانوني بالفعل كما لو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽³⁾.

3- **موقف التشريع المصري:** حسم قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ هذه المسألة حيث قرر هذا المبدأ وهو استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فنصت المادة (٢٣) بأنه (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته)

وقبل صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ثار الخلاف الفقهي حول مدى استقلال شرط التحكيم في المعاملات الوطنية ، فذهب رأي إلى أن المحكم يستمد سلطاته من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم ، فإذا حصل خلاف بين الأطراف بشأن العقد الأصلي ، فإن ذلك ينسحب أثره إلى شرط التحكيم وهو ما ينهي تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي⁽⁴⁾ وذهب رأي آخر⁽⁵⁾ إلى القول باستقلال شرط التحكيم وفي مجال التحكيم الدولي ، وذهب رأي ثالث إلى ضرورة استقلال شرط التحكيم لأن في استقلال هذا الشرط ما يساعد أطراف النزاع على التوصل إلى حل سريع لخلافاتهم⁽⁶⁾.

محكمة النقض الفرنسية في ٧/مايو/١٩٦٣ وتتلخص وقائع هذه الدعوى في صدور حكم تحكيم بايطاليا يقضى بإلزام مستورد فرنسي يدعى Gosset بدفع تعويض لصالح مصدر إيطالي يدعى Carapelli ، وكان الطرف الفرنسي قد تعاقد مع الطرف الإيطالي على استيراد كمية من البذور ولم يتم بتنفيذ التزامه التعاقدية ، وعند تنفيذ حكم التحكيم بفرنسا، دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ تأسيساً على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد ، حيث أن العقد الذي تضمنه شرط التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته النظام العام الفرنسي لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد ، بيد أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وأصدرت حكماً يقرر المبدأ القانوني ، والذي يقضى باستقلالية اتفاق التحكيم ، وهذا الحكم مفاده استقلال اتفاق التحكيم بنوعيه (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم) عن العقد الأصلي استقلالاً قانونياً تاماً - عدا حالات استثنائية- وتوالت أحكام محكمة النقض الفرنسية لتأكيد هذا المبدأ بغير تحفظ ودون إيراد عبارة - عدا حالات استثنائية - ومثال ذلك أحكامها الصادرة في الدعاوي المعروفة باسم impex لتلتأ أو في ١٨ مايو ١٩٧١ ، التي قضت فيها بأن بطلان العقد الأصلي لعدم مشروعيته بسبب الغش لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم والذي يتعين النظر إليه استقلالاً.د/ سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص: ٩٢ وما بعدها

1 Clive Schmitthoff ;The jurisdiction of the arbitrator ,The Art of Arbitration;Liber Amicorum Pieter Sander,1983. p 290

٢ راجع تقرير Steyn ، المملكة المتحدة ، ١٩٨٣ ، العدد الثامن من الكتاب السنوي للتحكيم التجاري .

٣ د/ سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص: ١٠٠ وما بعدها

٤ د/ أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص: ٣٣

٥ د/ فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص: ٩٢٧

٦ د/ عز الدين عبد الله : تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص ، مصر المعاصرة ، ١٩٧٨ ، ص: ٢٥ وما بعدها

تشير المادة إلى فكرة أو نظرية أقرها المشرع المدني وهي نظرية انتقاص العقد ، هل يمكن تطبيقها على مبدأ الاستقلالية الذي يمتاز به الشرط أم أنه لا يمكن تطبيقها؟

هناك من يدلي بأن إصابة جزء من العقد لأي سبب من أسباب البطلان ، وكان هذا الجزء لا يؤثر على قيام العقد ، فعلى حسب نظرية انتقاص العقد لا يبطل العقد بل يبقى صحيحاً ، ونطبق هذه النظرية على شرط التحكيم ، فإن العقد صحيح وأن أصيب جزء منه كشرط التحكيم بإحدى أسباب البطلان شريطة ألا ينتقل للعقد ، وأصبح هذا الجزء باطل أي انعدمت صحة شرط التحكيم ، لكن عدم صحة شرط التحكيم لا تؤدي حتماً إلى عدم صحة العقد بل هو عقد صحيح في هذه الحالة لأن انعدام شرط التحكيم لا يؤثر على قيام العقد بل يمكن تطبيق القواعد العامة في حالة النزاع ، هنا النظرية يمكن تطبيقها بينما في الحالة العكسية لا توجد جدوى من تطبيقها ، ما الفائدة من قيام شرط التحكيم مادام العقد الأصلي قد أبطل. بينما الرأي الآخر لا يجد ما يدعو لعدم تطبيق النظرية على مبدأ الاستقلالية بحجة أن العقد الأصلي ، وشرط التحكيم مستقلان لأنهما مختلفان من حيث الموضوع بالرغم من أنهما عقد واحد⁽¹⁾

كذلك هناك قوانين وطنية عربية أقرت بمبدأ الاستقلالية كالقانون المغربي مثلاً في نص المادة ٢١٨ التي تنص على «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته» ، هنا إشارة صريحة لتطبيق المبدأ ، وكذلك القانون السوري ينص صراحة على هذا المبدأ في نص المادة ١١،⁽²⁾ كما تنص المادة ١٩ من لائحة إجراءات التحكيم على أنه: « ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك صراحة ، يعتبر الاتفاق على التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن العقد موضوع النزاع . فإذا بطل العقد أو انقضى لأي سبب يبقى اتفاق التحكيم نافذاً»⁽³⁾

وجاء أيضاً في قانون التحكيم البحريني في المادة (١٦) ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم».⁽⁴⁾

ثانياً: موقف الاتفاقيات الدولية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

أن مسألة الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم⁽⁵⁾، ومن هذا المنطلق فإن التصديق على هذه المعاهدات

١ د/ محمود سمير الشرفاوي : التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص: ١٠٨ ، ١٠٩
٢ مجلة التحكيم: الجزء ٣ ، القانون المغربي رقم ٠٨-٠٥ يقضى بنسخ وتعويض الباب ٨ بالقسم ٥ من قانون المسطرة المدنية ، القانون السوري ، الجريدة الرسمية ، الجزء الأول ، العدد ١٥ لسنة ٢٠٠٨ : المرجع السابق ، ص ٩٧٠ ، ٩٩٦
٣ المادة (١٩) من نظام المركز ولائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، صدر في الرياض ، القمة الرابعة عشر، رجب ١٤١٤ الموافق ديسمبر ١٩٩٣
٤ المادة (١٦) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ .
٥ الاتفاقية الدولية (المعاهدة): هي اتفاق ذو طبيعة تعاقدية بين دول ومنظمات مكونة من دول تخلق مجموعة من الحقوق والالتزامات بين أطرافها ، وقد اعتادت الدول إبرام الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية فيما بينها منذ العهود القديمة ، وقبل نشأة القانون الدولي الحديث ، وكانت مثل

من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي^(١)، ولكن معظم المعاهدات الدولية استتدت إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص والذي يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ يعكس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي . ولمعرفة مدى الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من قبل المعاهدات الدولية ينبغي التعرض لهذه المعاهدات وذلك كمايلي:

١. اتفاقية جنيف الأوروبية الصادرة في ٢١ ابريل ١٩٦١ :

جاء في نص المادة (٣/٥) من اتفاقية جنيف الأوروبية^(٢) «مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي ، فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية وله الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية ، وكذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه»^(٣).

يستفاد من النص السابق أن الاتفاقية الأوروبية نصت بوضوح على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك عندما أعطت للمحكم صلاحية الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر شرط التحكيم جزءاً منه .

ولم تتعرض الاتفاقية لأثر بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم ، وإن كانت خولت لكل من الطرفين حق التمسك ببطلانه سواء أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع متى أبدى أمامها أحدهما الدفع بالتحكيم، أو أمام هيئة التحكيم التي حرك الأخير أمامها الدعوى التحكيمية ، وفي هذه الحالة خولت الاتفاقية لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها والفصل في وجود وصحة شرط التحكيم ، أو وجود أو صحة العقد الأصلي الذي تعلق به الشرط ، ويعني ذلك -على أية حال- استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي صحة وبطلاناً ، إذ لو فرض وتبين لهيئة التحكيم وجود وصحة شرط التحكيم فإنه ينتج أثره ، وتصبح هذه الهيئة المختصة بالفصل في النزاع المتعلق بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه ، وذلك فضلاً عن ترتيب حقوق الطرفين على هذا الأساس^(٤).

هذه الاتفاقيات تتسم بالإلزام ولكن على أساس ديني أو أخلاقي ، وليس على أساس قانوني كما هو الحال الآن ، وتملك الدولة سلطة إنشاء الاتفاقية الدولية وذلك ما دامت هذه الأخيرة متمتعة بسيادتها ، أما الدول التي لا تملك سيادة كاملة، فيمكنها أن تكون طرفاً في اتفاقية معينة شريطة أن تكون لها أهلية إبرام مثل هذه الاتفاقية، انظر: د/ هشام خالد: معيار دولية التحكيم التجاري- دراسة مقارنة - منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦، ص- ١٩٢ ٢٢٣

١ /د/ حفيظة الحداد ، مرجع سابق ، ص: ٢٦-٢٧

٢ الاتفاقية الأوروبية: هذه الاتفاقية من ثمار عمل اللجنة الاقتصادية الأوروبية فقد تبين للجنة وهي بصدد إعدادها للعقود النموذجية والشروط العامة ، بغية إقامة علاقات اقتصادية متينة وتنمية المبادلات التجارية بين البلدان الأوروبية أن مثل هذا الغرض يحتاج أيضاً إلى وسيلة ملائمة لفض المنازعات التي تثور في مجرى هذه المعاملات ، فلم يكن ثمة بد من اللجوء إلى التحكيم ، وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة دولياً في ٧ يناير عام ١٩٦٤ م. للمزيد حول أحكام هذه الاتفاقية انظر: د/ كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، فقرة ٧٢، ص ١٢٢.

٣ انظر: د/ عبد الحميد الأحمد : مرجع سابق ، ص: ٣٨٦

٤ /د/ حسنى المصري : التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص: ١٣٩

2. الاتفاقية العربية للتحكيم المبرمة عام ١٩٨٧ م :

لم يرد في الاتفاقية العربية للتحكيم^(١) ما يشير صراحة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولكنها تحدثت عن سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم^(٢) حيث جاء في نص المادة (٢٤) من الاتفاقية المذكورة "يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفع بالشكلىة الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ، ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً"^(٣)

وجاء في نص المادة (٢٧) من الاتفاقية المذكورة أيضاً "الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى ، أو الطعن لديها بقرار التحكيم"

ويرى البعض أن الاتفاقية بنصها على منح هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها ، فهذا يدل دلالة واضحة على الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري شأنها شأن القواعد القانونية الحديثة في مجال التحكيم الدولي، أخذت بمبدأ الاستقلالية.^(٤)، وذهب أحد الفقهاء^(٥) بالقول إن الاتفاقية المذكورة لم تأت على ذكر استقلالية شرط التحكيم، الأمر الذي سيأتي للطرف الذي يريد التهرب من التحكيم أن يماطل في إجراءاته.

والملاحظ أن الاتفاقية العربية لم يأت بين نصوصها ما يفيد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة ، حيث أن المادة تحدثت عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وأن كلا من المبدأين مستقلاً عن الآخر.

3. ٣- القانون النموذجي ١٩٨٥ (الأونسيترال):

كان القانون النموذجي^(٦) قد اعتمد على قواعد إجرائية تؤكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، وذلك كما ورد في نص المادة (١/١٦) من القانون النموذجي (يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته ، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم

١ تعتبر الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ هي أول اتفاقية عربية تعنى بشئون التحكيم التجاري ، وتنص على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي ، وجاءت هذه الاتفاقية لشعور الدول العربية المتزايد حول ضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية ، ولكون هذه الاتفاقية ترمي إلى وضع نظام عربي للتحكيم التجاري . انظر : د/فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص: ٨٦-٨٧ راجع أيضاً د/ هشام خالد : مرجع سابق ، ص: ٥٠٥-٥٠٦

٢ د/ درويش مدحت الوحيدي : التحكيم في التشريع الفلسطيني - والعلاقات الدولية ، ١٩٩٨ ، ص: ٥٦

٣ المادة (٢٤) من الاتفاقية العربية للتحكيم المبرمة عام ١٩٨٧ م .

٤ اشار إليه : د/ درويش الوحيدي : التحكيم في التشريع الفلسطيني ، مرجع السابق ، ص: ٥٦ . كذلك د/ فوزي محمد سامي : مرجع سابق ، ص « ٢١٩ .

٥ د/ عبد الحميد الاحدب - : الجزء الثاني - مرجع سابق ، ص: ٨٦١

٦ صدر قانون التحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٧/١٤٠/أ) بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٨٥ ، وذلك في اجتماعها العام رقم ١١٢ ، والذي دعت فيه الحكومات الدول الأعضاء إلى الأخذ بالاعتبار قواعد هذا القانون وتطبيقه عند حاجتها لمباشرة التحكيم التجاري الدولي في علاقاتها التجارية الدولية . انظر : د/ خالد القاضي ، مرجع سابق ، هامش رقم ١ ، ص: ١٤٥

الذي يشكل جزءاً من العقد ، كما لو كان أنفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، وبهذا يكون القانون النموذجي نص صراحة على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

يستفاد من النص المذكور أن صلاحية أو صحة أو نفاذ شرط التحكيم غير مرتبطة بمصير العقد الأصلي ، فالإدعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الغرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكنه لم يدخل حيز النفاذ، أو أنه وقع باطلاً أو تم فسخه أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها أو ما شابه ذلك من أحكام قد تلحق بالعقد الأصلي ، فلا يكون لها أثر على فاعلية شرط التحكيم، أو يؤدي إلى المساس به، وتبعاً لذلك يكون لهيئة التحكيم معقوداً لها الاختصاص للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع ، والحكم في الطلبات والدفع حتى إذا كان هذا العقد غير نافذ أو وقع باطلاً ولا أثر له.

إن الاتفاقيات الدولية كان لها أيضاً موقف تجاه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، كقانون الأونسيترال في نص المادة (٢١)) الذي كان صريحاً بالإقرار به التي تنص على ما يلي: ” يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم“^(١) . لكن يلاحظ أن الفسخ والإنهاء التي تعتبر من أسباب انقضاء العقد لم يتطرق إليها القانون، بل اقتصر على البطلان فقط.

وكذلك قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم تنص في المادة ٢١ صراحة على استقلالية المبدأ.^(٢)

إلا أن الاتفاقيات الدولية لا تنص كلها صراحة على مبدأ الاستقلالية، بل هناك من الاتفاقيات التي يمكن الاستنتاج من خلال نصوصها الإقرار بالمبدأ كاتفاقية نيويورك مثلاً من نص المادة الثانية.

ونستنتج مما سبق أن هناك من التشريعات الوطنية أو الدولية ما أقرت بمبدأ استقلالية شرط التحكيم صراحة ، وهناك من أقرت به ضمناً .

الفرع الثاني

النتائج المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي

يترتب عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أثرتين مهمين وهما: عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي ، والأثر الثاني هو إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي وذلك كما يلي:

أولاً: عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي:

يعتبر عدم الارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي من أهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية

١ نص المادة ١/٢١ من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، ديسمبر ١٩٧٦ .

٢ المادة ٢١ من قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي

شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، بمعنى أن العقد الأصلي وشرط التحكيم الذي ينتمي إليه لا يؤول إلى نفس المصير، أي أن شرط التحكيم لا يستند إليه أسباب الانقضاء التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي كالبطلان والانتهاء وغيرها من أسباب انقضاء العقد المحددة في القانون المدني ، وقد تتعدم النتيجة المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد إذا كان العقد الأصلي أصابه عيب من العيوب التي تصيب الإرادة ، بحيث يكون له تأثير مباشر على مبرم شرط التحكيم ، ففي هذه الحالة يمتد ما أصاب العقد الأصلي بشرط التحكيم إذا فسخ العقد يفسخ الشرط و إذا بطل يبطل⁽¹⁾.

ثانياً: خضوع شرط التحكيم لقانونه:

يترتب على إقرار مبدأ الاستقلالية إخضاع شرط التحكيم لقانون يختلف عن قانون العقد الأصلي والعكس صحيح ، باعتبار أن كلاً منهما عقد مستقل بحد ذاته ، كما أن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم لا يشترط ، وليس بالضرورة أن يكون هو ذاته الذي يخضع له العقد الأساسي ، أي أنه لا توجد هناك إلزامية مفروضة على أن يحكم العقد الأصلي وشرط التحكيم قانون واحد ، حتى وأن كان حسب ما يراه بعض الفقهاء أن القانون الوضعي هو الذي يرجع إليه لتقدير صحة ووجود شرط التحكيم ، لأنه لو كانت هذه الإلزامية موجودة لاضمحل مبدأ استقلالية شرط التحكيم⁽²⁾.

وقد وضحت هذه الفكرة في القرار الصادر عن الدورة التي عقدها مجمع القانون الدولي سنة ١٩٥٧ ، وحتى قضاء التحكيم يذهب إلى نفس الفكرة⁽³⁾، وهو ما ذهب إليه القضاء الحديث في فرنسا، سواء من حيث الفصل في مسألة وجود ذاته أو صحته ، إلى قواعد مادية تتماشى مع الطابع الدولي للتحكيم.

فشرط التحكيم يعد جزءاً مستقلاً عن العقد الأصلي، وللأطراف وأيضا للقضاء الذي قد يفوض إليه الأمر للفصل في مسألة وجوده وصحته، إخضاعه لقانون مختلف عن ذلك إلي يخضع له باقي العقد⁽⁴⁾

المطلب الثاني

أسباب انقضاء شرط التحكيم والآثار المترتبة على انقضائه

من الطبيعي ان يلجأ أطراف الاتفاق إلى التحكيم من اجل اتخاذ هذه الآلية لتسوية المنازعات التي ثارت بينهما، وذلك من خلال إدراج شرط التحكيم في متن العقد أو في وثيقة مستقلة عنه تحيل إلى التحكيم ، والاتفاق على التحكيم كونه عقد فإنه ينتهي بما تنتهي به العقود ، ولكن نظراً لطبيعته الخاصة فهو لا يتأثر بالعوارض الخاصة بأطرافه أو بهيئة التحكيم كالوفاة أو الرد أو التحي أو العزل ، كما أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بأسباب

١ أ/ تعويلت كريم: استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم ٠٩/٩٣ ، ص: ١٧٢ .

٢ د/ حفيظة السيد حداد : الموجز في النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص: ١٤٩

٣ نص مشار إليه ، د/ أحمد عبد الكريم سلامة : التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، مرجع سابق ، ص: ٣٧١ ، حيث تنص المادة ٦ على مايلي « شروط صحة مشاركة التحكيم وشروط التحكيم لا تخضع بالضرورة لذات القانون المطبق على الرابطة محل النزاع » .

٤ د/ حفيظة السيد حداد : الموجز في النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص: ١٤٩

انقضاء الاتفاق الأصلي⁽¹⁾، لذلك سنتحدث في هذا المطلب عن أسباب انقضاء شرط التحكيم في الفرع الأول، وآثار انقضاء شرط التحكيم في المطلب الثاني على النحو التالي:

الفرع الأول أسباب انقضاء شرط التحكيم

قد ينتهي شرط التحكيم إما بنهاية طبيعية بصدور حكم التحكيم في المسائل محل التحكيم أو بنهاية غير طبيعية كان ينتهي باتفاق بإرادة الطرفين ، وقد ينتهي بإنهاء الإجراءات لعدم الفصل في التحكيم خلال الموعد المحدد ، كما ينتهي باستحالة تنفيذ الاتفاق كما في الحالات التالية:

1- **صدور الحكم المنهي للخصومة كلها:** ينتهي شرط التحكيم بنهاية طبيعية بصدور الحكم في موضوع

التحكيم⁽²⁾ أيا كان الحكم سواء كان صحيحاً أو باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ويتم التصديق عليه وإعطاءه الصفة التنفيذية من الجهة المختصة أصلاً بفصل النزاع فان شرط التحكيم ينتهي بذلك⁽³⁾

2- **اتفاق الطرفان على إنهاء التحكيم:** يجوز لأطراف النزاع إنهاء اتفاقهم على التحكيم⁽⁴⁾ قبل بدء

الفصل في النزاع ، وكذلك بعد بدء النظر في النزاع من قبل المحكم إذا ما اتفق طرفا النزاع على هذا الإنهاء إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة .

ويكون انقضاء شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم صراحة كأن يرد في اتفاق لاحق وموقع من الطرفين أو في مراسلات متبادلة أو عبر وسائل الاتصال الحديثة ، كما قد ينقضي شرط التحكيم ضمناً مثل أن يلجأ الخصوم جميعاً إلى القضاء للفصل في النزاع الذي سبق أن اتفقوا على طرحه للتحكيم⁽⁵⁾، وعلى هيئة التحكيم إثبات هذه التسوية في شكل قرار تحكيم بشروط متفق عليها⁽⁶⁾.

3- **ينقضي شرط التحكيم إذا لم يصدر المحكم خلال الميعاد المحدد لصدور حكم في التحكيم**

سواء كان هذا الميعاد متفق عليه أو محدد قانوناً في النزاع المعروض على التحكيم خلال المدة المحددة في وثيقة التحكيم أو في خلال تسعين يوماً فإنه يجوز من الخصوم أن يتقدم للجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع لتقرر إما التصدع للنزاع وبالتالي ينتهي الاتفاق على التحكيم بهذه الطريقة ، أو بمد ميعاد صدور الحكم لفترة أخرى⁽⁷⁾.

١	د/ نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٨٠
٢	المادة (٣٢) الفقرة (١) من قانون البحريني ٢٠١٥
٣	د/ محمد بن ناصر البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، ص: ١١٥
٤	المادة (٣٢) الفقرة (٢، ب) من قانون البحريني ٢٠١٥
٥	د/ أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الخامسة ، ٢٠٠١ ، ص: ١٤٧
٦	المادة (٣٠) الفقرة (١) من قانون البحريني ٢٠١٥
٧	د/ حفيظة السيد حداد : الموجز في النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص: ١٤٩

- 4- ينقضي شرط التحكيم ويعتبر كأن لم يكن إذا صدر حكم يقضى ببطلان العقد ، أو إذا استحال تنفيذ ذلك العقد (1).
- 5- ينقضي شرط التحكيم إذا قام نزاع أمام القضاء وارتباط ارتباطاً لا يقبل التجزئة مع نزاع تم الاتفاق على أن يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم ، ففي هذه الحالة يتم الفصل في الموضوع برمته عن طريق القضاء ، وهذا الحل يستند إلى أن الولاية العامة للقضاء يجب أن تكون مقدمة على مصلحة الأطراف المتمثلة باللجوء للتحكيم(2).
- 6- كما ينقضي شرط التحكيم وتنتهي إجراءات التحكيم إذا وجدت هيئة التحكيم أن استمرار الإجراءات أصبح غير ضروري أو مستحيلاً لأي سبب آخر(3).
- 7- وكذلك ينقضي شرط التحكيم وإجراءات التحكيم إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم مخالفاً لاتفاق الطرفين ، ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها ، أو في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق ، مخالفاً لهذا القانون أو إذا وجدت المحكمة أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون هذه الدولة أو أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة (4).
- 8- وتنتهي إجراءات التحكيم أيضاً بترك طالب التحكيم لدعواه ، وترك الخصومة معناها أن ينزل المدعي عنها وعن إجراءاتها ومبررات الترك كثيرة أهمها أن المدعي قد يرى أنه تسرع في رفع دعواه قبل تجهيز الأدلة اللازمة أو قد يكون أقام دعواه وفق إجراءات معيبة ورغم أن الترك يعني النزول عن إجراءاتها فإن المدعي يظل محفظاً بأصل الحق موضوع دعواه.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على انقضاء شرط التحكيم

من البديهي انه يترتب على انقضاء شرط التحكيم بعض الآثار التي تؤثر على شرط التحكيم ؛ مثل زوال صلاحية هيئة التحكيم ، وكذلك مدى صلاحية الأحكام الصادرة قبل الانقضاء وذلك كما يلي:

أولاً : زوال صلاحية هيئة التحكيم:

من البديهي ان مهمة هيئة التحكيم تزاوُل بمجرد انقضاء شرط التحكيم أيا كان السبب سواء كان طبيعياً بصدور الحكم المنهي للخصومة أو غير طبيعي لأي سبب من أسباب انتهاء إجراءات التحكيم، ولا يجوز لها الفصل في النزاع أو اتخاذ أي إجراء فيه ، ويعود للقضاء المختص صلاحيته في ذلك، وتبعاً لذلك تكون صلاحية

١ المرجع السابق ، ص ١٤٨

٢ /د محمد بن ناصر البجاد : التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مرجع سابق ، ص: ١١٧

٣ المادة (٣٢) الفقرة (٢،ج) من قانون البحرينى ٢٠١٥

٤ المادة (٣٤) الفقرة (٢، أ، ع) من قانون البحرينى ٢٠١٥

هيئة التحكيم استنفدت ولايتها على موضوع النزاع ، وكذلك لا يمكن لأطراف النزاع بعد صدور الحكم أن يقدموا لدى هيئة التحكيم اعتراضات أو طلبات الحكم في مسائل جديدة أو طلب فتح باب المرافعة أو أية طعون.

رغم انتهاء صلاحية هيئة التحكيم بالنسبة لموضوع النزاع ، إلا أنها تحتفظ لمدة محددة باختصاص تفسير حكم التحكيم أو تصحيحه^(١)، وهذه الصلاحية لا يملك الأطراف الاتفاق على سلبها من هيئة التحكيم ، فهذه الصلاحية أمر لصيق بالهيئة نظراً لمهمتها القضائية ، إضافة إلى أن تفسير الحكم وتصحيحه يحقق مقاصد التحكيم من حيث تيسير تنفيذ الحكم.

ثانياً: مدى صلاحية الأحكام الصادرة قبل الانقضاء:

من الطبيعي انه إذا توافر سبب من أسباب انتهاء الاتفاق على التحكيم بعد بدء الإجراءات وكانت قد صدرت أحكام فرعية ، فإنها تبقى منتهجة لآثارها رغم انتهاء الاتفاق على التحكيم ويعتد بها أمام القضاء إذا ما رجع إليه نفس النزاع أو أمام هيئة تحكيم أخرى بناء على اتفاق تحكيم آخر.

وأما فيما يخص الأحكام الصادرة في شق من الموضوع فإنها تبقى ، ما لم يكن الموضوع غير قابل للتجزئة ففي هذه الحالة إذا طرح على القضاء ، فإن المحكمة لا تتقيد بهذه الأحكام.

وإذا اتخذت إجراءات إثبات أمام المحكم ويدر من جانب الخصوم عند تنفيذها إقرار أو اعتراف أو تنازل عن حق أو عن أمر متنازع فيه ، جاز الإسناد إليه بعدئذ بشرط أن يكون قد ثبت هذا الإقرار والتنازل في محضر الجلسة ووقع عليه المحكم بالقضاء ، وبعد التوقيع المقر عليه ، ولا يعتبر هذا الإقرار بمثابة إقرار قضائي ، لأن المحكم أياً كانت سلطته ليس بقاض.

وإذا توفى المحكم أو زالت صفته لأي سبب من الأسباب ثم عين غيره وجب على هذه الأخيرة أن يفتح باب المرافعة من جديد ويستمع إليها ويأمر بما يرى الأمر من إجراءات الإثبات مع الاعتداد بإحكام الصادرة من سلفه في شق من الموضوع متى كانت صحيحة في ذاتها، وكل ذلك تطبيقاً لقاعدة إن القاضي الذي يصدر الحكم هو الذي يسمع المرافعة^(٢).

مما سبق يمكن القول بان انقضاء شرط التحكيم تحت أي سبب من الأسباب، يعني عدم الاستمرار في عملية التحكيم ، لأنه لا طائل من ذلك ، مادام البطلان هو مصير ونهاية كل إجراء تقوم به هيئة التحكيم ، باستثناء قرارها المتعلق بانتهاء الإجراءات وانقضاء شرط التحكيم.

١ المادتين (٣٧، ٣٨) من لائحة إجراءات التحكيم لمجلس التعاون الخليجي

٢ د/ نبيل أحمد أبو الوفاء ، مرجع سابق، ص: ١٥١

الخاتمة

تطرق هذا البحث إلى دراسة شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني ٢٠١٥ ، وذلك لما يتمتع به شرط التحكيم من أهمية بالغة على مستوى الاستثمارات والتعاملات التجارية الدولية من خلال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية.

أولاً: النتائج:

- شرط التحكيم أصبح ضرورياً في الانفتاح الاقتصادي والاستثماري وحرية التجارة كونه يتسم بالبساطة والسرعة .
- وفق شرط التحكيم يحق للأطراف المتعاملين اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تثور بينهما .
- وجود شرط التحكيم يمنع القضاء من نظر النزاع ويسلبها اختصاصها في النزاعات التي اتفق فيها إلى اللجوء للتحكيم .
- شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي ولا يتأثر ببطلانه مما يبعث الاطمئنان في نفوس المتعاملين .
- ان شرط التحكيم يرد ضمن العقد المبرم بين الأطراف الذي تتعهد بمقتضاه الأطراف - قبل نشوء النزاع - باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلاً بشأن هذا العقد .
- من اجل أن يكون شرط التحكيم صحيحاً لابد من توافر شرط الأهلية والرضى والكتابة .

ثانياً : التوصيات:

- لابد من إعطاء أشخاص المعنويين العام صلاحيات أو الأهلية في إبرام العقود والتي تتضمن اللجوء إلى التحكيم وإدراج شرط التحكيم فيها .
- الاهتمام بحسن صياغة شرط التحكيم ، إذ يجب أن تكون صيغة شرط التحكيم واضحة فيما يتعلق بموضوع النزاع وفيما يثور من خلافات في تفسير العقد وما يثور من خلافات أثناء تنفيذها وما يترتب على انتهاءه أو فسخه من تبعات قانونية .
- يتعين في اختيار القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم من طرف المتعاقدين لتسهيل الوصول إلى حل امثل في حل المنازعة ، وهو ما يؤثر بشكل ايجابي على التجارة الدولية .

المراجع

- 1- د/ أحمد محمد عبد الصادق: المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي ، دار القانون للإصدارات القانونية ، الطبعة السادسة ، ٢٠١٤ .
- 2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ – ٢٠٠١ .
- 3- د/ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦ .
- 4- د/ أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ،
فقرة ٣٩
- 5- د/ أمال أحمد الفزائري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- 6- د/ أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ .
- 7- د/ أحمد حسنى : عقود إيجار السفن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٥ .
- 8- د/ حفيظة السيد الحداد : شرط التحكيم بالإشارة ، بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المالية ، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول والثاني ، ١٩٩٥ .
- 9- د/ حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٧ ،
- 10- د/ حمزة أحمد حداد : التحكيم في القوانين العربية ، الجزء الأول ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠١٠ .
- 11- د/ خالد أحمد حسن: بطلان حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٠ .
- 12- د/ سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٤
- 13- د/ سيد أحمد محمود : التحكيم الاختياري أو الفردي ، في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م
- 14- د/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠٨

- 15- د/عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم، الجزء الأول والثاني والثالث ، منشورات نوفل ، بيروت ١٩٩٠
- 16- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : شرح القانون المدني – نظرية العقد ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت
- 17- د/ عبد المجيد منير: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ١٩٩٦ .
- 18- د/عز الدين عبد الله: تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مصر المعاصرة، ١٩٧٨ .
- 19- د/ فتحي والى: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
- 20- د/ فتحي والى : الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ٢٠٠٠ .
- 21- د/محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وشروطه وصحته، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- 22- د/ محمود سمير الشرقاوي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر، ٢٠١١ .
- 23- د/محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩
- 24- د/ منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، دون ذكر دار النشر ، ٢٠٠٥ .
- 25- د/ مصطفى الحمال، د/ عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولة والداخلية ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، الفتح للطباعة والنشر ، ١٩٩٨ .
- 26- د/ مراد محمود المواجدة : التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دراسة مقارنة ، ، الطبعة الأولى، دار الثقافة ، عمان ، ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م
- 27- د/ موسي سلمان أبو ملوح: شرح القانون المدني، أحكام الالتزام «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧
- 28- د/ موسي سلمان أبو ملوح : شرح القانون المدني – مصادر الالتزام ، الكتاب الأول ، ١٩٩٥
- 29- د/ نجيب أحمد عبد الله الجبلي: التحكيم قبل الإسلام ، المكتب الجامعي الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
- 30- د/ وفاء فاروق محمد حسين: مسؤولية المحكم «دراسة مقارنة»، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية

الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، دون سنة الطبع .

31- د/ هشام خالد: معيار دولية التحكيم التجاري- دراسة مقارنة - منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٦.

32- Boudahrainabdellah – L’arbitrage commercial international externe au regard de – Maroc ((societe d ‘ edition AL-MADARISS- Casablanca -1999 -366.

33- D. VIDAL , Droit français de l’arbitrage commercial international, – 59 (LGDJ) Paris, 2004.

34- Goldman J. C.L – dr international . fase . 186-4 , procedure civile .Fase 1069 p.7 no 26-27 .

35- Clive Schmitthoff ;The jurisdiction of the arbitrator ,The Art of Arbitration;Liber Amicorum Pieter Sander ,1983.

