



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 والإفتاء القانوني**  
Legislation & Legal Opinion Commission

### رئيس التحرير

المستشار نواف عبد الله حمزة  
رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

### هيئة التحرير

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

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

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

### مستشار هيئة التحرير

المستشار الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل  
المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

### معاونو مدير التحرير

المستشار المساعد مصعب عادل بوصييع  
إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشارة المساعدة نورة عبد الرؤوف البوعينين  
إدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد أحمد محمد المدوب  
إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

الأستاذة منيرة محمد المنصور  
أخصائي تطبيقات حاسب آلي



القانونية:

@qanoniaBH



هيئة التشريع والإفتاء القانوني:

@lloc\_bahrain

الموقع الإلكتروني:

www.legalaffairs.gov.bh

### للمراسلات

هيئة التشريع والإفتاء القانوني – مملكة البحرين

ص ب ٧٩٠ – المنطقة الدبلوماسية

هاتف : ١٧٥١ ٨٠٠٠ ( ٩٧٣ )

فاكس : ١٧٥١ ٨٠٠٨ ( ٩٧٣ )

البريد الإلكتروني : [qanoniya@legalaffairs.gov.bh](mailto:qanoniya@legalaffairs.gov.bh)

طباعة وتوزيع مطابع الايام التجارية

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر

هيئة شؤون الإعلام

ISSN 2210-1985



## محتويات العدد

تقديم العدد: كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

كلمة هيئة التحرير

البحوث:

١. مشكلة إزدواج الجنسية كإحدى طعون انتخابات المجالس التشريعية في النظامين الدستوريين المصري والبحريني، المستشار الدكتور محمد أحمد مجبل، نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين.
٢. الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، الأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد حسن، أستاذ القانون المدني و القائم بأعمال عميد كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين.
٣. الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، دراسة في أحكام الوساطة، المستشار الدكتور يوسف عبدالهادي الإكياي، الرئيس بمحكمة الإستئناف العليا، مملكة البحرين.
٤. الحماية القانونية لسلامة الدواء في التشريعين المصري والبحريني، دراسة مقارنة، الدكتور طارق عبدالحميد توفيق سلام، أستاذ القانون العام المساعد، كلية الحقوق، جامعة المملكة.
٥. النظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الدكتور ماجد ملفي زايد

الديحاني، عضو هيئة التدريس المنتدب بأكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية بدولة الكويت.

٦. الوسائل الإجرائية لحماية الاستثمارات الأجنبية في مملكة

البحرين، الدكتورة نادية إسماعيل محمد الجبلي، أستاذ المالية العامة المساعد، كلية الحقوق، جامعة البحرين.

٧. إجراءات تأسيس الشركة المساهمة وفقاً لأحكام قانون الشركات

البحريني، دراسة مقارنة، الدكتور غيث مصطفى الخصاونه، أستاذ القانون التجاري المساعد، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين.

٨. قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج في قانون المرافعات المدنية

والتجارية البحريني، دراسة تحليلية مقارنة، الدكتور مهند أحمد صانوري، أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، والدكتور محمد عبد الحفيظ الخمايسة، أستاذ القانون المدني المساعد، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين.

المستحدث من الإفتاء:

باب جديد من إصدارات القانونية يتضمن نخبة متميزة من أحدث فتاوى هيئة التشريع والإفتاء القانوني.





## القانونية:

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

المجلة عمل علمي قانوني أكاديمي لا يهدف للربح ويرتقي بالمادة العلمية المنشورة الى مستويات النشر الدولي. وتهدف المجلة القانونية الى أن تكون داعمة للثقافة القانونية ، فهي بمثابة إنطلاقة مضيئة لفكر 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 والإفتاء القانوني ، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. تهيئة المناخ الملائم للمفكرين والباحثين لنشر نتائج أفكارهم وأنشطتهم العلمية والبحثية في المجالات القانونية.
4. التعريف بالتطور القانوني والتشريعي الذي تشهده مملكة البحرين ، في عصر العولمة الثقافية القانونية.
5. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.
6. الإرتقاء بجودة الأبحاث المنشورة بالمجلة لتعكس رصانة البحث العلمي وخضوعه للتحكيم بمعايير علمية دقيقة ، وصولاً الى رقيه لمستويات النشر للأبحاث على الصعيد الدولي وهو الأمر المعمول به في الدوريات العلمية القانونية المحكمة ذات التصنيف العالمي.
7. نشر الوعي المعرفي بالمادة العلمية القانونية التي ترتقي الى مستويات النشر الدولية ، وذلك وصولاً بالدوريات العلمية في عالمنا العربي المعاصر الى التصنيف العالمي الذي يجعلها تواكب الدوريات العلمية القانونية المصنفة في المحافل الدولية.

### المحتوى العلمي للمجلة:

يكون المضمون العلمي للمجلة محتوياً على ما يلي:

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

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

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

القواعد العلمية وشروط وإجراءات النشر:

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

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



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

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

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

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

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

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

١٧. تؤول كافة حقوق الملكية الفكرية وحقوق الطبع والنشر للمجلة و يقصد بها الحقوق المتعلقة بالمادة العلمية المقدمة الى المجلة للنشر بها ، وذلك متى قامت المجلة بطباعتها ونشرها.  
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 ورقية لمستويات النشر للأبحاث على الصعيد الدولي International Publishing Standards في الدوريات العلمية القانونية المحكمة.

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



## كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

لئن كانت أحكام القانون الإداري بمملكة البحرين ومعظم الدول العربية ليست تشريعاً مدوناً مكتوباً شأنه شأن سائر التشريعات التي تنتظم الحياة التشريعية بشكل عام والمعاملات - لاسيما معاملات وعلائق القانون الخاص - فإن هيئة التشريع والإفتاء القانوني ، وبهذه المثابة ، ما انفكت تمارس دوراً إنشائياً إبتكارياً حيث نيظ بها إبتكار وتوحيد الحلول القانونية في المسائل المعروضة أمامها في مسائل الإفتاء ، ومراجعة المعاهدات والإتفاقيات الدولية والعقود ، كما ان الهيئة تضطلع بدور ابداعي في مجال التشريع تختص به دون غيرها في اطار عدم وجود نصوص تشريعية مدونة وحاكمة في الأغلب الأعم من الأحوال تنظم العديد من المسائل التي تدخل في اطار أحكام القانون العام وبالأخص القانون الاداري بحسبانه علم ادارة الدولة من جهة الداخل.

وأحسب أنه وإمتداداً لذلك النظر ، فقد جاءت القانونية لتعكس جهد الكوادر الواعية بهيئة التشريع والإفتاء والتي ترمي الى تدعيم مسيرة البحث العلمي القانوني من خلال مزج كل من المعطيات الأكاديمية المستقرة والمتطورة ، بالواقع العملي التطبيقي الذي لطالما سعى أعضاء الهيئة وبدأب شديد مطرد الى إستجلاء مراميه ، وتقصى غاياته ، وتفحص مقاصده ، إبتغاء رسم وإرساء دعائم المشروعية في ظل دولة الديمقراطية وسيادة القانون التي تحياها مملكة البحرين في العقود الأخيرة.

وقد حفزني ما سلف ان يكون إرتباطي بمجلة القانونية ودعمني لها - وهي اللسان الأكاديمي الناطق لهيئة التشريع والإفتاء - موصولاً ، مهما كلفني ذلك من وقت ، أثق في جني القارئ ثمرته ، أو من جهد ينفع ، يقيني أن جزاءه عند الله محقق في حالي الصواب والخطأ ، وأن يستمر دفعي لهذه الإصدارات العلمية التأصيلية المقارنة والرصينة بشكل مطرد ، بحسبان أن البحث العلمي القانوني في سائر فروع القانون هو من أحب المسائل الى نفسي ، وأدناها الى تخصصي وخبراتي في العمل والنظر ، فكان نتاج ذلك دورية علمية أكاديمية صاغت على مدى السنين أبحاث ومقالات بالعربية والإنجليزية في منظومة دقيقة متتالية ، توافرت لها مقومات جودتها وإتقانها ، حيث إكتملت نوايسها ، وابدعت في حسن إخراجها ، في رسم مرثيات الباحثين بها ، ليس فقط مضموناً وموضوعاً ، بل رسم هذا المضمون صياغةً ولفظاً ومعناً.

ففي ثوب قشيب ، وإخراج انيق ، تطل القانونية علينا في هذا العدد إطلالة جديدة ، حيث تزخر - كعادتها - بنخبة منتقاة من الأبحاث في فروع القانون المتباينة من خلال التنوع في الطرح الفكري والثقافي القانوني ، فتقدم في إستهلالها بحث بعنوان مشكلة إزدواج الجنسية كإحدى طعون انتخابات المجالس التشريعية في النظامين الدستوريين المصري والبحريني ، للمستشار الدكتور محمد أحمد مجبل ، نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني ، بمملكة البحرين ، حيث يعاج البحث مشكلة جوهرية تحظى بإهتمام كافة الجهات المعنية بإنتخابات المجالس النيابية في العمل والنظر ، ويمثل قيمة نظرية تطبيقية مضافة للعمل القانوني في الوطن العربي ، لاسيما مع المعالجة للمسألة محل البحث من منظور ثري تطبيقي ومقارن. ويأتي البحث الثاني بعنوان الحماية القانونية للمستهلك في إتفاقات الإعضاء من المسئولية العقدية ، للأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد حسن ، أستاذ القانون المدني و القائم بأعمال عميد كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، ويتسم هذا البحث بالمعالجة من منظور فقهي مقارن

متعمق ، حيث إستم المعالجة فيه بأصالة البحث وبالجددة والإبتكار وهي السمات الأصيلة للبحث العلمي الرصين في محافل العمل القانوني ، أما البحث الثالث فهو بعنوان الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ، دراسة في أحكام الوساطة ، المستشار الدكتور يوسف عبدالهادي الإكيابي، الرئيس بمحكمة الإستئناف العليا ، مملكة البحرين ، حيث يعالج هذا البحث ومن منظور مبتكر المستحدثات والمستجدات بالواقع التشريعي بمملكة البحرين من خلال بحث يتسم بعرض جيد للوسائل البديلة لتسوية المنازعات ، وما يواكب ذلك من توجه تشريعي بسن مشروع قانون للوساطة بمملكة البحرين يعد بحق طفرة تشريعية رائدة بل وخطوة على طريق خفض وتقليل المنازعات من على كاهل القضاء بإيجاد طرق بديلة مستحدثة لتسوية المنازعات. وتعقب ذلك القانونية ببحث معنون بعنوان الحماية القانونية لسلامة الدّواء في التشريع المصري والبحريني ، دراسة مقارنة ، للدكتور طارق عبدالحميد توفيق سلّام ، أستاذ القانون العام المساعد ، كلية الحقوق ، جامعة المملكة بمملكة البحرين ، حيث يتسم البحث بالنزعة التحليلية المقارنة في معالجة المسألة محل البحث ويمتاز بمعالجته لمسألة من المسائل الحيوية والمهمة التي لم تحظ بالمعالجة البحثية الوافية ، فجاء البحث جديداً مبتكراً في موضوعه بل وفي معالجته للمحتوى العلمي للمسألة محل البحث. وتقدم القانونية بحثاً قيماً ومقارناً بالنظام القانوني الفرنسي بعنوان النظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية ، دراسة مقارنة ، للدكتور ماجد ملفي زايد الديحاني ، عضو هيئة التدريس المنتدب بأكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية بدولة الكويت ، حيث يمثل البحث - ولا شك - قيمة علمية مضافة للمكتبة القانونية العربية بما يعكسه من فكر جديد ومستنير في إطار المفاهيم المستقرة بالقانون العام والمتعلقة بأموال المرافق العامة.

وتؤمن القانونية بأهمية التنمية الإقتصادية ودورها الفاعل في رخاء الشعوب بحسبان ان التحدي الأساسي في عالمنا المعاصر على الصعيد الدولي هو تحدياً إقتصادياً ، فبات القرار السياسي على الصعيد الدولي يرتبط به ، وأضحت ومن هذا المنطلق مسألة جذب الإستثمارات الأجنبية وحمايتها بمملكة البحرين من المسائل المهمة والجوهرية التي يتعين أن تحظى بالمعالجة القانونية ، حيث تعرض القانونية إنفاذاً لهذا النظر لبحث مهم وهو الوسائل الإجرائية لحماية الاستثمارات الأجنبية في مملكة البحرين ، للدكتورة نادية إسماعيل محمد الجبلي ، أستاذ المالية العامة المساعد ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين، حيث يتسم البحث بالجددة وجودة المعالجة لموضوع من الموضوعات المهمة على صعيد العمل والنظر. وإمتداداً لموضوعات القانون التجاري تعرض القانونية بحثاً قيماً بعنوان إجراءات تأسيس الشركة المساهمة وفقاً لأحكام قانون الشركات البحريني ، دراسة مقارنة ، للدكتور غيث مصطفى الخصاونه ، أستاذ القانون التجاري المساعد ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، حيث يتسم البحث بالقدرة الجيدة على التحليل والتأصيل مما يضيف عليه قيمة كبيرة ويجعله بمثابة مزج محمود بين الناحية النظرية الأكاديمية والواقع التطبيقي. وفي رحاب القانون الدولي الخاص بموضوعاته المتباينة تقدم القانونية بحثاً يتضمن دراسة تحليلية مقارنة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج في قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني ، للدكتور مهند أحمد صانوري، أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، والدكتور محمد عبد الحفيظ الخمايسة ، أستاذ القانون المدني المساعد ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين.

وفي إطار عرض القانونية للمتابعات والمستجدات القانونية تعرض القانونية للمستحدث من الإفتاء حيث تعرض بأباً

جديداً من إصداراتها يتضمن نخبة متميزة من أحدث فتاوى هيئة التشريع والإفتاء القانوني ، في عدد من فروع القانون المتباينة ، حيث تستهدف الهيئة من إفتائها مد يد العون الى جهة الإدارة ، في رأي سديد وإفتاء مستتير ، يهدف - في العديد من الحالات - الى سبر أغوار بعض مناطق التطبيق والعمل القانوني ، وكشف ما يكتنفها من غموض ، حين يصمت المشرع عن سن حل تشريعي مكتوب ، تاركاً الأمر الى دور الهيئة الإبتكاري والخلاق في إبتداع الحل القانوني الملائم ، لسد حاجات جهة الإدارة ، وتحقيقها لمقاصدها من تحقيق وجه المصلحة العامة ، بحسبان أن هيئة التشريع والإفتاء هي مستشار جهة الإدارة وناصحها الأمين ، وذلك من منظور قضائي يتغيا على الدوام الحفاظ على مبدأ المشروعية ، وترسيخ دعائم دولة سيادة القانون.

أقدم للقارئ القانوني مجلتنا «القانونية» اللسان الأكاديمي الناطق لهيئة التشريع والإفتاء القانوني ، أملاً أن يجد فيها ما يروي ظمأه ونهمه ، بل وما تصبو إليه نفسه من المعرفة القانونية الرصينة ، وأن يحقق من ورائها كل إستزادة وإستفادة ، داعياً المولى - عز وجل - أن يتحقق بما بذلت ما إبتغيت ، وهو من وراء القصد ، والهادي الى سواء السبيل.

والله الموفق ،،،

المستشار نواف عبد الله حمزة

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني



## كلمة هيئة التحرير

لعل التنوع في الطرح الفكري القانوني بات سمة أساسية من سمات المجلة القانونية حيث تحرص القانونية على الدوام على كفاءة التعدد في الطرح الفكري والثقافي القانوني والذي تضمنته أعدادها المتتالية وذلك منذ باكورة إصدار أعدادها الأولى ، فما لبثت القانونية تنشر الأبحاث والمقالات في فروع القانون المتباينة بغية دعم البحث العلمي القانوني في فروع القانون على اختلاف أنواعها وتخصصاتها. ليس ذلك فحسب ، بل أن القانونية راعت وبشكل كبير أن تكون مرآة تعكس الآراء الفقهية والقضائية المتباينة من مختلف الثقافات القانونية في العالم وكافة الدول وبالمعنى الإصطلاحي Jurisdictions التي ترجعها القانونية عادةً الى الثقافتين القانونيتين الرائدتين في العالم وهما الثقافة اللاتينية Civil Law Legal Culture ، والثقافة القانونية الأنجلو أمريكية Anglo-American Legal Culture حيث تجد الأخيرة مرجعيتها القانونية التاريخية فيما يسمى بدول القانون الطبيعي Common Law Jurisdictions . حرصت القانونية على ضمان وكفاءة التنوع في الطرح الفكري القانوني بكل صوره فجاءت الأبحاث بهذا العدد تتضمن مزجاً بين معظم فروع القانونين العام والخاص ومن باحثين ينتمون الى جنسيات مختلفة ، تتباين خلفيتهم العلمية بين خلفية قضائية تطبيقية ، وأخرى نظرية أكاديمية لتعكس المجلة القانونية - وبهذه المثابة - التنوع في المعطيات البحثية التي ظهرت وتجلت في هذا العدد بشكل كبير وواضح مع حرص الباحثين على أن تتضمن أبحاثهم جرعة كبيرة من الفقه المقارن ومن الأحكام القضائية المقارنة من فرنسا والدول العربية بحيث أضحت المجلة القانونية تمثل سفيراً رصيناً ، يكفل التعددية في فروع القانون ، والتعددية في الطرح الفكري القانوني ، والتعددية في كونها مرآة عاكسة للثقافات القانونية المتباينة ، بل والتعددية في المزج بين العمل والنظر. أضحت القانونية - ومن هذا المنطلق - سفيراً عظيماً تنقش فيه من الأبحاث ما تعزز به وتفاخر هيئة التشريع والإفتاء القانوني ، وما يشار اليه بالبنان في محافل الفكر القانوني العربي.

وتؤكد القانونية أن جميع الأبحاث المنشورة راعت منهجية علمية منضبطة ودقيقة تتفق وأصول البحث العلمي القانوني السليم ، حيث إتبعنا أحياناً المزج بين منهج إستقراء الواقع ومنهج إستنباط الأحكام ، وإتبعنا أحياناً أخرى المنهج التحليلي التأسيلي المقارن الممتزج بالمنهج الوصفي ، كما إتسمت الأبحاث جميعها بوجود فكرة حاكمة Theme لكل منها ، وجاءت تتسم بالعمق في المعالجة البحثية للفكرة الحاكمة للبحث ، بل إتسمت كذلك بأصالة المعالجة البحثية ورد المعلومة البحثية الى مصادرها السليمة في الفقه والقضاء المقارنين. إتسمت الأبحاث في معظمها بالجدة والإبتكار وهما أهم سمات البحث العلمي الجاد الذي تتبناه القانونية في كافة إصداراتها.

وفي إطار سياسة القانونية المطردة في التجديد والتحديث أنشأت القانونية في هذا العدد باباً جديداً تستعرض فيه نخبة من المستحدث في الإفتاء الصادر عن هيئة التشريع والإفتاء القانوني حيث بات إفتاء الهيئة - وعلى غرار السوابق القضائية بدول العالم المختلفة - يمثل مصدراً رئيسياً من مصادر القانون الإداري يلجأ اليه المشتغلون بالقانون من كل صوب وحذب حال عدم وجود نص تشريعي مكتوب ، وبل و أيضاً حال وجود النص التشريعي المكتوب بات أعمال الهيئة لأدوات التفسير المستقرة في علم أصول الفقه - مثلاً - من أن النص العام ظني الدلالة

في عمومها والنص الخاص قطعي الدلالة في خصوصه لأنه ما من عام إلا وخصص على ما يدل علماء الأصول في الفقه ، بات كل ذلك وغيره من مبادئ إفتائية رصينة ومستحدثة محل شغف وإهتمام كل من يعمل بالقانون. وليس ذلك فحسب ، فهئية التشريع والإفتاء القانوني تصدر العديد من المبادئ في القرار الإداري ، والعقد الإداري بحسبانها الآليتين الرئيسيتين لعمل جهة الإدارة في إدارة الشأن العام وتحقيق وجه المصلحة العامة لمملكتنا الغالية وللمواطن البحريني ، فلم يعد إفتاء الهيئة في مجالي العقد الإداري والقضاء الإداري نمطياً تكرارياً بل ما إنفك إفتاءً متجدداً متطوراً يحاول الوصول الى نقطة التوازن بين تلبية الحاجات اليومية والملحة لجهة الإدارة من جانب بقدر كبير من المرونة ، مع الحفاظ على - بل وإعلاء - مقتضيات المصلحة العام في كل حال.

تضمن باب المستحدث من إفتاء الهيئة كذلك الجديد في إفتاء هيئة التشريع والإفتاء القانوني في مناحي كثيرة من مناحي العمل العام الذي تضطلع به جهة الإدارة حيث تضطلع الهيئة - ومن منطلق الدور المنوط بها تشريعياً - بدور فاعل وخلاق في إرساء دعائم القانون الإداري غير المدون وغير المكتوب بمملكة البحرين في ظل دولة سيادة القانون التي تحياها مملكة البحرين في عهد المشروع الإصلاحي لسيدي حضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين المفدى.

وفي الختام تتوجه هيئة التحرير بجزيل الشكر وخالص العرفان لسعادة المستشار نواف عبد الله حمزة رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني على دعمه الكامل للمجلة القانونية ، وحرصه الشديد على إستدامة وتوالي أعدادها التي صارت نبراساً وضاءً لكل مشتغل بالعمل القانوني المعاصر ، بما تمثله من ضمانة أكيدة للبحث العلمي القانوني الجاد الذي ينطلق صوب العالم العربي من مملكتنا الغالية التي كان وسيظل لها دوماً دور الريادة في العديد من مناحي العمل الإنساني الخلاق.

والله ولي التوفيق ،،،

هيئة التحرير







# البحوث





# مشكلة ازدواج الجنسية كإحدى طعون انتخابات المجالس التشريعية في النظامين الدستوريين المصري والبحريني

## دراسة مقارنة

المستشار الدكتور محمد أحمد علي مجبل  
نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني ، مملكة البحرين

### الطعن على صلاحية المرشح للترشيح حال كونه مزدوج الجنسية

#### مقدمة :

الجنسية هي عبارة عن رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة توجب عليه الولاء لها وتوجب عليها حمايته ومنحه المزايا المترتبة على تلك الرابطة (١) ، ولما كان الترشح أحد أهم الحقوق السياسية داخل الدولة، ومظهر التعبير عن السيادة الوطنية، فإن المنطق يستتبع قصره على المواطنين دون الأجانب، حفاظاً على المصالح العليا للدولة، وعدم تعريض أمنها للخطر إذا ما أتيح للأجانب المشاركة في الانتخابات (٢).

ولا يقتصر الأمر على مجرد حرمان الأجانب من مزاولة الحقوق السياسية، بل أن كثيراً من الدول تفرق بين الوطني الأصل «بالميلاد» والوطني «المتجنس» بحيث تحرم الأخير من مزاولة حقوقه السياسية لا سيما حق الانتخاب والترشيح إلا بعد مضي فترة زمنية معينة تتحقق من خلالها من ولائه لوطنه الجديد، وتجنباً للمخاطر التي قد تتجم من جراء منح المتجنس الحق في مزاولة الحق السياسي وخاصة الترشح لعضوية المجالس النيابية. وعليه فإن شرط الجنسية ليس مجرد شرط للترشيح في الانتخابات، ولكنه شرط يتعلق بالقيود في الجداول الانتخابية، بمعنى أنه قيد على الناخب وقيد على المرشح، ومن البدهى أن مباشرة الحقوق السياسية مثل الانتخاب والترشيح يعد عملاً مقصوداً على المواطنين، فهو في الحقيقة عمل يتعلق بالسيادة الوطنية (٣).

نطاق البحث والمشكلة التي يثيرها:

تجدر الإشارة إلى عدم وجود اختلاف حول عدم جواز ترشيح من يحصل على الجنسية المصرية عن طريق

١ . د. عوض الله شيبه الحمد السيد: أحكام القانون الدولي الخاص في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، طبعة سنة ٢٠٠٠، ص ١٢٩.

٢ . د. شعبان أحمد رمضان: شرح القانون الدستوري البحريني طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية ٢٠١٢، سلسلة الكتب القانونية (٣٢)، طبعة سنة ٢٠١٣،

ص ١٢٨.

٣ . د. مصطفى عبدالمقصود سليم: النظام الانتخابي المصري بين المشاركة السياسية والطعون الانتخابية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٨٤.

التجنيس أياً كانت الفترة السابقة على اكتسابه تلك الجنسية (١)، ولكن الجدل قد أثير بشأن المصري الجنسية أصلية والذي أكتسب في ذات الوقت جنسية دولة أخرى مع احتفاظه بجنسيته الأصلية. والسبب في ذلك الخلاف انطلق من المقصود أساساً بالجنسية إذ تعرف بأنها رابطة ولاء تقوم بين فرد ودولة من خلالها يدين الفرد بولائه للدولة التي ينتمى إلى جنسيتها في مقابل اسباغ الدولة حمايتها على هذا الفرد حال تعرضه لمساس أو تعد عليه في دولة أخرى (٢).

### أحكام مجلس الدولة:

وعلى صعيد المجالس التشريعية بجمهورية مصر العربية فقد ظهرت مشكلة مزدوجي الجنسية أثناء انتخابات مجلس الشعب لعام ٢٠٠٠ حيث كان العديد من المرشحين يحملون أكثر من جنسية. وعندما تم الطعن على ترشحهم، أصدرت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة حكماً مفاده أحقية مزدوجي الجنسية في الترشيح لعضوية مجلس الشعب وذلك حين ذهبت إلى أن المشرع حدد الشروط الواجب توافرها فيمن يرشح لعضوية مجلس الشعب ومنها ضرورة أن يكون المتقدم للترشيح مصري الجنسية من أب مصري، ولا ينال من الحق المقرر له في الترشيح أن يكون قد اكتسب جنسية أخرى بالإضافة إلى جنسيته المصرية، طالما أنه لا زال محتفظاً بها ولم يتم اسقاطها عنه طبقاً للقواعد المقررة قانوناً (٣).

وقد تم الطعن على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي قضت بإلغائه واعتمدت المبدأ القاضي بعدم أحقية مزدوجي الجنسية في الترشيح لعضوية مجلس الشعب إستناداً إلى أن للمصريين فرادى أو جماعات حق الهجرة الدائمة أو المؤقتة إلى الخارج سواء كان الغرض من هذه الهجرة الإقامة الدائمة أو المؤقتة في الخارج، فأنهم يظلون محتفظين بجنسيتهم المصرية وفقاً لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية، ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو المؤقتة الإخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية، إذ انه للمصريين المقيمين في الخارج ويحتفظون بجنسيتهم المصرية التمتع بالحقوق الدستورية والقانونية التي لا تتعارض مع الدستور ومقتضيات المصلحة العامة وأمن الدولة.

وحيث إن القرار الصادر من وزير الدفاع رقم ٢٨٠ لسنة ١٩٨٦ بشأن قواعد وشروط الاستثناء من أداء الخدمة العسكرية والوطنية، والصادر تطبيقاً لقانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ قد استثنى المصري مزدوج الجنسية من أداء الخدمة العسكرية جندياً في القوات المسلحة، وأنه إذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للجندي فإن نفس الحكم يسرى على مرشحي مجلس الشعب مزدوجي الجنسية من باب أولى وهم الذين يتولون سلطة التشريع ويقرون السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية. (٤).

١ يتعين الإشارة إلى أن المشرع المصري كان يمنح المتجنس بالجنسية المصرية ممن مضى على اكتسابه هذه الجنسية مدة عشر سنوات إمكانية ترشيح نفسه لعضوية المجالس النيابية وذلك في ظل القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٤ والذي تم تعديله بموجب القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب والذي قصر الحق في الترشيح للمجالس النيابية لمن يحملون الجنسية المصرية الأصلية فقط.

(د. يحيى الجمل: النظام الدستوري المصري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥، ص ٢٢٥).

٢ د. جمال الكردى: القانون الدولي الخاص - الجنسية ومركز الأجانب - دار النهضة العربية - ٢٠١٤ - ص ٢٥ وما بعدها.

٣ حكم محكمة القضاء الإداري بالمنصورة في الطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٢ ق - جلسة ٢٠٠٠/١٠/٢٢.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ ق عليا - جلسة ٢٠٠٠/١٠/٢٧ - مجموعة المبادئ القانونية - المرجع السابق - ص ٩٦

وما بعدها

ومما هو جدير بالذكر أن مجلس الدولة المصري قد تبني فكرة الجنسية المصرية المنفردة منذ عام ٢٠٠٠ قبل التعديل الأخير في عام ٢٠١٤، وذلك يحمده بحسبانه قضاء خلافاً له صلاحية التفسير الذي يوصل إلى نتائج منطقية ومقبولة متى كانت واضحة في مبرراتها (١).

تأكيداً لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن:

«القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، عندما يشترط في المادة الخامسة فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس الشعب، أن يكون مصري الجنسية من أب مصري، فإنه لم يكتف بحيازة الشخص للجنسية المصرية، وإنما تطلب فضلاً عن ذلك أن يكون من أب مصري، وفي ذلك دلالة ينبغي استيعابها، تتحصل في أن المشرع يتطلب فيمن يرشح نفسه للنيابة عن الشعب المصري أن يكون انتماءه عميق الجذور في تربة الوطن. مهموماً بمشاكله وقضاياها، حاملاً لها دائماً في عقله وقلبه حتى ولو رحل إلى آخر الدنيا... وحيازة الشخص لجنسية غير الجنسية المصرية معناه أن الولاء المطلق والكامل والواجب من قلبه لمصر قد أنشطر قانوناً إلى ولائين أحدهما لمصر وثانيهما لوطن أجنبي آخر...»

ومن حيث إنه إذا كان الأصل في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية - أنه يرتب على تجنس المصري بجنسية أجنبية، متى أذن له في ذلك، زوال الجنسية المصرية (م ٢/١٠)، إلا أنه استثناء من ذلك أجازت أن يتضمن الإذن بالتجنس احتفاظ المأذون له بالجنسية المصرية، وذلك لاعتبارات أملتها الضرورة العملية، تتمثل في طمأننة المصريين الذين استقروا في الخارج واكتسبوا جنسية المهجر، أنهم ما زالوا مرتبطين بوطنهم الأصل، وأن لهم العودة إليه وقتما يشاءون بما يمنحهم ذلك من قوة نفسية وروحية كبيرة في نضالهم بالمهجر، على نحو ما ورد بالمذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ وتقرير اللجنة التشريعية في شأنه.

وعلى ذلك فالسماح بازدواج الجنسية، هدفه أساساً تعضيد المصريين المستقرين في الخارج واكتسبوا جنسية المهجر، وتشجيعهم على الاستمرار في النضال في البلاد التي استقروا فيها، لكن إذا عاد المصري مزدوج الجنسية من الخارج وأقام في مصر ومارس عملاً فيها، فإن العلة من احتفاظه بالجنسية الأجنبية تزول إلا إذا كان حمل الجنسية الأجنبية بجانب الجنسية المصرية يمثل من وجهة نظره شرفاً له لا يريد التنازل عنه، أو يمثل حماية له من قبل دولة أجنبية لا يريد أن يفقدها، وكلا الأمرين يزعزع من يقين الانتماء لمصر وحدها، حيث إن المصري الحق هو من يعتز بمصريته ويرفض تماماً أن ينازعه في ولائه لها أي وطن آخر مهما كان.

ومن حيث إن قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ينص في المادة (١) على أن «تفرض الخدمة العسكرية على كل مصري من الذكور أتم الثامنة عشرة من عمره...»

ونصت المادة (٦) على أن «يستثنى من تطبيق حكم المادة (١): أولاً... رابعاً: الفئات التي يصدر بقواعد وشروط

«للمصريين فرادى أو جماعات حق الهجرة الدائمة أو المؤقتة إلى الخارج وسواء كان الغرض من هذه الهجرة مما يقتضي الإقامة الدائمة أو المؤقتة في الخارج، ويظنون محتفظين بجنسيتهم المصرية طبقاً لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية، ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو المؤقتة الاخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية، إذ أن المصري المقيم في الخارج ويحتفظ بجنسيته المصرية التمتع بالحقوق الدستورية والقانونية التي لا تتعارض مع حكم الدستور ومقتضيات المصلحة العامة وأمن الدولة كالتجنيد في القوات المسلحة وشغل الوظائف الحساسة في أجهزة الدولة والترشيح لعضوية مجلس الشعب».

١ راجع في ذلك:

«حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ ق، الصادر بجلسته ٢٠٠٠/١١/٦، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ١٢٩. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٤٧ ق، والصادر بجلسته ٢٠٠٠/١٢/١٠، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ١٦٧. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ ق، والصادر بجلسته ٢٠٠٠/١٠/٢٧، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ١٠١.

استثنائها قرار من وزير الدفاع طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة أو من الدولة ويصدر بالاستثناء قرار من وزير الدفاع...» وإذ أدرك وزير الدفاع حساسية موضوع ازدواج الجنسية بالنسبة للتجنيد في القوات المسلحة المصرية، فقد عالجها على نحو يحفظ مصالح مصر ولا يعرض أمنها للخطر، فأصدر القانون رقم ٢٨٠ لسنة ١٩٨٦ بشأن قواعد وشروط الاستثناء من أداء الخدمة العسكرية والوطنية للفئات الواردة بالفقرة (رابعاً) من المادة (٦) من قانون الخدمة العسكرية والوطنية ونص في المادة الأولى على أن: «تضاف للمادة (١) من قرار وزير الدفاع والانتاج الحربي رقم ١١٥ لسنة ١٩٨١ المشار إليه فقرة جديدة (د) نصها كالتالي: المصريون المقيمون في دولة أجنبية الذين اكتسبوا جنسية هذه الدولة مع احتفاظهم بجنسيتهم المصرية. ويزول الاستثناء في حالة فقد الفرد لجنسيته الأجنبية. وإذا كان القرار المذكور قد استثنى المصري مزدوج الجنسية من أداء الخدمة العسكرية جندياً في القوات المسلحة وإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للمجندين فإن ذلك يكشف عن وجوب هذا الحكم - من باب أولى - على مرشحي مجلس الشعب مزدوجي الجنسية الذين يتولون سلطة التشريع ويقرون السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة والرقابة على أعمال السلطة التشريعية.

ومن حيث إنه مما يؤكد هذه البدهة الدستورية أن قوانين بعض الجهات تشترط فيمن يعين فيها ويستمر في العمل بها ألا يكون متزوجاً من أجنبية، مثل قانون السلك الدبلوماسي والقنصلي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ الذي ينص في المادة (٢/٥) على أنه: يشترط فيمن يعين في إحدى وظائف السلك: ١- ..... ٢- ألا يكون متزوجاً من غير مصرية...» والقانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٥٩ في شأن الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة الذي ينص في المادة (١٠٨) على أنه: «لا يجوز للضابط الزواج من أجنبية.....» وإذا كانت الجهات السابقة تحظر أن ينتمي إليها أو يستمر في الانتماء إليها من يكون نصفه مصرية ونصفه الآخر أجنبياً بسبب التجنس، ويريد أن ينتسب إلى هيئة نيابية. ذلك أنه إذا كان العمل في السلك الدبلوماسي والقوات المسلحة أمراً شديداً حساسية بحيث يحظر على من يتزوج أجنبية ممارسته، فإن مهام عضو الهيئة النيابية لا تقل حساسية، وبالتالي يتعين القول كذلك بحظر الترشيح لعضوية مجلس الشعب على من يجمع مع جنسيته المصرية جنسية أجنبية، ...

ومن حيث إن النتيجة السابقة هي التي انتهت إليها هذه المحكمة قبلاً حينما رأت أن المادة (٩٠) من الدستور تحتم أن يقسم عضو مجلس الشعب أمام المجلس قبل أن يباشر عمله قسماً قوامه أن يحافظ العضو مخلصاً على سلامة الوطن وأن يرفع مصالح الشعب، مما لا يتصور معه، في الاستخلاص المنطقي، أن يكون الولاء للوطن شركة مع وطن غيره أو لشعب خلاف شعب مصر.

ومن حيث إنه ليس صحيحاً القول بأن تطلب الجنسية المصرية المنفردة في عضو مجلس الشعب يمثل إخلالاً بقاعدة المساواة المقررة للمصريين جميعاً، وهي التي نص عليها الدستور في المادة (٤٠) منه أساس ذلك أنه فضلاً عن أنه من المسلم به أن المساواة تفرض تطابقاً في المراكز القانونية، فإنه لا تجوز الحاجة بذلك في شأن الأمر المعروض على هذه المحكمة، إذ إن تطلب شرط الجنسية المصرية المنفردة مستمدة من أحكام الدستور ذاتها، وبالتالي فلا يمكن أن يدعى بأن في ذلك إخلالاً بقاعدة المساواة التي نص عليها ذات الدستور، إذ يتعين دائماً تطبيق نصوص الدستور على نحو ما يحقق التناسق والانسجام بينها وهو ما عملت المحكمة الدستورية العليا على تأكيده في قضاء مستقر لها.

ومن حيث إنه لا يخل بما سبق، القول بأن المادة (٩) من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ تخول للأجنبي الذي



اكتسب الجنسية المصرية حق الترشيح للهيئات النيابية بعد عشر سنوات من اكتسابه للجنسية، وأن مكتسب الجنسية المصرية بذلك يكون أفضل حالاً وأعمق ولاءً من المصري صاحب الجنسية الأصلية الذي يؤذن له بحمل جنسية أجنبية، ذلك أن نص المادة (٩) سالف الذكر، يواجه مصرياً ولو بالتجنيس لكنه غير مزدوج الجنسية، هذا فضلاً عن أن المتجنس ليس من حقه الترشيح لعضوية مجلس الشعب لأنه لم يولد لأب مصري وفقاً لما اشترطته المادة الخامسة من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب.

ومن حيث إنه لما سبق، فإنه يشترط للترشيح لعضوية مجلس الشعب المصري أن يكون المرشح صاحب جنسية وحيدة هي الجنسية المصرية، بحيث إنه إذا جمع بينها وبين جنسية أجنبية، فقد الحق في الترشيح، وهذا الشرط ليس فقط شرطاً للانتساب إلى مجلس الشعب، وإنما هو شرط صلاحية للاستمرار في عضوية هذا المجلس، مما يتعين معه أن يصاحبه طيلة فترة عضويته.

وانتهت المحكمة الإدارية العليا في حكمها السابق إلى إلغاء الحكم المطعون فيه (إذ قضى بقبول الدعوى شكلاً، وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه)، والقضاء مجدداً بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ١.

ونلاحظ هنا إن مجلس الدولة المصري في اتجاهه الحديث قد استقر على إضافة سبب جديد من أسباب الطعن، يضاف إلى الأسباب السابقة، رغم عدم النص عليه صراحة في القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، وهو كون المرشح مزدوج الجنسية، حتى ولو كان مصري الجنسية من أب مصري. آراء الفقه:

ومن جانب الفقه فقد تناول بالتعقيب على حكم الإدارية العليا ما بين مؤيد ومعارض له كل بحسب ما ساق من مبررات وفقاً لما يلي:

رفض البعض ما جاء بحثيات حكم الإدارية العليا ورد عليه بأنه:

١. بالنسبة لعبارات القسم الواردة بالمادة (٩٠) من الدستور، فقد وردت عامة ومطلقة ومن ثم لا يجوز التوسع في تفسيرها أو تحميلها بأكثر من معناها، فازدواج الجنسية لا يعني ازدواج الولاء. فالولاء مسألة معنوية لا تقدر أو تستخلص أو تكتشف من عبارات وردت بالقسم، فكم من يحمل الجنسية المصرية وحدها ولا يتوافر لديه الولاء المنشود، فضلاً عن أن عبارات القسم لا تحمل شروطاً موضوعية كما ورد بحكم المحكمة، وإنما هي تفسيرات قد تختلف فيها الآراء.

٢. قد يكون اكتساب الجنسية الأجنبية بحكم قوانين البلاد التي تواجد فيها المصريون فترات طويلة إلزامياً.

٣. إن قانون الجنسية لم ينص صراحة على الحرمان من حق الترشيح.

٤. إن قوانين السلك الدبلوماسي والقنصلي نصت صراحة على حرمان المتزوجين من أجنبي من ممارسة والالتحاق بالعمل الدبلوماسي والقنصلي، أما قانون مجلس الشعب فلم يتطلب في المرشح سوى أن يكون مصرياً ومن أب مصري.

١ راجع في ذلك:

”حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ ق، الصادر بجلسته ٢٠٠٠/١١/٦، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ١٢٩. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٤٧ ق، والصادر بجلسته ٢٠٠٠/١٢/١٠، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ١٦٧. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ ق، والصادر بجلسته ٢٠٠٠/١٠/٢٧، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ١٠١.

٥. ان المغايرة بين الحكمين التشريعيين يعنيهما المشرع فالمرجع دائما منزلها عن السهو والعبث ولا يجب ان يفسر صمت المشرع بقانون مجلس الشعب على عكس مراده.
٦. لعل الحرمان من الترشيح يعد عقوبة خطيرة تنال من الحرية السياسية، فلا يجوز المساس بها إلا بنص دستوري أو قانوني، وان الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد عليها حظر، والحظر هنا استثناءً وبالتالي يفسر في اطار ضيق فلا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، والا عد ذلك إضافة لاستثناء آخر وهو ما لا يجوز قانوناً.
٧. إن الإعفاء من الخدمة العسكرية يرجع الى ظروف عسكرية وليس بسبب عدم الولاء، ولا يجوز أن تكون القرارات الوزارية أساساً لتقييد الحقوق التي كفلها الدستور.
- وترتيباً على ما سبق، يدعو هذا الرأي إلى ضرورة التدخل التشريعي لحسم ذلك الخلاف بالإضافة الى دعوة دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة لحسم ما قد يحدث من خلاف من أحكام القضاء الإداري في هذا الشأن مع أن يقدم طلب تفسير إلى المحكمة الدستورية (١).
- وذهب البعض الآخر إلى القول بأن العواطف شيء والدستوريات والقانونيات شيء آخر، فنصوص الدستور جاءت مطلقة دون قيد سوى أن يكون مواطناً - أي - مصرياً، ولم يتناول الدستور حالة المواطن الذي يضيف إلى جنسيته المصرية جنسية أخرى، وقد عرض على المحكمة الدستورية في منتصف التسعينيات النص الوارد بقانون مجلس الدولة على ألا يعين عضواً به من يكون متزوجاً من أجنبية، وتم إبطال هذا النص لمخالفته لأحكام الدستور. وبناءً عليه فمزدوج الجنسية يلتزم بالواجبات العامة وينعم بحقوقها، والمصري الذي احتفظ بجنسيته المصرية يفترض في حقه الولاء لبلده (٢).
- وذهب البعض إلى أن المواطن المصري له حق أصيل طبقاً للدستور في ممارسة حق الانتخاب والترشيح، ولا يمكن أبداً أن يقيد هذا الحق ولا أن يسحب منه لأي سبب من الأسباب إلا بنص صريح.
- ولو أراد المشرع أن يحد من حق المصري الذي يتجنس بجنسية أخرى في الانتخاب والترشيح لما تردد في إبراز ذلك والنص عليه صراحة.
- إن المشرع وحده، وفي حدود الضوابط الدستورية، يستطيع أن يقيد ممارسة المصري لحقوقه الدستورية، ولا تستطيع سلطة أخرى أن تقوم بهذا الدور، وعلى المحاكم أن تطبق القانون الوضعي على الجميع كما هو قائم، لا كما يجب أن يكون (٣) فالقاضي يحكم بالقانون ولا يحكم على القانون.
- وأضاف البعض أن موقف المحكمة الإدارية العليا - بحسب ما ورد بحيثيات حكمها - يحمدها إلا أنه في ضوء التشريعات المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية تفتقد السند القانوني، ذلك أن ما جاء بالحكم يصادر حقاً أصيلاً للمواطن المصري، فالاعتبار القانوني قد غاب حيث إن صريح النصوص القانونية يقودنا إلى حقيقة وهي أن من حق المصري الذي يحمل جنسية أجنبية أن يباشر جميع حقوقه السياسية، والأمر في النهاية يتطلب تدخلاً تشريعياً لحسم هذا الجدل (٤).

وقد أيد البعض حق مزدوج الجنسية في الترشيح للمجالس النيابية على سند من القول بأن مزدوجي الجنسية يتمتعون بحق شغل الوظائف العامة وكذلك مجلس الدولة والوظائف القضائية فلا يوجد مبرر لمنعهم من شغل

١. د. عفيفي كامل: مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية حول التعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا بشأن مزدوجي الجنسية، ٢٠٠١/٣/٢، ص ٩.

٢. المحامي/ لبيب معوض: مقال منشور بجريدة الأخبار المصرية حول التعليق على حكم الإدارية العليا بشأن مزدوجي الجنسية، ٢٠٠٠/١١/٤، ص ٧.

٣. د. برهام محمد عطا الله: مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية حول التعليق على حكم الإدارية العليا بشأن مزدوجي الجنسية، ٢٠٠١/١/١٢، ص ٨.

٤. د. أحمد سعد: مقال منشور بجريدة الأخبار المصرية حول التعليق على حكم الإدارية العليا بشأن مزدوجي الجنسية، ٢٠٠٠/١١/٤، ص ٧.

وظيفة بالسلطة الثالثة وهي السلطة التشريعية. (١)

وبالمقابل لما سبق، فقد دافع البعض عن حكم المحكمة الإدارية العليا على سند من القول بأن النص لم يفرق بين المواطن الأصلي والمتجنس بجنسية أخرى في مجال مباشرة الحقوق السياسية والاجتماعية سواء كانت هذه الجنسية مكتسبة أو بال ميلاد. ولكن الذي يجب ألا نهمله هو الترخيص القانوني الذي أخرجته المحكمة الإدارية العليا في ضرورة التفرقة بين فكرة الحقوق و فكرة اللوائيات. فالحق ميزة يتمتع بها المتجنس على قدم وساق مع غيره من المواطنين، أما حق الترشيح لعضوية مجلس الشعب فهو حق له طبيعة خاصة. ومن هنا نجد أنه من حق النظام القانوني في الدولة أن يشترط شروطاً خاصة منها انفراد الولاية لمصر عن طريق انفراد الجنسية (٢).

التنظيم التشريعي:

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد حاول فض الاشتباك والخلاف الفقهي والقضائي بشأن مشكلة ازدواج الجنسية، فنص في المادة رقم (٨) من قانون مجلس النواب الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤ على أنه:

« مع عدم الإخلال بالأحكام المقررة في قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية يشترط فيمن يترشح لعضوية مجلس النواب:

أن يكون مصرياً متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة، ومتمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية».

و إذ لم يلق هذا النص قبولاً لدى البعض فطعنوا عليه بعدم الدستورية حيث قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة فيما تضمنت من عبارة «متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة» (٣) استناداً إلى العديد من الأسباب أهمها ما يلي:

أولاً: إن الولاء أمر يتعلق بالمشاعر، ومحلها القلب، والأصل في المصري الولاء لبلده ووطنه، ولا يجوز افتراض عدم ولائه أو انشطاره إلا بدليل لينحل ذلك الفرض - حال ثبوته - إلى مسألة تتعلق بواجبات العضوية التي يراقب الإخلال بها مجلس النواب ذاته.

ثانياً: إن المادة (٦) من الدستور نصت على أن «الجنسية حق لمن يولد لأب مصري أو لأم مصرية.....». وهو ما قد يؤدي إلى حمل أولاد الأم المصرية لجنسيتين، إذا كانت جنسية والدهم تقوم على أساس الدم، فلا يجوز بحال أن يُوصم هؤلاء الأولاد بتعدد الولاء، ومن ثم فلا يجوز اتخاذ ذلك تكئة لحرمانهم من حقهم في الترشيح لمجلس النواب، رغم ثبوت حقهم في المشاركة في انتخاب أعضائه.

ثالثاً: إن المشرع وهو بصدد تنظيم الجنسية المصرية بموجب القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ أجاز للمصري أن يحمل جنسية أجنبية بقرار يصدر من وزير الداخلية، ولا يجوز أن يكون استعمال الحق المقرر قانوناً سبباً في سقوط حقوق أخرى، خاصة إذا كانت هذه الحقوق قد قررها الدستور.

رابعاً: إن المشرع عند تنظيمه الهجرة ورعاية المصريين في الخارج بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٣ منح المصريين فرادى أو جماعات الحق في الهجرة الدائمة أو المؤقتة إلى الخارج، وسواء أكان الغرض من هذه الهجرة مما

١ د. عادل عفيفي: الحقوق السياسية والقانونية للمهاجرين ومزدوجي الجنسية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٩١ وما بعدها.

٢ د. محمد مرغني: مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية حول التعليق على حكم الإدارية العليا بشأن مزدوجي الجنسية، ٢٨/١/٢٠٠١، ص ٣.

٣ حكم المحكمة الدستورية رقم ٢٤ لسنة ٢٧ قضائية «دستورية» في الجلسة المنعقدة بتاريخ ٧ مارس ٢٠١٥ - الجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرر - ٧ مارس

يقتضي الإقامة الدائمة أو الموقوتة في الخارج، وقرر احتفاظهم بجنسيتهم المصرية طبقاً لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية، ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو الموقوتة الإخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية، ولم يتنازلوا عنها.

وقررت المحكمة الدستورية في هذا القضاء الرائد أنه وحيث إن المادة (٤) من قانون مجلس النواب الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤ تنص على أن «تقسم جمهورية مصر العربية إلى عدد من الدوائر تخصص للانتخاب بالنظام الفردي، وعدد (٤) دوائر تخصص للانتخاب بنظام القوائم، يخصص لدائرتين منها عدد (١٥) مقعداً لكل منها، ويخصص للدائرتين الأخرتين عدد (٤٥) مقعداً لكل منها، ويحدد قانون خاص عدد، ونطاق، ومكونات كل منها.

ويُنتخب عن كل دائرة منها عدد الأعضاء، الذي يتناسب وعدد السكان والناخبين بها، بما يراعي التمثيل العادل للسكان والمحافظات، والمتكافئ للناخبين».

وتنص المادة (٥) من القانون ذاته على أن «يجب أن تتضمن كل قائمة انتخابية عدداً من المترشحين يساوي العدد المطلوب انتخابه في الدائرة وعدداً من الاحتياطيين مساوياً له.

وفي أول انتخابات لمجلس النواب تُجرى بعد العمل بهذا القانون، يتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد (١٥) مقعداً الأعداد والصفات الآتية على الأقل:

مترشح من المصريين المقيمين في الخارج.

ويتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد (٤٥) مقعداً الأعداد والصفات الآتية على الأقل:

ثلاثة مترشحين من المصريين المقيمين في الخارج».

وتنص المادة (٨) من القانون ذاته على أنه «مع عدم الإخلال بالأحكام المقررة في قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، يُشترط فيمن يترشح لعضوية مجلس النواب:

أن يكون مصرياً متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة، وتمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية.

وحيث إن دستور سنة ٢٠١٤ القائم قد أولى صفة «المواطنة» أهمية بالغة، إذ قرنها، بنص أولى مؤاده، بسيادة القانون، وجعل منها أساساً للنظام الجمهوري الديمقراطي الذي تقوم عليه الدولة، ونص كذلك في المادة (٤) منه على أن السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، كما كفل في المادة (٨٧) منه مشاركة المواطن في الحياة العامة كواجب وطني، وجعل لكل مواطن الحق في الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وفي هذا السبيل، تلتزم الدولة بإدراج اسم كل مواطن بقاعدة بيانات الناخبين دون طلب منه، متى توافرت فيه شروط الناخب.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان المدعي، باعتباره مواطناً، قد ثبتت له صفة الناخب، إعمالاً لما نصت عليه المادة (٨٧) من الدستور من التزام الدولة بإدراج اسم كل مواطن بقاعدة بيانات الناخبين دون طلب منه، متى توافرت فيه شروط الناخب، وقد خلت أوراق الدعوى الراهنة مما يستفاد منه أن صفة الناخب قد زالت منه أو أنه قد تجرد منها لأي سبب، فضلاً عن أنه لم يثبت بالأوراق قيام أي مانع يحول بينه وبين مباشرة حقوقه السياسية، وكان قد طعن، أمام محكمة الموضوع على قرار رئيس اللجنة العليا للانتخابات رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٥ بفتح باب

الترشح لعضوية مجلس النواب لسنة ٢٠١٥، طالباً وقف تنفيذه ثم إلغاءه، مستهدفاً وقف إجراء انتخابات مجلس النواب، ثم أقام دعواه الدستورية الراهنة، طالباً الحكم بعدم دستورية المواد (٤) و(٥) و(البند «١») من المادة (٨) من قانون مجلس النواب، لمخالفتها المواد (١) و(٩) و(٥٣) و(٨٧) و(٨٨) و(٢٤٤) من الدستور، ولما كانت المواد المطعون فيها تمس المركز القانوني للمدعي، بصفته ناخباً، وتؤثر فيه، ومنها ما يقف حجر عثرة في سبيله كطالب للترشح، ومن ثم تتوافر للمدعي المصلحة الشخصية المباشرة في دعواه الماثلة، وينحصر نطاقها في الطعن على نص المادة (٤) من قانون مجلس النواب المشار إليه فيما لم يتضمنه من إنشاء دوائر خارج الجمهورية تمثل القارات التي يقيم فيها المصريون المقيمون بالخارج وفقاً للتمثيل المتكافئ للناخبين منهم، وكذا نص المادة (٥) منه فيما تضمنه من أن يكون للمصريين المقيمين في الخارج مترشح بالقائمة المخصص لها (١٥) مقعداً، وثلاثة مترشحين بالقائمة المخصص لها (٤٥) مقعداً، ليكون جملة عددهم (٨) مقاعد. وكذا نص البند (١) من المادة (٨) فيما نص عليه من عبارة «تمتعاً بالجنسية المصرية منفردة» وحيث إن المدعي يعني على نص البند (١) من المادة (٨) من قانون مجلس النواب المشار إليه والذي اشترط في المترشح أن يكون متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة، مخالفته حكم المادتين (٨٨، ١٠٢) من الدستور، والتي تلزم أولهما: الدولة برعاية مصالح المصريين المقيمين بالخارج، وتنظيم مشاركتهم في الانتخابات والاستفتاءات، والتزاماً بذلك النص كان يتعين على المشرع أن يستثنى المصريين المقيمين بالخارج من شرط حمل الجنسية المصرية منفردة، وتطلبت ثانيتهما: في المترشح أن يكون مصرياً.

وحيث إن المادة (٨٧) من الدستور تنص على أن: «مشاركة المواطن في الحياة العامة واجب وطني، ولكل مواطن حق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وينظم القانون مباشرة هذه الحقوق، ويجوز الإعفاء من أداء هذا الواجب في حالات محددة يبينها القانون.

وتلتزم الدولة بإدراج اسم كل مواطن بقاعدة بيانات الناخبين دون طلب منه، متى توافرت فيه شروط الناخب، كما تلتزم بتنقية هذه القاعدة بصورة دورية وفقاً للقانون. وتضمن الدولة سلامة إجراءات الاستفتاءات والانتخابات وحيدتها ونزاهتها، .....

وتنص المادة (٨٨) من الدستور على أن: «تلتزم الدولة برعاية مصالح المصريين المقيمين بالخارج، وحمايتهم وكفالة حقوقهم وحيرياتهم، وتمكينهم من أداء واجباتهم العامة نحو الدولة والمجتمع وإسهامهم في تنمية الوطن. وينظم القانون مشاركتهم في الانتخابات والاستفتاءات بما يتفق والأوضاع الخاصة بهم، دون التقيد في ذلك بأحكام الاقتراع والفرز وإعلان النتائج المقررة بهذا الدستور، وذلك كله مع توفير الضمانات التي تكفل نزاهة عملية الانتخاب أو الاستفتاء وحيادها».

كما تنص المادة (١٠٢) من الدستور على أن: «يشكل مجلس النواب من عدد لا يقل عن أربعمائة وخمسين عضواً، يُنتخبون بالاقتراع العام السري المباشر.

ويُشترط في المترشح لعضوية المجلس أن يكون مصرياً، متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، حاصلاً على شهادة إتمام التعليم الأساسي على الأقل، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن خمس وعشرين سنة ميلادية.

ويبين القانون شروط الترشح الأخرى، ونظام الانتخاب، وتقسيم الدوائر الانتخابية، بما يراعي التمثيل العادل للسكان، والمحافظات، والتمثيل المتكافئ للناخبين، ويجوز الأخذ بالنظام الانتخابي الفردي أو القائمة أو الجمع



بأي نسبة بينهما.

كما يجوز لرئيس الجمهورية تعيين عدد من الأعضاء في مجلس النواب لا يزيد على ٥٪، ويحدد القانون كيفية ترشيحهم.

وحيث إن حق الانتخاب، المقرر لكل مواطن وفقاً لما تنص عليه المادة (٨٧) من الدستور، يندرج ضمن الحقوق العامة، التي حرص الدستور على كفالتها، وتمكين المواطنين من ممارستها، لضمان إسهامهم في اختيار قياداتهم وممثليهم في إدارة دفة الحكم، ورعاية مصلحة الجماعة، وعلى أساس أن حقي الانتخاب والترشح، على وجه الخصوص، هما حقان متكاملان، لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما، ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا أفرغا من المضمون، الذي يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوماً حتمياً لإعمال الديمقراطية في محتواها المقرر دستورياً، ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة في حقيقتها عن الإرادة الشعبية، ومعبرة تعبيراً صادقاً عنها، ولذلك لم يقف نص المادة (٨٧) من الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن في الانتخاب والترشح، وإبداء الرأي في الاستفتاء، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته في الحياة العامة، عن طريق ممارسته لتلك الحقوق، واجباً وطنياً، يتعين القيام به في أكثر المجالات أهمية، لاتصالها بالسيادة الشعبية التي تُعتبر قواماً لكل تنظيم يرتكز على إرادة هيئة الناخبين، ولئن أجاز الدستور للمشروع، بنص تلك المادة ذاتها، تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المشار إليها، فإنه يتعين عليه أن يراعي في القواعد التي يتولى وضعها تنظيمياً لتلك الحقوق، ألا تؤدي إلى مصادرتها، أو الانتقاص منها، وألا تتطوي على التمييز المحظور دستورياً، أو تتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص، الذي كفلته الدولة لجميع المواطنين ممن تتماثل مراكزهم القانونية، وبوجه عام ألا يتعارض التنظيم التشريعي لتلك الحقوق مع أي نص في الدستور، بحيث يأتي التنظيم مطابقاً للدستور في عموم قواعده وأحكامه، وعلى النحو الذي يضمن للناخبين ألا يكون حقهم في الانتخاب متقلاً بقيود يفقدون معها أصواتهم من خلال تشويهِها، أو إبدالها، أو التأثير في تكافؤها وزناً، وتعادلها أثراً.

وحيث إن الدولة القانونية، وعلى ما تنص عليه المادة (٩٤) من الدستور، هي التي تتقيد في ممارستها لسلطاتها أيضاً كانت وظائفها أو غاياتها بقواعد قانونية تعلق عليها، وتردها على أعقابها إن هي جاوزتها، فلا تتحلل منها، وكان مضمون القاعدة القانونية التي تعتبر إطاراً للدولة القانونية، تسمو عليها وتقيدها، إنما يتحدد من منظور المفاهيم الديمقراطية التي يقوم عليها نظام الحكم على ما تقضي به المواد (١) و(٤) و(٥) من الدستور.

وحيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها قصداً من الشارع الدستوري أن يكون النص عليها في الدستور قيدياً على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام وفي حدود ما أراده الدستور لكل منها من حيث إطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعياً، فإذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستوري، بأن قيد حرية أو حقاً ورد في الدستور مطلقاً أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً، وقع عمله التشريعي مشوباً بعيب مخالفة الدستور. وحيث إن الأصل في سلطة المشرع، في تنظيمه للحقوق التي قررها الدستور وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنها سلطة تقديرية، جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم لاختيار أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً، وليس من قيد على مباشرة المشرع لهذه السلطة، إلا أن يكون الدستور، ذاته، قد فرض في شأن مباشرتها ضوابط محددة،

تعتبر تخوماً لها ينبغي التزامها، وفي إطار قيامه بهذا التنظيم لا يتقيد المشرع باتباع أشكال جامدة لا يريم عنها، تفرغ قوالبها في صورة صماء لا تبديل فيها، بل يجوز له أن يغير فيما بينها، وأن يقدر لكل حال ما يناسبها، على ضوء مفاهيم متطورة تقتضيها الأوضاع التي يباشر الحق في نطاقها، وبما لا يصل إلى إهداره.

وحيث إن الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضي عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلتها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوي على قمة البناء القانوني للدولة، وتنبأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، وهو ما يعد أصل مقرر وحكم لازم لكل نظام ديمقراطي سليم.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن تفسير نصوص الدستور يكون باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضاً، فلا يفسر نص منه بمعزل عن نصوصه الأخرى، وإنما متسانداً معها بما يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض، فالأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً.

وحيث إن نص المادة (١٠٢) من الدستور قد حسم أمر الشروط المتطلبية في طالب الترشح لمجلس النواب بلا لبس أو غموض مقررراً أن «يشكل مجلس النواب من عدد لا يقل عن أربعمئة وخمسين عضواً، ينتخبون بالاقتراع العام السري المباشر، ويشترط في المرشح لعضوية المجلس أن يكون مصرياً، متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، حاصلًا على شهادة إتمام التعليم الأساسي على الأقل، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن خمس وعشرين سنة ميلادية. ويبين القانون شروط الترشح الأخرى، ونظام الانتخاب.....»، ومن ثم فقد أورد المشرع الدستوري الشروط الرئيسية والجوهرية بحيث لا يجوز للمشرع العادي الخروج عليها سواء بتقييدها أو بالانتقاص منها بما يهدرها أو يفرغها من مضمونها، ومن بين هذه الشروط حمل الجنسية المصرية على نحو مطلق من أي قيد أو شرط، خلافاً لما قرره نص (المادة ١٤١) من الدستور، من أنه يشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية أن يكون مصرياً من أبوين مصريين، وألا يكون قد حمل، أو أي من والديه، أو زوجه جنسية دولة أخرى»، وكذلك ما قرره نص (المادة ١٦٤) من الدستور من أنه يشترط فيمن يعين رئيساً لمجلس الوزراء «أن يكون مصرياً من أبوين مصريين، وألا يحمل هو أو زوجه جنسية دولة أخرى»، ويتبين مما تقدم أن المشرع الدستوري قد غاير في شرط حمل الجنسية المصرية بالنسبة للمترشح لمنصب رئيس الجمهورية، ومن يعين رئيساً لمجلس الوزراء، باشرطه ألا يكون أيهما يحمل جنسية دولة أخرى، وإسقاط هذا الشرط بالنسبة للمترشح لعضوية مجلس النواب، فمن ثم كان على المشرع العادي الالتزام بحدود وضوابط ممارسته التشريعية وبمراعاة مراتب التدرج التشريعي، فإذا ما خرج عنه وأحل نفسه موضع المشرع الدستوري وأضاف للنص المطعون فيه قيداً وشرطاً جديداً بالانفراد بالجنسية المصرية، فإنه يكون قد انطوى على مخالفة لنصوص المواد (٨٧) و(٨٨) و(١٠٢) من الدستور، مما يستوجب القضاء بعدم دستوريته في النطاق المحدد سلفاً.

ولا ينال مما تقدم ما نصت عليه المادة (١٠٢) من الدستور من تفويض المشرع العادي في تحديد شروط الترشح

الأخرى، ذلك أن البادي من سياق تلك المادة أن تفويض المشرع العادي في تحديد شروط الترشح الأخرى، إنما وردت بصدر الفقرة الثانية من تلك المادة، وطبقاً لقواعد التفسير السليم لنصوص الدستور فإن تلك العبارة لا تنصرف إلى الشروط التي أوردتها النص الدستوري حصراً، وإنما قصد بها تفويض المشرع في وضع شروط من طبيعة أخرى غير تلك الشروط، فضلاً على أن المادة (٩٢) من الدستور قد أفصحت عن أن الحقوق والحريات اللصيقة، بشخص المواطن - ومن بينها حق الترشح والانتخاب - لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً، ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها أو جوهرها.

كما لا ينال مما تقدم ما ذهب إليه هيئة قضايا الدولة، ومن قبلها المذكرة الإيضاحية للقانون من أن الشخص الذي يحمل جنسية دولة أخرى بجانب الجنسية المصرية، يكون متعدد الولاء، وهو ما حداً بالمشرع أن يتطلب فيمن يُرشح نفسه نيابة عن الشعب أن يكون غير مشارك في ولائه لمصر ولأهلاً لوطن آخر، وذلك استناداً إلى القسم الذي يؤديه عضو مجلس النواب، فذلك القول مردود بما يلي:

أولاً: أن الولاء أمر يتعلق بالمشاعر، ومحلها القلب، والأصل في المصري الولاء لبلده ووطنه، ولا يجوز افتراض عدم ولائه أو انشطاره إلا بدليل لينحل ذلك الفرض - حال ثبوته - إلى مسألة تتعلق بواجبات العضوية التي يراقب الإخلال بها مجلس النواب ذاته.

ثانياً: أن المادة (٦) من الدستور نصت على أن «الجنسية حق لمن يولد لأب مصري أو أم مصرية.....» وهو ما قد يؤدي إلى حمل أولاد الأم المصرية لجنسيتين، إذا كانت جنسية والدهم تقوم على أساس الدم، فلا يجوز بحال أن يُوصم هؤلاء الأولاد بتعدد الولاء، ومن ثم فلا يجوز اتخاذ ذلك تكتةً لحرمانهم من حقهم في الترشح لمجلس النواب، رغم ثبوت حقهم في المشاركة في انتخاب أعضائه.

ثالثاً: أن المشرع وهو بصدد تنظيم الجنسية المصرية بموجب القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ أجاز للمصري أن يحمل جنسية أجنبية بقرار يصدر من وزير الداخلية، ولا يجوز أن يكون استعمال الحق المقرر قانوناً سبباً في سقوط حقوق أخرى، خاصة إذا كانت هذه الحقوق قد قررها الدستور.

رابعاً: أن المشرع عند تنظيمه الهجرة ورعاية المصريين في الخارج بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٣ منح المصريين فرادى أو جماعات الحق في الهجرة الدائمة أو المؤقتة إلى الخارج، وسواء أكان الفرض من هذه الهجرة مما يقتضي الإقامة الدائمة أو الموقوتة في الخارج، وقرر احتفاظهم بجنسيتهم المصرية طبقاً لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية، ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو الموقوتة الإخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية، ولم يتنازلوا عنها.

وترتيباً على الأسباب السابقة، فقد قضت المحكمة بعدم دستورية عبارة «متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة» الواردة بالبند (١) من المادة (٨) من قانون مجلس النواب الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤، ١



## الوضع لدى المشرع البحريني (١):

وفيما يتعلق بشرط الجنسية لمن يترشح لعضوية مجلس النواب لدى المشرع البحريني فيجب أن نعرض للنص التشريعي الصادر في عام ٢٠٠٢ وما ورد عليه من تعديل جوهري في عام ٢٠١٢.

حيث كانت المادة رقم (١١) فقرة (أ) من المرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٢ بشأن مجلسي الشورى والنواب تشترط فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس النواب أن يكون بحرينياً، متمتعاً بكافة حقوقه المدنية والسياسية.

ثم أصبحت بموجب المرسوم بقانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٢ بشأن مجلسي الشورى والنواب أن يكون بحرينياً، وأن يمضى على من اكتسب الجنسية البحرينية عشر سنوات على الأقل، وغير حامل لجنسية أخرى، باستثناء من يحمل جنسية إحدى الدول الأعضاء بمجلس التعاون لدول الخليج العربية بشرط أن تكون جنسيته البحرينية بصفة أصلية، وتمتعاً بكافة حقوقه المدنية والسياسية.

ويلاحظ هنا أن النص السابق يوضح تغير تشريعي في موقف المشرع البحريني حيث كان يقصر الترشح في البداية على البحرينيين فقط ممن يحملون الجنسية البحرينية بصفة أصلية. وطبقاً للتعديل فقد سمح لمن يحمل الجنسية البحرينية عن طريق التجنس بشرطين الأول مرور عشر سنوات على اكتساب تلك الجنسية وعدم حمله لجنسية أخرى أي أنه لم يسمح لمزدوجي الجنسية كأصل عام بممارسة حق الترشيح لعضوية مجلس النواب. ولكن المشرع البحريني أورد استثناء وحيد بسبب الطبيعة الخاصة لدول الخليج العربية إذ سمح لمن يحمل جنسية إحدى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بجانب الجنسية البحرينية حال كان القانون يسمح بذلك بممارسة حق الترشيح لعضوية مجلس النواب شريطة أن يكون حمله للجنسية البحرينية بصفة أصلية.

وبمناسبة الطعن على جنسية أحد المترشحين لانتخابات مجلس النواب لعام ٢٠١٤، ذهبت محكمة الاستئناف العليا المدنية إلى استبعاد (مواطن من دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية) من كشوف الناخبين كونه اكتسب الجنسية البحرينية بصورة لاحقة على جنسيته الأصلية وإن قرار لجنة الإشراف على سلامة الاستفتاء والانتخاب باستبعاد إسمه من كشوف المترشحين كان قراراً «سليماً» (٢).

١ يجدر الإشارة إلى أن قانون الجنسية الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته قد حرم المتجنس من الترشيح أو التعيين في أية هيئة نيابية، في حين أجاز القانون ذاته للمواطن الذي تجنس بالجنسية الكويتية أن يكون ناخباً بعد مضي فترة زمنية قدرها عشرون سنة وذلك طبقاً لنص المادة السادسة من القانون.

ويتفق البعض هذا الاتجاه على سند من القول بأنه يقيم تفرقه غير دستورية بين المواطن الأصلي والمواطن بالتجنس وهذا الأمر لم يعد له وجود في الدول الديمقراطية التي تشترط مضي فترة زمنية لتأكيد ولاء المتجنس ثم تمتعه بكافة الحقوق المدنية والسياسية.

(د. عثمان عبدالملك الصالح: النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، مؤسسة دار الكيف، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، ص ٤٨٢ وما بعدها).

٢ حكم محكمة الاستئناف العليا المدنية - الدائرة الثالثة، الطعن رقم ١٧/٢٠١٤/١٣٥/٦، جلسة ٢/١١/٢٠١٤.

حيث إن واقعة الدعوى تتحصل في أن المطعون ضده الأول تقدم بطلب أمام لجنة الإشراف على سلامة الاستفتاء والانتخابات لإدراج اسمه من ضمن كشوف المترشحين للمجلس النيابي للدائرة السابعة بالمحافظة الجنوبية، بتاريخ ٢١/١٠/٢٠١٤ تقدم الطاعن باعتراض أمام لجنة الإشراف على سلامة الاستفتاء والانتخابات باستبعاد اسم المطعون ضده الأول من كشوف المترشحين للمجلس النيابي للدائرة السابعة من المحافظة الجنوبية تأسيساً على أن المطعون ضده الأول يحمل الجنسية البحرينية ليس بصفة أصلية وبذلك يكون فقد شرطاً من شروط الترشح للمجلس النيابي، وبعد عرض الاعتراض على اللجنة أصدرت قرارها بالرفض.

وحيث إن القرار سالف الذكر لم يلق قبولاً لدى الصادر ضده «الطاعن» فطعن عليه.

تأسيساً على أن المطعون ضده الأول حامل الجنسية السعودية بصفة أصلية ومن ثم اكتسب الجنسية البحرينية، وبذلك تكون جنسيته الأصلية هي السعودية، الأمر الذي يكون معه المطعون ضده فقد شرطاً من شروط الترشح المنصوص عليها في الدستور البحريني والمادة ١١/أ من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مجلسي الشورى والنواب.

وحيث إنه عن الموضوع فمن المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة ١١ الفقرة (أ) من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مجلسي الشورى والنواب بأنه يشترط فيمن يتقدم لعضوية مجلس النواب ( أن يكون بحرينياً، ..... باستثناء من يحمل جنسية إحدى الدول الأعضاء بمجلس التعاون لدول الخليج العربية بشرط أن تكون جنسيته البحرينية بصفة أصلية، ..... )

وبعد الاطلاع على الكتاب الوارد من الإدارة العامة للجنسية والجوازات والاقامة، والثابت فيه أن المطعون ضده الأول قد حصل على الجنسية البحرينية في العام ٢٠٠٠م

وإذا كان للباحث أن يدلي برأيه في هذا الشأن فإنه يثني على التعديل التشريعي الأخير إذ أنه يواكب التطورات الدولية وحق الإنسان في أن يكتسب جنسية دولة أخرى بجانب جنسيته الأصلية، وفي ذات الوقت يكون حامل الجنسية الأصلية في مركز قانوني وسياسي أفضل ممن يحملها بصفة مكتسبة خاصة لمن يرغب في أن يترشح لعضوية مجلس النواب والذي يضطلع بمراقبة السلطة التنفيذية بها بالإضافة لاختصاصه الأصل بسن التشريعات بمختلف أنواعها.

وعليه فإن الباحث يرى إنه يتفق مع موقف المشرع البحريني من خلال التعديل على قانون عام ٢٠٠٢ الذي منح مزدوجي الجنسية من مواطني مجلس التعاون لدول الخليج العربية الحق في الترشيح لعضوية المجلس التشريعي المنتخب شريطة أن تكون الجنسية الأصلية هي الجنسية البحرينية ، فضلاً عن مرور عشر سنوات لمن أكتسب الجنسية البحرينية من غير مواطني المجلس وهذا يحقق معادلة التوازن في ممارسة الحقوق السياسية لمن يكتسب جنسية دولة أخرى بحيث لا تشكل الجنسية الأخرى عائقاً في تمتعه بباقي حقوقه المدنية والسياسية الأخرى. ويتفق الباحث تماماً مع حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية فيما تضمنه من عدم اشتراط الجنسية المصرية المنفردة للترشح والسماح لمزدوجي الجنسية بالنسبة لشرط الجنسية لمن يرغب في الترشح لعضوية مجلس النواب المصري إلا أنه يقترح بالنسبة لحق مزدوجي الجنسية في الترشح لعضوية مجلس النواب يجب أن تكون جنسيته الأصلية هي الجنسية المصرية وذلك بالنظر للدور الذي يقوم به أعضاء المجلس التشريعي سواء فيما يتعلق بسن التشريعات أو الرقابة الفاعلة على السلطة التنفيذية.

ويحمل الجنسية السعودية بصفة أصلية بموجب جواز السفر السعودي رقم ١٨٧٦٧٧٦ الصادر بتاريخ ١١/٥/١٩٩٦ م.

ولما كان ذلك كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الأول قد حصل على الجنسية البحرينية في العام ٢٠٠٠ م ويحمل الجنسية السعودية بصفة أصلية قبل حصوله على الجنسية البحرينية، وبذلك يكون قد فقد شرطاً من شروط الترشح لعضوية مجلس النواب وفقاً للمادة ١١/أ من القانون سالف الذكر التي تشترط للترشح في مجلس النواب أن تبقى الجنسية البحرينية هي الأصلية، ولما كان الثابت من الأوراق على الأوراق أن المترشح لا يحمل الجنسية البحرينية بصفة أصلية بل مكتسبة الأمر الذي يتعين معه إلغاء القرار المطعون عليه الصادر من اللجنة واستبعاد اسمه من كشوف الناخبين.

## الخاتمة

وبعد الدراسة المتقدمة يلاحظ لنا ان الإشكالية الخاصة بمزدوجي الجنسية تعد من المشكلات القديمة والحديثة في ذات الوقت والتي أثّرت وتثار حتى وقتنا هذا ، وقد مر هذا الشرط لدى المشرع والقضاء المصري بعدة تجارب متغيرة تارة بين قصر المترشح على المصري فقط غير الحاصل على أي جنسية أخرى، وتارة أخرى بين السماح لمن يحمل جنسية دولة أخرى بجانب الجنسية المصرية للترشح لعضوية المجلس التشريعي، وفي ضوء هذا التغيير فقد عرضنا تفصيلاً لموقف القضاء الإداري من هذا الشرط وموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر في حالتي المنع أو السماح وكذلك فقد مر هذا الشرط بتطور ملحوظ لدى المشرع البحريني ولكنه حسمه في النهاية بالسماح لمزدوجي الجنسية من مواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالحق في الترشيح لعضوية المجلس التشريعي المنتخب شريطة أن تكون الجنسية الأصلية هي الجنسية البحرينية ، فضلاً عن مرور عشر سنوات لمن اكتسب الجنسية البحرينية من غير مواطني المجلس.



# الحماية القانونية للمستهلك فى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية

الأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني و القائم بأعمال عميد كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين

## مقدمة

لا جرم أن الضعف الظاهر La Faiblesse apparaît فى مركز المستهلكين Les consommateurs بوصفهم أطرافاً ضعافاً فى عقود الاستهلاك Contrats de la consommation حمل الفقهاء على السعي حثيثاً لإيجاد الوسائل اللازمة لحمايتهم ورعاية مصالحهم ، بل واستنفر همم السلطات التشريعية لسرعة التدخل بسن التشريعات والقوانين التى تساعد على استعادة ذلك التوازن المفقود L'équilibre perdu بين المستهلكين والمهنيين فى عقود الاستهلاك ، أو على الأقل للتخفيف من غلوائه أو الحد من آثاره السلبية .

لاسيما وقد لعبت معطيات الحياة الاقتصادية المعاصرة دوراً بارزاً فى إيجاد تفاوت كبير ولا معقول Une variété grande ou irraisonnable بين مركز المستهلكين والمهنيين من حيث القوة الاقتصادية ، فضلاً عما أحدثته مظاهر التقدم العلمى والتكنولوجى فى هذا العصر من ثورة باهرة فى تزويد الأسواق بملايين السلع والخدمات الجديدة والمعقدة ، فساهمت فى خلق تفاوت معرفى Une variété informatique عظيم بين المستهلكين والمهنيين ، الأمر الذى ساعد وبقوة على تقوية مركز المهنيين وزيادة شوكتهم ، وإضعاف مركز المستهلكين ، فأضحت بذلك إدارة دفة التعاقد برمتها بصورة منطقية فى يمين طائفة المهنيين الذين ينفردون بوضع كافة بنود العقد وشروطه على النحو الذى يحقق لهم مصالحهم ، دون أن يتركوا لطائفة المستهلكين أى قدر يذكر من المساهمة ابتداءً فى صياغة تلك البنود، أو حتى المساومة والتفاوض انتهاءً فى أى بند من البنود الواردة فى العقود النموذجية التى استقلوا بصياغة كل مضامينها وما تحويه من بنود .

ولذلك فقد باتت وبحق العناية بطائفة المستهلكين الذين يمثلون السواد الأعظم من أفراد المجتمع (١) - مطلباً أساسياً ملحاً بصورة شديدة على المستويين المحلى والدولى ، لدرجة أن نجاح أو إخفاق المساعى المبذولة لتحقيق الحماية اللازمة للمستهلكين أضحت ابتداءً سبباً قوياً فى إنشاء وزارات أو جمعيات أو منظمات محلية أو دولية ، وفى استمرار أو زوال تلك الكيانات السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية المذكورة على الصعيد المحلى أو الدولى انتهاءً.

وإذا كانت الحماية القانونية للمستهلك فى كافة العقود تحظى بصفة عامة بهذا القدر الكبير من الأهمية ، فإن

١ وإن شئت فقل يمثلون كل أفراد المجتمع ، لأن المهنى حينما يتعامل لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية من السلع أو الخدمات خارج إطار نشاطه المهنى أو الحرفى يعد مستهلكاً ، والناس جميعاً يتناوبون فى احتلال مركز هذا المستهلك بصورة دورية على الدوام.

حمايته فى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية تكون لها الأولوية والأفضلية على وجه الخصوص ، حيث يجد المستهلك نفسه مضطراً ، تحت تأثير حاجته الماسة إلى السلعة أو الخدمة محل العقد ، إلى قبول جميع الشروط أو البنود الواردة فى العقود النموذجية أو النمطية Les contrats-type التى ينفرد المهنى بصياغتها ، حتى ما كان منها متضمناً إعفاء المهنى من المسؤولية أو تخفيف عبئها عليه أو الحد من أثارها .

وقد طرحنا تساؤلاً من خلال هذا البحث بُغية الوصول إلى معالم تلك الحماية القانونية المنشودة للمستهلك فى ظل ذبوع وانتشار بنود الإعفاء من المسؤولية فى عقود الاستهلاك ( سواء وردت تلك الشروط ضمن بنود العقد الأسمى أو وردت فى اتفاق لاحق عليه ) بهدف حرمان المستهلك من آثار ثبوت المسؤولية العقدية فى حق المهنى عن أخطائه العقدية أو أخطاء تابعيه أو مساعديه أو نوابه ، وتجنب المهنى - من ثم - تبعه آثار انعقاد المسؤولية العقدية فى حقه عن هذه الأخطاء ، هل تتحقق هذه الحماية بتقرير بطلان أى اتفاق بين المهنى والمستهلك يستهدف إعفاء المهنى من المسؤولية العقدية عن أخطائه العقدية اليسيرة أو إعفائه من أخطاء تابعيه أو نوابه ولو كانت عمدية أو جسيمة ، مع ما يكتنف مثل هذا الحظر من اصطدام مباشر بمبدأ الحرية التعاقدية Principe de la liberté contractuelle ذلك المبدأ الذى يستوجب الاعتراف للإرادة المشتركة لطرفى العقد المزمع إبرامه بالحرية الكاملة La liberté complète فى إنشاء الاتفاقات أو العقود التى تمثل قانوناً أو شريعة لهما ، وحققهما فى تضمين تلك العقود أو الاتفاقات البنود أو الشروط التى تروق لهما ، ما دامت مشروعة (أى لا تصطدم بفكرة النظام العام والآداب العامة ) هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن المهنى Le professionnel بوصفه طرفاً مستفيداً من بنود الإعفاء أو التخفيف أو الحد من المسؤولية يعمد عادة فى مقابل إدراج مثل هذه البنود إلى التخفيف عن كاهل المستهلك عند تحديده حجم الأداء الملقى على عاتق هذا الأخير ، ومن ثم قد يبدو من الظلم له أن يحرم ثمار الاستفادة من وجود هذه البنود ، لاسيما إذا لم تك بنوداً مجحفة يحظى بها المستفيد منها وهو المهنى ، دون أن يكون لها ما يوازئها من أعباء تقع على عاتق المهنى لصالح المستهلك بوصفه الطرف المتضرر من وجود هذه البنود .

أم أن الصحيح الذى يحقق الحماية القانونية على نحو متوازٍ وبصورة متكاملة لطرفى عقد الاستهلاك وليست لطرف واحد على حساب الطرف الآخر ، أنه مع الاعتراف الكامل كمبدأ عام بصحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية فى حدود معينة احتراماً لمبدأ الحرية التعاقدية ، ومراعاة للمبدأ العام الذى يجعل الإباحة لا الحظر هي الأصل العام الذى يحكم نشأة العقود أو الاتفاقات ( بوصفه أحد أبرز المبادئ القانونية العامة ) ، مادامت اتفاقات مشروعة (أى لا تتضمن أية مخالفة لأحد مظاهر فكرة النظام العام أو الآداب العامة) ( ١ ) ، فإنه يتعين وضع الضوابط القانونية اللازمة لتحقيق قدر حتمى من التوازن المعقول L'équilibre raisonnable بين طرفى عقد الاستهلاك على نحو يمنع من محاباة طرف على حساب آخر .

وسنحاول من خلال هذا البحث أن نفتش عن معالم تلك الحماية القانونية اللازمة للمستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً فى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية ، مراعين ونحن فى سبيل بلوغ تلك الغاية ألا نرفع الظلم عن المستهلك لنضعه على كاهل المهنى فتفضل بذلك الخطى وتضع الجهود .

١ فكرة النظام العام تعبر عن مجموعة المبادئ الرئيسية والمصالح الجوهرية التى يتأسس عليها المجتمع من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية ، والتى لا يتصور بقاء كيان هذا المجتمع سليماً دون استقراره عليها . ( للمؤلف ” الوسيط فى مبادئ القانون البحرى ” نظرية القانون ، ص ٢١٤ ، طبعة عام ٢٠٠٥م ) .

ولعل تلك المعادلة الصعبة لا يتسنى لنا بلوغها على نحو وافر وبصورة تحقق لنا الغاية المرجوة من هذا البحث إلا إذا وفقنا الله عز وجل إلى تصور معالم تلك الحماية القانونية المتزنة التى تنشأ مصلحة طرفى عقد الاستهلاك معا دون الضغط على واحد لحساب آخر دون مبرر أو مسوغ مقبول لذلك .

وستكون خطة الدراسة - بمشيئة الله تعالى - على النسق الآتى :

- الفصل الأول : المفهوم القانونى للمستهلك .

- الفصل الثانى : الطبيعة القانونية لعقود الاستهلاك .

- الفصل الثالث : مدى حاجة المستهلك إلى الحماية القانونية فى عقود الاستهلاك وتعاضلها فى بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

- الفصل الرابع : بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية أحد وسائل التخفيف من أثر تطور أحكام المسؤولية المدنية .

- الفصل الخامس : موقف التشريع والفقهاء والقضاء من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

\* المبحث الأول : موقف التشريع والفقهاء والقضاء فى فرنسا من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

المطلب الأول : موقف التشريع الفرنسى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

الفرع الأول : موقف القوانين الفرنسية التقليدية من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

الفرع الثانى : موقف قوانين حماية المستهلك الفرنسية من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

المطلب الثانى : موقف الفقهاء والقضاء الفرنسى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

\* المبحث الثانى : موقف التشريع والفقهاء والقضاء فى مصر من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

المطلب الأول : موقف التشريع المصرى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

الفرع الأول : موقف القانون المدنى المصرى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

الفرع الثانى : موقف قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

المطلب الثانى : موقف الفقهاء والقضاء المصريين من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

- الفصل السادس : الالتزام بتبصير المستهلك ببنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

المبحث الأول : أهمية الالتزام بتبصير المستهلك ببنود الإعفاء من المسؤولية العقدية .

- المبحث الثانى : كيفية تنفيذ المدين لالتزامه بالتبصير فى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية .

- الفصل السابع : ضرورة تمتع المستهلك أو غير المهنى بالحماية القانونية المقررة للطرف المدعى .

\* المبحث الأول : تفسير الشك أو الغموض لمصلحة المستهلك أو غير المهنى بوصفه طرفاً مدعياً .

\* المبحث الثانى : تعديل أو إلغاء بند إعفاء المهنى من المسؤولية العقدية إذا كان بنوداً تعسفياً .



## الفصل الأول

### المفهوم القانونى للمستهلك

#### La notion juridique de consommateur

يعتبر لفظ الاستهلاك والمستهلك من الألفاظ المستحدثة فى نطاق علم القانون ، إذ لم يكن علماء القانون يهتمون قديماً - وإلى عهد غير بعيد - بدراسة أى من هذين الاصطلاحين ، وانحصرت - من ثم - دائرة العناية بهما داخل نطاق علم الاقتصاد ، حيث عنى علماء الاقتصاد منذ القدم بدراسة وتحليل أى من هذين الاصطلاحين (١) .

بيد أنه تبدلت تلك الصورة تماماً منذ ثلاثة عقود منصرمة ، فأولى فقهاء القانون فى معظم الدول - لاسيما المتقدمة منها - جُلَّ عنايتهم واهتمامهم بدراسة هذين اللفظين فى نطاق القانون ، وحرصت بعض الدول على سن القوانين والتشريعات التى تعنى بحماية المستهلك (٢) .

بل أضحت القضايا الخاصة بالاستهلاك والمستهلك فى العصر الحديث مثار اهتمام كثير من الدراسات الإنسانية سواء على المستوى الاجتماعى والنفسى ( لدراسة سلوكيات المستهلك وتأثيراتها الاجتماعية والنفسية - الإيجابية منها والسلبية ) أم على المستوى القانونى ( للبحث عن الضوابط القانونية لحسن تسيير عملية الاستهلاك ، ورسم صور الحماية القانونية اللازمة للمستهلك فى مواجهة المنتجين والموزعين ) ، ولاقت تلك القضايا موفور الرعاية والعناية من جانب المجتمع المحلى (٣) أو المجتمع الدولى .

ويتجلى ذلك واضحاً من خلال الاهتمام البالغ والمتصاعد بعقد العديد من المؤتمرات المحلية والدولية التى تعنى بتنظير قضايا الاستهلاك والبحث عن مظاهر الحماية القانونية اللازمة لها على الصعيد المحلى أو الدولى . ولا عجب فى ذلك فقد صارت قضايا الاستهلاك من القضايا المؤثرة فى اختيار النواب والحكومات والنظم السياسية والاقتصادية المطبقة داخل الدولة ، بل وباتت حماية المستهلك ورعاية مصالحه سبباً مباشراً فى تكوين وزارات جديدة ، واستحداث العديد من النقابات والجمعيات والمنظمات (٤) .

ويقصد بالاستهلاك *La consommation* فى مجال علم الاقتصاد بأنه آخر العملية الاقتصادية التى تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات ، فى حين يقصد بالمستهلك *Le consommateur*

١ انظر فى ذلك المعنى إلى : أ.د / حسن عبد الباسط جمعى " حماية المستهلك " الحماية الخاصة لرضاء المستهلك فى عقود الاستهلاك ، ص ٨ ، النسر الذهبى للطباعة بالقاهرة ، طبعة عام ١٩٩٦م .

٢ فقد أصدرت فرنسا أول قانون خاص بحماية المستهلك من ذلك القانون رقم ١١٣٧ الصادر فى ١٢/٢٢/١٩٧٢ م الخاص بحماية المستهلك فى حالة البيع بالمنزل ، والقانون رقم ٢٢ الصادر فى ١٠ يناير عام ١٩٧٨ م الخاص = بحماية وإعلام المستهلك بالسلع والخدمات ، والقانون رقم ٥٩٦ الصادر فى ١٣/٧/١٩٧٩ م الخاص بحماية وإعلام المقترضين فى موضوع العقار ، واللائحة التنفيذية رقم ٤٦٤ الصادرة فى ٢٤/٣/١٩٨٧ م الخاصة بتحديد مفهوم الشرط التعسفى وتنظيم لجنة الشروط التعسفية ، وقانون الاستهلاك الفرنسى رقم ٩٣/٩٤٩ الصادر فى ٢٦ يوليو عام ١٩٩٣ م ، وقانون حماية المستهلك رقم ٩٥/١٩٦ الصادر فى فبراير عام ١٩٩٥ م بشأن حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية .

٣ ويعنى المجتمع الحديث فى معظم دول العالم على المستوى المحلى بقضايا الاستهلاك أى كانت الأيدولوجية أو الفلسفة الاقتصادية التى يعتنقها هذا المجتمع أو ذلك ، أى سواء أكانت أيدولوجية قائمة على أساس مذهب الاقتصاد الحر الذى يعول فى إدارة دفته وتحريك نشاطه على قانون العرض والطلب دون أدنى تدخل من جانب الدولة لتقييد سيره أو ضبط حركته ، أم كانت قائمة على أساس مذهب الاقتصاد الموجه الذى تسيطر فيه الدولة على كل مقومات النشاط الاقتصادى فى جميع مراحلها ، لاسيما بعد أن أضحت صوت المستهلك = = وكما يقول البعض وبحق - صوتاً ذا ثقل اجتماعى واقتصادى وسياسى فعال ، مما أوجب على السلطات المعنية داخل الدول طرح بعض قضاياها على نطاق واسع محلياً ودولياً للدراسة والتحليل ، وذلك بهدف الوصول إلى الحلول اللازمة لها ، وقد ساهم فى تكثيف بعض مظاهر تلك العناية زوال المسافات بين دول العالم على إثر التطور المذهل فى وسائل النقل والاتصال ( انظر فى نفس المعنى : أ. د / رمضان على السيد الشرنباوى " حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى " دراسة مقارنة ، ص ١٣ ، طبعة عام ٢٠٠٤ م ، دار الجامعة الجديدة للنشر .

٤ انظر فى ذلك المعنى إلى : أ. د / الشرنباوى - المرجع السابق - ص ١٣ ، ١٤ .



ذلك الشخص الذى يقوم بعملية الاستهلاك المحددة على النحو السابق (١) .

وإذا كانت بعض التشريعات قد عنيت بحماية المستهلك (٢) إلا أنها لم تحرص على وضع تعريف محدد لمدلول المستهلك الذى ينعم بتلك الحماية ، تاركين هذا الجهد لمحاولات الفقهاء ، التى تأرجحت فى تعريفها للمستهلك بين السعة والضيق .

حيث ذهب البعض إلى اعتماد تعريف موسع لمدلول المستهلك حينما عرفه بأنه ذلك الشخص الذى يبرم التصرفات القانونية من أجل استخدام المال أو الخدمة فى تحقيق أغراضه الشخصية أو أهدافه المهنية (٣) ، وبذلك يوسعون من مفهوم المستهلك ليشمل من يشتري سيارة لاستعماله الشخصى أو لغرض من أغراض مهنته ، باعتبار أنه فى كلا الحالتين يستهلك السيارة ولا يشتريها بقصد إعادة بيعها .

وبالتالى يشمل لفظ المستهلك ، إلى جانب غير المهنى ، ذلك المهنى الذى يتعاقد على سلعة أو خدمة لا تدخل فى نشاطه المهنى حتى وإن كانت مسخرة لخدمة أغراض المهنة مثل الطبيب الذى يشتري أدواته الطبية وأجهزة العلاج أو الجراحة لعيادته أو مستشفاه ، والمحامى الذى يشتري أثاثاً وأدوات وكتباً لمكتبه ، لأنه سيكون فى ذات مركز المستهلك الذى لا تتوافر لديه مقومات الخبرة والدراية الفنية فى خصوص السلعة أو الخدمة محل العقد (٤) .

فالمهنى *Le professionnel* حينما يتعامل على سلعة أو خدمة خارج نطاق مهنته ولو لغرض مهنى يعد غير مهنى أو مستهلكاً (٥) ، ومن ثم يتمتع بكافة مظاهر الحماية القانونية المقررة للمستهلك (٦) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار المهنى الذى يتعاقد لأغراض غير مهنية مستهلكاً ، وأسبغت عليه الحماية القانونية المقررة للمستهلك ، وذلك فى قضية تتلخص وقائعها فى أن مزارعاً تعاقد مع أحد بيوت الخبرة لشراء أجهزة إطفاء حرائق ، وبعد التعاقد تلقى هذا المزارع عرضاً أفضل من شركة خبرة أخرى ، فعمد

١ انظر فى ذلك المعنى إلى : أ. د / حسن عبد الباسط جيمعى - المرجع السابق - ص ٨ .

٢ مثل التشريعات الفرنسية التى سبق لنا الإشارة إليها أنفاً فى هامش ٢ ص ٨ ، ٩ من هذا البحث . والملاحظ أن واضع القانون المصرى لم يعن فى بادئ الأمر بوضع تشريعات خاصة لحماية المستهلك بعكس واضع القانون الفرنسى ، مكتفياً بما يسنه من تشريعات تعنى بهذه الحماية بصورة غير مباشرة ، مثل قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٢٩م الصادر فى شأن العلامات والبيانات التجارية ، وقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١م الخاص بقمع الغش والتدليس المعدل بالقانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٩٤م ، والقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٥٠م بشأن الألبان ومنتجاتها ، والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦م الخاص بمراقبة الأغذية وتنظيم تداولها ، هذا بالإضافة إلى ما يصدر من قرارات وزارية تعنى برعاية وحماية مصالح جمهور المستهلكين ، مثل القرار الوزارى رقم ١٠٧ لسنة ١٩٩٤م الخاص بضرورة الالتزام بالانتاج طبقاً للمواصفات القياسية ، والقرار الوزارى رقم ١١٢ لسنة ١٩٩٤م الذى يحظر تداول السلع مجهولة المصدر أو غير المطابقة للمواصفات والقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م فى شأن حماية حقوق الملكية الفكرية ، والقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥م فى شأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ( انظر فى ذلك إلى كل من :- د / عاطف عبد الحميد = "حماية المستهلك" ص ١٨ ، هامش ٢ ، طبعة عام ١٩٩٦م ، دار النهضة العربية ، المستشار / عبد الحميد الشواربى " جرائم الغش والتدليس " ، ص ٥٧ وما بعدها ، طبعة عام ١٩٨٩م ، د / عبد الله حسين على محمود " حماية المستهلك من الغش التجارى والصناعى " دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية " ص ١٦ ، طبعة عام ٢٠٠٢م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ) .

وأخيراً فقد صدر فى مصر قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م ( وقد نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٦م ، على أن يعمل به بعد ثلاثة أشهر من اليوم التالى لنشره ، أى سيعمل به منذ يوم ١٩/٨/٢٠٠٦م ) .

3 voir : PIZZIO : L' introduction de la notion de consommateur en droit Français " D.1982.chron.91.et BERLIOZ : " Droit de la consommation et droit des contrats " J.C.P. 1979-I-2954 .

4 GODE (P.) : " protection des consommateurs. clauses abusives . Rev . Trim . dr . civ . 1978 . P :744 .

- د / عاطف عبد الحميد حسن - المرجع السابق - ص ٢٢ .

٥ ومما تجدر الإشارة إليه أن لجنة الشروط التعسفية فى فرنسا ( والتى أنشئت بموجب القانون الصادر فى ١٠ يناير ١٩٧٨م الخاص بحماية وإعلام المستهلك بالسلع والخدمات ) كانت تعتبر لفظى غير المهنى والمستهلك مترادفين أو وجهين لعملة واحدة ، هذا إلى جانب اتجاه عدد كبير من المحاكم الفرنسية إلى معاملة المهنى فى تعامله على السلع أو الخدمات التى لا تدخل فى نطاق مهنته نفس معاملة غير المهنى من حيث تمتعه بالحماية المقررة للمستهلك ،

Cass . civ . 28 1987 . D . 1987 . Somm . p : 455 . obs . Aubert . et cass . civ 15 avril 1982 .. D. 1984 P:439 . note Pizzio et cass . civ . 6 janv 1993 . D . . Somm . P : 237 .. note Paisant - Cass . civ 24 janvier 1995 . D . 1995 . P : 327 .. not Paisant ( G . ) .

6 ( ) PIZZIO : L' introduction de la notion de consommateur en droit français" . D . 1982 . chron . 91 .

إلى استعمال رخصة العدول عن العقد المنصوص عليها فى المادة الثالثة من قانون ٢٢ ديسمبر عام ١٩٧٢م بشأن البيع بالموطن *La vente à domicile* ، بيد أن شركة الخبرة *Société d'expertise* دفعت بانعدام حق المزارع فى استعمال رخصة العدول ، لأن العقد الذى بينها وبين المزارع لا ينطبق عليه القانون سالف الذكر ، نظرا لأن التعاقد كان قد تم لأغراض مهنية (أى تتصل بالاستغلال الزراعى للمزارع) ، غير أن محكمة *BOURGES* الفرنسية رفضت هذا الدفع فى حكمها الصادر فى ١٠ يناير عام ١٩٨٠م ، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم على أساس أن عقد الخبرة *Contrat d'expertise* يخرج عن الاختصاص المهني للمزارع ، ومن ثم فهو يتمتع بالحماية القانونية المقررة فى قانون ٢٢ ديسمبر عام ١٩٧٢م سالف الذكر ، ويعامل - من ثم - معاملة المستهلك فيتمتع بالحماية القانونية الثابتة له .

وإن كان من الفقه والقضاء من ذهب إلى عدم الاكتفاء بتعامل المهني خارج نطاق مهنته أو حرفته ليكتسب صفة المستهلك ، وإنما اشترط أيضاً إلى جانب ذلك ضرورة أن يكون الغرض من هذا التعامل غرضاً غير مهني ، بدعوى أنه فى مثل هذا الغرض يعتريه ما يعتري المستهلك البسيط من مظاهر الضعف التى استوجبت رعايته وحمايته عند التعاقد مع المهني ، لاسيما وأن ظروف الواقع تثبت لنا أن المهني حينما يتعامل خارج نطاق مهنته على سلع أو خدمات تتصل بنشاطه المهني يحظى عادة بالخبرة والمعرفة اللتين لا تتوافران لدى من يتعامل من الأشخاص غير المهنيين لإشباع حاجات أو أغراض غير مهنية (١) .

فى حين ذهب البعض الآخر إلى اعتماد مفهوم ضيق يقصر معنى المستهلك فيه على ذلك الشخص الطبيعى الذى يبرم تصرفات قانونية لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية *Ses besoins personnels et Familiaux* من السلع والخدمات (٢) .

وقد اعتمدت بعض المحاكم الفرنسية هذا المفهوم الضيق للمستهلك ، حيث قضت محكمة استئناف باريس بأن المستهلك هو ذلك الفرد الذى من أجل حصوله على حاجاته الشخصية يصير طرفاً فى عقد يُعنى بتزويده بالسلع والخدمات ، إذ تقول فى ذلك :

**Un Particulier qui pour ses besoins Personnels devient Partie à un contrat relatif à la fourniture de biens ou de services** . (٣)

وهذا رأى محل نظر من أكثر من زاوية ، ذلك أن لفظ المستهلك لا يقتصر على الشخص الطبيعى *Lapersonne naturelle* ، بل يشمل معه أيضاً الشخص المعنوى *La personne morale* هذا من زاوية (٤) ، ومن زاوية أخرى فإن المستهلك لا يسعى فقط لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية من السلع والخدمات فقط ، وإنما يسعى أيضاً لتحقيق أغراض أخرى غيرها مثل سعيه إلى إشباع حاجاته أو حاجات أسرته من الحماية والأمان ،

1 voir : Cass . civ . 15 avril 1982 . D . 1984 – jurisprudence- P : 139 . en ce sens regardez ces jugements suivants : cass . crim . 30 octobre 1979 – dalloz 1980 – Informations rapides – 146 . et cass . civ . 1 avril 1987 – Rev . Trim . dr . civ . 1987 .. p : 537 . et cass . civ . 6 janvier 1993 – J . C . P . 1993 – juris prudence – 2200 7 . note . G . PAISANT .

2 GHESTIN ( J . ) : Traité de droit civil . les obligations . le contrat . 2 ème . éd . L.G.D.J . . 1988 . N : 59 . P : 46 .

أ . د / السيد محمد عمران ” حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ” ص ٨ ، طبعة عام ١٩٨٦م ، منشأة المعارف بالأسكندرية .

- أ . د / حسن عبد الباسط جميعي - المرجع السابق - بند ١٠ ، ص ١١ .

3 Paris 4 octobre 1979 . D . 1980 . informations rapides .. P : 383 .

٤ انظر فى نفس المعنى : أ . د / أحمد عبد العال أبو قرين ” نحو قانون لحماية المستهلك ” ماهيته ، مصادره ، موضوعاته ، مطابع جامعة الملك سعود ” ص ١٧ ، طبعة عام ١٩٩٣م .

وذلك من خلال إبرامه عقود التأمين على الحياة مثلاً (١) .

وأخيراً فإن لفظ المستهلك يتسع ليشمل إلى جانب غير المهني ، ذلك المهني الذى يبرم تصرفاً قانونياً لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو غير المهنية من السلع والخدمات التى لا تدخل فى دائرة نشاطه المهني .

وأميل من جانبى إلى تأييد الاتجاه الموسع لمعنى المستهلك ليستفيد من الحماية القانونية المقررة للمستهلك كل شخص - سواء أكان طبيعياً أم معنوياً ، مهنياً أم غير مهني - يبرم تصرفاً قانونياً لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو غير المهنية ، من السلع أو الخدمات التى تخرج عن دائرة نشاطه المهني ، بحيث يكون الهدف من هذا التصرف هدفاً غير مهني But non-professionnel (٢) .

ولعل هذا المعنى الواسع لمدلول المستهلك يتناغم مع ذلك التعريف الذى جاء عنه فى المادة ٤/١ من الاقتراح بمشروع قانون بإصدار قانون حماية المستهلك المصرى ، حيث عرفه بأنه « كل شخص تقدم إليه بعض أو كل المنتجات ، وذلك لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية بطريق مباشر أو غير مباشر » (٣) .

وهذا هو ذات المعنى الذى تضمنه هذا القانون ( أى قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ م ، حيث عرفته المادة ٣/١ ( وهى المقابلة للمادة ١ / ٤ من مشروع هذا القانون ) بأنه ( أى المستهلك ) « كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص» .

ومما تجدر الإشارة إليه أن مفهوم المستهلك فى نطاق التجارة الإلكترونية(٤) La commerce électronique ( التى تشكل كما يقول البعض - بحق- تعبيراً عن ” بوتقة تتضمن كل عمل تجارى أو غير

١ انظر فى نفس المعنى : أ . د / أحمد محمد رفاعى ” الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدى ” ص ٢١ ، رسالة دكتوراه ، طبعة عام ١٩٩٤م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

2 voir : H . CAUSSE : “ De la notion de consommateur “ . in collection après le code de la consommation , paris 1996 . . p : 23 et J.GHESTIN : traité de droit civil . les obligations . les contrats . 2 ème . éd . paris 1988 . ed . L . G . D . J . p : 46 . et CALAIS – AULOY et f . STEIMETZ : Droit de la consommation . 4 ème . éd . paris . 1996 . p : 1 .

٣ راجع فى ذلك : مضبطة الجلسة السادسة والخمسين لمجلس الشعب المصرى التى عقدت صباح يوم الأحد الموافق ١٦ أبريل عام ٢٠٠٦ م ، دور الانعقاد العادى الأول ، الفصل التشريعى التاسع ، ص ١٢١ .

٤ وتمثل التجارة الإلكترونية مظهراً جديداً من مظاهر التعامل الذى تفتقت عنه الوسائل التكنولوجية الحديثة ، يبين لنا عملية بيع أو شراء أو تبادل المنتجات والخدمات والمعلومات من خلال شبكات كمبيوترية ومن ضمنها الإنترنت ( والإنترنت كلمة مكونة من مقطعين أولهما Inter وهو اختصار كلمة international وثانيهما Net وهى اختصار كلمة Network وهى شبكة من الشبكات الحاسوبية المتصلة ببعضها البعض ، وهى عبارة عن خطوط اتصال متشابكة تربط ملايين أجهزة الكمبيوتر باستخدام خطوط التليفون بواسطة كوابل عن طريق الأقمار الصناعية ، وقد نجح العلماء فى ربط هذه الأجهزة بواسطة الاتصال الصوتى والمرئى عبر ميكروفون وكاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب ، بحيث يتسنى لكل متعامل أن يسمع ويرى الآخرين ويرونه هم ويسمعونه فى نفس الوقت ( أ . د / محمد سعد خليفة ” البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك الإلكتروني فى ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحرينية ص ١٢ هامش ١ ، طبعة عام ٢٠٠٦ ، أ . د / إبراهيم أحمد إبراهيم ” التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية ” مجلة اتحاد المحامين العرب ، المؤتمر العشرون من أجل التضامن مع شعب لبنان ، والمنعقد فى ٢٠ : ٢٤ مارس لبنان ، أ . د / حسن عبد الباسط جمعى ” إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ” ، ص ٧ وما بعدها ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، حيث لا تقتصر هذه التجارة على ما قد يشيع عنها من معنى ضيق يتعلق ببيع وشراء السلع والخدمات عبر الإنترنت ، بل تمتد لتشتمل عمليات بيع وشراء المعلومات نفسها إلى جانب السلع والخدمات ( انظر فى ذلك إلى المستشار / عبد الفتاح مراد ” التجارة الإلكترونية والبيع والشراء على شبكة الإنترنت ” ص ٤٠ ، ٤١ ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر ) . أو هى تعبير عن جميع المعاملات التى تتم عبر الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية ، وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل ، والذى غالباً ما يكون تاجراً ( أ . د / أسامة مجاهد ” خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ” ص ٢٤ ، ٢٥ ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

كما عرفتها الوثائق الحكومية الأمريكية بأنها « الاستعمال الأمثل لكل أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجارى للمشروعات .  
فالتجارة الإلكترونية لا تختلف من حيث مضمونها ومحترفيها عن التجارة بصفة عامة ، فوجه الخصوصية فيها يتمثل فى وسائل مباشرتها ، وبصفة خاصة الطريقة التى تتعد بها العقود وطريقة تنفيذها ” أ . د / أسامة مجاهد - المرجع السابق - ص ٣٥ ، ويراعى أن اصطلاح المعاملات الإلكترونية ، والذى استعمله واضع القانون البحرينى فى المرسوم بقانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م بشأن المعاملات الإلكترونية ، أفضل بكثير من اصطلاح التجارة الإلكترونية المستعمل من جانب بعض واضعى القوانين فى بعض الدول ( مثل واضع القانون التونسى فقد أصدر قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية عام ٢٠٠٠ م منشور بالرائد الرسمى للجمهورية التونسية ١١ أغسطس ٢٠٠٠م ، ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصرى الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء مركز المعلومات وجهاز دعم اتخاذ القرار لجنة - التنمية التكنولوجية عام ٢٠٠٠م ، ومثل التوجيه الأوروبى رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٠م ) ( والمسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية ) لأن اصطلاح المعاملات الإلكترونية واسع شامل بحيث يضم كل المعاملات الإلكترونية سواء أكانت ذات طابع تجارى أم طابع غير تجارى ، طالما تتم عن طريق وسائل إلكترونية ( انظر فى نفس المعنى : أ . د / محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٧ هامش ١ ) .

تجارى ، ومراحله المختلفة سعياً لتحقيق الهدف منه ، أياً كان موضوعه يستوى كونه خدمة أو سلعة أو أطرافه ، ويتم من خلال شبكة - دولية للاتصال- أو أى وسيلة للاتصال“ (١) لا يختلف عن مفهوم المستهلك فى غيرها من العلاقات القانونية التقليدية (٢) ، كل ما هناك أن المستهلك الإلكتروني Le consommateur électronique يتعامل عبر وسيلة اتصال إلكترونى ، وهذا يعنى أن لهذا المستهلك الإلكتروني كافة حقوق المستهلك التقليدى ، كما يضاف إليها أيضاً تلك الحقوق التى تقتضيها حماية مثل هذا المستهلك الإلكتروني بالنظر إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة فى تعامله (٣) .

ولا جرم أن المستهلك يمثل - بصفة عامة - الطرف الضعيف فى العقد ، ولذا عادة ما يتعرض للعديد من وسائل الغش والخداع التى قد تتطور مظاهر التسويق للسلع والخدمات فى الدعاية و الإعلان ، وتزداد وطأة ذلك عليه حينما يكون مستهلكاً إلكترونياً ، وذلك لما لشبكة الإنترنت من قوة وسطوة كبيرتين من حيث الانتشار والتأثير والدعاية والإعلان ، بل والقدرة الفائقة على اختراق أسوار المستهلك فى كل أماكن وجوده ( أى سواء فى بيته أو عمله أو داخل وسائل المواصلات ) مزودة إياه بقدر كبير من الإعلانات التى تدفعه إلى التعاقد دفعاً ، ثم يجد نفسه فى النهاية ضحية الغش والخداع تارة من قبل الدعاية والإعلان عبر الإنترنت ، وتارة أخرى من قبل التاجر أو المنتج صاحب السلعة أو الخدمة المسوقة عبر الإنترنت (٤) .

وقد جاء فى إحصاء أجرى سنة ١٩٩٧ م بفرنسا أن حوالى ٢٤ ٪ من المشروعات الفرنسية قد تمت عبر الإنترنت، ويتوقع أن تتضاعف هذه النسبة إلى ٤٨ ٪ عام ١٩٩٨ م ، وقد بلغت حجم المبيعات عبر الإنترنت فى عام ١٩٩٦ م حوالى ٥١٨ مليوناً من الدولارات بالولايات المتحدة الأمريكية ، وحوالى ٥٠ مليوناً من الفرنكات الفرنسية ، ويتوقع أن تصل إلى ٦٥٧٩ مليوناً من الدولارات بالولايات المتحدة الأمريكية ، وحوالى ٩ مليار من الفرنكات الفرنسية عام ٢٠٠١ م ، بل من المنتظر أن يكون ٦٠ ٪ من النمو الاقتصادى خلال السنوات الأولى من هذا القرن راجعاً إلى التجارة الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات (٥) .

١ ( أ.د / أحمد شرف الدين ” عقود التجارة الإلكترونية ” ، تكوين العقد وإثباته ، طبعة عام ٢٠٠١ م ، ولنفس المؤلف أيضاً ” الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وأليات تسوية منازعاتها ” بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون . دى ، مايو ٢٠٠٢ م .

٢ ( ) ذلك أن العقد الإلكتروني وإن تم فى إطار تباين مكاني بين أطرافه إلا أنه يتوقف على مصداقية التعبير عن الإرادة المشتركة لأطرافه ، الذى يمثل أساساً للقوة الملزمة للعقد ، وهناك العديد من العقود التى يتم إبرامها بين أطرافها من خلال تلاقى إرادتهم أو الاتصال بينهم عبر المسافات ، ومن ثم فإن العقد الإلكتروني لا يعد عقداً جديداً من هذه الزاوية ، فقد سبقه التعاقد عن طريق التليفون أو الفاكس أو التلكس أو من خلال التليفزيون ( انظر فى ذلك إلى كل من : أ.د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله ” شرح النظرية العامة للتزامات ” ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، ص ٧٩ ، طبعة ٢٠٠٠ - ٢٠٠١ ، أ.د/ نزيه المهدي « النظرية العامة للتزامات » ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ص ٧٨ ، طبعة ١٩٩٨ م ، دار النهضة العربية ، أ.د/ طلبة وهبة خطاب « مصادر الالتزام » ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، طبعة عام ١٩٩٧ م - ١٩٩٨ م).

٣ انظر فى نفس المعنى / أ.د / جلال ثروت ” نظم القسم الخاص ” ، ٢ ، جرائم الاعتداء على المال المنقول ، ص ٦ ، طبعة عام ١٩٩٥ م إدارة المطبوعات الجامعية . الإسكندرية ، أ.د / هدى حامد قشقوش ” الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ” ، بند ٥٧ ، ص ٦٥ ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية

٤ انظر فى نفس المعنى : د / عبد الله حسين محمود - المرجع السابق - ص ٧ وما بعدها ، د / عبد الفتاح بيومى حجازى - ” حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت ” ، ص ١٢ ، ١٤ .

٥ انظر فى ذلك المعنى إلى : أ.د / أسامة أبو الحسن مجاهد ” خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ” ص ١١ ، ١٢ ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

## الفصل الثانى الطبيعة القانونية لعقود الاستهلاك

يثار التساؤل حول الطبيعة القانونية لعقود الاستهلاك من حيث مدى حرية أى من العاقدين فى مناقشة العاقد الآخر فى بنود العقد وشروطه ، ومدى إسهامه فى وضع وصياغة تلك البنود أو إبداء رأيه حولها أو إجراء تعديل فيها أو إيراد تحفظ عليها ، هل هى من العقود الحرة ( أى تتم بطريق الممارسة ) التى يملك فيها كل عاقد Le contractant ابتداءً حق المساهمة فى وضع بنود العقد وشروطه ، كما يملك فى نفس الوقت سلطة المناقشة أو التحفظ أو الاعتراض على أى بند من بنود العقد إذا كان العاقد الآخر Le cocontractant هو الذى انفرد بوضع وصياغة هذه الشروط ، بحيث تجبى هذه البنود انتهاءً معبرة بصورة تامة عن إرادة العاقدين ، فتكون بذلك مرآة صادقة عن الإرادة المشتركة للطرفين La volonté commune de les deux parties بحيث لا يتصور - من ثم - أن يفرض أحدهما على الآخر شرطاً من شروط العقد لم يرض عنه رضاً حراً فى مثل هذا النوع من العقود .

أم أن عقود الاستهلاك نظراً لكونها عقوداً نموذجية Contrats types أو مطبوعة ( أى معدة من قبل أحد العاقدين سلفاً ) ينفرد أحد العاقدين بصياغة بنودها دون أدنى مساهمة تذكر من جانب الطرف الآخر تعد عقود إذعان 'Contrats d' adhesion ، يتولى فيها أحد طرفى العقد المزمع إبرامه منفرداً وضع بنود العقد ، دون أن يملك الطرف الآخر حق مناقشته فى أى من هذه البنود ، وليس أمامه إلا أن يقبل هذه البنود كما هى دون زيادة أو نقصان أو يرفضها كما هى ، بحيث إذا أقدم على التعاقد أذعن له فيما أملاه عليه من شروط أو بنود ؟ بادئ ذى بدء ينبغى التنويه إلى أن انفرد أحد العاقدين بوضع بنود العقد وشروطه فى عقود الاستهلاك أو غيرها من العقود لا يكفى بمجرد لوصف العقد بأنه عقد إذعان ، كما أن تفاوت طرفى العقد المزمع إبرامه فى مستوى القوة الاقتصادية أو اختلافهما فى مستوى العلم والمعرفة بكل المعلومات المتصلة بالسلعة أو الخدمة محل العقد ، لا يعنى أن العقد عقد إذعان ، بل إنه من المتصور أن يكون العقد عقداً حراً على الرغم من تفاوت مركز طرفى العقد اقتصادياً أو معرفياً ( ١ ) .

ولكى نقف على حقيقة عقد الإذعان ومدى انطباقه على عقود الاستهلاك ، يجدر بنا أن ننظر بعين التأمل إلى مضمون النص القانونى المنظم لهذا العقد ، والذى يكشف لنا فيه واضع القانون عن حقيقة التعبير عن الإرادة فى هذا النوع من العقود ، وبصفة خاصة عن شكل القبول الصادر فيه .

تنص المادة ١٠٠ مدنى مصرى على أن « القبول فى عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » ( ٢ ) .

ولعل الظاهر من هذا النص يكشف لنا عن حقيقة هذا النوع من العقود بوصفه عقداً ينفرد فيه أحد طرفى العقد المزمع إبرامه بوضع بنوده دون أن يساهم الطرف الآخر بأى دور فى صياغة تلك البنود ، ومن غير أن يسمح له

١ ( ) انظر فى نفس ذلك المعنى إلى : أ.د / حسن عبد الباسط جيمعى " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد " بند ٢٢٠ ، ص ١٠٢ ، طبعة عام ١٩٩٠م - ١٩٩١م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، حيث يقول سيادته « لذلك فإن مجرد التفاوت فى القدرة الاقتصادية - ناهيك عن اختلاف القدرات الفنية والقانونية - لا يعنى وجود حالة من حالات الإذعان الفعلى أو القانونى فى مفهوم الفقه والقضاء المصرين » .

٢ ( ) تنص المادة ٥٧ مدنى بحرينى على ذات المعنى بقولها " لا يمنع من قيام العقد أن يجبى القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر ، بأن يرتضى التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة فى شروطه " .



أيضاً بمناقشة أى بند فيه ، بحيث يقتصر دوره -عند قبول فكرة التعاقد معه - على مجرد التسليم له بما أملاه عليه من شروط أو يرفض التعاقد من أصله معه (١) .

ومن ثم لا يكفى فقط مجرد انفراد أحد طرفى العقد المراد إبرامه بوضع بنود هذا العقد دون مساهمة من الطرف الآخر فى هذا الخصوص لوصف العقد بأنه عقد إذعان ، ما دام أن لكل طرف - ولو نظرياً - سلطة مناقشة الطرف الآخر فى تلك البنود حيث يعد العقد - فى مثل هذا الفرض - عقداً حراً أو من عقود المساومة التى يملك فيها كل طرف مناقشة الطرف الآخر ومفاوضته فى أى شرط من شروط هذا العقد المزمع إبرامه . بل لا بد أن يثبت أن الطرف الذى انفراد بوضع شروط العقد لم يسمح للطرف الآخر بمفاوضته أو مناقشته فى أى بند من بنود العقد التى انفراد بصياغتها .

وهذا يؤكد لنا أن واضع القانون المصرى يعتبر العقد عقد إذعان إذا استقل الموجب بوضع شروط العقد ، ولم يترك فى نفس الوقت للموجب له إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها دون أن يسمح له بمناقشتها فيها (٢) . ولذلك فقد عرفه البعض بأنه العقد الذى ينفرد فيه الموجب بوضع شروط التعاقد ، ولا يكون للمتعاقد معه إلا القبول أو الرفض (٣) .

ويعرفه البعض الآخر بأنه تصرف قانونى يبقى بموجبه الشخص أجنبياً عنه إلى أن يقبل الخضوع لشروطه (٤) :-

L'adhesion est un " acte par lequel une personne demeurée jusqu'alors étrangère à une convention consent à se soumettre à ses clauses "

ولعل هذا المعنى الواسع سالف الذكر الذى أعطاه واضع القانون المدنى المصرى لدلول الإذعان فى العقد يسهم بقدر كبير فى حماية الطرف الضعيف - كعقود مدعن - حماية فعالة تخفف من غلواء الضغط على إرادته فى قبول العقد من قبل الطرف القوى اقتصادياً أو معرفياً (٥) ، على نحو يسمح له بالاستفادة من الحماية القانونية المقررة للطرف المدعن سواء فى مواجهة الشروط التعسفية (٦) ، أو مواجهة الغموض أو اللبس الذى قد يكتنف بعض نصوص العقد عند التفسير (٧) .

١ انظر فى نفس المعنى : أ. د / محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ١٦ ، حيث يقول سيادته إن « عقد الإذعان - كما جاء فى المادة ٥٧ من القانون المدنى البحرى - هو الذى يجيب القبول فيه من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر ، بأن يرتضى التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة فى شروطه » .

٢ انظر فى هذا المعنى : أ. د / حسام الدين كامل الأهوانى " مصادر الالتزام " ، الجزء الأول ، ص ١٢٥ ، ط ٢ ، عام ١٩٩٥ . أ. د / مصطفى محمد الجمال ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ١٩٩٥ / ١٩٩٦ م ، ص ٩٧ .

3 SALEILLES ( R . ) : De la déclaration de volonté. paris . 1901 .. N:89 , p: 229 .

4 voir : Henry CAPITANT : vocabulaire juridique . éd. 1931 .

٥ عكس ذلك انظر إلى : أ. د / أحمد عبد العال أبو قرين " نحو قانون حماية المستهلك " ماهيته ، مصادره ، موضوعاته " ص ٤٩ ، مطابع جامعة الملك سعود ، طبعة عام ١٩٩٢ م . حيث يقول سيادته " إنه لا يمكن توسيع دائرة عقود الإذعان ، لأن ذلك سوف يؤدى إلى التشكيك فى العقد ذاته ، وإهدار أصل من أصول القانون المدنى المتمثل فى أن العقد شريعة المتعاقدين " .

٦ حيث تنص المادة ١٤٩ مدنى مصرى على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف المدعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " . هذه المادة تقابل المادة ٥٨ مدنى بحرئى .

٧ حيث تنص المادة ١٥١ / ٢ مدنى مصرى " ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن " . هذه المادة تقابل المادة ٥٩ مدنى بحرئى .

وهذا ما اتجه إليه جانب من الفقه سواء فى فرنسا ( ١ ) أو فى مصر ( ٢ ) ، حيث يكتفى من وجهة نظرهم لإضفاء طابع الإذعان على العقد مجرد تسليم الموجب له بالشروط التى استقل الموجب بوضعها ، ولم يسمح له إلا أن يقبلها أو يرفضها كما هى دون أن يملك حق مناقشته فى أحدها أو التفاوض فى أى من هذه الشروط .  
ولعل هذا المعنى هو عين ما ألمحت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى بقولها « لا ينبغى عند تفسير هذه العقود - أى عقود الإذعان - إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى المشيئة » ( ٣ )

وإن كان من الفقه من يرى أن العقد لا يعد عقد إذعان لمجرد أن انفرد أحد طرفى العقد بوضع بنود العقد ، ولم يسمح للطرف الآخر بمناقشته فيها ، ولكن ينبغى أن تتوافر فى هذا العقد خصائص عقد الإذعان مجتمعة ، والتى تتمثل فى الآتى ( ٤ ) :

- ١ . أن يكون أحد طرفى العقد المزمع إبرامه فى مركز اقتصادى قوى بسبب ما يتمتع به من احتكار قانونى أو فعلى يجعل تفوقه الاقتصادى واضحاً ومستمراً مع من يتعاقد معه .
- ٢ . أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ، مما لا يمكن معه للعاقد المذعن أن يصرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها .
- ٣ . أن يكون الإيجاب عاماً وموجهاً لأشخاص غير محددين وبشروط واحدة ولمد غير محددة .
- ٤ . أن يصدر الموجب إيجابه فى قالب نموذجى ليقبله الموجب له ككل أو يرفضه كله دون أن يسمح له بمناقشته فيه .

بل إن محكمة النقض المصرية قد استقر قضاؤها على اشتراط مثل هذه الخصائص لاعتبار العقد من عقود الإذعان ، حيث أشارت فى أحد أحكامها إلى هذا المعنى بقولها « من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار قانونى أو فعلى أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ، والسلع الضرورية التى لا غنى للناس عنها ، والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث لا يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة ، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما أو الاتجار فيها لا يعد احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من الضروريات الأولية للجُمهور بالمعنى المتقدم » ( ٥ ) .

ولهذا فقد عرف بعض الفقهاء من أنصار هذا الاتجاه المضيق لمدلول الإذعان عقد الإذعان بأنه « العقد الذى يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها ، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق

1 voir : MARTY ( G . ) et RAYNAUD ( P . ) : Droit civil . les obligations . les sources . T : 1 . 2ème . éd . SIERY . 1988 .. N : 129 .. P : 126 .

٢ انظر فى ذلك المعنى : أ . د / محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ١٦ ، د / عاطف عبد الحميد حسن - المرجع السابق - ص ٧١ .

٣ راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الثانى ، ص ٦٨ .

٤ انظر فى ذلك إلى : أ . د / عبد المنعم فرج الصدة " فى عقود الإذعان فى القانون المصرى " ص ٥٨ وما بعدها طبعة عام ١٩٤٩ م ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، أ . د / محسن البيه " مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان ، ص ١٢٥ وما بعدها ، طبعة عام ١٩٨٥ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

٥ نقض مدنى ١٢/٣/١٩٧٤ م ، مجموعة أحكام النقض ، الطعن رقم ٣٩٦ ، ٣٩٨ ، س ٢٥ ، ص ٤٩٢ .

ضرورية ، تكون محل احتكار قانونى أو فعلى أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها» (١) .

وقد ذكرت هذه الخصائص التقليدية لعقد الإذعان بوضوح فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى المصرى حيث جاء فيه أنه « .... تتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها - تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ، والثانى : احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محددة النطاق بشأنها ، والثالث : توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها ، وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغراف أو مع شركات التأمين » (٢) .

والذى يترجع فى نظرى ويتفق مع صراحة النص ودلالة عباراته أن وصف الإذعان فى العقد يتوافر حينما يذعن أحد طرفى العقد المراد إبرامه للطرف الآخر فيما يمليه عليه من شروط، من غير أن يترك له حق مناقشته فيها أو مفاوضته فى شأنها، بحيث لا يملك من سبيل إلا أن يقبلها كما هى أو يرفضها كما هى دون زيادة فيها أو إنقاص منها.

ولا شك أن مثل هذا الاتجاه الموسع لدلول الإذعان فى العقد يمثل استجابة محمودة تتطور على إثرها فكرة أو دلالة عقد الإذعان كى تستوعب - كما يرى البعض وبحق - ضرورات حماية المستهلك حيال الكيانات ذات الاقتصاد الضخم فى الانتاج أو التوزيع للسلع والخدمات أو فى مواجهة صغار المنتجين أو الموزعين الذين يتقدمون إلى المستهلكين بعقود نمطية أو نموذجية انضردوا بإعدادها سلفاً دون أدنى مساهمة من جانب هؤلاء المستهلكين ، ومن غير أن يسمحوا لهم بأى مفاوضة أو مناقشة لأى بند من بنودها أو شرط من شروطها (٣) .

ذلك أن التعامل اليومى بين المهنيين والمستهلكين حول العديد من السلع والخدمات يكشف لنا عن حجم التفاوت الكبير بينهما من حيث القوة الاقتصادية أو من حيث مستوى العلم والدراية ، مما ييسر للمهنى سبيل الانفراد بوضع الشروط التى تحقق مصالحه الخاصة ، ولا يترك أمام المستهلك تحت تأثير حاجته للسلعة أو الخدمة إلا أن يقبل هذه الشروط التعسفية Les conditions abusives (٤) ، التى ما ظهرت النصوص القانونية المنظمة لعقد الإذعان إلا لحماية الطرف المذعن من وطأتها، وذلك من خلال تمكين القاضى من التدخل بناء على طلبه لتعديل أو إلغاء مثل هذه الشروط.

ولذلك أرى أن عقود الاستهلاك ( أو غيرها من العقود ) التى ينفرد فيها أحد أطرافها بوضع

١ ( ) أ. د / عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص ٧٧ .

٢ المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى المصرى مشار إلى ذلك لدى : الأستاذ / محمد كمال عبد العزيز ” التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ” ، مصادر الالتزام ، ص ٦١١ ، طبعة عام ٢٠٠٢ م .

٣ انظر فى هذا المعنى على : أ. د / حسام الدين كامل الأهوانى ” مصادر الالتزام ” ، الجزء الأول ، ص ١٢٥ ، أ. د / مصطفى محمد الجمال - المرجع السابق - ص ٩٧ ، أ. د / محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ١٧ ، د / عاطف عبد الحميد حسن - المرجع السابق - ص ٧١ .

٤ ويقصد بالشروط التعسفية فى ضوء المادة ٣٥ من القانون الفرنسى رقم ٢٣ / ٧٨ الصادرة فى ١٠ يناير ١٩٧٨م الخاص بحماية وإعلام المستهلك بالسلع والخدمات ، تلك الشروط التى يرفضها المهنى أو الحرفى ( منتجاً كان أو موزعاً ) مستغلاً تفوقه الاقتصادى ( ويقاس عليه أيضاً - من وجهة نظرى - التفوق المعرفى فى كل ما يتصل بالسلعة أو الخدمات من معلومات يجهلها المستهلك ) على المستهلك ليحقق لنفسه من وراء ذلك مزية مفرطة أو مغالى فيها :

Les clauses abusives apparaissent impossées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif . =

= فكل شرط يضعه الطرف الأقوى فى العقد مستغلاً فى ذلك قوته الاقتصادية أو المعرفية فى مواجهة الطرف الأخر الضعيف ليكسب من وراء ذلك ميزة فاحشة يعد شرطاً تعسفياً .

En se sens regardez : BRICKS (H.) : Les clauses abusives .. éd .L.G.D.J. 1982 . No:11 .. P : 9.et CALAIS - AULOY (J.):Droit de la consommation “ précis Dalloz . 3ème. éd . 1992 .. N: 140 .. p: 134 .



شروط العقد ولا يترك للطرف الآخر سلطة مناقشته فيها أو التفاوض معه حولها ، بحيث لا يملك إلا أن يقبل العقد بشروطه الواردة فى الإيجاب L'offre كما هى أو يرفضها كما هى دون زيادة فيها أو إنقاص منها أو إيراد تحفظ عليها ، تعد من قبيل عقود الإذعان ، ومن ثمَّ يجب أن يتمتع فيها الطرف المذعن بالحماية القانونية المقررة فى هذا النوع من العقود (١).

ومن ثمَّ يتسنى للمستهلك فى مثل هذا الفرض (٢) بوصفه طرفاً مذعناً فى العقد الذى يبرمه مع المهنى ( سواء أكان منتجاً أم موزعاً ) أن يلجأ إلى القاضى لطلب تعديل أو إلغاء ما يرد بالعقد من شروط تعسفية ، عملاً بنص المادة ١٤٩ مدنى مصرى ، والتي تنص على ذلك بقولها « إذا تمَّ العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » (٣) .

هذا إلى جانب استفادة المستهلك كطرف مذعن من القاعدة القانونية التى توجب تفسير الشك فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن ، حتى وإن كان دائماً لا مديناً ، وذلك خروجاً على القاعدة العامة التى تقتضى بضرورة تفسير الشك فى عبارات العقد لمصلحة المدين ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٥١ مدنى مصرى ، والتي تنص على ذلك بقولها « ١- يفسر الشك فى مصلحة المدين » .  
٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » (٤) .

١ انظر فى نفس هذا المعنى : أ. د / حمد الله محمد حمد الله " حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك " ، دراسة مقارنة ، بند ٤٧ ، ص ٤٣ ، طبعة عام ١٩٩٧ م ، الناشر دار الفكر العربى بالقاهرة . حيث يقول سيادته " لقد ثبت أن عقد الاستهلاك ، قد أصبح - فى غالبية الأحوال - من عقود الإذعان ، وليس عقداً رضائياً ، بل كثرت فيه الشروط التعسفية التى = يفرضها المهنى على المستهلك ، وكان من الواجب إعادة التوازن فى المراكز الاقتصادية لطرفي عقد الاستهلاك "

٢ انظر فى نفس المعنى : أ. د / حسام الدين كامل الأهوانى - المرجع السابق - ص ١٢٥ ، د / عاطف عبد الحميد حسن - المرجع السابق - ص ٧١ . فليس كل عقد من عقود الاستهلاك هو من عقود الإذعان - وإن كان هذا هو الغالب - بل لابد أن يتوافر فى العقد الطابع الإذعانى بصورته التى رأيناها آنفاً ص ٢٣ وما بعدها ، ومن ثمَّ قد يكون عقد الاستهلاك من العقود الحرة أو العقود التى تتم بطريق المساومة ، أى بحسب ما تسفر عنه الإرادة المشتركة للطرفين بعد التفاوض حول بنود العقد وشروطه ( انظر فى نفس المعنى فى شأن العقد الإلكتروني بوصفه من عقود الاستهلاك أ.د / خالد حمدى عبد الرحمن " التعبير عن الإرادة فى العقد الإلكتروني " ص ٤٧ ، طبعة عام ٢٠٠٥ / ٢٠٠٦ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة حيث يقول فى ذلك " ليس حتماً أن يعكس العقد المبرم الكترونياً إذعاناً من طرف للآخر ، وإن كان مرجحاً ، إن لم يكن فى إطار الأحكام القانونية المتعلقة بعقود الإذعان ، ففى إطار أحكام حماية المستهلك المعتمدة فى التشريعات المقارنة التى توفر له حماية خاصة بصفته تلك " ويقول فى موضع آخر " إن أسلوب تعبير العميل - المذعن عن إرادته - يتم وفقاً لخطوات تعكس كما سلف خضوعه لإرادة الطرف الآخر صاحب الموقع ، وهو ما يؤدى إلى حتمية البحث والنظر عن كيفية حماية إرادة هذا الأخير بما يعيد التوازن المفقود بين المتعاقدين " أ.د / خالد حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ٨٤ .

٣ هذه المادة تقابل المادة ٥٨ مدنى بحرينى .

٤ هذه المادة فى فقرتها الثانية تقابل المادة ٥٩ مدنى بحرينى حيث تنص على أن " يفسر الشك دائماً فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن " .

### الفصل الثالث

## حاجة المستهلك الملحة إلى الحماية القانونية فى عقود الاستهلاك وتعاضمها فى بنود الإعفاء من المسؤولية

Les contrats de la consommation بادئ ذى بدء يجدر بنا أن نلقى الضوء على عقود الاستهلاك التى تعتبر الحاجة فيها ملحة لحماية المستهلك وذلك - بوصفه يمثل الطرف الضعيف La partie Faible فى هذا النوع من العقود ، حيث يعرفها البعض بأنها تلك العقود التى يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات لفرد هو المستهلك ، وذلك من أجل استخدامه الشخصى أو العائلى ، والذى لا صلة له بنشاطه التجارى أو المهنى (١) .

وليس ثمة طائفة محددة لما يعد من قبيل عقود الاستهلاك ، كما أنه ليس هناك طائفة معينة من الأشخاص يمكن تسميتهم بالمستهلكين ، ذلك أن جميع الأشخاص فى المجتمع هم فى الحقيقة مستهلكون ولو بنسب مختلفة حتى أولئك الذين يمارسون أنشطة تجارية أو مهنية ، لاسيما إذا أبرموا تصرفات قانونية لإشباع حاجاتهم الشخصية أو العائلية خارج نطاق أنشطتهم التجارية أو المهنية (٢) .

ولعل الحكمة من إيجاد مثل هذا النوع من العقود وتمييزها عن العقود التقليدية تكمن فى الرغبة الملحة فى تحقيق الحماية القانونية اللازمة للمستهلكين فى ظل تنوع السلع والخدمات والضغط على إرادة المستهلكين، بل والهجوم عليهم من قبل المنتجين فى الترويج والدعاية للسلع بأساليب مغالى فيها ، وبطرق متنوعة من وسائل الإغراء والإيهام والتضليل التى تكتنف بعض وسائل الإعلام والاتصال الحديثة مثل التلفزيون وشبكة الإنترنت ..... إلخ (٢) .

Le développement scientifique et le progrès technologique فلقد كان للتطور العلمى والتقدم التكنولوجى الذى أصاب الحياة المدنية المعاصرة أثرهما البالغ فى خلق تفاوت كبير بين الأفراد المتعاملين فى مستوى الخبرة والمعرفة فى خصوص السلع والخدمات محل التعامل ، لاسيما وقد ظهرت فى الأسواق أنواع جديدة ومتنوعة من السلع والخدمات - التى يصعب - إن لم يستحل - على غير المتخصص فيها أن يعلم بدقائقها وأسرارها أو أن يحيط علماً بطرق استعمالها أو كيفية تفادى أخطارها وأضرارها (٤) .

ولقد كان من شأن ذلك أن جعلنا أمام صنفين مختلفين من المتعاملين - كنتيجة طبيعية للاختلال الفاحش بين المتعاملين Le déséquilibre grave entre les deux contractants ، سواء من حيث القوة الاقتصادية أو من حيث مستوى العلم والخبرة والمعرفة بما سيتعاملون عليه من سلع وخدمات - صنف قوى اقتصادياً ودراية وعلماً ألا وهم المهنيون من المنتجين و الموزعين الذين يملكون أسباب المعرفة والدراية إلى جانب قوتهم الاقتصادية ، وصنف ضعيف اقتصادياً ودراية وعلماً ألا وهم المستهلكون الذين يفتقرون إلى مقومات العلم

1 H. CAPITANT : La protection des consommateurs” . travaux de l’association Henry CAPITANT 1973 ( journées canadiennes) éd . Dalloz . 1975 .

٢ انظر فى ذلك المعنى إلى : أ . د / أحمد عبد الكريم سلامة ” الإنترنت والقانون الدولى الخاص فراق أو تلاقى ” بند ٣٢ ، ص ٦٤ . بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المنعقد فى دولة الإمارات المتحدة ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات فى الفترة ما بين ٢ مايو عام ٢٠٠٠ م ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية .

٣ أ . د / أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - بند ٤٢ ، ص ٦٤ .

٤ د / خالد جمال أحمد ” الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ” ص ١٢١ ، طبعة عام ٢٠٠٢ م ، دار النهضة العربية .

و المعرفة إلى جانب ضعف مراكزهم الاقتصادية (١) .  
بل إن عدم التكافؤ بين أطراف العقود لم يعد مقصوراً على ما يمكن تسميته بالمستهلك فى مواجهة المهنى أو المحترف ، حيث لوحظ وجوده أيضاً من حيث الخبرة أو العلم أو القدرة بين المحترفين أو المهنيين أنفسهم ، فلكل منهم قدرة وكفاءة تجعله متفوقاً فى مجال احترافه ، ومن ذلك على سبيل المثال أنك تجد منتج السلع الإلكترونية وأجهزة الحاسوب الآلى يتميز بالخبرة والعلم والدراية بصورة ملحوظة على موزعى هذه السلع والأجهزة الذين يشترونها بقصد إعادة بيعها (٢) .

إن العميل غير المهنى عندما يتعاقد على سلعة معينة يجهل غالباً كل شئ عن تركيبها ، ولا يحيط علماً بإمكانيتها، لا سيما مع تنوع هذه السلع وتعقدها على إثر التطور التكنولوجى الواسع النطاق (٣) .  
فلم يعد الإذعان فى العقود مقصوراً على تلك الصورة التقليدية الشائعة عنه ، والتي تجمع فى علاقة عقدية بين طرفين متفاوتين فى القوة الاقتصادية تفاوتاً يسمح لأحدهما ( وهو الطرف القوى اقتصادياً ) بالتحكم فى دفة العقد، فيبرمه وفق الشروط المحققة لمصلحته ، فى مواجهة الطرف الآخر الضعيف الذى لا يجد بداً - نظراً لحاجته للسلعة - من الإذعان لشروط العقد ، بل ظهر له شكل جديد أيضاً على إثر التفاوت الكبير بين الأشخاص فى مستوى العلم والدراية بالمعلومات المتصلة بمحل العقد .

حيث يحتل المستهلك عادة - بوصفه الطرف الضعيف الذى يفتقر إلى مقومات المعرفة والخبرة بمحل العقد - مركز الطرف المدعن لجهلة بالمعلومات المتصلة بالسلعة أو الخدمة، فى حين يحتل المهنى مركز الطرف القوى الذى يحوز كل مقومات الخبرة والمعرفة بالسلع والخدمات محل التعاقد (٤) .

وقد أكد جانب من الفقه الفرنسى (٥) على ظهور تلك الصور الجديدة للإذعان فى محيط التعامل ، إذ يقول فى ذلك إن العصر الحديث لم يكد يعرف الآن الطرف الضعيف أو المدعن من الناحية الاقتصادية بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من حيث العلم والدراية بما سوف يتعامل عليه من السلع والخدمات، ولذا فقد سادت فى هذا العصر ظاهرة انزواء الأفراد إلى التعاقد على أشياء هم على جهالة بها وبما قد يتصل بها من معلومات جوهرية، فى الوقت الذى يكتهما عنهم الطرف الآخر رغم علمه بحاجتهم إليها دون أن تفلح نظرية عيوب التراضى فى توفير الحماية اللازمة لهم .

ثم يخلص هذا رأى إلى نتيجة مؤداها أن التكافؤ فى الإلمام بالمعلومات المتصلة بالعقد يؤدي عادة إلى أن يفقد عدم التكافؤ الاقتصادى أهميته فى مجال التعامل (٦) .

ولقد أبرز الفقيه الفرنسى Ghestin الدور الحيوى الذى يلعبه الالتزام بالتبصير قبل التعاقد فى عقود الاستهلاك بصفة عامة وعقود الإذعان بصفة خاصة ، بوصفه يمثل وسيلة فعالة فى تحقيق التوازن بين المتعاقدين، وأيد

١ / خالد جمال أحمد - المرجع السابق - ص ١٢٢ .

٢ انظر فى نفس المعنى : أ.د / حسن عبد الباسط جميعى " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد " بند ٢١٢ ، ص ٩٩ ، طبعة عام ١٩٩٠م ، دار النهضة العربية بالقاهرة.

3 Voir G. CORNU: Sur la protection des consommateurs et l'exécution du contrat en droit français" in travaux de l'association de Henry CAPITANT . T:XXIV . 1973.p:135.

٤ انظر فى نفس المعنى : أ.د / حسن عبد الباسط جميعى " أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد " بند ٢١٢ ، ص ٩٩ .

5 voir : M. IVAINER : De l'ordre Public technique et l'ordre Public technologique " . J . C . P . 1972 - I - 2495 . et SAVATIER : Les contrats de conseil Professionnel en droit Privé . D. 1972 - chr . P: 137.

6 Regardez les mêmes ouvrages précités .

بشدة مسلك القضاء الفرنسى الذى أوجب على عاتق المتعاقد المحترف أو المهنى التزاماً بتبصير المستهلك بكافة البيانات المتصلة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد ، وإلا اعتبر مَخلاً بالثقة المشروعة بينهما ، كما أوجب على عاتق المهنى أو الحرفى واجب الاستعلام *Devoir de se renseigner* حتى يتسنى له تبصير المستهلك وتثويره بشأن محل العقد (١) .

وقد دعا الفقه الفرنسى واضع القانون إلى التدخل بفرض التزام قانونى عام على الطرف القوى صاحب الخبرة والدراية بتبصير الطرف الضعيف قليل الخبرة والمعرفة بما يتصل بمحل العقد من معلومات، وذلك حماية للطرف المذعن فى عقود الإذعان ، وغيره من الضعفاء فى العقود الأخرى غير عقود الإذعان ، وتحقيقاً للتوازن العقدى فى مرحلة المفاوضات ، وحتى لا يضحى العقد أداة لتحكم الطرف القوى فى مصلحة الطرف الضعيف ، وتتلاشى بذلك مظاهر العدالة العقدية (٢) .

ويجد المستهلك نفسه عادة أمام عقد نموذجى أو نمطى أعد سلفاً من قبل البائع المحترف أو المهنى ، وليس أمام المستهلك إلا أن يقبل شروط العقد أو يرفضه ، ويحدث فى كثير من الأحيان أن يجد المستهلك نفسه مقبلاً على التعاقد بذات الشروط المعروضة رغم ما يكتنفها من مظاهر الإجحاف أو التعسف تحت تأثير حاجته إلى السلعة أو الخدمة محل العقد (٣) .

وتزايدت فى العصر الحديث أحجام الخطورة التى قد يتعرض لها المستهلك على إثر التقدم الكبير فى وسائل النقل والاتصال ، حيث عرف ما يسمى بالتعامل عن بُعد (٤) والذى يجرى فيه إبرام العقد بين طرفيه ( المورد والمستهلك *Le fournisseur et le consommateur* ) عن طريق الالتجاء إلى تقنية أو أكثر للاتصال بينهما ، ويعد من أنماطه وتطبيقاته التعاقد عبر الإنترنت (٥) أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية (٦) ، لا سيما

1 Voir : Jacques GHESTIN : Les obligations .. le contrat . . No : 460 et 505 et 508 . éd . 1980 .. éd . L.G.D.J .

2 Voir : Boyer Yves : “ L’obligation de renseignements dans la Formation du contrat “ No :17 . P: 33 . thèse 1977 Aix – Marseille .” il disait que : les moeurs précontractuelles ne devaient de n’adapter au nouvel équilibre des forces entre contractants dans certaines négociations . pour éviter que le contrat ne devienne un instrument de domination dans les relations contractuelles de ce genre . il était du devoir du législateur de régler dans cette hypothèse . le mécanisme de la formation du contrat”.

3 Voir :A.SINAY-CYTERMANN: Les Relations entre professionnels et consommateurs en droit français ouvrage collectif sur la protection de la partie faible dans les Rapports contractuelles . comparaison franco – belge . paris . Dalloz . 1996.. P:241 et 242

٤ وقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبى رقم ٢٧/٩٧ الصادر فى ٢٠ مايو عام ١٩٩٧ م هذا النوع من التعامل بأنه ” كل عقد يتعلق بالبيانات أو الخدمات يبرم بين مورد ومستهلك فى نطاق نظام بيع أو تقديم خدمات عن بُعد ينظمه المورد الذى يستخدم لهذا العقد فقط تقنية أو أكثر للاتصال عن بُعد من أجل إبرام العقد وتنفيذه ” . كما عرفت ذات المادة تقنية الاتصال عن بُعد بأنها ” كل وسيلة يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه من غير أن يكون ثمة وجود مادي ولحظى للمورد والمستهلك ” ( راجع فى ذلك تفصيلاً : د / مدحت عبد الحليم رمضان ” الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ” ص ٢٤ ، طبعة عام ٢٠٠١ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

٥ انظر فى نفس هذا المعنى : أ . د / أسامة أبو الحسن مجاهد – المرجع السابق – ص ٢٤ ، أ . د / محمد سعد خليفة – المرجع السابق – ص ١٨ ، ١٩ ، حيث يقول سيادته « نظراً لاختلاف الوسيلة التى يتم فيها البيع عبر الإنترنت فهو يصنف ضمن العقود التى تتم عن بعد ، والبيع عن بُعد هو البيع الذى يتم بوسائل الاتصال الحديثة فيشمل البيع الذى يتم بالفاكس والتلكس والمانيتل والتلفزيون .. إلخ ، وقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبى لسنة ١٩٩٨ م عقد البيع عن بُعد بأنه « كل عقد يتم بين المهنى والمستهلك بواسطة أحد فنون الاتصال عن بُعد مهما كانت التقنية المستعملة ( أ . د / أحمد عبد الدايم التعبير عن الإرادة فى العقود الإلكترونية » ص ٨ ، مؤتمر القانون والحاسوب ١٢:١٤ تموز ٢٠٠٤ م . جامعة اليرموك . كلية القانون . أربد . الأردن ) .

٦ ومما تجدر الإشارة إليه أن رأياً فى الفقه الفرنسى قد مال إلى إعطاء التجارة الإلكترونية معنى واسعاً يضم استخدام جميع وسائل الاتصال عن بُعد، ولا يقتصر وحسب – وفق معناه المعروف والشائع عنها – على إجراء المعاملة التجارية عبر شبكة الإنترنت

- voir : ISABELLE POITIER : Le commerce électronique sur internet . Gaz . Pal . 1996 . P : 298 . Elle disait que “ Le commerce électronique . c’est l’utilisation conjointe et combinée de tous les vecteurs . de tous les supports mis à disposition par

وأن القواعد العامة التقليدية للعقد لن تكون كافية لتحقيق الحماية اللازمة لمثل هذه الأشكال الحديثة من أشكال التعامل (١) ، على نحو يظهر الحاجة ملحة بصورة شديدة لإيجاد قواعد خاصة تتواءم مع مثل هذه الأنماط الجديدة لأشكال التعامل الجديدة ، بالقدر اللازم لتوفير الطمأنينة والثقة المودعة بين الأطراف المتعاملين (٢) . فقد أثار إبرام العقود عبر الإنترنت العديد من المشكلات القانونية من الناحيتين النظرية والعلمية على المستويين الوطنى والدولى ، ومن ذلك مشكلة الإثبات والوفاء ، والملكية الفكرية ، والجانب الجنائى ، ومشكلة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنزاع المتعلق بالعقد ، والجانب الضريبى ، فضلاً عن المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والثقافية (٣) .

فالتعاقد عبر الإنترنت ، وغيره من صور التعاقد عن بُعد لا يسمح للمستهلك بمعاينة السلعة أو الخدمة محل التعاقد ، فضلاً عن افتقار مثل هذا التعاقد إلى المزايا الكثيرة التى يحققها الوجود المادى للعاقدين حينما يكون التعاقد بين حاضرين (٤) ، الأمر الذى يحتم وضع قواعد خاصة لحماية المستهلك مراعاة لظروف وملاسات مثل هذا النوع من التعاقد .

فعلى سبيل المثال لا يكفى فى الإيجاب - كأحد مظهرى التعبير عن الإرادة - أن تتوافر فيه الشروط التى تنص عليها القواعد العامة فى نظرية العقد ، ولكن يجب إلى جانب ذلك أن تتوافر فيه جميع الشروط التى تتطلبها قوانين حماية المستهلك (٥) ، مثال ذلك ما نص عليه قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسى فى الفصل ٢٥ منه بقوله « يجب على البائع فى المعاملة التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية :

هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدى الخدمات .

وصفاً كاملاً لمختلف مراحل إنجاز المعاملة .

طبيعة وخصائص وسعر المنتج .

كافة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والأداءات المستوجبة.

” les télécommunications en vue de développer le commerce de l'entreprise aux niveaux nationaux et internationaux ” .

١ انظر فى نفس المعنى : أ. د / السيد محمد السيد عمران - المرجع السابق - ص ١٧٢ ، طبعة عام ١٩٨٦م ، حيث يقول سيادته « إن الوسائل الفنية لقانون الالتزامات عادت لا تفى بالحماية الكافية للمستهلك ، مما دعت الحاجة إلى صدور نصوص خاصة تتصف بمرونة أكثر وبجزاء أشد من القواعد القانونية التقليدية ” . أ. د / محمد سعد خليفة ” البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك الإلكتروني فى ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحرينية ” ص ٧ ، طبعة عام ٢٠٠٦م حيث يقول سيادته ” إن القواعد التقليدية فى نظرية العقد إنما تقف عند حد التعامل بين حاضرين - وهذه هى القاعدة - أو بين غائبين ولكن بوسائل اتصال عادية كالبريد والتلفون ... الخ . ولكن مع انتشار التجارة الإلكترونية وازدياد حجم المعاملات التى تتم عبر الإنترنت فقد أصبح التدخل التشريعى ضرورة لوضع الأطر القانونية التى تحكم هذا النوع من المعاملات ، ولأنه من الخطورة بمكان أن تتجمد القواعد القانونية ، ولا تساير التطوير التكنولوجى الذى يعيشه المجتمع ، فالقانون مرآة المجتمع ، وتطوره ضرورى لتحقيق حماية فعالة للمتعاملين والمستفيدين من خدمة الإنترنت ” .

٢ وللأسف الشديد لم يصدر حتى الآن فى مصر قانون للمعاملات الإلكترونية رغم الحاجة الملحة إليه ، ورغم وجود مشروع قانون التجارة الإلكترونية الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء - مركز المعلومات وجهاز دعم اتخاذ القرار لجنة التنمية التكنولوجية منذ عام ٢٠٠٠م ، واكتفى واضع القانون فى مصر بسن قانون ينظم جانب واحد من جوانب المعاملات الإلكترونية ألا وهو التوقيع الإلكتروني وذلك من خلال القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٥ الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني ، ولأخته التنفيذية التى صدرت بالقرار الوزارى رقم ١٠٩ لسنة ٢٠٠٥ من وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات .

٣ أ. د / أسامة مجاهد - المرجع السابق - ص ١٥ ، أ. د / محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٨ ، ٧ ، د / صالح المنزلاوى « القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية » ، ص ١١ ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

٤ فعلى سبيل المثال لا يتيح مثل هذا النوع من التعاقد لكل عاقد التأكد بعينه من أهلية العاقد الآخر وصفته ، فضلاً عن كونه لا يمكنه من التثبت بنفسه من معاصرة التعبير عن إرادتى طرفى العقد ، هذا فضلاً عن صعوبة التيقن من أدلة الإثبات التى تمد سلفاً ، ما دام أنه لم يتم تبادل المستندات يدأ بيد ، وأخيراً فإنه ستثور مشكلة تحديد مكان انعقاد العقد ، لا سيما حينما يختلف موطن طرفى العقد ( انظر فى نفس المعنى : أ. د / أسامة مجاهد - المرجع السابق - ص ٤٢ ) .

٥ انظر فى ذلك إلى : أ. د / محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٢٧ ، ٢٨ ، أ. د / هدى حامد قشقوش - المرجع السابق - ص ١١٢ ، ١١٤ .

الفترة التى يكون خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحددة .

شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع .

طرق وإجراءات الدفع وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة .

طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات .

إمكانية العدول عن الشراء وأجله .

كيفية إقرار الطلبية .

طرق إرجاع المنتج أو الإبدال وإرجاع المبلغ .

كافة استعمال تقنيات الاتصال حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجارى بها العمل .

شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تفوق السنة .

المدة الدنيا للعقد ، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية .

ويتعين توفير هذه المعلومات الكترونياً ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها فى جميع مراحل المعاملة .

كما جاء فى الفصل ٢٦ من ذات القانون ما يلى « يتعين على البائع قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة

النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته ، وكذلك الإطلاع على شهادة

المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه » . وما جاء أيضاً فى قانون الاستهلاك الفرنسى الصادر فى يوليو ١٩٩٣م ،

والتوجيه الأوروبى الخاص بحماية المستهلك فى التعاقد عن بُعد ، من ضرورة أن يتضمن الإيجاب البيانات الآتية :

بيانات كافية لتحديد شخص الموجب مع التعريف بمتجره أو مؤسسته التجارية ومركز إدارتها الرئيسى وأرقام

هواتفه . ( البند الثالث من العقد النموذجى الفرنسى والمادة ١٨/١٢١ من قانون الاستهلاك الفرنسى ، المادة ٤

من التوجيه الأوروبى) .

بيانات عن أوصاف السلعة لمعرفة اسمها ونوعها ومقدارها وخصائصها ومخاطرها ، هذا مع مراعاة ضرورة أن

يكون الوصف صادقاً ودقيقاً ( البند الرابع من العقد النموذجى الفرنسى ، والمادة ١/١١ من قانون الاستهلاك

الفرنسى(١) ، والمادة ٤/أ.ب من التوجيه الأوروبى) .

تحديد السعر على أن يتضمن الضرائب ونفقات تسليم السلعة إلى مكان المشتري فى حالة إذا طلب المستهلك ذلك

( البند السادس من العقد النموذجى الفرنسى ، م ٣/١١٣ من قانون الاستهلاك الفرنسى ، م ٤/أ-٢ من التوجيه

الأوروبى) .

مدة العرض أو الإيجاب التى يلتزم خلالها الموجب بالبقاء على عرضه أو إيجابه ( البند الخامس من العقد

النموذجى الفرنسى) .

تحديد كيفية الوفاء بالثمن ، وطريقة التسليم ، والمدة التى يتم فيها التسليم ، والتى يجب ألا تزيد عن ثلاثين

يوماً من تاريخ الطلب ( البند السادس من العقد النموذجى الفرنسى ، المادة ٣/١١٣ من قانون الاستهلاك

الفرنسى، المادة ٤/أمن التوجيه الأوروبى) .

١ وفى ذلك تقول هذه المادة ” يجب على كل بائع مهنى لسلع أو مؤد لخدمة أن يوضح قبل إبرام العقد الخصائص الجوهرية لهذه السلعة أو تلك الخدمة ” .  
 “ Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit , avant la conclusion du contrat ,  
 mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service  
 “



ذكر حق المشتري فى رد المبيع خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم ( البند الثامن من العقد النموذجى الفرنسى ، المادة ١٦/١٢١ من قانون الاستهلاك الفرنسى ، المادة ١/٤-١ من التوجيه الأوروبى ) .

أن يتم العرض فى شكل ظاهر وبعبارة واضحة وبكل وسائل تكنولوجيا الاتصال عن بُعد ( المادة ٢/٤ من التوجيه الأوروبى ) .

إذا أريد تحديد نطاق مكانى للعرض تعين ذكر ذلك بطريقة واضحة ( البند الرابع من العقد النموذجى الفقرة الثالثة والرابعة ) .

كما تنص المادة الرابعة من قانون المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م على أنه ” على المورد أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحركات التى تصدر عنه فى تعامله أو تعاقد مع المستهلك - بما فى ذلك المحركات والمستندات الإلكترونية - البيانات التى من شأنها تحديد شخصيته ، وخاصة بيانات قيده فى السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت ” .

كما تنص المادة السادسة من ذات القانون على أنه ” على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه ، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقى أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه فى خلط أو غلط ، ويعضى المعلن من المسؤولية متى كانت المعلومات التى تضمنها الإعلان فنية يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها ، وكان المورد قد أمده بها ” .

أما فيما يتعلق بالقبول فقد اشترط البعض التأكيد على القبول، وعدم الاكتفاء فقط بالقبول للمرة الأولى ، وذلك بالضغط على الفارة ( أيقونة القبول ) مرتين لمزيد من الحماية للمستهلك المتعاقد عبر الإنترنت ، وتقادى احتمال وقوعه فى الخطأ عند مجرد الضغط على الفارة مرة واحدة ( ١ ) .

هذا بالإضافة إلى تقرير حق المستهلك القابل فى العدول عن قبوله ورد السلعة أو الخدمة بإرادته المنفردة مراعاة لظروف التجارة الإلكترونية التى لا تسمح له بمعاينة السلعة أو الخدمة قبل شرائها خلال مدة معينة من تاريخ تسليمه ( هى سبعة أيام وفقاً للبند الثامن من العقد النموذجى الفرنسى ، والمادة ١٦/٢١٢ من قانون الاستهلاك الفرنسى ، المادة ٤ فقرة ١-١ من التوجيه الأوروبى ، وعشرة أيام فى قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسى ، وخمسة عشر يوماً فى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصرى ، وأربعة عشر يوماً وفقاً للمادة ٨ من قانون الاستهلاك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م ) والذى يشكل خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد *Principe de la force obligatoire du contrat* والذى لا يسمح بنقض العقد الذى يمثل شريعة للعاقدين أو تعديله إلا بموافقة هذين العاقدين معاً ، وهذا الحق ثابت للمستهلك الإلكتروني حماية له من أى مظهر من مظاهر التغيرير أو التدليس فى نطاق التجارة الإلكترونية ( ٢ ) .

1 ( Voir : BREESE ( P. ) : Guide juridique de l'internet et de commerce électronique centre Français d'exploitation du droit de copie . 2000. P : 189.

لذلك يعتمد الكثيرون من أصحاب المواقع الإلكترونية على اشتراط تكرار النقر على الخانة المعنية ( أى المحددة لإبراز إرادة القبول من جانب المستهلك ) ، بحيث لا يكفى بالضغط مرة واحدة ، بل يؤخذ بطريق الضغط على أيقونة القبول مرتين على نحو يؤكد بوضوح على إرادة القبول بالعقد ، وبصورة تمنع من الوقوع فى الخطأ ( انظر فى نفس المعنى أ.د/ ابراهيم الدسوقي أبو الليل « الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية » دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة » التراسل الإلكتروني ، ص ٩٤ ، مطبوعات جامعة الكويت عام ٢٠٠٢ ، أ.د/ خالد حمدى عبد الرحمن « التعبير عن الإرادة فى العقد الإلكتروني » ص ٦٦ ، طبعة عام ٢٠٠٦/٢٠٠٥م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ) .

٢ انظر فى نفس هذا المعنى : أ.د/ محمد السعيد رشدى « التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ، ص ٩٧ وما بعدها ، طبعة عام ١٩٩٨م ، مطبوعات جامعة الكويت ، أ.د/ محمد شكرى سرور « التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية أكاديمية شرطة دى . الإمارات العربية المتحدة فى الفترة ما بين ٢٦ : ٢٨ أبريل ٢٠٠٢م ، المجلد الأول ، ص ١٢٥ ، أ.د/ إبراهيم

وتتعاظم أهمية الحماية القانونية للمستهلك أكثر وأكثر فى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية ، لتبلغ ذروتها ، وذلك نظراً لما يترتب على صحة مثل هذه الاتفاقات من آثار سيئة على مصلحة المستهلك ، لأنها ستحرمه من حقه فى التعويض ، وسترفع فى نفس الوقت عن كاهل المتعاقد معه آثار المسؤولية عن أخطائه اليسيرة أو أخطاء تابعيه ولو كانت أخطاءً عمدية أو جسيمة . ذلك أن المهني أو الحرفي Le professionnel أيا كانت طبيعة العقد الذى يبرمه مع المستهلك ( أى سواء كان عقد بيع contrat de vente أو عقد نقل contrat du transport ، أو عقد مقاوله أو عقد فندقية contrat de l'hospitalité أو عقد إيجار contrat du bail ) يحرص عادة على أن يضمن ذات العقد أو فى اتفاق لاحق عليه بنداً أو شرطاً لإعفائه من المسؤولية أو التخفيف أو الحد من آثارها .

الدسوقي أبو الليل « العقد غير اللازم . دراسة معمقة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة عام ١٩٩٤م ، د/ عبد الحق حميش »  
حماية المستهلك الإلكتروني . بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، مايو ٢٠٠٣ ، ص ١٢٩٠ ، ١٢٩١ .



## الفصل الرابع اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية أحد وسائل التخفيف من أثر تطور أحكام المسؤولية المدنية

لا جرم أن حياتنا المعاصرة قد لحقتها تطورات كثيرة خلال النصف الثانى من القرن العشرين وبداية هذا القرن الحالى ، حيث ظهرت فى أثناء تلك الحقبة الزمنية العديد من الاختراعات الحديثة والوسائل الفنية المتطورة التى ساهمت إلى حد كبير فى توسيع دائرة المسؤولية المدنية التى يتحملها الشخص (١) .

إذ أنه بعد أن كانت مسؤوليته ذات نطاق ضيق ومحدود تقتصر على ما يحدث نتيجة لخطئه الشخصى ، أو خطأ من تحت رقايته ، أو من تربطه به رابطة تبعية ، أو خطأ الأشياء التقليدية التى تقع فى نطاق حراسته ، صارت مسؤوليته الآن ذات نطاق واسع ، وأصبح مجالها أكثر سعة ورحابة ، وذلك على إثر التطور العملى المتلاحق الذى أفرز للمجتمع وسائل تكنولوجية حديثة متنوعة ومعقدة ساهمت بدرجة كبيرة فى تعدد مظاهر المسؤولية المدنية الملقاة على عاتق الأشخاص (٢) .

ولقد كانت هذه المتغيرات سبباً قوياً محفزاً لواضع القانون - رغبة فى كفالة الحماية المدنية الملائمة للإفراد ضحايا هذه الوسائل التكنولوجية المتطورة الذين يتعرضون لإصابات خطيرة وعاهات جسيمة بسببها - دفعه إلى توسيع دائرة نطاق فكرة الخطأ المفترض على حساب فكرة الخطأ واجب الإثبات (٣) ، فألقى من ثم بظلال هذه المسؤولية المدنية على عاتق الأفراد محدثى الضرر فى كل صورها ، وأوجب عليهم تعويض ضحاياهم تعويضاً عادلاً يجبر ضررهم عند العجز عن إثبات السبب الأجنبى .

وقد ساهم هذا التطور الصناعى والتكنولوجى بكل معطياته فى ظهور مدرسة المسؤولية الموضوعية التى تتادى بإقامة المسؤولية المدنية عند توافر ركنى الضرر وعلاقة السببية ، حتى وإن تخلف ركن الخطأ ، ولكن رغم ذلك كله تبقى القاعدة العامة هى قيام المسؤولية على أساس الخطأ ( وهذا يؤكد رسوخ دعائم نظرية المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ ) ، بحيث يمثل قيام المسؤولية الموضوعية ( أى بغير خطأ ) استثناءً على تلك القاعدة العامة وفى حالات نادرة ومحدودة جداً .

كما دفع هذا التطور بآثاره وتبعاته الأشخاص ( سواء أكانوا طبيعيين أم اعتباريين ) الذين يحتمل وقوعهم فى مراكز محدثى الضرر نتيجة لاستعمالهم لهذه الوسائل التكنولوجية الحديثة إلى البحث عن وسائل ونظم قانونية يدفعون من خلالها عن أنفسهم مغبة الملاحقات المدنية التى سيحركها الضحايا المحتملون *Les victimes probables* عند إصابتهم من جراء تلك الوسائل ، فاتجه البعض منهم إلى الاتفاق مع ضحاياهم المحتملين ، إما على إعفائهم كليةً من المسؤولية العقدية (٤) ، فيفقد هؤلاء الضحايا على إثر ذلك حقهم فى التعويض كليةً ،

1 En ce cens , aussi , regardez : JOURDAIN ( P. ) : La responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle” Rev. trim. dr.civ., P : 379.

٢ انظر فى نفس المعنى : أ.د / حسن عبد الباسط جميعى ” الخطأ المفترض فى المسؤولية المدنية ” ، ص ٤ بدون تاريخ نشر . حيث يقول فى ذلك سيادته ” على أنه بالرغم من أن افتراض الخطأ يسمح بالإبقاء على النظرية التقليدية ( المسؤولية الشخصية ، إلا أن التقدم الصناعى وما صاحبه من مخاطر جديدة وكثيرة قد دفع بالنفقه إلى التخلّى عن هذه النظرية والتوجه إلى التحول عنها إلى نظرية المسؤولية غير الخطئية ( الموضوعية ) التى يكتفى فيها بعنصرى الضرر وعلاقة السببية ” .

٣ بل إنه بالرغم من أن جمهور الفقهاء قد توجه إلى رفض نظرية افتراض الخطأ فى إطار المسؤولية العقدية ، إلا أن هذه النظرية قد عادت إلى الظهور من جديد على إثر التوسع فى اللجوء إلى الالتزام بضمان السلامة بوصفه التزاماً عقدياً بتحقيق غاية أو نتيجة محددة ( أ.د/ حسن عبد الباسط جميعى - المرجع السابق - ص ٤

٤ ينبغى أن يكون مائلاً فى الذهن أن نطاق الإعفاء من المسؤولية المدنية يقف عند حد المسؤولية العقدية فقط ، نظراً لعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

أو يتفقون مع ضحاياهم على إعفائهم من جانب معين من هذه المسؤولية فيفقدون من ثم جزءاً من حقهم فى التعويض وهذا كله ما يعرف باسم اتفاقات المسؤولية *Conventions de responsabilité* . ويتجه البعض الآخر إلى ولوج سبيل آخر لدفع تبعه المسؤولية المدنية (العقدية) (١) عن عاقبتهم وتجنب آثارها ، وذلك عن طريق التأمين منها فيتحمل المؤمن بموجب عقد التأمين آثار هذه المسؤولية الثابتة فى حق المستأمن عما يحدثه من أضرار بالغير ، وهذا ما يُعرف باسم التأمين من المسؤولية *L'assurance de responsabilité* ، حيث يجوز التأمين من المسؤولية المدنية سواء أكان الخطأ فيها خطأ عقدياً أم خطأ تقصيرياً ، وسواء أكان هذا الخطأ أو ذاك يسيراً أم جسيماً ، هذا مع مراعاة عدم جواز التأمين من المسؤولية الناتجة عن الخطأ العمدى أو ما يسمى بالغش ، لا سيما إذا كان هذا الخطأ واقعاً من الشخص نفسه ، أما إذا كان هذا الخطأ العمدى أو الغش واقعاً من الغير فيجوز التأمين من المسؤولية عن مثل هذا الخطأ (٢) .

ويهمنا فى مجال بحثنا أن نتعرض للوسيلة الأولى من وسائل توقي وتجنب آثار المسؤولية المدنية والتي تُعرف باصطلاح اتفاقات المسؤولية *conventions de responsabilité* ، والتي يهدف الأشخاص من ورائها إلى إحداث تعديل فى آثار المسؤولية المدنية التي تنشأ عن إخلالهم بالتزاماتهم العقدية أو تتولد عن أخطائهم التقصيرية ، سواء اتخذ هذا التعديل صورة رفع المسؤولية تماماً ، بحيث لا تؤتى المسؤولية المدنية آثارها فى مواجهتهم على الرغم من توافر كل أركانها ، ويتحمل على إثر ذلك المضرور الأثار أو الأضرار المتولدة عن هذه الأخطاء ، ويطلق على هذه الاتفاقات اصطلاح اتفاقات رفع المسؤولية أو انعدامها *Conventions ou clauses de non responsabilité* ، أو كان فى صورة تخفيف المسؤولية ، وذلك بتحميل المدين جزءاً من آثارها فيدفع المسئول أو المدين من ثم تعويضاً جزئياً ، أو يلتزم بآثار المسؤولية خلال مدة معينة ، وذلك بإنقاص المدة التي يجوز للدائن أو المضرور رفع دعوى التعويض فى حق المدين أو المسئول خلالها ، والتي تسمى باتفاقات تخفيف المسؤولية *Conventions ou clauses d'atténuation de responsabilité* .

وقد يتخذ تعديل آثار المسؤولية المدنية صورة تحديد المسؤولية بحيث يقدر أثرها تقديراً جزافياً بمبلغ معين من المال ، فيترتب على ذلك ، إما أن تصير المسؤولية مخففة ، وذلك إذا أصاب الدائن ضرر أكبر يزيد فى جسامته عن التقدير المالى ، وإما أن تصير المسؤولية مشددة ، وذلك إذا ما أصاب الدائن ضرر بسيط تتضاءل جسامته وتقل خطورته مقارنةً بالمبلغ المالى المقدر ، ويطلق الفقه على هذه الصورة اصطلاح الشرط الجزائى " *La clause pénale* (٢) .

التقصيرية ، إذ يبطل كل شرط أو اتفاق يتضمن الإعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع عملاً بنص المادة ٢١٧/٣ من التقنين المدنى المصرى الجديد ، ونص المادة ١٨١ من التقنين المدنى البحرى .

١ إذ يرى الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى أن اتفاقات المسؤولية ترد فى دائرة المسؤولية العقدية أو فى نطاق المسؤولية التقصيرية ، على أن ورودها على المسؤولية التقصيرية قليل الحدوث من الناحية العملية ، والغالب أن تنظم هذه الاتفاقات آثار المسؤولية العقدية فتدرج فى العقود بنود تتعلق بآثار إخلال أحد العاقدين بالتزاماته الناشئة عن هذه العقود ، بحيث يعفى من التعويض عن الضرر الذى نشأ عن هذا الإخلال أو تخففه أو تقدره ( انظر فى نفس ذلك إلى كتابه " مشكلات المسؤولية المدنية " الجزء الثانى ، فى الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية " مطبعة جامعة القاهرة طبعة عام ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ص ١٢ رقم ٨٦) .

٢ أ.د/ عبد الرزاق السنهورى " الوسيط فى شرح القانون المدنى " ، ج ١ ، بند ٦٥٥ ، الطبعة الثالثة عام ١٩٨١م .

٣ انظر فى ذلك المعنى إلى الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى -المرجع السابق- ج ٢ بند رقم ٨٥ ص ١٠ .

## الفصل الخامس موقف التشريع والفقهاء والقضاء من اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية

### المبحث الأول موقف التشريع والفقهاء والقضاء فى فرنسا من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

#### المطلب الأول موقف التشريع الفرنسى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

#### الفرع الأول موقف القوانين الفرنسية التقليدية من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

على الرغم من الأهمية الكبرى لتنظيم اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية فى محيط الحياة القانونية ، إلا أن واضع القانون الفرنسى أغفل أمر تنظيمها بالمجموعة المدنية الفرنسية ، فلم يورد بشأنها مبدأ عاماً يحكمها سواء بالإباحة أو الحظر ، غير أن ذلك لم يمنعه من إيراد نصوص خاصة متفرقة تحكم بعض صور الإعفاء من هذه المسؤولية العقدية فى بعض العقود سواء داخل نصوص القانون المدنى أو غيره من القوانين الأخرى مثل القانون التجارى (١) أو قانون العمل (٢) .

فقد نصت المادة ١٦٢٧ من التقنين المدنى الفرنسى على جواز اتفاق طرفى عقد البيع على عدم مسؤولية البائع عند استحقاق المبيع أو إنقاص قدر هذه المسؤولية .

L'article 1627 dispose que "Les parties peuvent' par des conventions particulières ajouter à cette obligation de droit ou en diminues l'effet , elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie».

هذا مع مراعاة أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق الناتج عن فعله الشخصى ، وإذا وقع اتفاق على هذا كان باطلاً .

كما تجيز المادة السابعة من اتفاقية بروكسل الصادرة فى ١٩٢٤ م الاتفاق فى عقود النقل البحرى الدولية للبضائع على شروط الإعفاء من المسؤولية قبل شحن البضائع على السفينة وبعد تفرغها (٣) .

١ فقد نصت المادة ٩٨ من التقنين التجارى الفرنسى على جواز اتفاق الوكيل بالعمولة فى عقد النقل على رفع المسؤولية عن تلف البضاعة أو عن هلاكها .

٢ لقد نصت المادة ٧/١٢٢ من تقنين العمل الفرنسى على بطلان أى شرط

يرد فى عقد العمل الفردى أو فى اللائحة الداخلية يحدد مدة للإخطار أقل من المدة المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ / ٦ أو أى شرط متعلق بالأقدمية يزيد على ما هو منصوص عليه فى نفس الفقرة .

هذا وقد نصت المادة ١٧٨٠ / ٤ مدنى فرنسى على عدم جواز اتفاق طرفى عقد العمل على الإعفاء أو التنازل عن التعويض الناتج عن فسخ عقد العمل غير محدد المدة .

٣ انظر فى ذلك إلى : أ.د/ ياسين يحيى - المرجع السابق - ص ٢٤ .

## الفرع الثانى

### موقف قوانين حماية المستهلك الفرنسية من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

تنص المادة ٣٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨م على أنه « فى العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين يمكن أن ، تمنع أو تضيق أو تنظم بمقتضى مرسوم بعد أخذ رأى لجنة البنود التعسفية ، البنود التى تتعلق بالصفة المعينة أو القابلة للتعين للثمن والوفاء به ، ومماناة الشئ وتسليمه ، وتحمل التبعة ، وسعة المسؤولية والضمان ، وشروط تنفيذ العقد ، وتجديده ، وإنهائه أو فسخه ، إذا تبين أن هذه البنود مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بإساءة استخدام القوة الاقتصادية للطرف الآخر ، وتوفر لهذا الأخير ميزة مبالغ فيها ، فهذه البنود التعسفية المشترطة خلافا للنصوص السابقة تعتبر غير مكتوبة ».

ويظهر لنا من النص سالف الذكر أن هذا القانون أورد شروطا عديدة يمكن أن يعمد المهنى عند تعامله مع غير المهنى أو المستهلك إلى إدراج بنود تتعلق بهذه الشروط لتحقيق مصالحه الخاصة ، مستغلاً قوته الاقتصادية فى إملاء هذه البنود عليهم ، هذه الشروط هى على النحو الآتى :-

- ١ . شروط تتعلق بالثمن وطرق الوفاء به .
- ٢ . شروط تتعلق بمضمون وجوهر الشئ ، فضلا عن طريقة تسليمه .
- ٣ . شروط تتعلق بالمسؤولية من حيث أساسها ومداهها ، ومدى الالتزام بالضمان .
- ٤ . شروط تنفيذ العقد .
- ٥ . شروط تجديد العقد أو فسخه أو إبطاله .

وقد أثير التساؤل حول ما إذا كان هذا التعداد الوارد فى تلك المادة بشأن شروط العقد قد جاء على سبيل البيان والتمثيل أم على سبيل الحصر والتعيين ، فذهب البعض (١) إلى أنه لكثرة ما أوردته هذه المادة من شروط ، فقد جعلت فى تعدادها الكفاية فى ضم عدد كبير من الشروط المتصلة بالتعامل ، ولذا فهو تعدادٌ على سبيل الحصر ، وأكد على هذا الفهم الحكم الصادر فى مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ ديسمبر عام ١٩٨٠م (٢) .

بيد أنه من الأفضل فى سبيل توفير قدر كبير من الحماية للمستهلك ضد الشروط التعسفية التى يفرضها عليه المهنى ، اعتبار ما ورد فى المادة ٣٥ من القانون سالف الذكر من شروط التعاقد التى يمكن أن ترد بشأنها بنود تعسفية قد ورد على سبيل المثال ، حتى يتسنى إضافة ما يفرضه الواقع العملى فى مجال التعامل من شروط جديدة للتعاقد يمكن أن ترد بخصوصها بنود ذات طابع تعسفى (٣) .

وتجدر الإشارة إلى أنه يلزم لكى يكتسب أى من هذه البنود المتصلة بهذه الشروط الطابع التعسفى *Le caractère abusif* فى ضوء نص المادة ٣٥ سالف الذكر أن تتوافر فى هذه البنود الشروط الآتية :-

- ١ . أن تفرض هذه البنود من مهنى على غير مهنى أو مستهلك .

1 Jacques GHESTIN : Le contrat . éd . 1985 . éd . L . G . D . J . No : 599 . . p : 689 .

2 Conseil d'état français 3 décembre 1980 . D . 1981 – Juris prudence – p : 228 – et J . C . P . 1981 – II – 1950 ? .

انظر فى ذلك المعنى إلى : عبد الله حسين على محمود – المرجع السابق – ص ١٤٥ .

٢. أن يستغل المهني قوته الاقتصادية *Sa puissance économique* فيفرض على غير المهني أو المستهلك شروطه المحققة لمصلحه الخاصة.

٣. أن يكون من شأن هذه الشروط أن تمنح المهني ميزة *Avantage excessif* بالمستهلك أو غير المهني، فإذا توافرت هذه الشروط فى بند من البنود الواردة فى العقد سواء اتصلت بالشروط التى أوردتها المادة ٣٥ سالفه الذكر أو بغيرها أمكن الالتجاء إلى القاضى لبيطل له البند التعسفى .

وها هنا لا بد أن نذكر حقيقة جوهرية مفادها أن القاضى قبل أن يقضى ببطلان البند التعسفى (١) لا يملك سلطة تقدير وجود الطابع التعسفى فى البند أو انتفائه عنه ، ومن ثم يتعين عليه اعتبار البند بنداً تعسفياً إذا كان من البنود التى صدر بها مرسوم من مجلس الدولة الفرنسى بعد أخذ رأى لجنة البنود التعسفية *Commission des clauses abusives* ( وهى لجنة تكونت بموجب المادة ٣٦ من القانون رقم ٧٨/٢٣ الصادر فى ١٠ يناير عام ١٩٧٨ م ، تضم أحد القضاة رئيساً ، واثنين آخرين من القضاة سواء تم اختيارهما من القضاء العادى أو من القضاء الإدارى ، فضلاً عن ثلاثة أعضاء يمثلون جهة الإدارة ، وثلاثة أعضاء من أساتذة القانون ، وثلاثة أعضاء يمثلون المستهلكين ، وثلاثة أعضاء يمثلون المهنيين ، هذا مع مراعاة أن هذه اللجنة ذات طابع إدارى *caractère administratif* ، فهى لجنة إدارية وليس لها طابع قضائى *caractère judiciaire* (٢) .

وجدير بالذكر على الرغم من إلغاء قانون ١٠ يناير عام ١٩٧٨ م بموجب تقنين الاستهلاك الفرنسى رقم ٩٣/٩٤٩ الصادر فى ٢٦ يوليو ١٩٩٣ م ، فقد أبقى هذا التقنين على هذه اللجنة وجعلها تابعة لوزير شؤون الاستهلاك ، وأسند لها مهمة التعرف على البنود التعسفية التى يفرضها المهنيون على غير المهنيين (٣) .

وقد صدر مرسوم ٢٥ فبراير ١٩٨١ م فنص فى مادته الأولى على أن يجري تمثيل وزير شؤون الاستهلاك داخل اللجنة عن طريق مندوب يسمي مفوض الحكومة *Commissaire de gouvernement* (٤) .

كما جاء فى المرسوم الصادر فى ٢٤ مارس لعام ١٩٧٨ م تطبيقاً لقانون ١٠ يناير عام ١٩٧٨ م نص أشار إلى أنه « فى عقود البيع المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين ، يحظر البند باعتباره بنداً تعسفياً فى معنى المادة ٣٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ م إذا كان موضوعه أو من أثره إسقاط أو إنقاص حق غير المهني أو المستهلك فى التعويض عن إخلال المهني بأى من التزاماته ».

ويفهم من هذه المادة أنه فى عقود البيع ( هذا عكس المادة ٣٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ م التى تبسط حمايتها للمستهلك أو غير المهني ضد البنود التعسفية فى أى تعامل يجريه مع المهني أيا كانت طبيعته أو نوعه ، أى سواء كان بيعاً أو غيره من العقود الأخرى ) بين المهني وغير المهني أو المستهلك ، إذا أورد المهني بنداً لإعفاءه من المسؤولية

١ *Nullité absolue* وقد اختلف الفقهاء فى فرنسا حول طبيعة هذا البطلان الذى يملكه القاضى بشأن البند التعسفى هل هو بطلان مطلق فذهب بعض الفقهاء -وبحق- إلى أنه بطلان نسبي يملك المستهلك وحده حق طلبه ، لأنه وإن تعلق بالنظام العام فهو ، *Nullité relative* أم بطلان نسبي (٦٠٦ . ) : ( GHESTIN : Le contrat , op . cit . N : 606 ) مقرر لمصلحة المستهلك فى مواجهة الشروط أو البنود التعسفية التى يفرضها عليه المهني فى حين ذهب البعض الآخر إلى اعتباره بطلاناً مطلقاً يمكن طلبه من جانب جمعيات حماية المستهلكين إلى جانب حق المستهلك فى طلبه ، وذلك تقادياً : STARK et ROLAND et BOYER obligations.'contrat'T:II;N:658 . الاحتمال تقاسم المستهلك فى استعمال حق طلب الإبطال

2 PIZZIO : Art préc . ' P : 209. et ( J. ) HEM-ARD : "Ventes . transports et autres cantrats commerciaux" Rev. trim. Dr. com. Econ. 1981. 337.

3 J . P . PIZZIO – op . cit . p : 209

4 L . BIHL : Le droit de la vente .. No : 409 .

أو تخفيفها عنه فى مواجهة غير المهني أو المستهلك كان البند باطلاً (١) .

وقد صدر تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٣/٩٤٩ فى ٢٦ يوليو ١٩٩٣م متضمناً نماذج واردة على سبيل البيان وليست على سبيل الحصر لما يمكن أن يعد من قبيل الشروط التعسفية ( بعكس المادة ٣٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨م التى ذكرت عدداً من الشروط وأوجب اعتبارها شروطاً تعسفية ) ، هذه الشروط كما أوردتها المادة ١/١٣٢ بند ٢ هى على النحو الآتى (٢) :

أ - استبعاد أو تحديد مسؤولية المهني فى حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسدية بسبب فعل أو إهمال من المهني .

ب - استبعاد أو تحديد الحقوق القانونية للمستهلك بطريقة غير مقبولة لصالح المهني أو لصالح طرف آخر ، فى حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو عند التنفيذ المييب من جانب المهني لأحد التزاماته العقدية . ويشمل ذلك المقاصة La compensation بين حق المهني وما ينشأ عليه من دين .

ج- النص على التزام قاس على عاتق المستهلك ، فى ذات الوقت الذي يجعل فيه تنفيذ المهني لالتزامه متوقفاً على إرادته المنفردة .

د- السماح للمهني فى الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة له من جانب المستهلك عند عدول الأخير عن إبرام العقد أو تنفيذه ، دون أن ينص على حق المستهلك فى الحصول على تعويض من المهني يعادل المبلغ الذى دفعه إليه فى حالة عدول المهني عن التعاقد .

هـ - إلزام المستهلك الذى لم ينفذ التزاماته بدفع تعويض كبير جداً أو مغالى فيه بصورة غير مقبولة .

و - السماح للمهني بفسخ العقد بطريقة تحكيمية Arbitrairement دون الاعتراف للمستهلك بمثل هذا الحق ، أو السماح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة له بوصفها مقدمات مقابل التزامات لم يقم المهني بتنفيذها ، وعلى الرغم من قيام المهني بفسخ العقد .

ز - السماح للمهني بإنهاء العقد دون إخطار المستهلك ، رغم كون العقد غير محدد المدة ، هذا ما لم يكن هذا الإنهاء لسبب جدي أو لمبرر واضح .

ح - تأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المستهلك .

ط - النص فى العقد على التزام المستهلك بشروط لم تتح له الفرصة الفعلية للعلم بها قبل إبرام العقد .

ي - السماح للمهني بالتعديل - من جانب واحد - فى عبارات العقد دون أي مبرر مشروع أو مسوغ لذلك فى العقد .

ك - السماح للمهني بالتعديل - من جانب واحد وبدون مبرر مشروع - فى خصائص السلعة أو صفاتها ، وصفات المنتج الواجب تسليمه أو الخدمة الواجب تقديمها .

ل - النص على أن ثمن السلعة يتحدد فى لحظة تسليمها ، أو منح البائع أو مورد الخدمة حق زيادة الثمن ، دون أن يكون للمستهلك فى الحالتين حقوق مماثلة تسمح له بفسخ العقد ، فى حالة المبالغة فى رفع السعر بشكل لا يتناسب مع السعر المتفق عليه لحظة إبرام العقد .

م - منح المهني الحق فى تقدير ما إذا كان الشئ الذى تم تسليمه أو الخدمة المقدمة تتفق أو لا تتفق مع شروط

1 Cass . civ . 25 octobre 1981 . Bull . civ . 1981- III - No : 168 .p : 151 .

( ) انظر فى ذلك إلى أستاذنا الدكتور / حمد الله محمد حمد الله - المرجع السابق - بند ٧٠ ، ص : ٦٧ : ٧ .



العقد ، أو منح المهني الحق المطلق فى تفسير بعض شروط العقد .  
ن - الحد من التزام المهني باحترام التعهدات التى تقع على عاتق تابعيه أو وكلائه .  
س - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته فى ذات الوقت الذى لم يلتزم المهني فيه بأداء التزامه .  
ع - النص على إمكانية إنهاء العقد عن طريق المهني مع جحد هذا الحق بالنسبة للمستهلك .  
ف - حرمان المستهلك من ممارسة حق التقاضي أو الاتفاق على وقف الدعاوي التى رفعها المستهلك أو حرمان هذا المستهلك من حقه فى اللجوء إلى طرق الرجوع الأخرى . أو إلزام المستهلك بالخضوع لعملية تحكيم لا تنطبق عليها نصوص القانون أو تقليص حق المستهلك فى الاستناد إلى وسائل الإثبات المتاحة دون مسوغ قانوني لذلك ، أو إلزام المستهلك بتحمل عبء الإثبات بالمخالفة لنصوص القانون المطبق على العقد .  
ويلاحظ من صريح عبارات الشرط الأخير من هذه الشروط التعسفية أن تقنين حماية المستهلك الفرنسى سالف الذكر قد عمد إلى اعتبار بند إعفاء المهني من مسؤوليته العقدية فى مواجهة المستهلك أو غير المهني يعد من البنود التعسفية التى يمكن للمستهلك طلب إلغائها ، كما ذهب إلى نفس المعنى بعض الفقهاء الفرنسيين حيث اعتبر بند إعفاء المهني من مسؤوليته العقدية فى مواجهة المستهلك من قبيل البنود التعسفية (١) .  
وأعتقد من جانبى أن هذا الاتجاه مع وجاهته محل نظر لأسباب سوف أعرضها عرضاً مفصلاً عند بيان موقف قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م لاعتناقه نفس مسلك قوانين حماية المستهلك الفرنسية تجاه بنود الإعفاء من المسؤولية (٢) .

1 CALAIS - AULOY ( J. ) : "Droit de la consommation" éd. Dalloz. 3 ème. éd. 1992. No: 140. , p: 134.

٢ انظر تفصيلاً لتحليل موقف قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م والانتقادات التى وجهتها إلى مسلكه من بنود إعفاء المهني من مسؤوليته العقدية فى مواجهة المستهلك ص ٩٢ وما بعدها من هذا البحث .

## المطلب الثانى موقف الفقه والقضاء الفرنسيين من بنود الإعفاء من المسؤولية

لقد كانت غالبية الفقهاء فى فرنسا ترى فى بادئ الأمر بطلان كل شرط يرد فى العقد بقصد الإعفاء من المسؤولية العقدية ، وضرورة التزام المدين بالتعويض عن إخلاله بالتزامه العقدى وفقاً للقواعد العامة فى المسؤولية العقدية رغم ورود مثل هذا الشرط فى العقد ، لأن القول بصحة مثل هذا الشرط من شأنه أن يؤدى إلى تهاون المدينين فى تنفيذ التزاماتهم مما يؤدى إلى إلحاق الأذى والضرر بالأشخاص فى أموالهم وثرواتهم ، وهذا يتنافى بطبيعية الحال مع فكرة النظام العام *L' idée d'ordre public* التى توجب المحافظة على ثروات الأشخاص وأموالهم ، فيتعارض بذلك هذا الشرط مع نص المادة السادسة من التقنين المدنى الفرنسى التى تنص على عدم جواز مخالفة القواعد القانونية التى تتعلق بالنظام العام وحسن الآداب باتفاقات خاصة (١) .

هذا إلى جانب أن الاعتراف بصحة هذه الاتفاقات من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام رهيناً بمحض إرادة الملتزم ، فيكون باطلاً وفقاً لنص المادة ١١٧٤ مدنى فرنسى التى تنص على بطلان كل التزام حينما يكون تنفيذه فى العقد متوقفاً على محض إرادة المدين (٢) ، وذلك على أساس أن العاقد يلتزم بالتنفيذ بموجب العقد ، فإذا سمح له بأن يشترط فى ذات الوقت عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه العقدى ، فإن ذلك يعنى السماح له بجعل التزامه متوقفاً على محض إرادته إن شاء التزام العقد ، وإن شاء لم يلتزم بما جاء فيه من التزامات ، ولا شئ عليه فى ظل وجود بند الإعفاء من هذه المسؤولية (٣) .

ولقد تأثر القضاء الفرنسى فى بادئ الأمر فى الفترة ما قبل عام ١٨٧٤ برأى غالبية الفقهاء الفرنسيين فكان يقضى ببطلان الشرط الذى يرد فى العقد للإعفاء من المسؤولية العقدية ، وطبق هذا كثيراً فى عقد النقل على وجه الخصوص ، ففى إحدى القضايا قضت محكمة استئناف باريس ببطلان البند الذى ورد فى عقد النقل لدفع المسؤولية عن فقد البضاعة أو تلفها عن شركات السكك الحديدية (٤) ، كما قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان مثل هذا البند حتى ولو كان وارداً فى تعاريفات السكك الحديدية المصدق عليها من الجهة الإدارية المختصة (٥) ، بل لا يصح مثل هذا البند ولو كان وروده فى العقد سبباً فى إحداث انخفاض ملموس فى أجرة النقل (٦) .

وبالتالى يكون للمرسل رغم قبوله للبند الوارد فى عقد النقل حق الرجوع على الشركة الناقلة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها العقدى إذا تلفت البضاعة أو هلك (٧) ، ولا يعفيها من المسؤولية العقدية إلا أن تثبت أن هذا

1 voir : CASSVAN : Des clauses de non – responsabilité ” thèse . paris 1929 .. p : 245.

2 L'article 1174 du code français dispose que “ Toute obligation est nulle . lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige “ .

3 ROCHE Gabrielle : Les clauses d'exonération de la responsabilité civile “ thèse 1950 Grenoble .. p : 158 .

4 Cour d'appel de paris 14 août 1847 – SIERY 1847 – 11 – 12 .

5 voir : cass . 1860 – I – 899 . 26 mars 1860 – SIERY .

6 voir : cass . civ . 29 mai 1866 – Dalloz 1867 – I – 328

7 voir : cass . civ 26 janvier 1859 – SIERY 1859 – I – 316 .



التلف أو هذا الهلاك راجع إلى سبب أجنبى عنها (١) .

وقد ارتأت محكمة النقض الفرنسية فى الاعتراف بصحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية تشجيعاً ظاهراً على الإهمال فى تنفيذ الالتزامات ، وسبباً فى منح شركات النقل ميزة غير مشروعة *Avantage illicite* ، لاسيما وأن أسعار النقل يدخل فى تقديرها التزام الناقل بضمان كافة الأضرار والخسائر التى تحدث للبضائع المنقولة (٢) .

بيد أنه مع مرور الوقت وبالتحديد فى العقد الأخير من القرن التاسع عشر ظهرت بوادر الكشف عن اتجاه فقهى جديد مناهض للفكر السائد آنذاك يدعو إلى القول بصحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء اليسيرة ، وذلك على يد الفقيه الفرنسى BOUTAUD فى رسالته الشهيرة التى نال من خلالها درجة الدكتوراه والتى تحمل عنوان ” شروط عدم المسؤولية والتأمين من المسؤولية عن الأخطاء ، والتى أكد فيها على عدم مخالفة هذه الاتفاقات للنصوص القانونية أو مبادئ النظام العام أو الآداب العامة (٣) ، ثم توالى صيحات الفقهاء من بعد ذلك للمناداة بصحة هذه الاتفاقات ، إلى أن استقر رأى الفقهاء فى فرنسا على التسليم بصحة مثل هذه الاتفاقات ، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة *Pincipe de' autonomie la volonté* فى إطار المعاملات المدنية ، ذلك المبدأ الذى يجعل للإرادة المشتركة للعاقدين *La volonté commune des les deux contractants* انتهاءً سلطاناً فى نقض أو تعديل العقد ، مثلما يجعل لها ابتداءً سلطاناً أيضاً فى وضع بنود العقد وشروطه .

هذا بالإضافة إلى قياس صحة مثل هذه الاتفاقات على صحة التأمين من المسؤولية ، فكما أنه يترتب على نظام التأمين من المسؤولية أن تتحمل شركة التأمين نتائج وآثار الخطأ المرتكب من جانب المستأمن بدلاً من أن يتحملها هذا الأخير ، فكذلك الحال فى اتفاق الإعفاء من المسؤولية حيث يترتب عليه أن يتحمل الدائن تبعه الخطأ اليسير الواقع من مدينه ، ويعفى هذا الأخير من تبعه هذا الخطأ دون أن يتحمل أثره أو التعويض عنه (٤) ، فليس ثمة فارق جوهري بين نظامى التأمين من المسؤولية والإعفاء منها من حيث الأثر المترتب عليهما ، إذ أنه فى كلا النظامين يتحمل شخص آخر غير مرتكب الخطأ تبعه الخطأ اليسير الذى حدث (٥) .

وليس ثمة مخاوف من الاعتراف بصحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية ، لأن الضوابط والقيود التى تتصل بها تبدد تلك المخاوف وتخفف من آثارها الضارة ، منها أن هذه الإتفاقات لا تصح إلا فيما يتعلق بالأخطاء اليسيرة ، أما الأخطاء العمدية أو الأخطاء الجسيمة فيبطل أى اتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة عليها ، هذا بالإضافة إلى قصر صحة هذه الاتفاقات على الأضرار التى تصيب الأموال ، بحيث لا تصح فى حالة الأضرار التى تصيب جسم الإنسان والحقوق اللصيقة به ، كما لا تصح مثل هذه الاتفاقات فى بعض العقود مثل عقد النقل وعقد العمل

1 voir : cass . civ . 29 mai 1866 – Dalloz 1867 – I – 328 .

2 voir : cass . civ . 14 juin 1874 – SIERY 1875 – I – 32 .

3 voir : BOUTAUD „ Des clauses de non – responsabilité et de l’assurance de la responsabilité des fautes. thèse. paris. 1896 .. N : 126 .

4 En ce sens regardez ces ouvrages suivants : PLANIOL et RIPERT et BOULANGER : *Traité élémentaire de droit civ . 4 ème éd . 1959 .. T : 2 .. N : 287 . et SAVATLER . “ La responsabilité civile “ T : 2 .. N : 660 . et BOUTAUD : “ des clauses de non – responsabilité st de l’assurance de la responsabilité des fautes “ . thèse paris 1896 .. No : 126 et 127 et 128.*

5 voir : BOUTAUD : thèse précitée . N : 120 . Il disait qu’ “ Il n’y a pas une différence profonde entre l’assurance des fautes et la clause d’exonération de la responsabilité . que ont l’une et l’autre . pour effet de faire supporter par l’un . des fautes commises par un autre .... Il reste Toujours que la faute n’est pas supportée par celui qui l’a commise ” .

.... الخ (١).

ولقد أخذ القضاء الفرنسى منذ عام ١٨٧٤م بما استقر الرأى عليه لدى غالبية الفقه الفرنسى فاعترف بصحة الاتفاقات الخاصة برفع المسؤولية العقدية عن الأخطاء اليسيرة ، وببطلان مثل هذه الاتفاقات فى حالتى الغش ( أو الخطأ العمدى) والخطأ الجسيم (٢).

## المبحث الثانى

### موقف التشريع والفقه والقضاء فى مصر من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

#### المطلب الأول

#### موقف التشريع المصرى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

#### الفرع الأول

#### موقف القانون المدنى المصرى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

لم ينظم القانون المدنى المصرى القديم ( الأهلئ منه والمختلط ) اتفاقات الإعفاء من المسؤولية رغم أهميتها ، إلى أن صدر التقنين المدنى الجديد متضمناً نصاً قانونياً منظماً هذه الاتفاقات الخاصة برفع المسؤولية العقدية ، حيث أجازت المادة ٢١٧ / ٢ منه الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية مادام لم يرتكب غشاً ( أى خطأ عمدياً ) أو خطأ جسيماً ، بل وأجازت للمدين أن يتفق على إعفائه من المسؤولية العقدية عن أخطاء مساعديه أو عماله ، ولو كانت أخطاؤهم عمدية أو جسيمة (٣) .

ومما ينبغى التنويه إليه أن القانون المدنى البحرينى وإن كان قد نص صراحة على جواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية ، طالما أنه لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً ( م ٢١٩ مدنى بحرينى (٤) ) مثلما فعل القانون المدنى المصرى ، إلا أنه لم يتضمن نصاً صريحاً - على خلاف التقنين المدنى المصرى - يجيز للمدين الاتفاق على إعفائه من المسؤولية عن أخطاء من يستعملهم فى تنفيذ التزاماته العقدية ولو كانت عمدية أو جسيمة ،

1 V . CARBONNIER : Droit civil , t : 4 . les obligations .. N : 268 .

2 Cass civ. 14 mars 1977 et 13 juillet 1879 – SIERY 1879 – I – 423 et 3 Avril 1878 – SIERY 1878 – I – 292 . et cass . civ. 8 juin 1882 – D. 1883 – I – 340 et cass . Civ . 6 février 1904 – D . 1906 – I – 287 et 10 décembre 1907-I – D. 1913 – I – 45 et cass . civ. 9 novembre 1915 . D. 1921 – I – 23. et 31 juillet 1930 – Gaz. Pal . 1930- I- 373 et cass. civ. 3 aoÛt 1948 – D. 1949 – jurisprudence – P : 536 . et cour d’appel d’aix - marseille 1923 – Gaz . pal. 1923 – I – 416. et Cass. civ. 25 Février 1964. Bull. civ. – 1 – No : 111 . . p : 83 . et cass com. 25 juin 1980 Bull. civ. – IV – No : 275.. p 224 . cass. com. 24 nov. 1983 Bull. civ. – IV – No : 322. cass. com. 3 déc. 1989 Bull. civ. No : 289. cass. civ. 9 déc 1986. Bull. civ. – I – No. 284.

٢ حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها ” وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ” .

٤ حيث تنص هذه المادة على أنه ” يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى أو على التأخير فى تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ” .

مما يعنى - حسب اعتقادى - أنه أراد بذلك أن يجعل المدين مسئولاً عن الغش ( أى الخطأ العمدى ) أو الخطأ الجسيم الصادر عن تابعيه أو نوابه الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزاماته العقدية ، مثلما جعله مسئولاً بصريح نص المادة ٢١٤ / ب مدنى بحرينى عن غشه أو خطئه الجسيم ، حيث تقول « وفى كل حال يكون المدين مسئولاً عما يأتية من غش أو خطأ جسيم » .

ولعل هذا النظر الذى ارتأيته يتناغم مع القواعد العامة فى المسؤولية الملقاة على عاتق الشخص والتي تشمل أخطاءه الشخصية وأخطاء تابعيه أو نوابه أو مساعديه ، هذا فضلا عن كون هذا المسلك محققا لمقتضى الرعاية أو الحماية الواجبة للدائن أو المضرور ، وذلك درءاً لما قد يعمد إليه المدين أو الملتزم من تواطؤ مع تابعيه أو مساعديه أو نوابه للإضرار بالدائن أو المضرور ، وحرمانه - من ثم - بسبب أخطاء هؤلاء التابعين أو النواب أو المساعدين من التنفيذ العينى ، فضلا عن حرمانه من الرجوع عليه بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية العقدية ، إذا ثبت وجود اتفاق بين المدين والدائن على إعفاء المدين من أخطاء تابعيه أو مساعديه أو نوابه ولو كانت أخطاء عمدية أو جسيمة .

## الفرع الثانى

### موقف قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

لقد عمد واضع القانون حديثا فى مصر فى خصوص عقود الاستهلاك - بعد غياب طويل - إلى سن قانون خاص لحماية المستهلك ورد فيه حظر مطلق لكافة البنود أو الشروط التى تهدف إلى إعفاء المهنى من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها ، واعتبار مثل هذا البند أو الشرط باطلا بطلانا مطلقا (١) .

حيث تنص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م على أن « حرية ممارسة النشاط الاقتصادى مكفولة للجميع ، ويحظر على أى شخص إبرام أى اتفاق أو ممارسة أى نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية وخاصة :

أ- ... ب- ... ج- ... د- ... هـ- ... و- ... ز- ... .

ح- الحق فى اقتضاء تعويض عادل عن الأضرار التى تلحق به أو بأمواله من جراء شراء أو استخدام المنتجات أو تلقى الخدمات » .

كما تنص المادة العاشرة من ذات القانون على أن « يقع باطلاً كل شرط يرد فى عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أى من التزاماته الواردة بهذا القانون » .

ويبدو لى من تحليل عبارات هذين النصين أن واضع القانون فى مصر قد اختط لنفسه مسلكا حاسما فَضَّلَ من خلاله اللجوء إلى سبيل الحظر الكامل لأى بند يرد فى العقد أو فى اتفاق لاحق عليه بقصد إعفاء المهنى

١ وهو قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٦م ، على أن يعمل به بعد ثلاثة أشهر من اليوم التالى لتاريخ نشره ، أى يعمل به ابتداءً من تاريخ ١٩/٨/٢٠٠٦م .

من أى التزام عقدى فى مواجهة المستهلك ، ولا شك أن مثل هذا الاتجاه مع ما لنا عليه من مأخذ يحمى المستهلك - بل ويجنبه- أى مظان للتعسف الذى قد يتعرض له من جانب المهنى مستغلا ما يتمتع به - مقارنة بالمستهلك - من تفوق اقتصادى وتفوق تقنى فى العلم والدراية بكل المعلومات الفنية الدقيقة المتصلة بالسلعة أو الخدمة محل العقد ليفرض عليه ما يروق له من شروط تعفيه من المسؤولية المدنية عن أخطائه العقدية أو تخفف عنه آثارها أو تحد له من تبعاتها .

بيد أنه على الرغم من تلك المزية التى يحققها هذا القانون فى حماية المستهلك ، إلا أنه لا يكاد يخلو - فى الحقيقة - من مظاهر النقد ، ذلك أن إبطال أى بند من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية عند إخلال المهنى بالتزاماته العقدية فى مواجهة غير المهنى أو المستهلك ، يمثل - من وجهة نظرى - قيداً غير مبرر على مبدأ أساسى من المبادئ القانونية العامة فى مجال التعامل ، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة ، ومبدأ الحرية التعاقدية بصفة خاصة ، ( وذلك باعتباره من أهم وأبرز مظاهر مبدأ سلطان الإرادة ) ، ذلك أن العقد وليد الإرادة الحرة لطرفيه ، وبالتالي ينبغى الاعتراف لهما بالحرية الكاملة فى تعديل أحكام المسؤولية العقدية بإدراج البنود التى تروق لهما ( سواء فى ذات العقد أو فى اتفاق لاحق عليه ) ، مادامت لا تصطدم بفكرة النظام العام أو الآداب العامة .

هذا بالإضافة إلى أن حظر المادة العاشرة من هذا القانون لأى بند من بنود الإعفاء من المسؤولية التى يوردها المهنى فى عقده مع المستهلك أو غير المهنى ، وإن كان محققاً لمصلحة المستهلك أو غير المهنى ، إلا أنه لا يخلو من مظاهر الإضرار بمصلحة المهنى على نحو غير مبرر ، فمن زاوية نجد أن النص قد قصر الحظر على ما يرد من بنود الإعفاء لمصلحة المهنى فى مواجهة غير المهنى أو المستهلك ، الأمر الذى يفهم منه بمفهوم المخالفة جواز الاتفاق على بنود الإعفاء من المسؤولية التى ترد فى العقد ذاته أو فى مستند آخر أو وثيقة أخرى لمصلحة المستهلك أو غير المهنى فى مواجهة المهنى ، حتى وإن بدت عليها مظاهر التعسف ، وتلك تفرقة ظالمة لا مبرر لها .

أليس من المتصور - رغم ما يحظى به المهنى من تفوق اقتصادى وتقنى - أن تكون البنود الواردة لمصلحته فى العقد أو فى غيره من الوثائق أو المستندات خالية من أى مظهر من مظاهر التعسف ، حتى مع ما لها من أثر فى إعفاء المدين ( المهنى ) من خطئه العقدى اليسير ، لاسيما إذا كان الدائن ( غير المهنى أو المستهلك ) قد استفاد من وجود هذه البنود بالتخفيف عن كاهله فى العقد عند تحديد مدى أو حجم الالتزامات الملقاة على عاتقه لحساب المهنى .

بل إنه حتى لو افترضنا جدلاً أن المستهلك أو غير المهنى سيعجز دائماً عن تحقيق هذا التوازن العقدى بنفسه بين بنود الإعفاء التى ألزم على قبولها مدعنا فى ذلك للمهنى ، وبين المزايا التى سيستفيد منها مقابلها ، هل من الأفضل أن نلغيها لمجرد هذا الظن ، أم أنه من الأفضل أن نترك للقاضى أمر إلغائها أو الحد من أثرها ، إذا تبين له بعد النظر والتدقيق فيها ، أنها ذات طابع تعسفى ، نظراً لكونها تحقق للمهنى مزايا مبالغ فيها دون أن تقابلها مزايا مماثلة - ولو من نوع آخر - لمصلحة المستهلك أو غير المهنى .

فالمنطق السليم ( أى الذى يتفق مع العقل والعدالة ) فى الحكم على أى نظام قانونى يعالج مسألة ما من المسائل يحتم علينا إذا بدا لنا فى أى علاقة عقدية ظلمٌ على عاتق أحد طرفيها فى مواجهة الآخر ، ألا نعتمد إلى رفع هذا الظلم عن كاهل أحدهما لنضعه فى ذات الوقت على عاتق الآخر ، لأننا سنكون عندئذ كمن لم يفعل شيئاً أكثر

من نقل الظلم من موضع إلى موضع آخر فى ذات المكان الواحد، بل يتعين فى مثل هذا الفرض السعى إلى تحقيق التوازن المعقول *L'équilibre raisonnable* بين المصالح المتعارضة .

ولعل مثل هذا النهج المتوازن المأمول ليس بمستغرب فى إطار النصوص القانونية المنظمة للمصالح المتعارضة بين الأفراد ، وسنكتفى فى هذا المقام بضرب مثال واحد أورده القانون المدنى المصرى بين نصوصه وازن فيه بين المصالح المتعارضة بصورة متزنة وعلى نحو معقول من غير تجاهل أو إهمال - غير مبرر - لمصلحة ما على حساب مصلحة أخرى . لدرجة أنه حتى حينما يقدر أن إحدى المصلحتين هى الأفضل ( أى الأجدر بالرعاية أو الأولى بالعناية ) فيفضلها على الأخرى تفضيلاً مستساغاً لا يتجاهل فى ذات الوقت بالكيفية القدر اللازم من الرعاية أو العناية للمصلحة الأخرى المفضولة .

ذلك أنه عندما عالج واضع القانون المدنى المصرى مشكلة التعارض أحياناً بين الإرادة الظاهرة *La volonté déclarée* والإرادة الباطنة *La volonté latente* (١) ، اتسمت تلك المعالجة بقدر كبير من الحكمة والاعتزان على نحو محقق لمعانى العدالة بين طرفى التعبير عن الإرادة دون أدنى محاباة أو تمييز غير مبرر ، حتى وإن جعل الغلبة لإحدى الإرادتين على حساب الأخرى صحيح أنه يجعل الغلبة للإرادة الباطنة ، وذلك بوصفها تمثل الإرادة الحقيقية *La volonté réelle* لمن صدر عنه التعبير ، وإلا لأمكن إلزام المرء بغير ما أراد حقيقة ، بيد أنه فى نفس الوقت قيد ذلك بما يحقق قدراً معقولاً من المراعاة والاحترام لمن عوّل على تلك الإرادة الظاهرة والتي جاءت غير مطابقة للإرادة الباطنة أو الحقيقية .

وبذلك يكون القانون قد قيّد ترجيح الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة بضرورة ثبوت علم من عوّل على الإرادة الظاهرة بحقيقة الإرادة الباطنة أو كان - على الأقل - من السهل عليه أن يعلم بذلك .

وتتجلى تلك المعانى السابقة شاخصة لتؤكد لنا اعتناق القانون المدنى المصرى لهذا النهج العقلانى المتزن فى مقام الترجيح بين المصالح المتعارضة عند اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فى النصوص القانونية الواردة فيه بشأن عيوب الإرادة *Les vices de la volonté* أو ما يسمى بعيوب الرضا *Vices du consentement* ، حيث لا يسمح القانون لمن يدعى فساد رضائه ، ومن ثم اختلاف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة ، بطلب إبطال العقد الذى صدر فيه مثل هذا التعبير المغلوط ، سواء أكان ذلك راجعاً إلى وقوعه فى غلط تلقائى *Une erreur spontanée* ( أو ما يسمى بغيب الغلط (٢) *Une erreur évoquée* ( وهو ما يسمى بغيب *vice d'erreur* أو إلى غلط مدفوع *Vice du dol* ) (٣) أو وقوعه تحت تأثير الرهبة المتولدة عن الإكراه المعنوى

١ ذلك أن الأصل العام ألا تختلف الإرادة الظاهرة أو المعلنة عن الإرادة الباطنة أو الحقيقية ، ونظراً لأن الإرادة الظاهرة ليست إرادة مستقلة أو مغايرة عن الإرادة الباطنة ، فهى فى الحقيقة مجرد مظهر خارجى وشكل ظاهرى معبر عن حقيقة الإرادة الباطنة ، والمفروض أن هذه الإرادة الظاهرة كوسيلة ناقلة تتطابق تطابقاً تاماً مع مكونات الإرادة الباطنة وجوهرها ( انظر للمؤلف - النظرية العامة للتزامات فى القانون المدنى البحرى - ص ٢٨ ، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢م ، مطبعة جامعة البحرين ) .

٢ حيث تنص المادة ١٢٠ مدنى مصرى على أنه ” إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري ، جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ” . هذه المادة تقابل المادة ٨٤ من التقنين المدنى البحرى .

٣ تنص المادة ١/١٢٥ مدنى مصرى على أنه ” يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد ” هذه المادة تقابل المادة ٨٩ مدنى بحرئى ، ثم تنص المادة ١٢٦ مدنى مصرى على أنه ” إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن = المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس ” . هذه المادة تقابل المادة ٩١/ب مدنى بحرئى .



( وهو ما يسمى بعيب الإكراه (1) Vice de la violence ) أو وقوعه فى غبن ناتج عن استغلال طيشه البين أو هواه الجامح ( وهو ما يسمى بعيب الاستغلال (2) Vice de l'exploitation ) إلا إذا أثبت اتصال علم المتعاقد الآخر بهذا العيب ، وذلك تدعيماً للثقة فى العقود وحفاظاً على استقرار المراكز القانونية المستندة إلى الأوضاع الظاهرة .

ولعل هذا كله يؤكد سلامة استنتاجنا - حسب ظننا - (3) للحكم المناسب لبنود الإعفاء من المسؤولية العقدية ، والذي خلصنا فيه إلى أفضلية الإبقاء على صحة بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية فى علاقة المهني بغير المهني أو المستهلك ، على الحكم بإبطالها أو إلغائها بالكلية ( وهو ما نص عليه قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م فى المادتين الرابعة والعاشره منه حيث دعا إلى إبطال أو إلغاء مثل هذه البنود ) ، لاسيما فى ظل وجود القواعد القانونية التى تضبط مثل هذه الإباحة ضابطاً محكماً ينأى بها عن مواطن الشطط والتعسف ( نذكر من نماذج هذه الضوابط أنه لا تصح هذه البنود إلا عن الأخطاء العقدية اليسيرة دون الأخطاء العمدية أو الجسيمة ، وأنه فى بعض العقود لا يسمح فيها بصحة مثل هذه البنود كما هو الحال فى مثلاً عقد العمل ) ، فضلاً عن وجود النصوص القانونية التى تسمح للقاضى بالتدخل بناء طلب العاقد المدعى - خاصة وأن عقود الاستهلاك فى معظمها يغلب عليها طابع الإذعان - إلغاء أو تقييد مثل هذه البنود ، إذا بدت بنوداً تعسفية بسبب احتوائها على مزايا مجحفة أو مبالغ فيها لشخص من تقرر له ، دون أن يقابلها شئ يعوض الطرف الآخر عن أثرها الضار عليه .

هذا بالإضافة إلى أن الحكم بإبطال أى بند من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية فى حدودها المسموح بها قانوناً يمثل - فى الواقع - خروجاً على الأصل العام فى العقود أو الاتفاقات ألا وهو الإباحة وليس الحظر أو المنع ، فاتفاقات الأفراد أياً كان أثرها تكون بحسب الأصل مباحة ، مادامت لا تصطدم بفكرة النظام العام أو الآداب العامة ، ويبقى الحظر أو المنع هو الاستثناء وليس الأصل .

وأخيراً فإن حظر بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية فى عقود الاستهلاك من شأنه أن يحفز المهنيين على اللجوء إلى التحايل على هذا الحظر من خلال الالتجاء إلى الاتفاق على تعويض اتفاقى عند ثبوت المسؤولية العقدية فى حقه ، بل وجعله ذا قيمة تافهة، بحيث يصل من خلال ذلك الطريق القانونى إلى هدفه وقصده من وراء هذا التعويض الاتفاقى Le dé dommagement conventionnel إلى حد الإعفاء من المسؤولية، لاسيما وقد أثبت واقع الحياة العملية أن كثيراً من البائعين يعمدون إلى تخفيض قيمة الشرط الجزائى La clause pénale إلى أن يصير تافهاً ليصل بذلك إلى حد إعفائه من المسؤولية عن أخطائه العقدية .

لاسيما وأن القانون المدنى المصرى فى نصوصه المنظمة للشرط الجزائى يسمح بالاتفاق على التعويض ولو كان يقل فى مقداره عن قدر الضرر المحتمل ، وذلك على اعتبار أن ذلك يمثل صورة من صور الاتفاق على التخفيف من المسؤولية المدنية ( سواء كانت عقدية أو تقصيرية ) مادام أن المدين لم يرتكب غشاً ( أى خطأ متعمداً ) أو خطأ جسيماً .

١ تنص المادة ١/١٢٧ مدنى مصرى على أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس." هذه المادة تقابل المادة ٩٤ مدنى بحرينى . ثم تنص المادة ١٢٨ مدنى مصرى على أنه "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه . " هذه المادة تقابل المادة ٩٥/ب مدنى بحرينى .

٢ إذ تنص المادة ١/١٢٩ على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ." هذه المادة تقابل المادة ٩٦ مدنى بحرينى .

٣ فإن أصبت فهذا من فضل الله ، وإن كانت الأخرى فحسبى أى أحاول الاجتهاد قدر جهدى .

ومن ثم لا يجوز للقاضى فى مثل هذا الفرض أن يتدخل بناء على طلب الدائن لزيادة قيمة التعويض الاتفاقى ، حتى وإن بدت تافهة مقارنة بحجم الضرر الذى أصابه، مادام أن المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً ، سواء فى ظل أحكام القانون المدنى المصرى، أو فى ظل أحكام القانون المدنى البحرينى (١) .

ولعل هذا هو عين ما كانت تطبقه المحاكم الفرنسية إعمالاً لنص المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، التى لا تجيز للقاضى - مراعاة للإرادة المشتركة للطرفين - التدخل لتعديل قيمة التعويض الاتفاقى بالزيادة فيها ، حتى وإن بدت تلك القيمة زهيدة بحيث لا تتناسب البتة مع حجم الضرر الذى أصاب المضرور ، إلا إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً (٢) .

وظل الوضع فى فرنسا على هذا النحو إلى أن أجرى واضع القانون المدنى الفرنسى تعديلاً لمضمون تلك المادة (أى للمادة ١١٥٢ منه ) بموجب القانون رقم ٥٩٧ / ٧٥ لسنة ١٩٧٥م منح فيه للقاضى سلطة التدخل لزيادة قيمة التعويض الاتفاقى إذا بدت له تلك القيمة تافهة جداً ، بحيث لم تعد مناسبة البتة مع حجم الضرر الحاصل، حتى ولو لم يرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً (٣) .

وأرى مع البعض ضرورة تدخل واضع القانون المدنى المصرى لتعديل نص المادة ٢٢٥ منه على غرار التعديل الذى لحق المادة ١١٥٢ مدنى فرنسى بحيث يرخّص للقاضى بزيادة قيمة التعويض الاتفاقى إذا قلت قيمته كثيراً عن قيمة الضرر الحاصل ، بحيث ينتفى بينهما التناسب إلى حد كبير وإن لم يقع من المدين غش أو خطأً جسيماً (٤) .

### المطلب الثانى

#### موقف الفقه والقضاء المصرين

#### من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

لم تحظ اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها بالعناية من جانب الفقه المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم رغم أهميتها الحيوية فى مجال التعامل ، إذ لم تتناولها المؤلفات الفقهية إلا بقدر يسير فى مجال نظرية العقد ، وذلك نظراً لعدم احتواء التقنين المدنى القديم على أية نصوص منظمة لمثل هذه الاتفاقات سواء بحظرها أو بإباحتها.

بيد أن ذلك لم يثن الفقه عن الاهتمام بالبحث فى مدى صحة مثل هذه الاتفاقات والاستهداء فى مسلكه بما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيان ، واستقر الرأى لديه على القول بصحة مثل هذه الاتفاقات فى خصوص الأخطاء اليسيرة وبطلانها فى شأن الأخطاء العمدية ( الغش ) أو الأخطاء الجسيمة (٥) .

١ إذ تنص المادة ٢٢٥ مدنى مصرى على أنه ” إذا جاور الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً ” . وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢٢٧ مدنى - بحرینى.

2 Voir : cass. com. 2 janvier 1967- Rev. trim. Dr. civ. 1969. p: 116.

3 Voir : BOCCARA “ La reforme de la clause pénale. conditions et limites de l'intervention judiciaire” . J.C.P. 1975 - I- 2742.

٤ ( انظر فى نفس المعنى : أ. د / سمير كامل ” ضمان العيوب الخفية فى بيع الأشياء المستعملة ” دراسة مقارنة بين القانون المصرى والقانون الفرنسى . ص ١١٢ ، طبعة عام ١٩٩١م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

٥ ويقصد بالخطأ اليسير La faute légère الذى لا يرتكبه الشخص المعتاد ( أى متوسط الحرص والعناية واليقظة ) أما الخطأ الجسيم La faute lourde ou grave فهو ذلك الخطأ الذى لا يقع من أقل الناس حرصاً وأدناهم حيطة وحذراً ، أو هو الخطأ الذى يبلغ حداً من الجسامه والفحش على نحو يقربه من مصاف الخطأ العمدى رغم انتفاء وصف العمد فيه . فى حين يقصد بالخطأ العمدى La faute intentionnelle ذلك الخطأ الذى يتعمد فيه أحد العاقدين الإضرار بالعاقدين الآخر .

وتتعدد مسؤولية العاقدين إذا ثبت خطؤهم العقدى أيا كانت درجته ( أى سواء كان عمداً أو جسيماً أو يسيراً ) . وقد يوحى ذلك بانعدام أية فائدة من وراء تصنيف الخطأ إلى درجاته سالفه الذكر ، غير أن هذا التصنيف لا يخلو من الفائدة ، فمن ناحية نجد أن القانون يجيز اتقاق المدين مع الدائن على إعفائه من المسؤولية = العقدية إذا

بل إن بعض الفقه المصرى أضاف شيئاً جديداً ، لم يكن مثاراً لدى الفقه والقضاء الفرنسى آنذاك ، حيث ذهب إلى القول بصحة الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية عن خطأ المساعدين أو التابعين . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى المصرى هذا المعنى قائلة إن « للمدين أن يعدل فى مدى مسؤوليته باتفاق خاص ، فله أن يشدد من أحكامها ويرتضى تحمل تبعة الحوادث الفجائية ، وله أن يخفف من هذه الأحكام باشتراط الإعفاء من الخطأ التعاقدى . ولكن الاشتراط يبطل إذا كان هذا الخطأ من قبيل الغش أو الخطأ الجسيم ، وكذلك لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ، ففى كلتا الحالتين يعتبر قيام المسؤولية الناشئة من النظام العام . ومع ذلك يجوز التأمين على المسؤولية الناشئة عن الخطأ ولو كان جسيماً ، دون المسؤولية عن الغش ويجوز أيضاً اشتراط عدم المسؤولية عن فعل الغير ، ولو كانت ناشئة عن غش يقع من هذا الغير » ( ١ ) .

وإذا كان القانون قد نص صراحة على صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية فى الحدود سالفة الذكر ، إلا أن الفقه قد اختلف حول نطاق هذه الصحة هل تشمل جميع الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزامات العقدية ، سواء ما كان منها واقعاً على الأموال أو الثروات أو واقعاً على الأشخاص فى أجسامهم أو صحتهم ، أم أنها تقتصر فقط على الاتفاق المعفى من المسؤولية العقدية عن الضرر الواقع على المال دون الضرر الواقع على الشخص . ولعل هذا الخلاف الفقهى يرجع إلى التباين فى فهم حقيقة المحل الذى ترد عليه اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الضرر الواقع على الشخص ، هل ترد هذه الاتفاقات على جسم الإنسان أو الحقوق اللصيقة بشخصه ، فيكون من شأن إباحتها إباحة المساس بجسم الإنسان ، فتكون باطلة لمساسها بجسم الإنسان الذى له حرمة مصونة تقتضى حظر أى مساس به أو اتفاق ينال منه ، وهذا ما ذهب إليه البعض من الفقهاء ( ٢ ) أم أنه اتفاق بعيد كل البعد عن المساس بجسم الإنسان أو إباحة النيل من صحته أو سلامته ، لأنه لا يرد على جسم الإنسان وإنما يرد على الحق المالى الناشئ عن المساس بجسم الإنسان أو صحته ، بحيث يقتصر أثره على حرمان المرء من حقه فى التعويض عن الضرر الناشئ عن المساس بجسم الإنسان أو سلامة صحته ، وهذا ما ذهب إليه البعض الآخر من الفقهاء ( ٣ ) .

والذى أعتقده أن ظاهر النص القانونى المجيز لصحة الاتفاق على المسؤولية العقدية فى الحدود المقررة به ( ٢/٢١٧ مدنى مصرى ) يفيد أنه جاء عاماً فيحمل على عمومه ، وجاء مطلقاً دون تقييد فيحمل على إطلاقه ، وبالتالي فينبغى أن يشمل هذا الاتفاق سواء أكان واقعاً على المال أم واقعاً على الشخص ، ولكن رغم ذلك أرى حظر مثل هذه الاتفاقات ، نظراً لما يترتب على إباحتها من مضار وخيمة يجب توقيها ، لأنها سوف تحفز المستفيدين من هذه الاتفاقات على عدم توخى جانب الحيطة والحذر فى بذل العناية المطلوبة منهم فى العقد لدرء ما قد يحف جسم الإنسان أو سلامة صحته من مخاطر محتملة ( ٤ ) .

كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعاً إلى خطئه البسيط ، وإبطاله إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى غش أو خطأ جسيم ، ومن ناحية ثانية فإنه إذا كان ثمة تأمين يغطى مسؤولية المدين العقدية ، فإنه يحرم من ميزة التغطية التى يحققها له التأمين إذا كانت مسؤوليته راجعة إلى عمدته أو غشه ( م ٧٦٨ مدنى مصرى ، م ٧٢٨ مدنى بحرينى ) ، ومن ناحية ثالثة فإن التامنى بشرئته وهو يقدر قيمة التعويض رغم أنه ملزم قانوناً بجعل قيمة التعويض على قدر الضرر دون زيادة أو نقصان ، يتأثر فى تقديره بحسب درجة الخطأ الصادر عن المدين ، فيزيد من مقدار هذا التعويض إذا ثبت أن عدم التنفيذ راجعاً إلى غشه أو خطئه الجسيم ( للمؤلف النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى البحرى ” ، ص ١٦٧ ، ١٦٨ ، طبعة رقم ٢ ، عام ٢٠٠٢م . مطبعة جامعة البحرين ) .

- ١ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى ، ج ٢ ، ص ٤٥٢ .
- ٢ انظر فى ذلك إلى : أ.د/ محمد إبراهيم دسوقى ” تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ” ص ٢٦٩ ، بدون تاريخ نشر ، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع بالإسكندرية .
- ٣ انظر فى ذلك المعنى إلى : أ.د/ ياسين محمد يحيى - اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية فى القانون المصرى والفرنسى ، ص ٧٢ ، ٧٣ .
- ٤ انظر فى نفس المعنى : أ.د/ ياسين يحيى - المرجع السابق - ص ٥٢ .



ويبرر الفقه فى مصر عدم صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء العمدية *Les fautes intentionnelles* ، بدعى أن إباحة مثل هذه الاتفاقات تذر بخطر جسيم ، لأنه سيكون من شأنها أن تجعل تنفيذ المدين لالتزامه العقدى أو عدم تنفيذه إياه رهيناً بمحض إرادته (١) ، إن شاء نفذه وإن شاء نكص عن تنفيذه ، وهذا يتنافى دون أدنى شك مع الطبيعة الفنية لتكوين العقد *La nature technique de la formation du contrat* ، فيكون البند المتضمن لمثل هذا الإعفاء باطلاً بطلاناً مطلقاً (٢) .

وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٦٧ مدني مصري على أنه « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم ».

كما تنص المادة ١١٧٤ مدني فرنسي على ذات المعنى بقولها

*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*

كما يعامل الخطأ الجسيم *La faute grave ou lourde* معاملة الخطأ العمدي ، وذلك نظراً لما فيه من فحش وجسامة تجعله مقترباً من مصاف الخطأ العمدي فهو لا يقع من أكثر الناس إهمالاً أو سذاجة ، فيقاس عليه ويعامل معاملته فى الحكم بحيث يبطل الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية المتولدة عنه مثلما يحدث بشأن الخطأ المتعمد ، لاسيماً وأن هذا من شأنه أن يجعل العاقد حريصاً على بذل قدر لازم من العناية يمثل الحد الأدنى الذي يتعين مراعاته والحرص عليه فى مجال تنفيذ الالتزامات العقدية (٣) ولو كانت أخطاءً عمدية أو جسيمة (٤) .

أما بالنسبة لموقف القضاء المصرى (٥) فقد كان حكمه قديماً على هذه الاتفاقات سواء بالنسبة للقضاء الوطنى

١ انظر فى نفس المعنى : أ. د / عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - بند ٤٢٩ ، ص ٩١٦ .

٢ انظر فى ذلك المعنى إلى كل من : د / حسين عامر " القوة الملزمة للعقد " ٢٢٧ طبعة عام ١٩٤٩م ، مطبعة مصر حيث يقول سيادته أن الغش ( أى الخطأ المتعمد ) طبقاً للقواعد العامة يفسد كل الأمور ، ثم إنه إخلال شديد بقواعد الآداب مما يتعين معه عدم إعفاء من يصدر عنه مثل هذا الغش من تبعه لجوئه إليه أو صدوره عنه .

ويقول فى نفس المعنى آخر " إن جواز الإعفاء من المسؤولية عن الغش معناه إضعاف القوة الملزمة للعقد ، حيث يجد المدين فى هذا الاتفاق طريقة للتخلص من تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وفي ذلك مخالفة للنظام العام " ( د / فوزية عبد العزيز طه الشامري " اتفاقات المسؤولية المدنية " دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصرى " ، رسالة دكتوراه ، ص ٧٦ ، كلية الحقوق . جامعة القاهرة عام ٢٠٠٠ م .

ويقول ثالث إن السبب الذي من أجله لم يجز القانون إعفاء العاقد من المسؤولية عن خطئه المتعمد أو خطئه الجسيم هو أن ذلك لا يتفق ومقتضيات مبدأ حسن النية ( د / بشري الجندي " خصائص المسؤولية المدنية العقدية " مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة ١٤ ، العدد الأول ، ص ٨٥ ) .

٣ انظر فى نفس هذا المعنى : أ. د / على حسين نجيدة " النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، ص ٢٦٦ ، مطابع البيان بدبي علم ١٩٩٤م ، أ. د / محمد علي عمران " الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته فى بعض العقود " ص ٢١٠ ، طبعة عام ١٩٨٠ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ. د / عبد الخالق حسن أحمد " الوجيز فى شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة " ، مصادر الالتزام ، ج١ ، ص ٣١٩ ، مطابع البيان بدبي عام ١٩٩٩ م .

د / حسين عامر " القوة الملزمة للعقد " ص ٢٧٧ ، طبعة عام ١٩٤٩ م ، مطبعة مصر . إذ يقول سيادته " إنه لو أعفى المتعاقد من المسؤولية عن خطئه الجسيم لانعدم التوازن الجدي الواجب توافره بين الالتزامات على العموم والتي على حسابه ( أى على حساب ذلك التوازن المطلوب ) تقوم الالتزامات المتقابلة ، = وبمعنى آخر فإن تحلل المدين من المسؤولية فى حالة الخطأ الجسيم ما يجعل العقد الأصلي بغير سبب " .

٤ انظر فى ذلك إلى : أ. د / أحمد حشمت أبو ستيت " نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى " ، فقرة ٤٨٥ ، الطبعة الأولى عام ١٩٤٥م ، أ. د / عبد السلام ذهنى " النظرية العامة للالتزامات " ، فقرة ٢٧٣ ، طبعة عام ١٩٢٥م ، أ. د / محمد صالح " أصول التعهدات " ، فقرة ٤٧ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٣٢م ، أ. د / محمود جمال الدين زكى " مشكلات المسؤولية المدنية " الجزء الثانى فى الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية " ، بند ١٠٧ ، ص ٧٨ ، مطبعة جامعة القاهرة ، طبعة عام ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

٥ أسيوط الجزئية ٤ يناير ١٩٢٠م المجموعة الرسمية السنة ٢٣ رقم ١٩ ، ص ٢٢ ، القاهرة الكلية ٢ نوفمبر ١٠ فبراير ١٩٢١م المجموعة الرسمية السنة ٢٣ رقم ١٠٢ ، ص ١٦٠ ، استئناف القاهرة ١٠ فبراير ١٩١٠م المجموعة الرسمية السنة ١١ ، رقم ٩٢ ، ص ٢٤٥ ، محكمة الاستئناف المختلطة ١٦ مايو ١٩٠٠م مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ١٢ ، ص ٢٥١ ، محكمة الاستئناف المختلطة ٢٤ مارس ١٩١٥م مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٢٤ ، ص ٢٢٨ ، محكمة الاستئناف المختلطة ٣١ يناير

أو المختلط متأثراً باتجاه القضاء الفرنسى آنذاك ، لذا فقد كان يذهب إلى القول بصحة هذه الاتفاقات متى كان الخطأ العقدى يسيراً ، وبطلانها عند وقوع غش ( أى خطأ عمدى ) أو خطأ جسيم ، وذلك سواء أكان هذا الغش أو ذاك الخطأ الجسيم قد وقع من المدين شخصياً أو من عماله أو مساعديه أو نوابه ( ١ ) .

بيد أنه بعد أن أجاز التقنين المدنى المصرى الجديد اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء اليسيرة وأبطل هذه الاتفاقات عن الأخطاء العمدية ( الغش ) أو الأخطاء الجسيمة ، بل وأجاز للمدين الاتفاق مع الدائن على إعفائه عن أخطاء مساعديه أو نوابه ولو كانت عمدية أو جسيمة لم يعد ثمة مجال لاختلاف القضاء المصرى حول صحة أو عدم صحة مثل هذه الاتفاقات .

## الفصل السادس

### الالتزام بتبصير المستهلك بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

#### المبحث الأول

#### أهمية الالتزام بتبصير المستهلك بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية

تجدر الإشارة إلى أنه نظراً لما يترتب عليه الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية فى الحدود المسموح بها قانوناً من آثار خطيرة بالنسبة للدائن ، حيث سيترتب على القول بصحة مثل هذا الاتفاق حرمانه من حقه كلياً أو جزئياً من ملاحقة المدين الذى أخل بالتزاماته العقدية بسبب خطئه الشخصى اليسير ، أو بسبب الغش ( أى الخطأ العمدى ) أو الخطأ الجسيم الصادر عن عماله أو نوابه أو مساعديه ، ومن ثم يتحمل هذا الدائن بنفسه على إثر وجود مثل هذا الاتفاق مغبة ما قد يلحقه من أضرار من جراء ذلك ، فقد بات من الطبيعى أن يلزم لنفاذ مثل هذا الاتفاق فى حقه أن يكون هذا الدائن على علم به مدركاً لحقيقته وأثره بعد القبول له ، لا سيما وأن أساس أى اتفاق وقوامه هو تحقق العلم والرضا به ( ٢ ) .

ولا غرو أن يشترط فى العلم المطلوب لصحة هذا الاتفاق المعفى من المسؤولية ، وفى القبول اللازم له ضرورة تحققهما فى مرحلة سابقة على إبرام هذا الاتفاق ، أو على الأقل فى مراحل معاصرة لقيامه ، بحيث إذا لم يتحقق هذا العلم أو ذلك القبول قبل الاتفاق على الإعفاء أو لحظة إبرامه ، فلا يكون للاتفاق أثر فى مواجهة الدائن ، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها بأنه ليس لمقاول النقل حق فى أن يحتج على المرسل L'expéditeur ببند تخفيف المسؤولية عما لحق البضاعة من تلف ، رغم ورود الاتفاق أو ذلك البند

١٩١٧ مجلة التشريع والقضاء المختلط ، السنة ٢٩ ، ص ١٨٧ ، محكمة الاستئناف المختلطة ١٥ مايو ١٩٢٠ مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٣٢ ، ص ٣٢٠ ، محكمة الاستئناف المختلط ٢٤ أبريل ١٨٩٦ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٨ ، ص ١٨٦ ، بورسعيد الجزئية المختلطة ١٩ ديسمبر ١٩٣١ جازيت المحاكم المختلطة السنة ٢٤ ، رقم ٢٧ ، ص ٣٥٠ .

١ وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية إن ” ... الاتفاق الذى تعنيه هذه المادة ( أى المادة ٢١٧ من القانون المدنى المصرى ) هو الاتفاق الذى يحصل بين الدائن المضرور وبين المدين المسئول بشأن تعديل أحكام المسؤولية الواردة فى القانون إعفاءً أو تخفيضاً أو تشديداً ، أما حيث يتفق المسئول مع الغير ليحمل عنه المسؤولية دون دخل للمضرور فى هذا الاتفاق فإن هذا يكون اتفاقاً على ضمان المسؤولية لا يؤثر على حق المضرور فى الرجوع على المسئول الأصلي ولا ينتقص من هذا الحق ” ( الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٤ ق - جلسة ٦٨/٤/٤ س ١٩ ، ص ٧٢٩ ، راجع فى ذلك قضاء النقض فى المواد المدنية للمستشار عبد المنعم دسوقي ، الجزء الثانى ، المجلد الأول ، ص ٢٦٠ ، طبعة عام ١٩٩٤ م ) .

فى عقد النقل لحظة إبرامه ، طالما لم يثبت الناقل قبول المرسل لهذا البند وقت إبرام عقد النقل (١) . وبناء على ما سبق ينبغى إثبات علم وقبول الدائن لهذا البند ، سواء برفع المسؤولية أو التخفيف منها أو تحديدها قبل إبرام العقد أو على الأقل أثناء انعقاده ، ويقع عبء إثبات ذلك كله على عاتق المدين .

وجدير بالملاحظة أن علم الدائن ببند الإعفاء من المسؤولية ( سواء برفعها أو تخفيفها أو تحديدها ) لا يفترض لمجرد وروده فى العقد أو الاتفاق الخاص بالإعفاء (٢) ، بل لابد من إثبات حصول هذا العلم فعلاً فى حق الدائن ، ولذلك كان الحكم الصادر من محكمة السين Seine مجاناً للصواب وعرضة للنقد لمخالفته ذلك المبدأ ، إذ قضى بأن البند المدرج فى لوائح أندية الطيران يفترض قبول الأعضاء له (٣) ، وشتان ما بين الافتراض La supposition والحقيقة La vérité ou la réalité ، ولذلك فقد علق البعض على هذا الحكم منتقداً إياه - وبحق - بقوله قد لا يعلم العضو بالبند المدرج فى لائحة النادي ، بل قد لا يكتربث بالعلم بهذه اللائحة برمتها ، وأنه كان من المتعين لإلزامه بالبند إثبات علمه الفعلى باللائحة ، والذى لا يمكن أن يستنتج من مجرد انضمامه إلى عضوية النادي (٤) .

وعلى أية حال فقد قطعت محكمة النقض الفرنسية Cour de cassation Française كل شك حول أهمية الالتزام بمثل هذا المبدأ ، إذ أوجبت فى حكم حديث نسبياً ضرورة مراعاته واحترامه ، فعمدت إلى إلزام قضاة الموضوع قبل إعمال شروط الإعفاء من المسؤولية بضرورة التثبت من أمرين معا : أولهما: تحقق العلم لدى من يحتج عليه بالشروط وقبوله له ، وثانيهما: أن يتحقق كل من العلم والقبول وبالشروط قبل إبرام العقد أو على الأقل لحظة إبرامه (٥) .

وبناء على ما سبق فإننى أعتقد أنه من الضرورى تدخل واضع القانون ليفرض على المدين التزاماً قانونياً عاماً فى جميع العقود التى تتضمن إعفاء من المسؤولية أو تخفيفاً منها أو تحديداً لها ( سواء أكان العقد من العقود الاستهلاكية أم من غيرها من العقود الأخرى ) بتبصير الدائن ببند الإعفاء فى المرحلة السابقة أو المعاصرة لإبرام العقد أو الاتفاق المتضمن لمثل هذه البنود وذلك للأسباب الآتية :

١. السبب الأول : إن المدين Le débiteur هو الطرف المستفيد La partie bénéficiaire من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية فى أية صورة من صورها ، وذلك نظراً لما يترتب على هذه البنود من دفع لآثار المسؤولية العقدية الثابتة فى حقه بصورة كلية أو جزئية حسب مضمون الإعفاء ، والتخلص - من ثم - من آثار ملاحقة الدائن له ، فناسب ذلك أن نلزمه قانوناً بإعلام الدائن وتبصيره بهذه البنود ، هذا فضلاً عن ضرورة إثبات علم الدائن بها وقبوله لها قبل العقد أو الاتفاق الذى وردت فيه هذه البنود .

٢. السبب الثانى : إن المدين بوصفه الطرف صاحب المصلحة فى التمسك ببند الإعفاء من المسؤولية ، يقع على عاتقه عبء إثبات وجود هذا البند ، وإثبات علم الدائن Le créateur به وقبوله إياه ، فى المرحلة السابقة أو

1 ( ) Cass . 16 juillet 1980 – J . C . P . – 1980- IV – 373.

٢ فقد يرد بند الإعفاء من المسؤولية العقدية فى العقد الأسمى المبرم بين الدائن والمدين مثل أن يرد فى عقد النقل ، وقد يرد فى اتفاق لاحق مستقل عن العقد للتعديل من آثار هذا العقد ، وفى كلتا الحالتين يقع على عاتق المدين عبء إثبات علم الدائن بالبند وقبوله له قبل إبرام العقد أو الاتفاق.

٣ محكمة السين الكلية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦٢ المجلة الفرنسية للقانون الجوى ١٩٦٣ ، ص ٩٧ .

٤ انظر فى ذلك إلى الأستاذ الدكتور - محمود جمال الدين زكى فى مؤلفه ” مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الثانى هامش ص ١٥ .

5 ( )Cass.civ. 3 décembre 1985. Rev. trim. dr. civ. 1985 .. p : 111 .

المعاصرة لإبرام العقد أو الاتفاق ، فكان من الطبيعى أن يلتزم بإعلان الدائن وتبصيره بهذه البنود ، وذلك نظراً لما تنطوى عليه هذه البنود من آثار خطيرة تمس مصالح الدائن .

٣. السبب الثالث : إن إيجاب التزام بتبصير الدائن على عاتق المدين على النحو آنف البيان يعد من الأمور التى تتناغم مع روح مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء - بوصفها تمثل بموجب الدستور المصدر الرئيسى من مصادر التشريع المصرى أو مصدرراً رئيسياً من مصادر التشريع البحرينى بصفة عامة ، بل وتمثل أيضاً المصدر التاريخى الجوهرى للالتزام بالإعلام والتبصير فى المرحلة السابقة على التعاقد فى كل العقود - التى توجب على العقادين مراعاة جانب الصدق والبيان عند التعامل فى المرحلة السابقة أو على الأقل أثناء الفترة المعاصرة لقيام وإبرام التعاقد بينهما ، حتى ينشأ التعاقد بين الطرفين على أساس من المصارحة والمكاشفة بالقدر الذى يمكن طرفى العقد من تكوين رضا حر وواع ومستتير **Consentement libre, concient et éclairé** بكل ما يتصل بالعقود من معلومات جوهرية **Informations essentielles** ، الأمر الذى يساعد على استقرار المراكز القانونية الناجمة عن هذه العقود .

٤. السبب الرابع : إن اتجاهها نؤيده فى الفقه والقضاء الفرنسين يعتقد أن مبادئ الأمانة وحسن النية **Principes d'honnêteté et de la bonne Foi** التى ينبغى أن تسود العلاقات القانونية بين الأشخاص ، لتوجب وتملى على المدين أن يبصر الدائن ببند الإعفاء من المسؤولية ، وذلك نظراً لما يتضمنه هذا البند من خطورة تمس حقوقه ومصالحه (١) ، حيث يعد مبدأ حسن النية **Principe de la bonne Foi** ( الذى لا يقتصر نطاقه وحسب على مرحلة تنفيذ العقد ، بل يمتد ليشمل المرحلة السابقة على إبرام العقد ) أحد المبادئ العامة للقانون فى كل دول العالم فى ميدان التعامل.

ولا يقدر فى أهمية وضرورة فرض مثل هذا الالتزام القانونى العام بالإعلام والتبصير بشأن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية ، وجود ذلك الاتجاه الذى يدعوى فى بعض العقود على الصعيد التشريعى والفقهى والقضائى إلى الحد من إعمال وتطبيق مثل هذه الاتفاقات فى كثير من المجالات ، كما هو الحال فى تقرير بطلان اتفاقات رفع المسؤولية فى عقد النقل **contrat de transport** سواء بالنسبة لعقد النقل البرى **contrat du transport terrestre** لاسيماً بالنسبة للنقل عن طريق (٢) ، وذلك بموجب اتفاقيتى برن **Berne** فى ٢٥ أكتوبر عام ١٩٥٢ للنقل بالسكك الحديدية ، إحداهما لنقل البضائع وتختصر تحت اسم هذه الحروف الآتية **C.I.M** ، وثانيهما لنقل المسافرين وأمتعتهم وتختصر تحت اسم هذه الحروف **C.I.V** (٣) ، أو كان هذا البطلان وارداً بشأن عقد النقل البحرى، **contrat du transport maritime** وذلك بموجب اتفاقية بروكسل **Bruxelles** فى ٢٥ أغسطس ١٩٢٤ الخاصة بالنقل البحرى الدولى للبضائع(٤) . أو كان

1 Cour d'appel de Limoges 18 janvier 1973- J.C.P. 1973 - II- 17339. observations. HENRY MAZEAUD.et JUGLART Michel : L'obligation de renseignements dans les contrats , Rev. trim. Dr. civ. 1945 .. P : I et s.

٢ وإن كان بعض الفقهاء يرى أن مثل هذه النتائج تنسم بالخطورة ولا يمكن التسليم بها فى مجال عقد النقل ، وينتهى إلى القول ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية فى جميع الحالات التى لا تدخل فى حالات الإعفاء القانونى . ( أى حالة القوة القاهرة أو خطأ الغير أو العيب الذاتى فى البضاعة أو خطأ المضرور ذاته ) ( انظر فى ذلك إلى : أ. د. / حمد الله محمد حمد الله « عقد النقل » بند ٥٦ ، ص ٥٦ ، طبعة عام ١٩٩٧م/١٩٩٨م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ) .

٣ انظر فى ذلك إلى روديير **Rodiere** قانون النقل ج ٢ فقرة ٢٨٢ وانظر إلى اتفاقية برن **Bern** الإضافية فى ٢٦ فبراير عام ١٩٦٦ .

4 MAZEAUD et CHABAS : La responsabilité .. T : 3 .. N : 2539.

وانظر إلى اتفاقية بروكسل فى ٢٩ أبريل عام ١٩٦١م الخاصة بالنقل البحرى للمسافرين والتى ألغت فرنسا الانضمام إليها فى ١٢/٣/١٩٧٥م مشار إلى ذلك لدى : MAZEAUD et CHABAS : Lecons de droit civil. T : 2 . obligations .. N: 636.

البطلان متعلقاً أيضاً بعقد النقل الجوى **contrat du transport aérien** ، وذلك بموجب اتفاقية وارسو **Varsovie** فى ١٢/١٠/١٩٢٩م المعدلة أو المكملة بروتوكول لاهاي **protocole de Lahaya** فى ١٨/٩/١٩٦٧ وبروتوكول جواتيمالا **protocole de Guatemala** فى ٨/٩/١٩٧١ (١) .

ذلك أن الأصل العام فى ظل غياب النص القانونى المنظم لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية فى عقد النقل البرى سواء أكان محله نقل أشخاص **Personnes** أو نقل بضائع **Marchandises** أنه يجوز للناقل اشتراط إعفائه من المسؤولية عن أخطائه اليسيرة دون أخطائه العمدية أو أخطائه الجسيمة ، ويقع على عاتق المرسل **Expéditeur** أو المرسل إليه **Destinateur** عبء إثبات غش الناقل أو خطئه الجسيم ، كما يمكن للناقل أيضاً أن يتفق على إعفائه من المسؤولية عن أخطاء تابعيه ولو كانت عمدية أو جسيمة ، وفقاً لقواعد القانون المنى المصرى الواردة فى المادة ٢١٧ / ٢ منه ، التى تمثل قواعد الشريعة العامة أو القواعد صاحبة الولاية العامة داخل نطاق فروع القانون الخاص بصفة عامة ، وفى نطاق القانون التجارى بصفة خاصة (٢) .

كما لا يؤثر فى أهمية فرض هذا الالتزام بالتبصير عند الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية اتجاه واضع القانون الفرنسى فى مجال حماية المستهلك بمقتضى القانون الصادر فى ١٠ يناير ١٩٧٨ إلى تخويل الجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى لجنة البنود التعسفية **La commission des clauses abusives** ( التى تتألف من خمس عشرة عضواً من قضاة وممثلين للإدارة وفقهاء فى القانون وممثلين عن جمعيات المستهلكين عملاً بالمادة ٣٦ من هذا القانون الصادر فى ١٠ يناير عام ١٩٧٨ ) سلطة منع أو تضييق أو تنظيم تلك البنود التى تتعلق برفع المسؤولية أو تخفيفها عن البائع المهنى فى مواجهة المستهلك غير المهنى ، وذلك إذا قدرت تلك الجهة الإدارية أن هذه البنود بنوداً تعسفية **Clauses abusives** (٣) .

فضلا عن اتجاه واضع القانون الفرنسى بصدد عقد إيجار المساكن ( وذلك فى القانون الجديد الصادر فى ٢٢ / ١٢ / ١٩٨٦م الذى ألغى القانون الصادر فى ١٢ / ٦ / ١٩٨٢ ) إلى اعتبار أحكام هذا القانون متعلقة بالنظام العام ، الأمر الذى يؤدى إلى بطلان أى اتفاق يقصد منه التضييق أو التخفيف من التزامات المؤجر المنصوص عليها فيه أو من المسؤولية المترتبة على إخلاله بهذه الالتزامات (٤) .

وكذلك اتجاه واضع القانون فى كل من فرنسا ومصر والبحرين إلى بطلان كل شرط أو بند يرد بقصد إعفاء المهندس المعمارى ومقاوول البناء من الضمان العشرى **La garantie decennale** (٥) وكذلك الحال بالنسبة للضمان الثنائى **La garantie biennale** الذى يتعلق بسلامة التجهيزات المركبة بالبناء ، وهو ضمان موجود فى فرنسا فقط ، ومدته عامان .

وكذلك اتجاه القضاء الفرنسى إلى إبطال أى بند يترتب عليه الإعفاء من المسؤولية أو الضمان الذى يرد على عاتق

1 MAZEAUD et CHABAS: «La responsabilité» T. 3. N : 2531 et 2539.

٢ وإن كان من الفقه من يرى أن مثل هذه النتائج المترتبة على جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فى عقد النقل تتسم بالخطورة ، ومن ثم لا يمكن التسليم بها فى مجال عقد النقل ، ثم يخلص فى النهاية إلى القول ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية فى جميع الحالات التى لا تدخل فى حالات الإعفاء القانونى ( أى فى حالة القوة القاهرة أو خطأ الغير أو العيب الذاتى للبضاعة أو خطأ الضرور ذاته ) انظر فى ذلك إلى : أ.د / حمد الله محمد حمد الله « عقد النقل » بند ٥٦ ، ص ٥٦ ، طبعة عام ١٩٩٧ / ١٩٩٨م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

3 GHSTIN Jacques : Les obligations . N : 607 et 608.

٤ ( انظر فى ذلك إلى جريدل **Gridel** النظام العام لإيجار المسكن لقانون ٢٢ يونيو عام ١٩٨٢ دالوز ١٩٨٢ فقه ص ٢٠١ . وانظر إلى سانت آلارى - **Alry** الحق فى المسكن والعلاقات الجديدة ، دالوز ١٩٨٢ فقه ص ٢٣٩ ) .

٥ انظر فى ذلك إلى المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ، وإلى المادتين ٦٥١ ، ٦٥٢ مدنى مصرى ، ٦٢٠ ، ٦١٥ مدنى بحرينى .

البائع المهنى **Le Vendeur professionnel** وذلك بوصفه نتيجة طبيعية لاتجاهه إلى اعتبار البائع المهنى ( سواء أكان صانعاً أم يبيعه أو تاجراً فيه فقط ) عاماً بما فى المبيع من عيوب خفية **vices cachés** ، ومن ثم فقد عامله القضاء معاملة البائع سيئ النية **Le vendeur qui aurait de mauvaise** . (١) **foi**

1 voir: Cass . civ . 5 mai 1982. D1982 – informations rapides – p : 358 et cass . civ. 3 Janvier 1984- J.c. p. 1984- Ivv٩-.



## المبحث الثاني

### كيفية تنفيذ المدين لالتزامه بالتبصير فى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية

إن تنفيذ المدين لالتزامه بالتبصير قبل أو لحظة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية فى الحدود المسموح بها قانوناً ، وفى أى صورة من صور الإعفاء ( أى سواء برفع هذه المسؤولية كلية أو بصورة جزئية بالتخفيف من أثرها أو بتحديدتها ) يقتضى من جانب المدين إثبات هذين الأمرين معاً ( ١ ) :

١- الأمر الأول : إثبات علم الدائن وقبوله لبند الإعفاء من المسؤولية :

ينبغى على المدين الذى يريد الاحتجاج فى مواجهة دائته بهذا البند ، أن يثبت علم الدائن ببند الإعفاء ، وذلك بقيامه بإعلامه به بوسيلة ما من الوسائل التى تساعد الدائن على الإحاطة بمضمون البند ، على نحو يمكنه من تقدير خطورته ومعرفة أبعاده وأثره على حقوقه ومصالحه ، ولا يلزم أن يتحقق التبصير أو الإعلام بصورة محددة أو بوسيلة معينة أو فى شكل خاص ، بل يتحقق هذا الإعلام أو ذلك التبصير بكل وسيلة تهيئ للدائن سبيل العلم بالبند على نحو قاطع وأكد .

ولا شك أن تقدير مدى كفاية أو عدم كفاية الوسيلة المتبعة فى التبصير أو الإعلام فى تحقيق العلم فى جانب المدين ، يعد من مسائل الواقع التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع ، والتى لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض أو التمييز ، وذلك متى أقام قضاءه فيها على أسباب سائغة ومقبولة .

ويترتب على ما سبق أنه لا يمكن إلزام الدائن بأى بند من بنود الإعفاء المسؤولية ، ما دام لم يثبت المدين علم الدائن به وقبوله له ، وتطبيقاً لذلك فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية محكمة الموضوع فيما خلصت إليه فى حكمها ، والذى رفضت فيه إلزام العميل ببند رفع المسؤولية الذى كان مطبوعاً على ظهر الإيصال الذى سلمته إياه إدارة المصبغة عن ثوب تسلمته من العميل لصباغته ، وذلك لعدم ثبوت علم العميل بالبند ، وعدم قبوله له ، ومن ثم فقد ألزمت محكمة الموضوع الإدارة بدفع التعويض عن الأضرار التى لحقت بالعميل ( ٢ ) .

كما قضت محكمة استئناف ليون Lyon بأنه ليس للبنك الحق فى أن يدفع مسؤوليته عن ضياع الأوراق المالية ، وذلك من خلال تمسكه فى ذلك ببند رفع المسؤولية المدرج ضمن شروط إيداع السندات ، وذلك فى الدعوى التى رفعها عليه عميله ، إلا إذا أثبت البنك علم العميل بهذا البند وقبوله له فعلاً ، وأن يكون إثبات الرضاء به على نحو مؤكد ( ٣ ) .

وقضت محكمة استئناف باريس Paris بأنه ليس لشركة عربات التبريد الحق فى الاحتجاج على عميلها ببند رفع المسؤولية المدون فى شروطها العامة ، مادامت لم تقم الدليل على قبوله لهذا البند على نحو صريح ( ٤ ) .

وذهبت محكمة استئناف ليون Lyon على أنه ليس لصاحب الجراج الذى عجز عن إثبات علم العميل ببند

١ تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد أعربت عن اشتراطها لهذين الأمرين معاً فى أحد أحكامها ، حيث إنها قد أوجبت على محكمة الموضوع فيه أن تتحقق قبل إعمال أو تطبيق بند الإعفاء من المسؤولية من ثبوت أمرين معاً ، أولهما أن العاقد الذى يتمسك ضده ببند الإعفاء قد علم بالبند وقبله ، وثانيهما أن العاقد قد قبل هذا البند قبل إبرام عقد البيع ( HEMAND et BOULOC ) . كما أشارت محكمة النقض الفرنسية أيضاً إلى هذين الأمرين فى حكم آخر قالت فيه ، إن محكمة الاستئناف بعد ان كشفت عن وجود عيب خفى فى المبيع ، تستطيع أن تقدر أن البائع لم يقدم الدليل على أن المشتري قد علم ببند تخفيف الضمان قبل إبرام عقد البيع والذى يظهر على ظهر الفاتورة ( voir : Cass . civ ٢٨ avril ١٩٧١ - J . C . P - ١٩٧٢ - II - ١٧٢٨٠ ) .

2 voir : Cass . civ . 7 décembre 1936- Dalloz Hebdomadaire 1937.. P : 17.

3 voir : Cour d' appel de LYON 4 juin 1945 - Gazette du palais 1945-II- 75.

4 voir : Cour d'appel de Paris 17 mai 1956 - Dalloz 1957 .> p. 63.



تخفيف المسؤولية وقت إيداع سيارته ، من حق فى التمسك بهذا البند الذى تضمنته لأئحته الداخلية المقننة عن طريق النقابة ، لمجرد أن صاحب الجراج قد علق هذا البند بجدران جراحه ، إذ ينبغى إثبات علم العميل به فعلاً إما بلفت انتباهه إليه ، أو بظهوره واضحاً فى تذكرة الإيداع المسلمة إليه (١) .

وكما رفضت محكمة استئناف ليموج Limoges احتجاج شركة الطيران ببند رفع المسؤولية المدرج بلوائحها ، وذلك فى دعوى تعويض رفعها مستأجر إحدى الطائرات بقصد التنزه ، حيث أصيب بإصابات خطيرة من جراء عيب بالطائرة أدى إلى سقوطها ، وذلك على أساس أن الشركة لم تقدم دليلاً على علم المستأجر بالبند وبقبوله له ، ولا يكفى - من ثم - فى مقام دفع المسؤولية مجرد إدعاء الشركة بأن هذا البند من البنود المدرجة فى كل لوائح أندية الطيران الفرنسية ، وأن المدعى عضو فى أحد هذه الأندية (٢) .

مدى كفاية بعض وسائل الإعلام فى تحقيق العلم ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية :

يثور التساؤل فى مجال العلم ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية حول مدى كفاية اللافتات أو الإعلانات Les affiches التى يعلقها المدين فى محاله ومواطنه التى يرتادها الدائنون من العملاء ، هل من الممكن أن نعتبر أن المدين قد نفذ التزامه بالإعلام أو التبصير فى مواجهة دائته ، لمجرد قيامه بعمل لافتات أو إعلانات تشير بوضوح إلى بنود الإعفاء من المسؤولية ؟ هذا بالإضافة إلى أنه إذا حدث فى أحد الفروض أن سلم المدين عميله ورقة مكتوبة مدرجاً بها بند الإعفاء من المسؤولية ، فهل يكفى ذلك فى تحقيق علم العميل بالبند أم لا ؟

بداية ينبغى الإشارة إلى أنه لا يشترط فى إعلام العميل بالبند أن يتحقق ذلك الإعلام أو التبصير فى شكل معين أو فى صورة خاصة ، فالمهم أن تكون الوسيلة كافية فى تحقيق مقصودها ، وهو إعلام الدائن وتنويره ببند الإعفاء على نحو واضح وصريح ، الأمر الذى يساعد على تحقيق الرضا به من جانب الدائن العميل .

ولذلك فإننى أعتقد أن وجود اللافتات أو الإعلانات معلقة على جدران حوائط المدين أو تسليم هذا المدين لدائته ورقة مكتوبة تحمل بند الإعفاء من المسؤولية ، قد يفترض معه علم الدائن بالبند ، وقد يفترض معه عدم علمه به ، ولا يمكن أن يقوم العلم المفترض مقام العلم الفعلى والحقيقى ، خاصة وأن للعلم بالبند وبقبوله له آثاراً خطيرة تمس مصالح الدائن ، ومن ثم فلا يمكن أن نلزم الدائن ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية ، رغم ما يترتب عليه من آثار خطيرة لمجرد وجود لافتات أو إعلانات ورد بها مثل هذا البند ، بل من الواجب أن يتحقق العلم الفعلى والرضا الصحيح والمستنير بالبند حتى نلزم الدائن به ، وذلك وفقاً للقواعد العامة للرضا ، وهذا مما لا يمكن تحقيقه إلا بعد ثبوت العلم الفعلى والحقيقى بالبند المراد الاحتجاج بالإعفاء منه .

ولعل تحقيق ذلك يقتضى أن يتخذ المدين سلوكاً معيناً تجاه عميله فى سبيل إعلامه به ، كأن يقوم بلفت انتباه العميل إلى البند الوارد بالورقة التى سلمها إليه أو تنبيهه إلى البند المعلق على جدران وحوائط المدين فى لافتات أو إعلانات ، ومن ثم فإن وجود لافتة أو إعلان أو حتى تسليم المدين ورقة تتضمن بند الإعفاء ، لا يكفى بمجرد فى تحقيق علم الدائن بالبند ، هذا ما لم يثبت المدين أنه قد قام فعلاً بلفت انتباه عميله إلى هذا البند المعلق فى اللافتة أو الوارد بالإعلان أو بالورقة التى سلمها إليه ، وأن العميل قد قبل هذا البند بعد العلم به ، سواء كان القبول قبولاً صريحاً **Concentement expres** ( وذلك يتحقق بإعلان الموافقة عليه صراحة بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة ، أو كان قبولاً ضمناً **Concentement tacite** بحيث يستفاد من السكوت **Le**

1 voir : Cour d'appel de LYON 25 avril 1967 - J. c. p. 1968 - II- 1532 . note. Guyon.

2 voir : Cour. d'appel LIMOGES 13 janvier 1973 - J. C. P. 1973 - II - 1973 . note . HENRY MAZEAUD.

silence أو عدم الاعتراض على البند رغم العلم به ) .

ولعل هذا الذى ارتأيته قد استقر عليه القضاء الفرنسى فى العديد من أحكامه ، فقد ذهبت محكمة استئناف كولمار Colmar فى عام ١٩٥٣ إلى القول بأنه ليس لصاحب الجراج الحق فى الاحتجاج على العميل ببند تحديد المسؤولية ، بدعوى أن البند كان قد ورد بطريقة ظاهرة فى الإعلانات الملصقة بجدران الجراج وحوائطه ، وأن العميل من مقاولى النقل الذين يعتادون ارتياد الجراجات ، هذا ما لم يثبت صاحب الجراج أن العميل قد علم بهذا البند فعلاً وقبله بعد العلم به (١) .

وذهبت إلى نفس المعنى محكمة استئناف ليون Lyon حيث قضت بحق النزىل فى الرجوع بالتعويض على صاحب الفندق بسبب سرقة أمتعته التى كانت على سقف سيارته داخل جراج الفندق ، ولم تعر اهتمامها لتمسك صاحب الفندق ببند التخفيف من المسؤولية المدرج بالإعلانات الملصقة بجدران وحوائط الجراج ، طالما لم يثبت صاحب الفندق علم هذا النزىل بالبند ، أو أن حارس الجراج قد لفت انتباهه Attirer de son attention إليه أو كان البند ظاهراً بطريقة واضحة فى قسيمة الإيداع التى سلمت إليه (٢) .

وقضت محكمة نانسى Nancy بأنه ليس من حق البائع التحلل من التزامه بضمان العيوب الخفية ، لمجرد قيامه بتعليق لافتة تحمل هذا المعنى ، ما لم يثبت علم المشتري بها ، وذلك بإثبات أن اللافتة فعلاً كانت موجودة فى اليوم والساعة التى تم فيها البيع وأن المشتري قد رآها (٣) .

ولقد أجمع الفقه الفرنسى على عدم كفاية اللافتات أو الإعلانات التى يلصقها أصحاب الفنادق أو يعلقونها فى مداخل فنادقهم وفى مكاتبهم وبجميع غرف النزلاء فى دفع المسؤولية الملقاة على عاتقهم فى خصوص حفظ الأشياء الخاصة بهؤلاء النزلاء والمنصوص عليها فى المادة ١٩٥٣ مدنى فرنسى (٤) (المعدلة بقانون ١٨ أبريل ثم بقانون ١٨ سبتمبر ١٩٤٨) وذلك على أساس أن وجود مثل هذه اللافتات أو تلك الإعلانات لا يقطع فى علم النزلاء بها (٥) .

ويرى جانب من الفقه المصرى - نؤيده - أنه بخصوص التذاكر Les tickets التى تسلم إلى العملاء للدخول إلى حلبات السباق أو المعارض أو الألعاب الحديدية أو المباريات الرياضية ، وما يرد بها من بنود لرفع المسؤولية أو تخفيفها ، فإنها لا تكفى بمجرد علم العملاء بها عند تسلمهم للتذاكر ، حتى يمكن اعتبار تسليم التذاكر بعد العلم بهذه البنود قبولاً ضمناً لها (٦) .

٢- الأمر الثانى : إثبات قبول الدائن لبند الإعفاء قبل إبرام العقد أو الاتفاق :

ينبغى لإلزام الدائن ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية فى حدودها الجائزة قانوناً أن يثبت المدين - فضلاً عن إثبات علم الدائن وقبوله للبند - تحقق هذا العلم وذلك القبول فى المرحلة السابقة أو المعاصرة لإبرام العقد الأصلى المبرم بين المدين والدائن أو الاتفاق اللاحق للعقد الوارد به بند الإعفاء .

ولا شك أن هذا الاشتراط أمر تقتضيه القواعد العامة للرضاء ، ذلك أنه لى نلزم عاقداً ببند ما ورد فى العقد

1 voir : Cour d'appel de Colmar 25 mars. D. 1953- Jurisprudence - P : 375.

2 voir : Cour d'appel de LYON 1950 - D. 1951.. P : 2.

3 Cour de NANCY 1 juillet 1924 - Gazette du palais 1924 - I - 688.

٤ وجدير بالذكر أن هذه المادة تقابل المادة ٧٢٧ من القانون المدنى المصرى ، وتقابل المادة ٦٧٥ مدنى بحرينى ، والمادة ٧٢٣ مدنى كويتى .

٥ مشار إلى ذلك لدى أ . د . / محمود جمال الدين زكى "مشكلات المسؤولية المدنية" ج٢ بند ٨٩ ص ٢٤ .

٦ أ . د . / محمود جمال الدين زكى "مشكلات المسؤولية المدنية" ج٢ بند ٨٨ ، ص ٢٣ .

أو ورد فى اتفاق لاحق على العقد ، لا بد أن يقبل هذا العاقد ذلك البند قبل قيام هذا العقد أو ذلك الاتفاق ، ويقع على عاتق من يريد الاحتجاج بهذا البند عبء إثبات ذلك ، إذ لا يمكن أن نلزم الدائن ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية دون أن تتجه إليه إرادته بقبوله إياه بعد العلم به ، ومن غير أن يحدث ذلك فى وقت يعتد فيه بهذا القبول أو الرضا ، ألا وهو الوقت السابق أو المعاصر لإبرام العقد أو الاتفاق الوارد به هذا البند .

فعلى سبيل المثال إذا علم النزيل ببند الإعفاء من المسؤولية بعد صعوده إلى غرفته داخل الفندق ، فمثل هذا العلم يكون قد جاء لاحقاً على إبرام العقد بينه وبين صاحب الفندق ، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به فى مواجهة النزيل ، بعكس الحال إذا أعلمه صاحب الفندق بهذا البند قبل إبرام العقد أو لحظة إبرامه بأية وسيلة تمكنه من إثبات حصول العلم والقبول للبند من جانب النزيل فى الوقت اللازم لصحة الاحتجاج ببند الإعفاء من المسؤولية ، فإنه يستطيع عندئذ التمسك فى مواجهة النزيل بهذا البند لإعفائه من المسؤولية.

ولقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها بوضوح ضرورة إثبات تحقق علم الدائن بالبند وقبوله له فى المرحلة السابقة أو المعاصرة للاتفاق أو العقد الوارد به هذا البند ، ذلك أنها بعد أن أوجبت على قضاة الموضوع التثبت من علم المدين بالبند وقبوله له ، أوجبت عليهم أيضاً ضرورة التحقق من ثبوت هذا العلم وذلك القبول معاً فى المرحلة السابقة على تكوين هذا العقد أو على إبرام الاتفاق اللاحق على هذا العقد ، وذلك قبل أن ينظروا فى إعمال وتطبيق بند الإعفاء من المسؤولية الوارد فى هذا العقد أو الاتفاق (١) .

كما أشارت أيضاً إلى نفس المعنى فى حكم آخر معلنة فيه بوضوح أن مقال النقل لا يمكنه التمسك ببند تخفيف المسؤولية لدفع آثار المسؤولية العقدية الثابتة فى حقه نتيجة لما لحق البضاعة من تلف أثناء عملية النقل ، مادام أنه لم يثبت أن المرسل قد قبل هذا البند وقت إبرام العقد (٢) . ومن ثم فمن الطبيعى ألا يلزم المدين دائنه ببند الإعفاء إذا ثبت أن الدائن لم يعلم به أصلاً إلا بعد إبرام العقد وقيامه .

ومن هذا المنطلق فقد اتجه الفقه والقضاء الفرنسيان إلى رفض قبول الاحتجاجات المقدمة من أصحاب الفنادق ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية تجاه النزلاء الذين لم يعلموا بهذه البنود إلا بعد إبرام العقود ، ما دام قد ثبت أن النزلاء كانوا يجدون هذه البنود مدرجة فى أوراق وإعلانات ملصقة بجدران وحوائط الغرف داخل الفندق بعد إبرام العقد مع أصحاب الفنادق ، ومن ثم لا يتحقق لهم العلم بها إلا بعد التعاقد ، ولذا لا يمكن الادعاء بقبولهم لمثل هذه البنود على نحو يجيز لأصحاب الفنادق الاحتجاج بها عليهم (٣) .

وقد استقر القضاء الفرنسى فى مجال النقل البرى (٤) والنقل الجوى (٥) سواء فى أحكامه القديمة أو أحكامه

1 voir : Cass. civ. 1985- Rev. trim. dr. civ. 1987.. P : 111. note. Jean . HEMARD et BOULOC.

2 Cass. civ. 16 juillet 1980 – J. C. P. 1980 – IV – 373.

٣ انظر فى ذلك إلى : لافون Lafon العقد بين صاحب الفندق والنزيل رسالة دكتوراه جامعة تولوز Toulouse عام ١٨٩٩ ، ص ١٨٢ ، فاسيل Vasselie مسؤولية صاحب الفندق . رسالة دكتوراه بجامعة باريس عام ١٩٠٧ ، ص ١١٤ ، ١١٣ ، ١١٢ ، ساروت Sarraute العلاقات القانونية بين صاحب الفندق = والنزيل رسالة تولوز Toulouse عام ١٩١٢ ، ص ١٢٨ . وانظر فى مسلك القضاء الفرنسى إلى ( استئناف ليون Lyon ، ١٢ يوليو ١٩٥١ ، دالوز ١٩٥١ مختصر ص ٢ ، ومحكمة تولوز Toulouse المدينة ٤ يونيو ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ ، ص ٧٦٩) . مشار إلى ذلك لدى أ.د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - ص ٢٧ وما بعدها .

٤ استئناف باريس Paris ، ١٧ ديسمبر ١٩٢٧ ، مجلة القانون البحرى المقارن ملحق جزء ٦ ص ٢٠١ ، استئناف - باريس ٣ مايو ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ قضاء ص ٢٨٣ ، استئناف باريس ٢٢ مارس ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٤ - ٢-٥٦ ، استئناف باريس ٢٨ نوفمبر عام ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٦ - ١-١٢٤ ، نقض فرنسى ٢٨ فبراير ١٩٠٠ دالوز سيرى ١٩٠٠ - ١-٢٠٩ . مشار إلى ذلك لدى : أ.د/ محمود جمال الدين زكى ، ص ٣٥ وما بعدها .

٥ محكمة السين Seine المدينة ٢٧ مارس ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٤ - ١-٦٨٦ ومحكمة السين التجارية ٣٠ يوليو ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ قضاء ص ٥٢ ، استئناف باريس ٢٣ يوليو ١٩٢٧ دالوز الأسبوع ١٩٢٧ ص ٤٥٨ ، استئناف روان Rouen المدينة ٢ أبريل ١٩٤٧ المجلة الفرنسية للقانون الجوى ١٩٤٧ ص ٢٢٧ . وانظر إلى الأحكام الحديثة الآتية :

الحديثة ، على أنه يجب على مقاولى النقل لقبول احتجاجاتهم وتمسكهم ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية فى أى صورة من صور الإعفاء ، إقامة الدليل على علم العملاء وقبولهم لهذه البنود ، فضلاً عن ضرورة إثبات تحقق هذا العلم وذلك القبول فى المرحلة السابقة على إبرام عقد النقل ، ولا يكفى فى هذا المقام فى سبيل الاحتجاج بهذه البنود الاكتفاء بمجرد ادراج مثل هذه البنود فى تذاكر مطبوعة تصدرها شركات النقل ، وتعتمد إلى تسليمها عادة إلى العملاء بعد إبرام عقد النقل .

وتجدر الإشارة إلى أنه مما يعاب على محكمة النقض الفرنسية فى هذا المقام اتجاهها فى أحد أحكامها إلى القضاء بأن استلام المسافر لتذكرة الطائرة وصعوده إليها ، يفيد على سبيل القطع قبوله لما تضمنته التذكرة من شروط ، ومن بينها بند رفع المسؤولية ، حتى وإن كان العقد قد أبرم بطريق المسرة ، ولم يتسلم المسافر التذكرة إلا عند السفر ، منتقدة فى ذلك حكم محكمة الاستئناف (استئناف باريس) التى كانت قد قضت بأن بند الإعفاء ينبغى أن يكون المسافر قد قبله فعلاً ، وأن هذا القبول لا يستتج من مجرد كون البند مدرجاً بتذكرة السفر التى سلمها له الناقل لإثبات عقد النقل ، لا سيما وأن هذه التذكرة لم تحمل توقيع المسافر ، وأنه لم يتمكن من العلم بما كان مدوناً فيها قبل إبرام عقد النقل الذى تم بطريق المسرة (١) .

وأعتقد - حسب ظنى - أن قضاء محكمة استئناف باريس فى هذه القضية كان صائباً ، إذ أنه يتسق ويتناغم مع القواعد العامة فى التراضى ، فمن غير المقبول عدالة ومنطقاً إلزام المسافر ببند الإعفاء من المسؤولية على الرغم من عدم تحقق علمه به إلا بعد إبرام العقد .

ويذهب رأى فى الفقه المصرى - نؤيده - إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد فاتها فى خصوص هذه الدعوى أن المسافر قد تسلّم التذكرة بعد إبرام العقد بطريق المسرة ، ومن ثم فإن العقد يكون قد تم بين العاقدين بطريق اللفظ أو القول خالياً من بند الإعفاء من المسؤولية (٢) .

ومما لا شك فيه فإن للمدين الحق فى إثبات علم الدائن ببند الإعفاء من المسؤولية وقبوله له قبل إبرام العقد بكافة طرق الإثبات ، وذلك نظراً لاتصال هذا الإثبات بوقائع مادية *Faits matériels* ، ومن ثم يجوز له إثباتها بكافة الطرق ، هذا فضلاً عن أن تقدير ذلك الإثبات مما يخضع فى الحقيقة لتقدير قاضى الموضوع الذى له أن يقضى فيه حسبما يترأى له ، دون أن يخضع فيه لرقابة محكمة النقض أو التمييز ، متى كان قضاؤه قائماً على أسباب سائغة ومقبولة .

ولذلك فقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية برفض احتجاج الناقل ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية فى مواجهة عميله ، ، وذلك على الرغم من ورود البند فى الإيصال الذى تم تسليمه إلى العميل قبل إبرام العقد ، حيث ارتأت المحكمة أن ورود البند فى الإيصال الذى سلم للعميل قبل

- نقض فرنسى ٩ أكتوبر ١٩٨٤ .

- استئناف باريس ٥ يناير عام ١٩٨٢ .

- استئناف باريس ١٤ مايو عام ١٩٨٤ .

- استئناف باريس ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٢ .

- استئناف روان Rouen ٣٠ مايو ١٩٨٤ .

- استئناف تولوز Toulouse ٣٠ نوفمبر ١٩٨٢ .

مشار إلى تلك الأحكام لدى أ. د / محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - هامش ص ٢٢ وما بعدها .

1 voir: Cass. civ. 9 mars 1942 - Gazette du palais 1942 - II - 264. et cour d' appel de Paris 23 juillet 1937 D. H. 1937. P : 458.

٢ أ. د / محمود جمال الدين زكى "مشكلات المسؤولية المدنية" ج ٢ بند ٩١ ، ص ٢٩ هامش طبعة عام ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م . دار النهضة العربية .

العقد لم يكن كافياً فى تحقيق العلم به ، وذلك نظراً لثبوت كتابة هذا البند بحروف صغيرة جداً وذات لون رمادي باهت ، فضلاً عن وروده فى ورقة متسخة لا يستطيع أن يقرأها إلا شخص يتمتع بقوة إبصار كاملة (١) .

فى حين أن محكمة أخرى ذهبت إلى إلزام العميل ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية ، وذلك على الرغم من كتابة البند بحروف صغيرة والذى سلم إلى العميل قبل العقد ، حيث قدرت المحكمة كفاية ذلك فى إثبات تحقق علم العميل بالبند ، لا سيما وأن الناقل قد جعل فى صدر أو مقدمة هذه الحروف الصغيرة المكتوبة بها ، هذا البند كلمة مهم Important بحروف أكثر سمكاً (٢) .

والذى أعتقده أن هذا الحكم الأخير قد جانب الصواب فيما ذهب إليه من إلزام العميل ببند أدرج فى إيصال تم تسليمه إليه قبل العقد رغم كتابة البند بحروف صغيرة باهتة ، لمجرد أنه أضاف بطريق الكتابة كلمة «مهم» بحروف أكبر نسبياً عن حروف البند ذاته ، نظراً لأن ذلك لا يقطع فى - اعتقادى - بعلم العميل ببند الإعفاء رغم خطورته على حقوقه ومصالحه ، تلك الخطورة التى كان من المتعين على القاضى أن يقدرها ويراعيها فيضعها فى حسابه عند إصداره لحكمه ، بحيث تدفعه تلك الخطورة إلى أن يفرض على الناقل تقديم دليل مقبول *preuve valable* على تحقق علم العميل بهذا البند وقبوله له حتى يمكن إلزامه به ، فهذا أبسط ما تقتضيه القواعد العامة فى التراضى ، إذ ليس من المقبول أن نلزم أحداً بأمر لم تتصرف إليه إرادته فعلاً وبقيناً عند العقد ، كما أن افتراض العلم بالبند لا يمكن أن يقوم مقام العلم الحقيقى به ، وإذا كانت المحكمة قدرت أن عدم معرفة العميل للبند رغم الإشارة إليه بإدراج كلمة "مهم" يعد تقصيراً من جانبه فى العلم به ، فإننى أرى أن مؤاخذته على هذا التقصير لا ينبغى أن تصل إلى حد إلزامه ببند لم تتجه إليه إرادته ، والخروج - من ثم - على مقتضى المبادئ العامة فى التراضى .

وجدير بالذكر أنه إذا تمكن المدين من إقامة الدليل على علم الدائن ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية وقبوله إياه فى مرحلة سابقة أو معاصرة لإبرام العقد أو الاتفاق الذى جاء فيه البند ، فإن ذلك لا يحول دون الدائن وإثباته عكس ذلك ومعارضته للمدين فيما استدل به ، وإقامة الدليل إما على عدم علمه بالبند مطلقاً ، أو على علمه به بعد إبرام العقد أو الاتفاق الذى ورد به فى هذا البند .

ولذلك فقد أجازت محكمة النقض الفرنسية للعميل الدائن إقامة الدليل على عدم تمكنه من العلم بالبند الخاص بالإعفاء من المسؤولية ، على الرغم من ثبوت استلامه لإيصال ورد به هذا البند قبل العقد ، ويستوى بعد ذلك أن يكون عدم علمه راجعاً إلى الظروف التى تم توقيع المحرر فيها ، وإما لأن البند ذاته كان غير مقروء أو كان مكتوباً بطريقة غامضة غير واضحة (٣) .

ويبدو ظاهراً مما سبق عرضه أننى قصرت الدراسة التفصيلية على اتفاقات الإعفاء من المسؤولية ( سواء برفعها كلية أو تخفيفها أو تحديدها ) بوصفها الصورة الغالبة من صور اتفاقات المسؤولية ، ولم أعرض - من ثم - لاتفاقات التشديد من هذه المسؤولية ، نظراً لندرة وجودها وقلة حدوثها فى واقع الحياة العملية ، بيد أنه ما دام

١ استئناف تولوز Toulouse ٢٠ ديسمبر عام ١٩٨٠م مشار إلى هذا الحكم لدى الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى "مشكلات المسؤولية المدنية" ج ٢ ص ٢٣ هامش . دار النهضة العربية عام ١٤١٠هـ ١٩٨٩م .

٢ استئناف ليون Lyon ٢٤ يناير علم ١٩٨٥ ، مشار إلى هذا الحكم لدى الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى . المرجع السابق . ص ٢٣ هامش .

3 voir: cass . 3 mai 1979 - J . C . P . 1979. - I V - 220.



يحتمل حدوثها ويتوقع من ثم حصول الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية الملقاة على عاتق المدين عند إخلاله بالتزاماته العقدية ، لذا يجدر بنا أن نسلط بعض الضوء على هذه الصورة من صور اتفاقات المسؤولية .

فليس ثمة مانع قانونى يحول دون اتفاق طرفى العقد على تشديد أحكام المسؤولية العقدية ، سواء ورد ذلك فى العقد ذاته أو فى اتفاق لاحق عليه ، ويتخذ ذلك التشديد إحدى هاتين الصورتين : أولاهما : بالاتفاق على تحويل التزام المدين من التزام ببذل عناية أو التزام بوسيلة *L'obligation de soins ou obligation de moyen* إلى التزامه بنتيجة أو بتحقيق غاية *L'obligation de resultat* فعلى سبيل المثال يعتبر التزام الطبيب فى عقد العلاج الطبى التزاماً ببذل عناية ، بحيث يكفى الطبيب - بحسب طبيعة هذا العقد - أن يبذل من العناية ما يبذله طبيب معتاد فى نفس ظروفه ، بحيث تبرأ ذمته من المسؤولية بمجرد ثبوت بذله لتلك العناية ، ولو لم يشف المريض ، فتلك نتيجة ليس ملزماً بتحقيقها ، وكذلك الحال فإن التزام المحامى فى مواجهة موكله التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ، ولذا يكفيه أن يثبت بذله العناية التى يبذلها محام معتاد فى نفس ظروفه ، ولو لم يكسب القضية .

بيد أنه يجوز لطرفى عقد العلاج الطبى مثلاً أن يتفقا على أن يتحول التزام الطبيب فى هذا العقد من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق غاية أو نتيجة محددة ، بحيث تتعدد مسؤوليته إذا لم تتحقق تلك النتيجة المتفق عليها ، حتى وإن أثبت للقاضى أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، ومن ثم إذا لم يشف المريض أو لم تتجح العملية ، جاز للمريض الرجوع على الطبيب - الذى سبقت منه الموافقة على تشديد مسؤوليته - بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم تحقق تلك النتيجة (١) .

وثانيهما أن يتفق بين الدائن والمدين على تحمل المدين تبعة عدم تحقق النتيجة ولو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، حيث تنص المادة ٢١٧/١ مـدى مصرى على أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائى والقوة القاهرة » (٢) .

فعلى سبيل المثال نجد أن التزام المقاول ببناء العمارة التزام بتحقيق نتيجة ، حيث لا تبرأ ذمته إلا إذا أتم بناءها وفق المواصفات المتفق عليها وفى الموعد المحدد لها ، وإلا قامت مسؤوليته العقدية ، ولا يعفيه من المسؤولية أن يثبت أنه بذل ما فى وسعه فواصل الليل بالنهار لاتمام البناء لكنه لم يستطع ، إنما تبرأ ذمته فقط إما بالتنفيذ العيىنى أو بإثبات السبب الأجنبى *La cause étrangère* مثل القوة القاهرة *La force majeure* ، أو خطأ الغير *La faute d'autrui* أو خطأ المضرور *La faute de victime* .

غير أنه يمكن أن يتفق صاحب البناء مع المقاول على تشديد مسؤوليته عن إتمام البناء ، بحيث يسأل عن عدم إتمامه ولو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى .

ويلزم لصحة الاتفاق على تشديد المسؤولية تبصير الطرف المتضرر من هذا التشديد ولفت انتباهه إلى البند المتضمن له .

لذا فإننى أقترح أن يتدخل واضع القانون فيفرض التزاماً قانونياً على عاتق العاقد صاحب المصلحة فى اتفاقات

١ انظر فى نفس هذا المعنى إلى كل من : أ.د. / عبد الرزاق السنهورى " الوسيط فى شرح القانون المدنى ونظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، ص ٦٧٣ ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت . بدون تاريخ ، أ.د. / عبد الخالق حسن أحمد " الوجيز فى شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة " ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، مطابع البيان بدبى لسنة ١٩٩٩ م ، أ.د. / على حسين نجيدة " النظرية العامة للالتزام ، وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النشر مطابع البيان التجارية ( دبى ) ص ٢٧٠ ، سنة ١٩٩٤ م .

٢ هذه المادة تقابل المادة ٢١٨ من التقنين المدنى البحرينى .

المسئولية سواء بتشديدها أو الإعفاء منها ، يلتزم بمقتضاه بإعلام وتبصير العاقد الآخر الذى يريد من بعد الاحتجاج عليه بهذه الاتفاقات ، مع مراعاة ضرورة أن يجرى تنفيذ هذا الالتزام فى المرحلة السابقة أو على الأقل فى المرحلة المعاصرة لإبرام العقد أو الاتفاق اللاحق عليه ، والذى يرد فيه بند الإعفاء أو التشديد أو التخفيف والذى يتضمن تعديلاً فى آثار هذه المسئولية العقدية.

وبذلك يكون واضع القانون قد سنَّ سنة حسنة فى محيط التعامل بين الأشخاص، فثبت له بذلك الصنيع الأجر والثواب عنها ( أى ثبت له أجر سنّها وتقريرها ) ، فضلاً عن أن له أيضاً ثواب وأجر كل من يعمل بها إلى يوم القيامة ، من غير أن ينقص ذلك من أجور العاملين بهذه السنة الحسنة شيئاً ، وذلك عملاً بالحديث النبوى الشريف الذى رواه الإمام مسلم فى صحيحه عن رسول الله "e" أنه قال « من سنَّ سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أجورهم شئ ، ومن سنَّ سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أوزارهم شئ » (١) .

١ رواه الإمام مسلم فى صحيحه ج ٢ ، ص ٧٠٥ ، ج ٤ ، ص ٢٠٢٩ ، رقم الحديث ١٠١٧ ، كما ذكره الإمام النووى فى كتابه رياض الصالحين ، ص ١٠٠ ، رقم الحديث ١٧١ ، تحقيق عبد العزيز رباح وأحمد يوسف الدقاق ، وراجعته الشيخ شعيب الأرنؤوط ، ط ٢ ، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م ، دار المأمون للتراث دمشق - بيروت .



## الفصل السابع ضرورة تمتع المستهلك أو غير المهني بالحماية المقررة للطرف المدعى

لقد رأينا من قبل غلبة طابع الإذعان على عقود الاستهلاك ، لاسيما مع انفراد المهنيين بالقيام بعملية وضع بنود العقد وشروطه دون أن يسمحوا للمستهلكين أو غير المهنيين بأدنى مساهمة تذكر فى ذلك الخصوص ، بحيث لا يملك الأخيرون إلا أن يرفضوا التعاقد أو يذعنوا للمهنيين فيما أملوه عليهم من شروط ، دون أن يكون لهم أى حق فى مناقشة المهنيين فى أى بند من بنود العقد ، لذلك أرى أن يتمتع المستهلك أو غير المهنى فى علاقته العقدية بالمهنى فى عقود الاستهلاك بصفة عامة ، وفى بنود أو اتفاقات الإعفاء من المسؤولية بصفة خاصة بكل مظاهر الحماية القانونية المقررة للطرف المدعى المنصوص عليها فى القانون المدنى المصرى ( أى بالمادتين ١٤٩ ، ١٥١ / ٢ من هذا القانون ) .

إذ تنص المادة ١٤٩ من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعى منها ، وذلك وفقا لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » ( ١ ) .

كما تنص المادة ١٥١ على أنه :

« ١- يفسر الشك فى مصلحة المدين » .

« ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى » ( ٢ ) .  
وبذلك يمكن إجمال مظاهر الحماية القانونية التى يمكن أن يتمتع بها المستهلك أو غير المهنى بوصفه طرفاً مدعياً فيما يلى :-

تفسير الشك أو الغموض لمصلحة المستهلك أو غير المهنى بوصفه طرفاً مدعياً .

تعديل أو إلغاء بند إعفاء المهنى من المسؤولية العقدية إذ بدأ بندا تعسفياً .

وسوف نتناول هذه الوسائل - بمشيئة الله تعالى - بقدر من الإيجاز على النحو الآتى :-

١ هذه المادة تقابل المادة ٥٨ مدنى بحرينى .

٢ هذه المادة تقابل المادة ٥٩ مدنى بحرينى .

## المبحث الأول

### تفسير الشك أو الغموض لمصلحة المستهلك أو غير المهني بوصفه طرفاً مدعناً

لا غرو أن تكون القاعدة العامة في التفسير L' interpretation ، عند حصول الشك La doute أو الغموض La confusion فى عبارات العقد ، هى إجراء التفسير وفق ما تقتضيه مصلحة المدين Conformément d'intérêt du débiteur وذلك سواء أكان هذا الشك أو ذلك الغموض منصباً على مدى بقاء أو زوال الالتزام أو واقعاً على حجم هذا الالتزام أو مداه ، وذلك نظراً لأن المدين هو الطرف الضعيف فى تلك العلاقة العقدية ، Parce que le débiteur est le partie faible dans cette relation contractuelle الأمر الذى يوجب اعتباره أولى بالرعاية والحماية من شخص الدائن الذى يمثل الطرف القوى فى تلك العلاقة . وبناء على ذلك إذا شك القاضى فى وجود أو عدم وجود التزام معين على عاتق المدين ، تعين عليه أن يفسر هذا الشك لمصلحة المدين ، فيقضى بعدم التزام المدين بهذا الالتزام ، وكذلك الحال إذا ثار شك حول قدر أو حجم الالتزام الملقى على عاتق المدين ( أى لم يشك فى وجود الالتزام فهو موجود يقيناً ، إنما وقع الشك فى مقداره ) ، فعندئذ يفسر الشك فى الالتزام وفق مقداره الأدنى وليس وفق المقدار الأعلى الذى ثار الشك بينه وبين المقدار الأدنى .

وهنا يمكن للمستهلك أو غير المهني فى علاقته العقدية بالمهني أن يستفيد من مضمون تلك القاعدة العامة حينما يكون فى مركز المدين فيفسر الشك لصالحه سواء من حيث وجود أو عدم وجود التزام معين على عاتقه فى مواجهة المهني ، أو من حيث مدى أو حجم هذا الالتزام.

غير أن المادة ١٥١ / ٢ وضعت استثناءً على هذه القاعدة العامة مفاده عدم جواز إجراء التفسير على نحو يضر بمصلحة الطرف المدعن ، حتى وإن كان دائناً عند وجود غموض فى عبارات العقد ، وهذا يعنى بمفهوم الموافقة ضرورة إجراء التفسير بما يحقق مصلحة الطرف المدعن حتى وإن كان فى مركز الدائن . ويجد ذلك الاستثناء تبريره فى كون الطرف المدعن له فى عقود الإذعان بوصفه الطرف الأقوى اقتصادياً ( أو معرفياً ) هو الطرف الذى ينفرد بصياغة وتحرير بنود العقد وشروطه ، فيكون هو المتسبب فى غموض عبارات العقد أو وقوع الشك فى مضمونه ، فيكون تفسير هذا الشك ذلك الغموض فى غير صالحه ، بل لصالح ذلك الطرف المدعن ، جزاء وفاقاً لعدم تحريه الدقة فى انتقاء عبارات تخلو من مظاهر الشك أو الغموض فى الكشف عن مضمونها ومحتواها .

ويبرر البعض هذا الاستثناء بقوله ” إذا وجد هذا الغموض كنا أمام عاقد ( أى موجب ) حُسنُ نيته موضع حذر ، ومن ناحية أخرى أمام قابل هو الطرف المدعن الذى لا يمكن أن يكون قد قصد الشرط الغامض ( أى حينما قبله رغم ما يعتريه من غموض أو شك ) إلا بالمعنى الذى يكون فى صالحه ، فعلى الموجب أن يتحمل سوء نيته أو سوء تحريره (١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف ليون بأن الضمان La garantie المعطى لصاحب المشروع بشأن ما يقع لمستخدميه أثناء أعمال الطلاء أو البياض أو تركيب الزجاج يمتد بقوة القانون ليشمل ذلك الجرح الذى أصاب

العامل أثناء قيامه بعملية الهدم لأحد الحواجز الزجاجية الموجودة بالبناء ، بعد أن ثبت لها ( وفق تفسيرها الذى جرى لمصلحة صاحب العمل كطرف مدعى فى مواجهة شركة التأمين ) أن أعمال الهدم التى تمت لحساب صاحب العمل تعد من الأعمال الضرورية اللازمة للقيام بأعمال الطلاء أو البياض التى أجرى صاحب العمل التأمين بشأنها ، وقد أيدت محكمة النقض مثل هذا الحكم معلنة عن صواب رأى محكمة الموضوع فيها اتجهت إليه من تفسير مبرر وبطريقة مشروعة ( ١ ) .

كما أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس والذى قضت فيه بأن التأمين L'assurance الذى يجرى ضد السرقة شريطة أن تكون هذه السرقة مقترنة بأعمال إكراه متميزة ينتج أثره فى الحالة التى يعمد فيها شخص إلى اختلاس نقود أعطاها له صراف بعد حبسه للأخير فى مكتبه ، واستندت فى ذلك إلى أن العقد لم يشر صراحة إلى المادة ٣٨٢ من القانون الفرنسى حتى يلزم أن يتحقق فى الجريمة الوصف القانونى للسرقة بالإكراه المنصوص عليها فى المادة سائلة الذكر ( ٢ ) .

وهذا ما طبقة أيضا القضاء المصرى ، حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشك فى عقد التأمين يجب أن يفسر فى صالح المؤمن له ( وذلك بوصفه طرفاً مدعياً ) ، إذ أن المؤمن وقد حرر العقد كان يمكنه أن يتلافى كل غموض فى تحديد مدى الخطر المؤمن ضده ( ٣ ) .

2 Cass . civ . 6 Juillet 1927 – SIERY 1927 – T – 366 .

3 Cour d' appel de paris 15 Janvier 1926 – SIERY – 1928 – T – 200 .

## المبحث الثانى

## تعديل أو إلغاء بند إعفاء المهني من المسؤولية العقدية إذا بدا بندا تعسفاً

يقصد بالشرط التعسفى *La clause abusive* ذلك الشرط الذى يفرضه أحد طرفى العقد المزمع إبرامه مستغلاً ما يتمتع به من تفوق اقتصادى أو تقنى أو معرفى ، على الطرف الآخر لينفرد بتحقيق ميزة له أو فائدة *Avantage ou benefice* مغالى فيها ، دون أن يتمتع هذا الأخير بمقابل لها فيختل بذلك التوازن العقدى *l'equilibre contractuelle* بين أدائها .

وينطبق هذا التعريف - حسب اعتقادى - على أى عقد يستغل فيه أحد العاقدين ما لديه من طاقة اقتصادية أو معلوماتية أو غيرها ، فيملئ فيها على العاقد الآخر قبول بند فى العقد يميزه بميزة يتمتع بها دونه من غير أن يكون ثمة مقابل لها .

وذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن الشرط التعسفى هو ذلك الشرط المحرر سلفاً من جانب الطرف الأقوى ، ويمنحه على حساب الطرف الآخر ميزة فاحشة ، ولذلك تعتبر من قبيل الشروط التعسفية شروط تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها ، وشروط إسناد الاختصاص ، والشروط الجزائية ( ١ )

ويقول آخر إنه يعد بنداً تعسفياً فى إطار علاقة المهني الذى ينفرد بوضع بنود العقد مسبقاً - كل بند ، نظراً لما يتمتع به المهني من تفوق اقتصادى ، من شأنه أن يؤدى إلى انعدام التوازن *Le déséquilibre* فى الحقوق المتبادلة بين طرفى العقد ( ٢ ) .

كما جاء فى المادة ٣٥ من القانون الفرنسى رقم ٢٢ الصادر ١٠ يناير ١٩٧٨ م أن الشرط التعسفى هو ذلك الشرط الذى يفرضه المهني مستغلاً قوته الاقتصادية على غير المهني أو المستهلك للحصول على ميزة مفرطة أو مجاوزة للحد ( ٣ ) .

وإذا كان القانون المدنى المصرى فى المادة ١٤٩ منه قد جعل للطرف المدعى فى عقود الإذعان سلطة الالتجاء إلى القاضى لطلب تعديل أو إلغاء البند أو الشرط التعسفى ، فإن هذا عام فى كافة العقود التى يتحقق فيها طابع الإذعان ( ٤ ) ( ذلك الطابع الذى ارتأينا تحقيقه بحسب صريح نص المادة ١٠٠ من التقنين المدنى المصرى من مجرد تسليم القابل بالشروط التى وضعها الموجب بمفرده دون أن يسمح للقابل بمناقشته فيها أو إيراد أى تحفظ عليها أو تعديل شئ منها ( ٥ ) ) سواء أكانت عقوداً استهلاكية ( أى تتم بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين )

1 CALAIS – AULOY ( J. ) : “Droit de la consommation” . éd. Dalloz. 3 ème. éd. 1992. No : 140.. p : ١٣٤.

2 BRICKS ( H. ) Les clauses abusives éd. L.G.D.J. 1982. No : 11 .. p : 9.

3 PAISAT ( G. ) De l’efficacité de la lutte contre les clauses abusives Dalloz SIERY 1986. chronique.. 299.

٤ وإن كنت أرى ضرورة تدخل واضع القانون تشريعياً ليمنح القاضى سلطة تعديل أو إلغاء أى بند تعسفى فى كل العقود بناء على طلب العاقد المتضرر من هذا البند التعسفى ، دون قصر هذه الصلاحية على عقود الإذعان وحدها ، وذلك رغبة فى تحقيق قدر معقول من التوازن العقدى بين أداءات طرفى العقد ، ولا سيما وأن واقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية يؤكد لنا فى كثير من عقود المساومة اضطراب بعض العاقدين إلى قبول بنود فى العقد على غير رغبة حقيقية منهم تحت تأثير الحاجة إلى محل العقد ، فمثلاً فى عقود الإيجار الآن فى مصر تتم لمدد موقوتة يضطر المستأجر أن يقبل بنداً فى العقد يضعه المؤجر يلتزم المستأجر بموجبه بزيادة القيمة الإيجارية كل سنة بالنقدر الذى يراه المؤجر ويفرضه على المستأجر فرضاً فيذعن له فى قبول هذا البند رغم أن عقد الإيجار *Contrat du bail* ليس من عقود الإذعان بحسب الأصل . ولذا فقد باتت الحاجة ملحة لمنح القاضى سلطة تعديل أو إلغاء البند التعسفى فى جميع العقود ، ولا ضير فى ذلك ، إذ يفترض فى القاضى الحياد الذى يجعله يسعى حثيثاً - بناء على طلب أحد العاقدين - إلى رفع الظلم عن كاهل المظلوم منها من أى بند تعسفى فى العقد ، ليعيد إلى العقد توازنه المفقود بسبب وجود مثل هذه البنود التعسفية .

٥ إذ تنص هذه المادة على هذا المعنى الصريح والواضح بقولها ” القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها .

أم كانت عقوداً غير استهلاكية ، وذلك بعكس القانون المدنى الفرنسى الذى لم يتضمن أية حماية للطرف المدعى من الشروط التعسفية التى ترد عادة فى عقود الإذعان ، ولما صدرت قوانين حماية المستهلك ( أى القانون رقم ٢٢ الصادر فى ١٠ يناير عام ١٩٧٨ م ، وقانون الاستهلاك الفرنسى رقم ٩٤٩ / ٩٣ الصادر فى ٢٦ يوليو عام ١٩٩٣ م ، وقانون حماية المستهلك رقم ٩٥ / ١٩٦ الصادر فى فبراير عام ١٩٩٥ م بشأن حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية ) فقد قصرت ظلال حمايتها على المستهلك أو غير المهني فى علاقته بالمهني ولم تمتد ظلالها خارج نطاق عقود الاستهلاك .

هذا بالإضافة إلى أن القانون المدنى المصرى قد جعل للقاضى وحده سلطة تقدير ما يعد من قبيل البنود التعسفية مما يرد فى العقود من شروط ، كما أن له الخيار بين أن يقضى بإلغاء أو تعديل البند التعسفى بناء على طلب الطرف المدعى المتضرر منه أو يرفض هذا الطلب ، فالمسألة جوازية بالنسبة له حسب صريح نص المادة سالفه الذكر ، وذلك بعكس الحال فى قوانين حماية المستهلك الفرنسى ، حيث يتم تحديد البنود أو الشروط التعسفية من قبل مجلس الدولة الفرنسى بعد أخذ رأى لجنة البنود التعسفية ( وهى لجنة تتكون من خمسة عشر عضواً ) ويلتزم القاضى بطريقة أوتوماتيكية أن يحكم بإلغاء أو إبطال البند التعسفى المتضرر منه إذا كان من بين البنود التى وردت بالمرسوم الصادر من مجلس الدولة بعد أخذ رأى لجنة البنود التعسفية ، وذلك بحسب التفسير الضيق لمفهوم البنود التعسفية الواردة فى المادة ٣٥ من قانون رقم ٢٢ الصادر فى ١٠ يناير عام ١٩٧٨ م بفرنسا (١) . وهنا نتساءل هل البند الذى يتضمن إعفاء المهني من مسؤوليه العقدية أو يخفف من عبئها أو يحدد هذه المسؤولية فى قدر معين يقل عن الضرر المحتمل حدوثه ، هل يعد بنداً تعسفياً أم لا ؟

لقد ذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى اعتبار البند المتضمن إعفاءً من المسؤولية لصالح المهني فى علاقته بالمستهلك أو غير المهني من قبيل البنود التعسفية (٢) .

كما أشارت إلى نفس المعنى المادة ١/١٣٢ فى فقرتها الثالثة من تقنين الاستهلاك الفرنسى رقم ٩٣/٩٤٩ الصادر فى ٢٦ يوليو عام ١٩٩٣ م حينما أوردت سبعة عشر شرطاً من الشروط التعسفية (٣) ، من بينها الشرط الأخير الذى يحمل معنى الإعفاء من المسؤولية ، حيث قالت إن الشرط الذى يترتب عليه حرمان المستهلك من ممارسه حق التقاضى أو الاتفاق على وقف الدعاوى التى رفعها المستهلك أو حرمان المستهلك من حقه فى اللجوء إلى طرق الرجوع الأخرى يعد بنداً تعسفياً .

وأعتقد من جانبي أن هذا الرأى مع وجاهته محل نظر ، لأنه قد يكون مثل هذا البند المتضمن إعفاء المهني من المسؤولية أو تخفيفها عليه أو تحديدها معه بنداً تعسفياً ، وقد لا يكون كذلك ، و الأمر رهين بكل حالة على حده وما يتصل بها من ظروف ، ذلك أن الحكم على الشئ فرع من تصوره ، و من ثم يتعين على القاضى تدقيق النظر فى العقد وما تحيط به من ظروف و ملابسات و حجم أداءات طرفي العلاقة العقدية ، بحيث إذا تبين له أن بند الإعفاء يشكل ميزة مبالغ فيها لا يقابلها أي مقابل آخر يحظى به المستهلك أو المهني ، كان البند تعسفياً ، أما إذا تبين له

1 CALAIS – Auloy “ op. cit. No : 146.

وإن كان من الفقه الفرنسى من أخذ بالتفسير الواسع لمضمون نص المادة ٣٥ سالفه الذكر ، معتبراً ما يرد من شروط التعسفية من قبل مجلس الدولة بعد أخذ رأى لجنة البنود التعسفية من قبيل النماذج والأمثلة ، وأن للقاضى سلطة = تقدير ما يعد من قبيل الشروط التعسفية خارج نطاق النماذج التى صدرت بشأنها مراسيم مجلس الدولة الفرنسى .

- En ce sens regardez : BERLIOZ ( G ) : Droit de la consommation et droit des contrats” J.C.P. 1979 – I – 2954.

2 CALAIS – AVLOY ( J. ) : op. cit. No : 140.. p : 134 .

انظر إلى بيان مفصل لهذه الشروط التى أوردتها المادة سالفه الذكر ص ٧٧ من هذا البحث.

أن بند الإعفاء من المسؤولية بوصفه ميزة يتمتع بها المهني تقابلها ميزة أخرى حقيقية يتمتع بها المستهلك ( لا سيما و أن كثيرا من المهنيين يعمدون إلي تخفيض أسعار ما يقدمونه من سلع و خدمات نظير إيراد بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية عن أخطائهم اليسيرة ) ، بحيث تدفع عن مثل هذا البند طابع المغالاة أو مجاوزة الحد لم يعد بندا تعسفيا ، و الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي يقضى فيه حسبما يتراءى له من غير أن تكون عليه رقابة من محكمة النقض أو التمييز ، ما دام أنه يقيم قضاءه على أسباب سائغة ومقبولة .

## الخاتمة La conclusion

إنه على الرغم من حداثة العناية بالمستهلك فى إطار علم القانون وذلك من خلال سن التشريعات الخاصة اللازمة لتوفير معالم الحماية القانونية التى يفتقر إليها فى علاقته العقدية بالمهنى ، إلا أن المجتمع الحديث أدرك بشدة - لا سيما منذ الثلاثة عقود المنصرمة من القرن الماضى وبداية العقد الأول من القرن الحالى - حاجته الماسة إلى هذه الحماية أيا كان حظه من التقدم والرقى بشتى صوره ، خاصة فى ظل المتغيرات المتنوعة والمتلاحقة التى أصابت الحياة الإنسانية المعاصرة بكل جوانبها ( أى سياسيا واقتصاديا واجتماعيا ) بصفة عامة ، وميدان التعامل اليومى بين الأشخاص بصفة خاصة .

فقد أضحى المستهلك أو غير المهنى ( والذى يمثل وفق مفهومه العلمى فى اصطلاح القانون السواد الأعظم من شرائح أفراد المجتمع ) الطرف الضعيف ( سواء من حيث القوة الاقتصادية أو من حيث الدراية والخبرة بكل ما يتصل بالسلع أو الخدمات محل التعامل من معلومات ) فى علاقته العقدية بالمهنى ، مما أوجب على المهتمين بحقوق المستهلك - سواء على المستوى المحلى أو على المستوى الدولى - تكثيف جهودهم لتحفيز المعنيين بسن التشريعات الوطنية أو القوانين الدولية اللازمة لحماية المستهلك وتوفير قدر معقول من التوازن العقدى بين أدائه وأداء المهنى بوصفه طرفا قويا فى علاقتهما العقدية .

وقد وجدت هذه الصيحات الداعية إلى حماية المستهلك صداها المأمول من جانب السلطات التشريعية داخل الدول مثل فرنسا ومصر ، حيث صدرت فيهما قوانين خاصة كما سبق أن رأينا فى مواضع البحث عنيت بحماية المستهلك فى مواجهة المهنى ، ولم تكتف بمجرد الحماية التقليدية التى توفرها النصوص القانونية العامة لكل عاقد فى مواجهة العاقد الآخر .

وقد حاولت من خلال هذا البحث تسليط الضوء على حكم اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية التى درج المهنيون على إدراجها فى عقودهم مع غير المهنيين أو المستهلكين أو فى الاتفاقات اللاحقة على إبرام هذه العقود سواء فى إطار النصوص القانونية العامة التقليدية أو فى إطار القوانين الخاصة الحديثة التى تناولت هذه البنود ، فضلا عن بيان موقف الفقه والقضاء من هذه البنود .

وفى سبيل الوصول إلى الحكم الأمثل والأفضل الذى أعتقد - من وجهة نظرى - أنه يحقق للمستهلك الحماية القانونية المأمولة ، من غير أن يتجاهل بالكلية كل مصلحة مشروعة **Un intérêt licite** ينشدها المهنى من وراء اتفائه مع المستهلك أو غير المهنى على إعفائه من المسؤولية عما يصدر عنه من أخطاء عقدية يسيرة ، فقد قسمت البحث إلى ثمانية فصول ، تناولت فى الفصل الأول المفهوم القانونى للمستهلك للوقوف على حقيقة ذلك الذى ينشدها هذا البحث حمايته فى علاقته بالمهنى من خلال تلك الدراسة ، خاصة وأنه تحت تأثير حاجته إلى السلعة أو الخدمة قد يجد نفسه مضطراً إلى قبول التعاقد ، وقبول ما يتصل به من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية التى قد تتولد عند إخلال المهنى بالتزاماته العقدية .

ثم تناولت فى الفصل الثانى الطبيعة القانونية لعقود الاستهلاك بوصفها تمثل - فى معظمها - نماذج مثالية لعقود



الإذعان ، الأمر الذى ييسر على المستهلك أو غير المهنى سبيل الاحتماء فى مواجهة المهنى بكل مظاهر الحماية القانونية المقررة للطرف المدعى .

ثم بينت فى الفصل الثالث مدى حاجة المستهلك إلى الحماية القانونية بوصفه طرفاً ضعيفاً من الناحية الاقتصادية أو من الناحية المعرفية بحقيقة المعلومات الجوهرية المتصلة بالسلع أو الخدمات محل التعامل فى علاقته بالمهنى ذى المركز الاقتصادى القوى وصاحب الخبرة الفنية والدراسة العلمية بكل المعلومات المرتبطة بنشاطه المهنى ، ومدى تزايد هذه الحاجة إلى تلك الحماية فى اتفاقات إعفاء المهنى من مسؤوليته العقدية ، نظراً لخطورة أثر هذه الاتفاقات على مصلحة المستهلك ، حيث يترتب على نفاذها فى حقه حرمانه من الحصول على حق التعويض عن الأضرار التى تصيبه من جراء إخلال المهنى بالتزاماته العقدية .

ثم عرضت فى الفصل الرابع للدور الحيوى الذى تلعبه اتفاقات الإعفاء من المسؤولية فى تحقيق مصلحة المهنيين ، وذلك لما يترتب عليها من تجنب هؤلاء المهنيين مغبة الرجوع عليهم بالتعويض إذا ثبت انقضاء مسؤوليتهم العقدية عن أخطائهم العقدية عن أخطائهم اليسيرة فى مواجهة المستهلكين ، وبذلك تشكل - وبحق - ملجأً آمناً يحمى به المهنيون أنفسهم فى عقود الاستهلاك ، لا سيما وأنها وسيلة سهلة قد لا ترهق المهنى مادياً أصلاً ( وذلك إذا ما قبل المستهلك بند الإعفاء دون أن يطلب ميزة مقابلة عوضاً عنه ) أو تكلفه قدراً ضئيلاً لا يصل إلى حد الإرهاق إذا ما قورن بأقساط التأمين التى يتحملها المهنى أمام شركات التأمين إذا ما لجأ إلى التأمين ضد مسؤوليته العقدية فى مواجهة المضررين المحتملين من المستهلكين.

ثم بينت فى الفصل الخامس الموقف التشريعى والفقهى والقضائى من بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية بصفة عامة ، وفى عقود الاستهلاك بصفة خاصة ، لا سيما وقد صدرت فى بعض الدول مثل فرنسا ومصر تشريعات أو قوانين خاصة لحماية المستهلك ، عنيت من بين ما عنيت به من الموضوعات موضوع بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية ، وانتهت فيه إلى القول بعدم صحة مثل هذه الاتفاقات وبطلانها بطلاناً نسبياً إذا طلب المستهلك من القاضى هذا البطلان ، فكانت وجهتنا حيال مثل هذا الحظر هى الاعتراض على مثل هذا المسلك التشريعى الذى راعى فيه واضع القانون مصلحة وتجاهل بالكلية مصلحة أخرى دون مبرر لذلك ، حيث راعى مصلحة المستهلك فسمح له بصورة مطلقة بطلب إلغاء أى بند من بنود الإعفاء من المسؤولية يورده المهنى فى علاقته العقدية به ، بغض النظر عن وجود عوض يحصل عليه المستهلك مقابل وجود بند الإعفاء من المسؤولية - مثل تخفيض فى الثمن أو تيسير فى السداد أو غيرهما من الصور التى يمكن أن تمثل ميزة مقابلة لميزة بند إعفاء المهنى من مسؤوليته العقدية فى حدودها المسموح بها قانوناً - على نحو يدفع عن مثل هذا البند الطابع التعسفى أو مجاوزة الحد ، أو انتفاء وجود مثل هذا العوض ، مما يجعل من هذا البند ميزة مفرطة يتمتع بها المهنى دون أن يجعل للمستهلك مقابل لها ، فيرتفع بذلك هذا البند إلى مصاف البند التعسفى .

ولا شك أن هذا كله يوجب علينا وعلى غيرنا مزيداً من التروى والأناة قبل الحكم على الأشياء حتى يتسنى إنزال الحكم العادل ، الأمر الذى يجعل من الحكم على مثل هذا البند بالإباحة أو الحظر بإطلاق دون تقييد أو تخصيص حكماً معيماً يفتقر إلى مقومات الصحة والرشاد ، وأمارة العدالة الواجبة عند إنزال الحكم على معطيات وظروف واقع فرض معين أو مسألة معينة من فروض أو مسائل التعامل بين الأفراد .

ثم خلصت بعد النظر والتدقيق فى الأمر إلى أن إقرار صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية سواء فى

إطار عقود الاستهلاك أو فى غيرها من العقود ، فضلا عن اتساقه مع مبدأ سلطان الإرادة ، ومبدأ الحرية التعاقدية ، يمثل إقراراً لمبدأ جوهرى من المبادئ العامة فى القانون فى مجال التعامل ألا وهو مبدأ أن الأصل Le pincipal فى العقود أو الاتفاقات هو الإباحة والحل ، والاستثناء L>ception هو الحظر أو الحرمة . وبالتالي يجب أن يكون الأصل فى بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء اليسيرة فى كل العقود بما فيها عقود الاستهلاك هو الإباحة وليس الحظر ، مادامت لا تصطدم بفكرة النظام العام أو الآداب العامة ، ومادامت تخلو من معانى التعسف. خاصة وأن ذلك كما يحقق مصلحة المهنى فى تجنبه آثار المسؤولية العقدية المحتملة فى حقه عند ارتكابه أخطاء عقدية يسيرة فى تنفيذ التزاماته العقدية ، فهو لا يخلو فى نفس الوقت من الفائدة للمستهلك ، لا سيما وأن المهنيين يعمدون عادة إلى تقديم بعض المزايا للمستهلكين لإغرائهم وحملهم على قبول بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرجة فى عقودهم النموذجية .

هذا بالإضافة إلى أن حكم الإباحة لمثل هذه البنود يجنب المهنيين مؤنة الالتجاء إلى التحايل على حكم القانون الذى يحكم على هذه البنود بالحظر لا بالإباحة، وذلك من خلال الاتفاق على شرط جزائى ذى قيمة تافهة جداً يستحقه المستهلك عند ثبوت المسؤولية العقدية فى حق المهنى عن أخطائه اليسيرة ، ليصل بذلك الاتفاق إلى حد إعفائه من هذه المسؤولية ، لاسيما وقد رأينا أن القانون المدنى المصرى سلفاً - بعكس القانون المدنى الفرنسى - لا يسمح للقاضى بالتدخل لتعديل قيمة الشرط الجزائى بالزيادة إلا فى حالة الخطأ العمدى أو الخطأ الجسيم . ثم إنه نظراً لخطورة أثر بند الإعفاء من المسؤولية العقدية للمهنى على مصلحة المستهلك فقد ارتأيت ضرورة فرض التزام قانونى عام بتبصير المستهلك بهذا البند ، حتى يتسنى إلزامه به ، وذلك لتأكيد علمه به ورضائه عنه رضاً حراً مستتيراً ، بحيث لا يحتج عليه بمثل هذا البند إذا لم يثبت علمه به أو قبوله له . هذا مع مراعاة ضرورة أن يتحقق هذا العلم وذلك القبول فى مرحلة سابقة أو معاصرة للاتفاق على بند الإعفاء من هذه المسؤولية العقدية ، وإلا لم يجز الاحتجاج عليه بهذا البند إذا ثبت علمه به بعد العقد أو الاتفاق ، وهذا كله كان محتوى ومضمون الفصل السادس والسابع من هذا البحث .

وأخيراً ارتأيت حتى تكتمل معالم الحماية القانونية للمستهلك فى مواجهة بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية فى حدودها المسموح بها قانوناً ، ضرورة تمتع المستهلك بوصفه طرفاً مدعناً للمهنى فى علاقته العقدية معه بكل أشكال الحماية القانونية المقررة فى عقود الإذعان ، بحيث يجرى تفسير الشك أو الغموض لمصلحة المستهلك كطرف مدعن حتى وإن كان دائناً ، كما يتعين أن يرخص للقاضى قانوناً بتعديل أو إلغاء بند الإعفاء من المسؤولية العقدية للمهنى فى علاقته بالمستهلك إذا بدا بنوداً تعسفياً .

ويراعى - فى مقام الكشف عن ماهية البند ذى الطابع التعسفى - أن بند إعفاء المهنى من المسؤولية العقدية فى مواجهة المستهلك يتسم بالطابع التعسفى كلما كان عارياً عن العوض - أياً كان شكله - الذى يمثل ميزة مقابلة مقررة لمصلحة المستهلك ، وهذا كله هو الذى ذكرته فى الفصل السابع .

## المراجع

- أ.د / إبراهيم أحمد إبراهيم :
- ” التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية ” مجلة اتحاد المحامين العرب ، المؤتمر العشرون من أجل التضامن مع شعب لبنان والمنعقد فى ٢٠ : ٢٤ مارس لبنان .
- أ.د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل :
- ” الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية ” دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة. التراسل الإلكتروني ، مطبوعات جامعة الكويت ، عام ٢٠٠٣م.
- ” العقد غير اللازم ” ، دراسة معمقة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة عام ١٩٩٤م
- أ.د / أحمد حشمت أبو ستيت :
- ” نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ” ، الطبعة الأولى عام ١٩٤٥م .
- أ.د / أحمد شرف الدين :
- ” عقود التجارة الإلكترونية ” ، تكوين العقد وإثباته ، طبعة عام ٢٠٠١م
- الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها ” بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون . دى ، مايو عام ٢٠٠٣م.
- أ.د / أحمد عبد العال أبو قرين :
- ” نحو قانون لحماية المستهلك ، ما هيته ، مصادره ، موضوعاته ” طبعة عام ١٩٩٣م ، مطابع جامعة الملك سعود .
- أ.د / أحمد عبد الدايم :
- ” التعبير عن الإرادة فى العقود الإلكترونية ” بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب فى الفترة ما بين ١٢ : ١٤ تموز ٢٠٠٤م ، جامعة اليرموك . كلية القانون ، إربد - الأردن .
- أ.د / أحمد عبد الكريم سلامة :
- ” الإنترنت والقانون الدولى الخاص فراق وتلاقى ” ، بحث مقدم إلى مؤتمر الكمبيوتر والإنترنت المنعقد فى دولة الإمارات المتحدة ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات ، فى الفترة ما بين ٣ مايو عام ٢٠٠٠م ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية.
- أ.د / أحمد محمد رفاعى :
- ” الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدى ” .رسالة دكتوراه ، طبعة عام ١٩٩٤م. دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د/ أسامة أبو الحسن مجاهد :
- ” خصوصية التعاقد عبر الانترنت ” طبعة عام ٢٠٠٠م ، دار النهضة العربية .

- أ.د / السيد محمد عمران :
- ” حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ” طبعة عام ١٩٨٦ م، منشأة المعارف بالإسكندرية .
- د / بشرى الجندى :
- ” خصائص المسؤولية المدنية العقدية ” مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة ١٤ ، العدد الأول ، ص ٨٥ .
- أ.د / جلال ثروت :
- ” نظم القسم الخاص ” ج٢، جرائم الاعتداء على المال المنقول ، طبعة عام ١٩٩٥ م ، إدارة المطبوعات الجامعية . الإسكندرية .
- أ.د / حسام الدين كامل الأهوانى :
- ” مصادر الالتزام ” الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، عام ١٩٩٥ .
- أ.د / حسن عبد الباسط جميعى :
- ” حماية المستهلك ” ، ” الحماية الخاصة لرضاء المستهلك فى عقود الاستهلاك ” طبعة عام ١٩٩٦ م، كطبعة النسر الذهبى بالقاهرة.
- ” إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ” طبعة عام ٢٠٠٢ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ” أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ” طبعة عام ١٩٩٠ - ١٩٩١ م . دار النهضة العربية بالقاهرة.
- ” الخطأ المفترض فى المسؤولية المدنية ” بدون تاريخ نشر.
- د/ حسين عامر :
- ” القوة الملزمة للعقد ” طبعة عام ١٩٤٩ م ، مطبعة مصر.
- أ.د / حمد الله محمد حمد الله :
- ” حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك ” دراسة مقارنة ، طبعة عام ١٩٩٧ م ، الناشر دار الفكر العربى بالقاهرة .
- ” عقد النقل ” طبعة ١٩٩٧ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- د / خالد جمال أحمد حسن :
- ” الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ” رسالة دكتوراه ، أسيوط عام ١٩٩٦ م.
- ” الوسيط فى مبادئ القانون فى ظل القانون المدنى البحرينى ” طبعة عام ٢٠٠٥ م.
- النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى البحرينى ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، عام ٢٠٠٢ ، مطبعة جامعة البحرين .
- أ.د / خالد حمدى عبد الرحمن :
- ” التعبير عن الإرادة فى العقد الإلكتروني ” طبعة عام ٢٠٠٥م-٢٠٠٦ م . دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د / رمضان على السيد الشرنباصى :
- ” حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى ” دراسة مقارنة ، طبعة عام ٢٠٠٤ م . دار الجامعة الجديدة للنشر.

- د / صالح المنزلاوى :
- ” القانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية ” دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د / طلبة وهبة خطاب :
- ” مصادر الالتزام ” ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، طبعة عام ١٩٩٧ ، ١٩٩٨ م.
- أ.د / عاطف عبد الحميد حسن :
- ” حماية المستهلك ” طبعة عام ١٩٩٦ م . دار النهضة العربية بالقاهرة .
- د/ عبد الحق حميش :
- ” حماية المستهلك الإلكتروني ” بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون . كلية الشريعة والقانون . جامعة الإمارات العربية المتحدة ، مايو ٢٠٠٣ م .
- المستشار / عبد الحميد الشواربى :
- ” جرائم الغش والتدليس ” ، طبعة عام ١٩٨٩ م .
- عبد الخالق حسن أحمد :
- ” الوجيز فى شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ” ، مصادر الالتزام ، ج١ ، مطابع البيان بدبى عام ١٩٩٩ م .
- أ.د / عبد الرزاق السنهورى :
- ” الوسيط فى شرح القانون المدنى ” ج١ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، العقد ، الطبعة الثالثة ١٩٨١ م ، قام بتقيحها وإضافة ماجد من قضاء وفقه المستشار / مصطفى محمد الفقى ، أ.د/ عبد الباسط جميعى .
- أ.د / عبد السلام ذهنى :
- ” النظرية العامة للالتزامات ” طبعة عام ١٩٢٥ م .
- المستشار / عبد الفتاح بيومى حجازى :
- ” حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت ” بدون تاريخ نشر أو دار نشر .
- د/ عبد الفتاح مراد :
- ” التجارة الإلكترونية والبيع والشراء على شبكة الإنترنت ” بدون تاريخ نشر أو دار نشر .
- د/ عبد الله حسين على محمود :
- ” حماية المستهلك من الغش التجارى والصناعى ” دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية ، طبعة عام ٢٠٠٢ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- المستشار / عبد المنعم دسوقى :
- ” قضاء النقض فى المواد المدنية ” الجزء الثانى ، المجلد الأول ، طبعة عام ١٩٩٤ م .
- أ.د / عبد المنعم فرج الصدة :
- ” فى عقود الإذعان فى القانون المصرى ” طبعة عام ١٩٤٦ م ، مطبعة جامعة فؤاد الأول .

- أ.د / على حسين نجيدة :  
- ” النظرية العامة للالتزام وفقا لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية ” ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام، مطبعة البيان بدبى عام ١٩٩٤م.
- أ.د / فتحى عبد الرحيم عبد الله :  
- ” شرح النظرية العامة للالتزامات ” الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة عام ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م.
- د / فوزية عبد العزيز طه الشامرى :  
- ” اتفاقات المسؤولية المدنية ” دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصرى ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، عام ٢٠٠٠م .
- أ.د / محسن البيه :  
- ” مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان ” طبعة عام ١٩٨٥م . دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د / محمد إبراهيم دسوقى :  
- ” تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ” بدون تاريخ نشر ، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع بالإسكندرية .
- أ.د / محمد السعيد رشدى :  
- ” التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ” طبعة عام ١٩٩٨م . ، مطبوعات جامعة الكويت .
- أ.د / محمد سعد خليفة :  
- ” البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك الإلكتروني فى ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحرينية ” طبعة عام ٢٠٠٦م.
- أ.د / محمد شكرى سرور :  
- ” التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك ” بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية أكاديمية شرطة دبى ، الإمارات العربية المتحدة فى الفترة ما بين ٢٦ : ٢٨ أبريل ٢٠٠٣م ، المجلد الأول .
- أ.د / محمد على عمران :  
- ” الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته فى بعض العقود ، طبعة عام ١٩٨٠م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د / محمد كمال عبد العزيز :  
- ” التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقہ ” ، مصادر الالتزام ، طبعة عام ٢٠٠٣ م .
- أ.د / محمود جمال الدين زكى :  
- ” مشكلات المسؤولية المدنية ” الجزء الثانى ، فى الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية ، مطبعة جامعة القاهرة ، طبعة عام ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

- أ.د / محمود صالح :
- ” أصول التعهدات ” الطبعة الرابعة ، عام ١٩٣٣ .
- د / مدحت عبد الحليم رمضان :
- ” الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ” طبعة عام ٢٠٠١ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د / مصطفى محمد الجمال :
- ” مصادر الالتزام ” الطبعة الأولى ١٩٩٥-١٩٩٦ م .
- أ.د / نزيه المهدي :
- ” النظرية العامة للالتزام ، طبعة عام ١٩٩٨ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د / هدى حامد قشقوش :
- ” الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ” ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- أ.د / ياسين يحيى :
- ” اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية فى القانون المصرى والفرنسى ” طبعة عام ١٩٩٢ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .



## المراجع الأجنبية

- **BERLIOZ** : Droit de la consommation et droit des contrats” J .C . P . 1979 – I – 2954.
- **BOUTAUD** : Des clauses de non- responsabilité et de l’assurance de la responsabilité des fautes” tlèse. Paris 1896.
- **BOYERYVES** : “L’obligation de renseignements dans la formation du contrat” thèse 1977 ALX – MARSEILLE.
- **BREESE ( P.)** :Guide juridique de l’internet et de commerce électronique centre français d’exploitation du droit de copie éd. 2000.
- **BRIKS ( H )** : “Les clauses abusives” éd. L.G.D.J. ed. 1982
- **CALAIS – AULOY ( J.)** : Droit de la consommation” précis. Dalloz. 3 ème. éd. 1992.
- **CALATS – AVLOY et STETMETZ** : “ Droit de la consommation “ 4 ème . éd . paris . 1996 .
- **CAPITANT. ( H. )** : La protection des consommateurs” travaux de l’association Henry CAPITANT. 1973 ( journées canadiennes ) éd. D. 1975.
- **CAPITANT ( H.)** : “vocabulaire juridique” éd. 1931.
- **CARBONIER** : Droit civil., T : IV., les obligations.
- **CASSVAN** : Des clauses de non – responsabilité” thèse. Paris 1929.
- **CAUSSE ( H.)**: “ De la notion de consommation in collection après le code de La consommation “ . paris 1996 .
- **CORNU** : sur la protection des consommateurs et l’exécution du contrat en droit fançais” in travaux de l’associatin de HENRY CAPITANT. T: XXIV. 1973.
- **GHESTIN. ( J. )** : traité de droit civil. les obligations’ le contrat. 2 ème. éd. L.G.D.J. 1988. N: 59., p: 46.
- **GODE ( P. )** : protection des consommateurs, clauses abusives” Rev. Trim. Dr. civ. 1978., p: 744.
- **HEMARD ( J. )** : “ventes, transports et autres contrats commerciaux” Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique 1981. p: 337.

- ISABELLE POITIER : Le commerce électronique sur internet” Gazettes du palais 1996.
- IVAINER (M.) : “ De l’ordre public technique et l’ordre public technologique” J.C. P. 1972 - I – 2495.
- JOURDAIN(P.):La responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle” Rev. trim. Dr. civ.
- JUGLART Michel : L’ obligation de renseignements dans les contrats “Revue trimestrielle de droit civil 1945 ., P : 1 et s .
- MARTY ( G. )et RAYNAUD ( P.) : Droit civil, les obligations, les sources. T : 1. , 2 ème. éd. SIERY. 1988.
- MAZEAUD et CHABAS : La responsabilité “ I : 3 . Lecons de droit civile.T : 2 , obligations .s
- MAZEAUD et TUNC : Traité de la responsabilité civil” T : 3.
- PLANIOL et RIPERT et BOULANGER : traité élémentaire de droit civil., T : II., 4 ème éd. 1959.
- PTZZTO : L’ introduction de la notion de consommateur en droit Français” D. 1982. chron. 91.
- SALILLES (R.): De la déclaration de volonté. Paris. éd. 1901.
- SAVATIER : “La respanasbilté civile” T : 2.
  
- -Les contrats de conseil professionnel en droit privé” chro. P : 137.
- SINAY – CYTERMANN ( A . ) : Les relations entre professionnels en droit français ouvrage collectif sur la protection de la partie faible dans les rapports contracuelles” comparaison franco-belge paris D. 1996.
- STARCK et ROLAND et BOYER : obligations , contrat” T : II.

# الوسائل البديلة لتسوية المنازعات " دراسة في أحكام الوساطة"

المستشار الدكتور يوسف عبدالهادي الإكيابي

الرئيس بمحكمة الإستئناف العليا ، مملكة البحرين

تقديم:

في ظل الأنظمة البدائية القديمة كانت القوة هي محور العلاقات بين الجماعات المختلفة أو حتى بين أفراد الجماعة الواحدة، وسادت الظاهرة المعروفة « أن القوة تنشئ الحق وتحميه » وكانت هي الوسيلة الغالبة لحسم المنازعات، ولا فرق بين المنازعات التي توصف في الأنظمة الحديثة بالمنازعات المدنية والمنازعات الجنائية، فإذا وقع اعتداء على ما يعتقد الشخص حقاً له فإن القوة هي السبيل لرد الاعتداء واقتضاء الحق.

وإذا ادعى شخصاً حقاً قبل الغير استوفاه بنفسه (١) . وعلى ذلك يمكن القول أن القوة كانت نوع من القضاء الخاص لحسم المنازعات.

أما الآن أصبح من المسلمات أنه لا يجوز لأحد أن يقتضي حقه بيده، فقد ولت تلك العهود التي كان الأفراد والجماعات يعتمدون فيها على قوتهم في اقتضاء حقوقهم، وتدخلت الدولة لتحديد الحقوق والواجبات وفرض العدالة من خلال وضع قواعد عامة مجردة وملزمة والتي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم داخل المجتمع.

والأصل هو نفاذ القانون واحترامه بصورة تلقائية في حياة الاشخاص وعلاقاتهم، فمن يستأجر عيناً من آخر عليه الوفاء بالأجرة عن مدة الايجار، ومن يشتري سلعة عليه أن يدفع ثمنها للبائع من تلقاء نفسه وبذلك يكون قد طبق القانون، والغلب الأعم هو احترام الاشخاص للقانون ولحقوق بعضهم البعض دون الدخول في منازعات، بيد أنه قد يطرأ ما يؤدي إلى الاختلاف حول الحقوق وعرقلة تطبيق القانون، وهو ما يمكن تسميته بعوارض النظام القانوني، وبذلك ينشب النزاع بين الأفراد (٢) . وقضاء الدولة هو المنوط به إزالة جميع عوارض النظام القانوني، إذ أن تدخله هو الذي يحدد ما يتفق من الأوضاع مع صحيح القانون وما يخالفه، وبعبارة أدق هو الذي يجعل من

١ - أنظر في ظاهرة « القوة تنشئ الحق وتحميه » تفصيلاً د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الجزء الأول، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ الناشر دار النهضة العربية ص ٥٢-٥٦.

٢ - أنظر د. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، طبعة ٢٠٠٩ الناشر دار الجامعة الجديدة ص ٧ ويرى أن من بين عوارض النظام القانوني: عارض تجهيل القانون، وعارض التأخير، وعارض مخالفة القانون، وعارض قصور الإيرادات الخاصة للأطراف.

القانون أمراً واقعاً ومن ثم تحقيق الأمن الاجتماعي (١).

وإذا كان الأصل أن قضاء الدولة هو صاحب الولاية العامة في الفصل في الخصومات وإزالة عوارض النظام القانوني ومنح الحماية القضائية وإعطاء كل ذي حق حقه، بيد أن القانون يجيز امكانية إزالة بعض عوارض القانون وتسوية المنازعات بوسائل أخرى غير وسيلة قضاء الدولة (٢) إذ ظهرت حديثاً بعض الوسائل التي ترمي إلى حل النزاع بين أطرافه بعيداً عن القضاء سواء كان قضاء دولة أم قضاء تحكيم.

ويطلق عليها الوسائل البديلة لحل النزاع **Alternative Disputes Resolution** واختصرت وعرفت بالـ **A.D.R.** وانتشرت هذه الوسائل في العديد من الأنظمة القانونية، وغدت تشكل بديلاً عن قضاء الدولة والتحكيم، ويتم اللجوء إليها في كافة أنواع النزاعات المدنية والتجارية والإدارية والأسرية والجنائية (٣) بل دخلت إلى مجال الرياضة وأصبحت من الوسائل المفضلة لتسوية المنازعات الرياضية (٤).

وانتشرت الوسائل البديلة في العديد من الأنظمة القانونية والدول المتقدمة، وحظيت بالكثير من الأهمية في الدراسات والبحوث الحديثة، لدرجة أن « إحدى كليات الحقوق في جامعة بريطانية أنشأت مدرسة لتلك الوسائل البديلة بسنوات تدرّس أربع مع مختلف مستلزمات الاطلاع على الشؤون المحيطة بعمل الوسيط والمفاوض والمصلح والموفق والمحاكم المصغرة » (٥).

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي تكونت أول مجموعة من القضاة الأوروبيين العاملين من أجل الوساطة في ٢٠٠٣/١٢/١٩ وتم اختيار محكمة النقض الفرنسية كمقر لها، وتضم الجماعة قضاة من مختلف بلدان الاتحاد الأوروبي يؤمنون بأن العدالة الحقيقية تتطلب دفع الوسائل البديلة لتسوية النزاعات إلى الأمام وتطويرها خاصة وسيلة الوساطة القضائية. وفي فرنسا تم إنشاء « لجنة مساعدة العائلات في الوساطة في المنازعات ذات الصلة الدولية » عام ٢٠٠١ بوزارة العدل، وترمي اللجنة إلى حل النزاعات العائلية ذات الصلة الدولية وما وراء الحدود، وتعاملت اللجنة حتى الآن مع ٣٠٠ قضية من خمسين جنسية مختلفة ونجحت في تسوية أغلبها (٦).

وتقوم الوسائل البديلة على التراض والتوافق وهو ما يعني التصالح، وبالتالي فهي وسائل مشروعة دعت إليها كافة النظم السماوية والوضعية؛ فقد دعت الشريعة الإسلامية إلى الصلح وحثت عليه ورغبت فيه واعتبرته خيراً فجاء في القرآن الكريم « وإن طائفتان من المؤمنين اختلفتا فاصلحا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلتا التي

١ - أنظر: د. عيد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. الطبعة الأولى ٢٠٠٥ الناشر دار النهضة العربية ص ٦.

٢ - أنظر د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، طبعة ١٩٧٢ الناشر دار النهضة العربية ص ٧٨ بند ٣٤.

٣ - أنظر: د. محمد سامي الشوا، الوساطة والعدالة الجنائية. الناشر دار النهضة العربية ص ٥٠ وما بعدها كذلك د. أشرف رمضان، الوساطة الجنائية ودورها في إنهاء الدعوى العمومية. الطبعة الأولى ٢٠٠٤ الناشر دار النهضة العربية ص ١٧ وما بعدها.

٤ - أنظر: علاء آبا ريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية « دراسة مقارنة » الطبعة الأولى ٢٠٠٨ الناشر منشورات الحلبي الحقوقية ص ١٩ وانظر كذلك: جوزيف غابي يزبك. محكمة التحكيم للرياضة وحل المنازعات في المسائل الرياضية، مجلة حقوقي، العدد ٢ بيروت ٢٠٠٦ ص ٢٢ مشار إليه في المرجع السابق هامش ص ١٩.

٥ - أنظر: القاضي د. غسان رباح. في تقديمه لمؤلف علاء آبا ريان. الوسائل البديلة. المرجع السابق ص ٧.

٦ - المرجع: <http://www.farraylawyer.com/wassata.htm>

تبغى حتى تقف إلى أمر الله فإن فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين، إنما المؤمنون أخوة فاصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون» (١). كما جاء أيضاً « وإن ختم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما، إن الله كان عليماً خبيراً» (٢) في الحديث الشريف ما روى عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» (٣) وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه «ردوا الخصوم حتى يصلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن» (٤).

وفي التشريع الوضعي البحريني؛ نظم المشرع البحريني عقد الصلح في المواد من ٤٩٦ إلى ٥٠٤ من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ كما نظمت القوانين الوضعية المقارنة عقد الصلح على غرار ما هو منصوص عليه في القانون المدني البحريني، وتتص المادة ٥٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أن للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه من صلح أو أي اتفاق آخر في محضر الجلسة، ويوقع منهم أو من وكلائهم. فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه، صدقت المحكمة على المكتوب والحق بمحضر الجلسة بعد اثبات فحواه فيه.

ويكون لمحضر الجلسة قوة الورقة الرسمية. كما نظم المشرع البحريني التسوية الودية للمنازعات الجماعية في الباب السادس عشر من قانون العمل في المواد من ١٣٣-١٤٠، كما تناولها في المادة ٢١ من قانون النقابات العمالية.

وتعرض هذه الورقة إلى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات وعلى وجه الخصوم وسيلة الوساطة ولذلك فهي تنقسم إلى فصلين: يتناول الفصل الأحكام العامة للوسائل البديلة، ويعرض الفصل الثاني للوساطة كإحدى الوسائل البديلة الهامة لتسوية المنازعات.

١ - سورة الحجرات الآية ٩ ، ١٠ .

٢ - سورة النساء الآية ٣٥ .

٣ - نيل الأوطار شرح منتهى الاختيار للشوكانى، الجزء الخامس. الناشر دار الحديث ص ٢٥٤ .

٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، الجزء السابع، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية ص١٣ .

## الفصل الأول

### الأحكام العامة للوسائل البديلة

### الأحكام العامة للوسائل البديلة لحل المنازعات المدنية

#### فكرة الوسائل البديلة لحل المنازعات المدنية:

كان من شأن الزيادة الهائلة والمستمرة في القضايا التي تطرح سنوياً على المحاكم ؛ وما تتسم به الاجراءات القضائية من شكليات معقدة غير خافية على أحد ؛ بدءاً من الإعلان أو التكليف بالحضور ونظر الخصومة، وما يتخللها من دفعو شكلية أو موضوعية وما يعترها من عوارض ، ناهيك عما يلجأ إليه بعض الخصوم من تعسف في استعمال حق التقاضي وابداء دفعو كيدية واستغلال حق الدفاع بطريقة غير مشروعة لإرهاق الخصم الآخر ، وتعدد درجات التقاضي ؛ أن أدى ذلك إلى تأخير الفصل في بعض الدعاوى إلى سنوات بل إلى عقود ، ولا شك أن العدالة البطيئة هي في حد ذاتها انكار للعدالة Justice delayed is Justice denied ومن هنا بدأ التفكير في حلول بديلة عن القضاء لتسوية المنازعات بين الخصوم ، وهو ما يطلق عليه بفكرة الوسائل أو الحلول البديلة لفض المنازعات ( A.D.R. Alternative Dispute Resolution ) وهي نوع من القضاء الاتفاقي أو الودي الذي يختاره الخصوم لحل منازعاتهم بعيداً عن القضاء الرسمي للدولة . وجرى الفقه على تعريفها بأنها مجموعة من الاجراءات التي تستهدف حل المنازعات بطريقة ودية بعيداً عن القضاء من خلال تدخل شخص ثالث يسعى إلى مساعدة الأطراف على حل النزاع فيما بينهم. ( ١ )

#### أنواع الوسائل البديلة لحل المنازعات:

تتعدد وتتوزع الوسائل البديلة لحل المنازعات لأنواع شتى ، ومن هذه الوسائل ما يلي:

#### الوساطة Mediation:

وهي سعى شخص يسمى الوسيط إلى تسوية النزاع بين أطرافه بناءً على طلبهم. ويعرفها البعض بأنها « وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلاف القائم وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين بهدف ايجاد صيغة توافقية ، وبدون أن يفرض عليهم حلاً أو يصدر قراراً ملزماً». ( ٢ )

ونص مشروع قانون الوساطة البحريني على أن الوساطة هي « كل عملية يطلب فيها أطراف من شخص آخر يسمى الوسيط مساعدتهم في سعيهم إلى التوصل إلى تسوية في نزاع قائم بينهم ». ( ٢ )

١ - انظر في التعريفات المختلفة للوسائل البديلة لحل المنازعات:

١١-٩.P ، ١٩٩٣ ، H. Brown & A. Marriott ، ADR principals and practice ، Sweet & Maxwell ، ed LONDON

٢ - د. علاء أبا ريان الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية " دراسة مقارنة " منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى ٢٠٠٨ بيروت ص ٦٥ .

٢ - المادة (١) من مشروع قانون الوساطة البحريني.

والوساطة على خلاف التحكيم والقضاء فلا تنقيد بإجراءات شكلية معقدة ولا بأصول محاكمات ، بل هي وسيلة بسيطة تستهدف الوصول بالخصوم إلى أن يجدوا بأنفسهم الحل العملي والانسب لمنازعاتهم وفي إطار من السرية. وسوف نعرض في الفصل الثاني من هذا البحث لأحكام الوساطة تفصيلاً.

## التوفيق Conciliation:

التوفيق عبارة عن سعي شخص ثالث للتقريب بين وجهات نظر الخصوم والدخول معهم في مناقشات بهدف الوصول إلى حل مناسب للنزاع. والتوفيق بهذا المفهوم يقترب كثيراً من الوساطة لدرجة. أن السائد في دول الـ Common Law أن التوفيق والوساطة وسيلة واحدة ولذا يطلقون على الموفق الوسيط. (١)

وعرفت المادة ٣/١ من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بأنه « عملية ... يطلب فيها الطرفان من شخص ثالث أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل لتسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقته قانونية عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة » (٢).

## التوفيق في القانون الفرنسي:

في البداية كان نظام التوفيق اجبارياً قبل بدء الخصومة (٣) ، وعندما أظهر الواقع العملي العديد من المساوئ لنظام التوفيق الاجباري تدخل المشرع للحد من هذه المساوئ وجعل التوفيق الاجباري مقصوراً على بعض الدعاوى فقط وفيما عدا ذلك يكون التوفيق اختيارياً (٤) ، وأخيراً ألغى المشرع الفرنسي التوفيق الإجمالي (٥) وأصبح المبدأ العام في قانون المرافعات الجديد هو التوفيق الاختياري ما لم يوجد نص خاص يوجب التوفيق الإجمالي. (٦)

ووفقاً لقانون المرافعات الفرنسي الجديد يمكن إجراء التوفيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، فيجوز للأطراف أن يطلبوا من القاضي التوفيق فيما بينهما قبل نظر النزاع. (٧) كما يجوز لهم طلب التوفيق أثناء سير الخصومة،

١ - J.L.Vivier : "La reforme de la conciliation et l'introduction de la mediation dans la procedure - les petites affiches civile" ٢٥ nov. ١٩٩٦ n ١٤٢ p ١٢.

٢ - صدر القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩/١١/٢٠٠٢ برقم ٥٢/٣٥ وقد أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICITRAL.

٣ - نظم قانون المرافعات الفرنسي القديم الصادر ١٨٠٦ ، نظام التوفيق الاجباري في المواد من ٤٨-٥٨.

٤ - صدر قانون في ١٩٢٨/٣/٤ اجاز التوفيق الاختياري اثناء سير الدعوى.

٥ - وفقاً للقانون الصادر في 9 فبراير 1949 ألغى المشرع الفرنسي نظام التوفيق الإجمالي.

٦ - وفقاً للمادة 21 من القانون الصادر في 17/12/1973 أصبح من مهمته القاضي التوفيق بين الأطراف il entre dans la mission du juge de concilier les parties وأصبح التوفيق اختيارياً. ونظمت المواد من ١٢٧ إلى ١٣١ الأحكام العامة للتوفيق وعالجت المواد من ٨٣٠ إلى ٨٣٥ التوفيق أمام المحاكم الابتدائية، وتناولت المادة ٨٦٣ التوفيق أمام المحاكم التجارية، وبيّنت المادتان ٨٨٧ ، ٨٨٨ أحكام التوفيق أمام محاكم الإيجارات الزراعية ، ونظمت المواد من ١١٠٨ إلى ١١١٣ التوفيق في مسائل الطلاق والانفصال الجسماني بين الزوجين.

٧ - تنص المادة ٨٢٩ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أن الطلب القضائي يرفع بإعلان بقصد التوفيق وعند عدم التوفيق بقصد الحكم ، مع حق المدعي في المبادرة إلى طلب التوفيق قبل رفع الدعوى. La demande en justice est formée par assignation à fin de conciliation et. à défaut. de jugement. sauf la faculté pour le demandeur de provoquer une tentative de conciliation avant d'assigner.



سواء أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف، كما يجوز ذلك أمام قاضي التحضير أو قاضي التحقيق، ولكن يمتنع طلب التوفيق أمام محكمة النقض لأنها محكمة قانون لا محكمة موضوع.

وإذا ما ارتأى القاضي القيام بمهمة التوفيق فهو يقدر الزمان والمكان المناسب لإجراء المهمة. فله اتخاذ إجراءات التوفيق في أول جلسة، أو بعد قفل باب المرافعة فيما لو طلب أحد الخصوم ذلك وقدر جدية هذا الطلب فيأمر بإعادة الدعوى للمرافعة مرة أخرى ويباشر مهمة التوفيق بين الأطراف، كما يجوز للقاضي أن يعرض الصلح على الخصوم حتى في جلسة النطق بالحكم، بيد أنه متى نطق بالحكم وكان الحكم قطعياً أمتنع عليه عرض الصلح على الخصوم.

ويمكن للقاضي القيام بمهمة التوفيق في غرفة المداولة أو في قاعة المحكمة أو في مكتبة أو في أي مكان آخر. ويجب على القاضي إجراء مهمة التوفيق بنفسه في حضور الأطراف شخصياً أو في حضور وكلاء عنهم بوكالة خاصة. ولا يجوز له أن يعهد بهذه المهمة إلى خبير أو يفوض غيره في القيام بها. (١) وإذا ما نذبت المحكمة خبيراً في الدعوى وتصلح أو توافق الأطراف حال وجود القضية أمام الخبير المنتدب؛ وجب عليه إنهاء مهمته وإحالة القضية مره أخرى إلى المحكمة التي تتولى إثبات تصلح أو توافق الأطراف بمحضر الجلسة وجعله في قوة السند التنفيذي (٢)

### صلاحية القاضي في الاستعانة بوسيط:

إذا كان يمتنع على القاضي - وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي الجديد - أن يستعين بخبير أو يفوضه في مهمة التوفيق بين الأطراف، إلا أنه يجوز له الاستعانة بوسيط للقيام بهذه المهمة، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وفي أي حالة تكون عليها الدعوى.

ويلتزم الوسيط المنتدب بالحفاظ على سرية المعلومات التي يطلع عليها بحكم مهمته، وإذا فشل الوسيط في مهمته فإن ذلك لا يمنع القاضي من محاولة التوفيق بين الخصوم مرة أخرى. وسواء نجح الوسيط في مهمته أو أخفق فيها فإنه يستحق أتعاباً يقدرها القاضي وفقاً لما بذله من جهد وما تكبده من مصاريف وما أنفقه من وقت.

### مكتب التوفيق الأسري بوزارة العدل بمملكة البحرين:

انشئ مكتب التوفيق الأسري بوزارة العدل بهدف الحفاظ على استقرار الأسرة من كافة التصدعات التي قد تزعزع كيانه الداخلي وتشتت أفرادها من خلال تقديم الخدمات الوقائية والعلاجية لجميع المشكلات الأسرية والزوجية.

ويتشكل مكتب التوفيق الأسري من مجموعة من الباحثين المتخصصين في مجال الشريعة والاجتماع من الحاصلين على شهادات جامعية في الدراسات الإسلامية والتربوية وعلم الاجتماع والخدمة الاجتماعية والارشاد الأسري.

١ - المادة ٢٤٠ مرافعات فرنسي.

٢ - المادتان ٢٨٠، ٢٨١ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

وفي سبيل الارتقاء بعمل المكتب تم نقل مكانه إلى موقع جديد مميز بعيداً عن أروقة المحاكم يحد من خوف الأطراف المتنازعة المعروف ويشجعهم على التردد عليه بشكل أكبر.

وبالإضافة إلى تقديم الخدمات الاستشارية الأسرية بكافة صورها فهو يضطلع بمهمة التوفيق بين الأطراف المتنازعة في القضايا التي تحال إليه من المحاكم الشرعية، كما يسعى إلى تسوية النزاعات الزوجية والأسرية بعيداً عن المحاكم الشرعية لتجنب الأسرة وخاصة الأطفال الدخول في الاجراءات القضائية التي قد تنال من استقرار الاسرة وتؤثر على نفسية الأطفال.

ويساعد مكتب التوفيق الأسري من تخفيف العبء الملقى على القضاة من خلال التوصل إلى اتفاقات صلح كثيرة بين أطراف النزاع. ففي عام ٢٠٠٨ أحيل إلى المكتب ٣١٢ حالة منها ٢٠٠ حالة عبارة عن طلب استشارة من خلال الهاتف و١١٢ حالة عن طريق المحكمة ونجح المكتب في الصلح بين الأطراف في ٣٥ حالة وتم اتفاق الأطراف على الطلاق وعلى المسائل المالية والشرعية المترتبة عليه في ٣٢ حالة واعيدت ٤٥ حالة إلى المحكمة دون التوصل إلى تسوية (١).

وفي عام ٢٠٠٩ ورد إلى المكتب ٩٧ حالة توصل المكتب إلى الصلح بين الأزواج في ٢٢ حالة والصلح الأسري في حالة واحدة واعيدت ٢٨ حالة إلى المحكمة، وتم اتفاق الأطراف على الطلاق في ٣٢ حالة، ونجح المكتب في التحكيم بين الأزواج في ١٤ حالة ما بين طلاق بمقابل ( خلع ) أو طلاق بالاتفاق أو عودة إلى الحياة الزوجية بشروط أو طلاق دون مقابل (٢).

وفي عام ٢٠١٠ أحيل إلى المكتب ٥٣ حالة تم الصلح في ١٦ حالة واعيدت ١٢ حالة إلى المحكمة وجرى الطلاق اتفاقاً في ١٤ حالة وتم التحكيم في ١١ حالة (٣).

## كيفية عمل مكتب التوفيق الاسري:

يحال النزاع من المحكمة الشرعية إلى المكتب لاجراء الصلح والتوفيق بين الاطراف حيث يبدأ المتخصصون في دراسة الحالة والالتقاء بالأطراف وتجري المناقشة حول أسباب الخلاف مع تقديم العون والمشورة إلى الطرفين من أجل تجاوز المشكلة والحفاظ على كيان الاسرة وفي النهاية يصل المكتب إلى أحد الفروض الثلاثة التالية:

أ- الاصلاح والتسوية بين الأطراف مع المتابعة.

ب- الطلاق بالاتفاق مع تسوية الحقوق المتعلقة بهذا الطلاق ثم عرض الامر على المحكمة لإيقاع الطلاق أمامها والتصديق على ما إتفق عليه الطرفان.

ج - عدم الوصول إلى حل وبالتالي إعادة الدعوى إلى المحكمة لتفصل فيها.

١ - احصاء مكتب التوفيق الاسري عن العام ٢٠٠٨.

٢ - احصاء مكتب التوفيق الاسري عام ٢٠٠٩.

٣ - احصاء مكتب التوفيق الاسري عام ٢٠١٠.

بالإضافة إلى ما تقدم يتولى المكتب الاشراف على بعض القضايا المحالة التي تتطلب التحكيم، فقد يرى القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها إحالتها إلى التحكيم ولا يوجد من ينوب عن الزوج أو الزوجة فيأمر القاضي بأن يتولى مكتب التوفيق دور الحكم عن الزوج أو عن الزوجة أو عن الطرفين.

## المفاوضات Negotiation:

هي المرحلة التي تمهد لإبرام اتفاق التسوية بين المتنازعين وما يتخللها من مناقشات حول كل ما يتصل بالتسوية المزمع عقدها ، وليس للمفاوضة شكل محدد يجب اتباعه على وجه الإلزام ، فقد تجرى في شكل مقابلات شخصية في صورة اجتماعات ، أو من خلال تبادل مذكرات ، وقد تستغرق جلسة واحدة أو تطول لعدة جلسات ، وقد تقع بين اطراف حاضرين أو بطريق المراسلة ، أو على مزيج بين كل هذه الصور. (١)

والمفاوضات بهذا المفهوم تعد من بين الحلول البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة ، وتتوقف نجاح عملية المفاوضات على شخصية القائمين عليها ، فالمفاوض الحصيف ليس هو الذي يتكلم كثيراً ، لكنه الذي يجيد الاصغاء ، ويبرع في الدفاع عن موقفه بالحجج والاسانيد ، وتتوافر لديه القدرة على معرفة النظير الذي يتفاوض معه.

وتبدأ المفاوضات بالاتصالات الأولية بين الاطراف لتحديد امكانية التفاوض حول تسوية النزاع دون اللجوء إلى القضاء ، أو بعبارة أخرى امكانية التفاوض من حيث المبدأ ، واذا ما تم الاتفاق على هذا المبدأ يجب أن يجرى التفاوض على مبدأ حسن النية والصدق والامانة ، ويتنافى وحسن النية كذب أحد المفاوضين على الآخر، أو استغلال نقص خبرته، أو سوء فهمه لموضوع ما أو انتهاز هفوة منه.

والمفاوضات هي الوسيلة الاكثر شيوعاً في حسم المنازعات التجارية الكبيرة ، سيما المنازعات بين الشركات العملاقة ومنازعات القانون البحري والمنازعات المتعلقة بعقود المقاولات الدولية ومنازعات التأمين واعادة التأمين.

ومع التسليم بضرورة أن يسود مبدأ حسن النية والصدق والامانة عملية التفاوض ، بيد أنه كثيراً ما يلجأ المفاوضون إلى الكثير من المناورات التي تتنافى مع هذا المبدأ لحمل الآخر على تقديم تنازلات ، ومن هذه المناورات على سبيل المثال - أسلوب «الرجل الطيب» وآية ذلك أن يُظهر الفريق المفاوض رئيسه بمظهر الرجل الطيب بغية حمل الفريق الآخر على ارضاء ذلك الرئيس الطيب وألا يغضبه ، وأن يقدم التنازلات لطيب اخلاقه. غير أن جدوى هذه المناورة مشكوك فيها بحسبات أن الحسابات المالية لا تعرف الاعتبارات العاطفية ، فحيث يسود المال تتوارى العاطفة ، فضلاً عن أن الطيبة التي يتصنعها رئيس الفريق قد تغري الفريق الآخر على مزيد من الطمع.

وهناك أسلوب « الرجل الطيب والرجل الذئب » أو أسلوب « الحمائم والصقور » ، وتقوم هذه المناورة على أن يأخذ

رئيس الفريق دور الرجل الطيب أو حمامة السلام الذي يريد إنهاء النزاع والحفاظ على علاقات الود مع الطرف الآخر ، وفي ذات الوقت يظهر المستشار القانوني بمظهر الرجل الذئب ، الأول طيب ومتساهل ، والثاني عنيد متشدد لثيم ، ويؤدي الرجلان تمثيلية لحمل الفريق الآخر على تقديم التنازلات.(١)

ويوجد أسلوب « التهديد بالانسحاب من المفاوضات » ويستند هذا الاسلوب على أن يلوح الفريق المفاوض بأن المفاوضات إذا وصلت إلى نقطة خلاف رئيسه سيجمع أوراقه مفضلاً الانسحاب ، ويعمد هذا الفريق إلى الوصول بالمفاوضات إلى طريق مسدود ويهم بالانسحاب، ويرى البعض(٢) أن نجاح هذه المناورة يعتمد على أن يكون الطرف الآخر واقعاً تحت ضغوط شديدة ورغبة جامحة في انجاح المفاوضات ، والرأي أن الطرف الدائن غالباً ما يكون هو الطرف الضعيف والمدين هو الطرف القوي ، فالدائن يسعى دائماً للحصول على دينه حتى ولو تنازل عن جزء منه بدلاً من الدخول في معترك اجراءات التقاضي وما يتكبده خلالها من وقت وجهد ومال ، ولذا فهو غالباً مع يكون واقعاً تحت ضغط شديد سيما في المنازعات المالية والاقتصادية بين المؤسسات والشركات الكبرى. ومن مناورات المفاوضات في حالة اشتراك عدة أطراف في التفاوض ، أسلوب « فرق تسد » وتعتمد هذه المناورة أساساً على الاهتداء إلى مواطن التضارب بين مصالح كل فريق.

وهناك أسلوب « الطلب الغير قابل للتفاوض » ويتعلق بكون مسألة معينة لا تقبل المناقشة ، وما عدا ذلك فجائز التفاوض بشأنه.

ومن المناورات الشائعة - حتى لدى العامة - أسلوب « المساومة » وهي أن تطلب دائماً أكثر مما ترغب في الحصول عليه ، لكي تصل إلى ما كنت تصبوا إليه.

## تقدير مناورات التفاوض:

أسلفنا القول أنه وأياً كان أسلوب كل طرف في التفاوض ، فيتعين أن تتم عملية التفاوض في جو مفعم من الإخاء والصدق والامانة وحسن النية من الطرفين ، والابتعاد عن الكذب واستغلال ضعف أو حاجة الطرف الآخر في إنهاء النزاع ، أو أن يتصيد هفواته وسوء فهمه ، وإلا فقدت هذه الوسيلة البديلة للتقاضي مغزاها والحكمة منها ، وكان من يلجأ إليها بدلاً عن القضاء كالمستجير من الرمضاء بالنار؛ وبالتالي فإننا لا نقر المناورات التي يمكن أن تتخلل المفاوضات بشأن إنهاء النزاع ، وأن جميع المناورات القائمة على المساومة والكذب والخداع والحيلة هي أعمال غير مشروعة ، وإذا ما تم اتفاق التسوية بناءً على حيل من قبل أحد الطرفين كان للطرف الآخر الحق في الطعن على الاتفاق بالبطلان ، كما يجوز له المطالبة بفسخ اتفاق التسوية والتعويض عما لحقه من اضرار ، واسباس دعواه في هذه الحالة اخلال خصمه بالالتزام بحسن النية والشفافية.

وإذا ما نجحت المفاوضات فيجري ابرام اتفاق التسوية. والذي يتناول حسم النزاع بين الطرفين ، وإذا ما تم توثيق هذا الاتفاق فإنه يعد من بين السندات التنفيذية والذي يجوز تنفيذه جبراً إذا ما امتنع المدين عن الوفاء

١ - تقنية التفاوض. سلسلة دراسات اقتصادية واستثمارية ، العدد السادس يوليو ١٩٨٧ تصدرها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بالكويت. ص ١٨ .

٢ - د. محمد سعيد الحلفاوي ، استراتيجيات واساليب التفاوض مع الشركات الموردة للتكنولوجيا ، بحث مقدم إلى مؤتمر نقل التكنولوجيا المنعقد بالقاهرة في الفترة من ١٩-٢٥ فبراير ١٩٨٦. تحت رعاية اكااديمية البحث العلمي والتكنولوجيا. ص ٢٣

بالتزاماته الواردة به.

### المحاكمات المصغرة: Mini – trials:

ومؤدى فكرة المحاكمات المصغرة هو تشكيل هيئة لحل النزاع في أقصر وقت وبأقل جهد وكلفة ، ويختار كل طرف من الطرفين المتنازعين ممثلاً له في الهيئة ، ويختار هذان العضوان رئيساً لها ، وإذا لم يتفقا على تسميته ، يجرى اختياره من خلال جهة محايدة مثل غرفة التجارة أو احدى مراكز التحكيم أو عن طريق أية مرجعية أخرى يكون المتنازعان قد اتفقا عليها.

ويسعى العضوان الممثلان عن المتنازعين إلى التوصل إلى مشروع اتفاق تسوية فيما بينهما ، وإذا لم يتمكنوا من ذلك تقدم الرئيس بمشروع تسوية من قبله ، وقد تنتهي المحاكمة المصغرة بإبرام اتفاق نهائي لتسوية النزاع.

وتمتاز هذه الوسيلة بأن مدة المحاكمة لا تتجاوز - عادة - أكثر من يومين ، وتتيح عرض النزاع على اشخاص مؤهلين وعلى درجة عالية من الكفاءة والخبرة ، فضلاً عن الابتعاد عن الشكلية العقيمة في الاجراءات ، وبوجود ممثل عن كل طرف ضمن تشكيل الهيئة ممن لهم دراية بتاريخ وتفاصيل النزاع ، وبوسعهما استشارة آخرين ؛ وهو ما يؤدي إلى توفير الوقت والجهد والمال ، ويكون الحل النهائي نتاج ممثلين عن الخصوم ومفوضين منهم بإبرام اتفاق التسوية. (١)

ويلتزم الأطراف بالحفاظ على سرية المعلومات التي وصلت إليهم أو اطلعوا عليها أثناء أو بمناسبة المحاكمة ، ولا يمكن لأي من الطرفين استخدام هذه المعلومات وتقديمها كدليل ضد خصمه الآخر فيما لو فشلت المحاكمة المصغرة ولم يتم ابرام اتفاق التسوية ولجأ الطرفان إلى القضاء أو التحكيم.

وقد لقيت هذه الوسيلة نجاحاً وانتشاراً في تسوية الكثير من المنازعات ، وتعد الهيئة الامريكية للتحكيم (A.A.A) هي أول من طبق هذه الوسيلة وحذت حذوها غرفة التجارة في سويسرا ثم المركز الاسترالي لحل المنازعات في استراليا والمركز التجاري لحل المنازعات في بلجيكا ، وكذلك مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي. (٢)

مجالس الصلح:

يقصد بمجالس الصلح تلك المجالس التي ينشئها المشرع بغرض انهاء النزاع صلحاً بين الخصوم قبل اللجوء إلى اجراءات التقاضي العادية لاسيما في المنازعات قليلة الاهمية وأياً كان صفة أطراف النزاع ، حتى ولو كانت الدولة أو أحد مؤسساتها طرفاً فيه.

ويشكل مجلس الصلح - عادة - من قاض واثنين من الأفراد المشهود لهم بالنزاهة والامانة ، وتقتصر مهمته على عرض الصلح على الخصوم من خلال اقتراح حل معين أو عدة حلول للنزاع ، وعليه أن ينهي مهمته خلال أجل معين ، ولا يتخذ مجلس الصلح أي اجراء من اجراءات التحقيق أو الاثبات إلا ما تقتضيه مهمة التوفيق والصلح بين

١ - د. عبد الحميد الأحديب. موسوعة التحكيم. الجزء الثاني. الطبعة الأولى. بيروت. ١٩٩٦ ص ٢٦.

٢ - علاء أبا ريان. المرجع السابق. ص ٧٣.

الاطراف، فله مثلاً استجواب الطرفين ، ولا يتقيد المجلس بقواعد القانون الموضوعي ، فيجوز له اقتراح أن يتنازل طرف عن جزء من حقه في مقابل التزام الطرف الآخر بالوفاء الفوري بالجزء الباقي. وبداية فإن الدعاوى التي تطرح على مجالس الصلح هي الدعاوى التي يجيز فيها القانون الصلح ، فلا يجوز الصلح على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية البحتة كالمسائل المتعلقة بصحة الزواج أو بطلانه أو المسائل الخاصة بثبوت النسب ونفيه أو البنوة ، أو بشأن ما إذا كان الشخص وارثاً أو غير وارث أو مسائل الأهلية (١). ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية فقد نصت المادة ٤٩٨ من القانون المدني البحريني على أنه « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها » وترتيباً على ذلك يجوز الصلح بين الزوج والزوجة على النفقة أو على مقدم الزواج ومؤخره ، كما يجوز الصلح بين الورثة حول حق كل منهم في التركة. ولا يجوز الصلح على المسائل الأخرى المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز الصلح على أحكام القانون المتعلقة باصابات العمل.

وترفع الدعوى لمجلس الصلح من خلال صحيفة تقدم لقسم كتاب المحكمة ولا تتعقد الخصومة إلا بإعلان المدعي عليه اعلاناً صحيحاً ، وينتهي مجلس الصلح إلى أحد الاحتمالات التالية:

الاحتمال الأول: أن يحضر طرفا الدعوى ويقبلان بالصلح المعروض عليهما من المجلس ، أو يتفقان على تسوية النزاع فيما بينهما صلحاً وحينئذ يصدق المجلس على هذا الاتفاق ويلحقه بمحضر الجلسة ويجعله في قوة السند التنفيذي.

الاحتمال الثاني: أن يتخلف الطرفان عن الحضور كلاهما أو أحدهما أمام مجلس الصلح وهو ما يُعد أعراضاً منهما على الصلح وفي هذه الحالة ليس أمام المجلس سوى إحالة الدعوى إلى المحكمة لنظرها.

الاحتمال الثالث: أن يحضر الطرفان ويرفض أحدهما أو كلاهما الصلح المفروض عليهما وفي هذه الحالة يحيل المجلس الدعوى إلى المحكمة لنظرها.

وإذا لاقت التسوية المقترحة من مجلس الصلح الموافقة من الطرفين فيجري تحرير محضراً بذلك يوقع من اعضاء المجلس والخصوم او وكلائهم المفوضين بالصلح. وتشجيعاً للخصوم على انتهاء النزاع صلحاً غالباً ما يقرر المشرع - في حالة ما اذا تم ابرام الصلح أمام المجلس - رد كامل الرسم المسدد أو نصفه إلى من دفعه. (٢)

## مجالس الصلح في القانون المصري:

نصت المادة ٦٤ من قانون المرافعات على أنه « يكون حضور الخصوم في الدعاوى الجزئية التي ترفع ابتداء في اليوم والساعة المحددين بصحيفة افتتاح الدعوى أمام مجلس صلح يتولى التوفيق بين الخصوم وذلك فيما عدا

١ - انظر في المسائل التي يجوز الصلح فيها د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس، الناشر دار احياء التراث المصري. بيروت . لبنان. ص ٥٥٤ وما بعدها. بند ٣٦٨ وما بعده.

٢ - نص المشرع المصري في المادة ٢٠ مكرراً من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية المعدل على أنه « إذا ترك المدعي الخصومة أو تصالح مع خصمه في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وقبل بدء المرافعة فلا يستحق على الدعوى إلا ربع الرسم المسدد». وتتص المادة ٢٠ من القانون سالف الذكر على أنه " إذا انتهى النزاع صلحاً بين الطرفين واثبتت المحكمة ما أتفق عليه الطرفان في محضر الجلسة أو أمرت بإلحاقه بالمحضر المذكور ... لا يستحق على الدعوى إلا نصف الرسوم الثابتة أو النسبية".



الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الأداء. ويشكل مجلس الصلح المشار إليه برياسة أحد وكلاء النائب العام ويعقد جلساته في مقر محكمة المواد الجزئية المختصة بنظر النزاع، وعليه أن ينتهي من مهمته في مدة ثلاثين يوماً لا يجوز مدها إلا باتفاق الطرفين ولمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً أخرى، فإذا تم الصلح في هذا الأجل أعد بذلك محضراً تكون له قوة السندات واجبة التنفيذ، وإذا لم يتم الصلح في الأجل المذكور أحال الدعوى إلى المحكمة لنظرها في جلسة يحددها. ويصدر بتنظيم هذا المجلس وبيان الإجراءات التي تتبع أمامه قرار من رئيس الجمهورية ويحدد وزير العدل بقرار منه المحاكم الجزئية التي تشكل مجالس الصلح بدائلتها.

وإذا عرضت الدعاوى المشار إليها في الفقرة الأولى على محكمة شكل مجلس صلح بدائلتها قبل عرضها على هذا المجلس وجب على المحكمة إحالتها إليه.»

وجاء بالذاكرة الإيضاحية لمشروع القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ : اتجه المشروع في المادة ٦٤ منه إلى إنشاء مجالس صلح تتولى التوفيق بين الخصوم تاركا أمر تنظيمها لقرار جمهوري يصدر بذلك وأتاح الفرصة للتدرج في إنشائها بما خوله لوزير العدل من إصدار قرارات بتحديد المحاكم التي تشكل مجالس صلح بدائلتها. واستلزم المشروع أن تعرض على تلك المجالس جميع الدعاوى الجزئية التي تكون من اختصاص المحاكم الجزئية التي أنشئت بدائلتها، وذلك بأن أوجب أن يكون حضور الخصوم في تلك الدعاوى في الجلسة الأولى المحددة لنظرها أمام تلك المجالس، وتحوطاً لخطأ قلم الكتاب في تحديده جلسة الحضور في تلك الدعاوى أمام هيئة المحكمة الجزئية مباشرة وحتى لا يترتب على هذا الخطأ تعقيد الإجراءات، أوجب المشروع على هذه المحكمة في تلك الحالة أن تحيل الخصوم إلى مجلس الصلح المشكل بدائلتها لجلسة تحددتها لهم. وغنى عن البيان أن مجلس الصلح وقد اقتصر اختصاصه على التوفيق بين الخصوم مما ينتفي معه مجال المناضلة بينهم، فإن المرحلة التي تمر بها الدعوى أمامه، لا تخل بحقوقهم في إبداء ما لديهم من دافع أمام المحكمة عند إحالة المجلس الدعوى إليها بعد إخفاقه في الوصول إلى صلح بينهم، إذ لا تعتبر المرافعة قد بدأت في مفهوم المادة ١٠٨ من المشروع (المقابلة للمادة ١٣٢ من القانون القديم) إلا من جلسة المرافعة التي يحددها مجلس الصلح للخصوم أمام هيئة المحكمة بعد إحالة الدعوى إليها.

هذا وقد حرص المشروع على أن تقتصر المنازعات التي يتعين عرضها على مجلس الصلح على الدعاوى الجزئية التي ترفع ابتداء حتى يبقى من الجائز إبداء طلبات عارضة أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الجزئية أياً كان نوع هذه الطلبات وأياً كان الخصم الذي يبيدها وذلك حتى لا يتعطل الفصل في الطلب الأصلي انتظاراً لنظر الطلبات العارضة في مجالس الصلح.

وقد استثنى المشروع من الخضوع لنظام مجالس الصلح الدعاوى التي لا يجيز فيها القانون الصلح والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الأداء تقديراً منه بأن لها من طبيعتها الخاصة ما لا يتفق مع الخضوع لهذا النظام.



وجاء بتقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة عن مشروع القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ : (رأت اللجنة إضافة فقرة جديدة إلى المادة ٦٤ من المشروع قبل فقرتها الثانية: (ضماناً لتمثيل العنصر القضائي في تشكيل مجالس الصلح وتوخياً لسرعة انجاز مهمتها. فضلاً عن استحسان انعقاد هذه المجالس في مقر المحكمة المختصة حتى لا تتقل الأوراق منها مع بيان ما يجب إتباعه إذا لم يصل المجلس إلى صلح خلال أجل معلوم).

## استئجار القاضي Rent-a-Judge :

على غرار استئجار مخبر خاص أو محقق خاص أتت إلينا الولايات المتحدة الامريكية بنظام استئجار القاضي أو ما يعرف بالتقاضي الخاص Private judging حيث يجوز للخصوم التقدم بطلب إلى المحكمة المختصة لاستئجار قاض بغرض تسوية النزاع فيما بينهم على وجه سريع ، وقد يطلب الخصوم استئجار قاض بعينه لما يتمتع به من الكفاءة وحسن السمعة.

وتتولى المحكمة المختصة تسمية القاضي الذي يُعهد إليه بمهمة الفصل في النزاع ، وغالباً ما يكون قاضياً متقاعداً Retired Judge وينظر القاضي المستأجر النزاع طبقاً لذات الاجراءات المنصوص عليها في القانون المحلي للولاية ، ويصدر حكماً مماثلاً للأحكام الصادرة عن محاكم الولاية يكون قابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره طالما لا يتعارض مع القوانين المحلية.

وقد طبق هذا النظام في بعض الولايات الامريكية منها ولاية كاليفورنيا وولاية نيويورك. بيد أن هذا النظام غير معروف في بريطانيا ، وغير معروف كذلك في الانظمة القانونية الأخرى. (١)

## المهندس الاستشاري في عقود الفيدك:

عقود الفيدك FIDIC عبارة عن نماذج عقود هندسية أصدرها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) (Federation internationale Des ingenieurs – conseil) يجري استخدامها والتعاقد على مقتضاها في العديد من بلدان العالم ، ومن هذه النماذج.

شروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية

.Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction

شروط عقد مقاولات الاعمال الميكانيكية والكهربائية – شاملة اعمال التركيبات بالمواقع.

Conditions of Contracts for Electrical and Mechanical Works – Including  
.Erection on Site

١ - في عرض نظام استئجار القاضي تفصيلاً أنظر:

Brown (H) & Marriotte (A) "ADR: Principles and Practice", London. ١٩٩٣. p. ١٧.

## شروط عقد التصميم والتشييد وتسليم المفتاح Conditions of Contract for Design Built and Turnkey

### شروط اتفاقية خدمات بين العميل والاستشاري Client / Consultant Model Service Agreement

نموذج عقد مشاركة بين المهندس والاستشاري مع غيره من المهندسين الاستشاريين لتقديم اعمال على اساس  
الاتحاد والمشاركة Consortium .

### نموذج عقد استشارات هندسية من الباطن Sub-consultant Agreement نموذج عقد مقاوله من الباطن Sub-contract Agreement

ووفقاً للعقود المذكورة كان يتم تسوية المنازعات التي تنشأ اثناء تنفيذ الاعمال بواسطة المهندس الاستشاري والذي يطلق عليه مصطلح Adjudicator ، ونصت نماذج عقود الفيدك FIDIC على عدم جواز البدء بالتحكيم قبل اللجوء إلى المهندس الاستشاري أو قبل اللجوء إلى Adjudicator وإذ لجأ طرف إلى القضاء أو إلى التحكيم يحق للطرف الآخر طلب وقف الدعوى تعليقاً لحين صدور قرار من الـ Adjudicator خلال الأجل المنصوص عليه بنموذج العقد.

ونظراً لنجاح نظام الـ Adjudicator في العديد من المنازعات الهندسية فقد صدر تشريع في إنجلترا عام ١٩٩٦ نص على إمكانية إحالة معظم منازعات المقاولات والأعمال الهندسية للفصل فيها بواسطة الـ Adjudicator وسواء نص العقد على ذلك أو لم ينص ، وخوّل الاطراف الحق في التنازل عن هذه الوسيلة واللجوء إلى التحكيم. (١)

وقد جرى الفقه على أن قرار المهندس أو قرار الـ Adjudicator لا يعد قراراً تحكيمياً ولا يحسم ولا يجوز حجية الأمر المقضي فضلاً عن أن المهندس لا يتمتع بالاستقلال الواجب توافره في المحكم. (٢) لانه معين من قبل رب العمل ويأخذ أجره منه. (٣) وإذا أصبح قرار الـ Adjudicator نهائياً Final وملزماً binding لعدم الاعتراض عليه من قبل الأطراف فإن هذا القرار يستمد قوته التنفيذية من رضاء الطرفين به (٤) ، وإذا طعن

١ - علاء أبا رايان. المرجع السابق ص ٧٩.  
٢ - د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦ - الناشر منشأه المعارف بالاسكندرية ص ٢٩ . د. أحمد حسان حافظ مطاوع - التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة ١٩٩٨ ص ٥٦١ .  
٣ - د. عصام أحمد البهجي - عقود الفيدك. الناشر دار الجامعة الجديدة طبعة ٢٠٠٨ ص ٢٧٥ .  
٤ - د. فتحي والي. المرجع السابق. ص ٢٩ .

عليه الأطراف بطلب اللجوء إلى التحكيم وتأييد من هيئة التحكيم ، فإن حكم التحكيم هو الذي تثبت له الحجية وليس قرار المهندس الاستشاري.

وفي نموذج عقد الفيديك بشأن شروط عقد التصميم والتشييد وتسليم المفتاح Conditions of Contract for Design – Build and turnkey تم العدول عن نظام الـ Adjudicator إلى نظام مجلس فض المنازعات Dispute Adjudication Board ويتكون المجلس المذكور إما من شخص واحد أو ثلاثة أشخاص مؤهلين ، وإذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك يتكون مجلس فض المنازعات من ثلاثة اشخاص ، ويسمى كل طرف عضواً للموافقة عليه من الطرف الآخر ، وعلى الطرفين التشاور مع هذين العضوين على تعيين عضو ثالث ليكون رئيساً . وإذا اخفق الطرفان في تسمية عضواً للجنة أو تسمية الرئيس ؛ تولت سلطة التعيين المنصوص عليها في العقد هذه المهمة. (١)

ويتعين على الأطراف تقديم كافة المعلومات والتسهيلات للمجلس حتى يتمكن من إصدار القرار المناسب خلال الأجل المحدد ( ٨٤ يوماً من تاريخ الإحالة ) ولا يعمل المجلس كمحكمين as arbitrators وانما يقتصر دوره على مجرد فض النزاع بقرار ملزم للطرفين، وعليهما تنفيذه فوراً إلى أن تتم تسوية النزاع ودياً أو بحكم تحكيم . وإذا لم يرتض أي من الطرفين قرار مجلس فض المنازعات فله الاعتراض عليه خلال ٢٨ يوماً من اخطاره بالقرار . وإذا لم يتم الاعتراض في الميعاد ، فإن قرار المجلس يصبح نهائياً وملزماً للمقاوول ورب العمل. (٢)

تقييم دور المهندس الاستشاري و مجلس فض المنازعات:

البيّن من مطالعة النماذج المختلفة لعقود الفيديك أن النزاع بين رب العمل والمقاوول يجب أن يعرض أولاً على المهندس adjudicator أو على مجلس فض المنازعات ، فإذا لجأ طرف من الأطراف مباشرة إلى التحكيم دون عرض النزاع على المهندس أو مجلس فض المنازعات كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل الأوان. (٣) مع ملاحظة أن الدفع بعدم القبول في هذا الشأن غير متعلق بالنظام العام بل بمصلحة الخصوم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ويتعين التمسك به من قبل صاحب المصلحة.

وإذا كان وجوب عرض النزاع على المهندس أو مجلس فض المنازعات يفترض موافقة الطرفين على شروط العقد المنظة لذلك ، فلهما أن يعدلا هذه الشروط ويسقطا منها مرحلة اللجوء إلى المهندس أو مجلس فض المنازعات. (٤)

وعلى العموم فإن اللجوء إلى المهندس الاستشاري adjudicator أو مجلس فض المنازعات يعد من بين الوسائل البديلة التي أثبتت نجاحاً في العديد من منازعات العقود الهندسية والمقاوولات وعقود البوت وكثيراً ما إرتضى الطرفان قرار المهندس أو المجلس.

١ - المادة ٢٠ - ٣ من عقد التصميم والتشييد وتسليم المفتاح الصادر من الفيديك.

٢ - المادة ٢٠ - ٤ من الشروط العامة للعقد.

٣ - حكم محكمة استئناف القاهرة - ٩١ تجاري - ٢٠٠٥/٣/٢٠ الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٢١ ق تحكيم مشار إليه في مؤلف الدكتور فتحي والي. قانون التحكيم. المرجع السابق ص ٢٠ هامش (٢)

٤ - حكم محكمة استئناف القاهرة ٩١ تجاري سالف الاشارة.

## الفصل الثاني في الوساطة كأحد الحلول البديلة عن القضاء

تعد الوساطة أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين الخصوم ، خاصة في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي والتي تتسم بالسرية في أحكامها ، مثل عقود نقل التكنولوجيا (١) ، أو بطابعها العائلي كما في عقود الزواج ومسائل النفقة بين الأزواج والأقارب ومسائل الطلاق ، كذلك للوساطة دور هام في تسوية المنازعات في عقود الإنشاءات الهندسية الدولية ، كعقود الفيدك FIDIC ، وعقود البوت (٢) . وتشير الإحصاءات إلى أن أربع من أصل خمس قضايا وساطة تنتهي بالتسوية بين الخصوم (٣) ويكون القرار من صنع الخصوم أنفسهم ، حيث يقتصر دور الوسيط على مساعدة الأطراف في تحديد أوجه النزاع وعرض الخيارات المتاحة وإزالة العقبات وينتهي الأمر بأن يتخذ الخصوم قرار التسوية بأنفسهم .

### المبحث الأول

#### في ماهية الوساطة

#### تعريف الوساطة :

ويمكن تعريف الوساطة بأنها إجراء غير ملزم يجريه شخص محايد بعد تسميته والاتفاق عليه لإزالة الخلاف القائم بين طرفين أو أكثر باقتراح حلول غير ملزمة لهم ومساعدتهم على الاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بينهم بهدف إيجاد صيغة توافقية، دون أن يفرض عليهم حلاً أو يصدر قراراً ملزماً ، بل يجعلهم يتخذون القرار الحاسم بأنفسهم.

ووفقاً لقواعد الوساطة والتحكيم أمام مركز الوساطة والتحكيم التابع للغرفة التجارية العربية الفرنسية فإن الوساطة عبارة عن « تكليف شخص آخر يدعى الوسيط ، بمهمة الاستماع إلى الأطراف الذين هم على خلاف ، مع مقارنة وجهات نظرهم من خلال مبادلات، سواء بحضورهم أم لا ، لمساعدتهم على إعادة الاتصال فيما بينهم ، بهدف التوصل إلى اتفاق يقبله الأطراف » (٤) وجاء بمشروع قانون الوساطة البحريني أن الوساطة هي « كل عملية يطلب فيها أطراف من شخص يسمى الوسيط مساعدتهم في سعيهم إلى التوصل إلى تسوية في نزاع قائم بينهم » (٥).

تميز الوساطة عن غيرها من الأفكار المتشابهة:

قد تختلط فكرة الوساطة بغيرها من الأفكار المتشابهة سيما بعض الوسائل البديلة الأخرى للقضاء مثل المفاوضات والتوفيق ؛ ولذا فمن الضروري تمييز هذه الفكرة عما عداها من أفكار أخرى مشابهة .

١ - انظر د. يوسف الأكياي . النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص . رسالة دكتوراه ١٩٨٩ الناشر دار النهضة العربية ص ١٣٩ وما بعدها .  
٢ - د. جيهان حسن سيد أحمد ، عقود البوت BOT وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، طبعة ٢٠٠٢ الناشر دار النهضة العربية .  
٣ - انظر د. عبد الحميد الأحمد . الموسوعة التحكيم الدولي . الجزء الثاني سنة ١٩٩٨ دار المعارف - بيروت ص ٢٥ .  
٤ - مجلة التحكيم العالمية . مجلة فصلية - بيروت - العدد العاشر نيسان (أبريل) ٢٠١١ السنة الثالثة . ص ٩٦٤ .  
٥ - المادة ١ من مشروع قانون الوساطة لتسوية المنازعات .

## التمييز بين الوساطة والتوفيق:

تتشابه الوساطة مع التوفيق في الكثير من الأمور حتى أن السائد في دول **common law** اعتبارهما وسيلة واحدة لفض المنازعات ولذا يطلقون على الموفق مصطلح الوسيط . في حين يرى البعض (١) أن فكرة الوساطة فكرة مستقلة ومغايرة عن فكرة التوفيق ، وهو ما يقتضي بيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الفكرتين وصولاً إلى ما إذا كانت الفكرتان متميزتان أم أنهما مجرد فكرة واحدة.

تتشابه الوساطة مع التوفيق في أن اللجوء إليهما يستلزم موافقة الخصوم على تدخل شخص ثالث لإزالة الخلف القائم بينهما ومساعدتهما في الوصول إلى قرار رضائي حاسم للنزاع القائم بينهما ، فضلاً عن موافقة هذا الشخص الثالث على أن يتولى مهمة الوسيط أو الموفق . كما و أن كلاً منهما مقيد بالمنازعات التي يجوز فيها الصلح ، فلا يجوز اللجوء إلى الوساطة أو التوفيق في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية البحتة كصحة الزواج أو بطلانه أو المسائل الخاصة بثبوت النسب ونفيه أو البنوة ، لأن مثل هذه المسائل لا يجوز التصالح عليها .

ويجوز اللجوء إلى الوساطة أو التوفيق في أية مرحلة تكون عليها الدعوى و أمام كافة أنواع المحاكم و درجاتها ما لم ينص المشرع على وجوب اللجوء إلى الصلح قبل رفع الدعوى (٢) كما هو الشأن في المادة ٦٤ من قانون المرافعات المصري.

ويشترط في كل من الوسيط و الموفق الخبرة والاستقلال و النزاهة ، فهو ليس نائباً عن أحد الخصوم أو ممثلاً له، بل يعمل باستقلال و حیده عنهما بهدف مساعدتهما في الوصول إلى حل رضائي للنزاع القائم بينهما .

وليس للوسيط أو الموفق أية سلطة قضائية على الخصوم ، فهو ليس بقاض أو محكم، فلا يملك إصدار قرارات حاسمة أو فرض حل بعينه على الخصوم ، ويقتصر دورهما على مجرد السعي لتقريب وجهات النظر المتعارضة و اقتراح الحلول الممكنة، وفي حال نجاح الوسيط أو الموفق في مهمته ؛ يجري تحرير محضر يثبت فيه ما تم الاتفاق عليه ويوقع من الطرفين، و لا يكون هذا الاتفاق قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بأمر يصدر من المحكمة المختصة بناء على طلب أي من ذي الشأن . بحسبان أن الاتفاق ليس له أية حجية سوى حجية الأوراق العرفية ، ما لم يكن الاتفاق قد تم أمام القضاء ومشمولاً بالصيغة التنفيذية فيكون قابلاً للتنفيذ الجبري دون حاجة لإجراء آخر (٣) .

ورغم أوجه الشبه السابقة بين الوساطة و التوفيق فيوجد أوجه للاختلاف بينهما . إذ يقتصر دور الموفق على مجرد تبيين الخصوم إلى حقوقهم والتزاماتهم المتبادلة ، والتقريب بين وجهات نظرهم المتعارضة ، و حثهم على

١ - د. عاشور مبروك. نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم ، الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠٢ بند ١٢ ص ٢٤ وما بعدها.

٢ - انظر د. عاشور مبروك، المرجع السابق.

٣ - انظر د. عاشور مبروك. النظام الاجرائي لخصومة التحكيم. دراسة تحليلية. وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة. الطبعة الثانية. الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة بند ٢٥ ص ٦٩ وما بعدها.

التفاهم من أجل مصالحهم ، وتبصيرهم بالأضرار المحتملة فيما لو لم يتصالحا دون اقتراح حل ما . في حين يتعدى دور الوسيط أبعد من ذلك فهو يستعرض الحلول الممكنة ، بل ويقترح الحل المناسب (١) .

في حين يذهب البعض إلى عكس ذلك ويقولون بأن الموفق هو الذي يقترح الحل المناسب ويسعى إلى اقناع الأطراف به وأخذ موافقتهم عليه ، بينما يقتصر دور الوسيط على مساعدة الخصوم في الوصول بأنفسهم إلى الحل المناسب ، وهو الرأي الذي تبناه مشروع القانون البحريني (٢) و أخذ به مركز الوساطة والتحكيم التابع لغرفة التجارة العربية الفرنسية (٣) .

ويرى البعض (٤) أن الوساطة دائماً مأجورة حيث يتقاضى الوسيط أتعابه من الخصوم ، في حين أن التوفيق يكون مجانياً عدا المصاريف الفعلية التي يتكبدها الموفق مثل المصاريف الإدارية . بيد أن هذا الرأي وإن كان صحيحاً وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي الجديد حيث الوساطة القضائية إلا أنه لا يجوز الأخذ به على إطلاقه وتعميمه وإذ توجد بعض الأنظمة القانونية التي تقرر أتعاباً للموفق ، ومن هذه الأنظمة - على سبيل المثال - نظام التوفيق والتحكيم التجاري وفقاً لمركز الكويت للتحكيم التجاري التابع لغرفة تجارة وصناعة الكويت وإذ نظم الفصل السابع من النظام المذكور مسألة رسوم وأتعاب ومصروفات التوفيق ، وخول اللجنة التنفيذية للمركز صلاحية تقرير أتعاب للموفقين قبل إحالة ملف النزاع إليهم ، وأجاز لها أن تطلب من أطراف النزاع دفعه على حساب أتعاب ومصروفات التوفيق تدفع مقدماً (٥) .

التمييز بين الوساطة والمفاوضات:

تشارك الوساطة مع المفاوضات في أن كلاهما من الوسائل البديلة للعدالة القضائية التي تستهدف الوصول إلى حل ودي يرتضيه الطرفان ، بيد أن ما يميز الوساطة عن المفاوضات هو أن الوساطة تتم من خلال تدخل شخص ثالث تكون مهمته التقريب بين وجهات النظر المتعارضة للخصوم ومساعدتهم في التوصل إلى اتفاق مقبول منهما دون أن يفرض عليهم حلاً بعينه ، في حين أن المفاوضات تجري مباشرة بين الأطراف دون تدخل شخص ثالث فيها ، وإذا ما تمت المفاوضات بطريق غير مباشر بوساطة شخص ثالث، فإنها تكون أقرب إلى التوفيق والوساطة.

## الوساطة والخبرة:

الخبير شخص متخصص في أمور فنية معينة ، قد تكون أمور طبيه أو هندسية أو محاسبية أو زراعية أو غير ذلك ويستعين القاضي برأيه في المسائل الفنية التي لا يستطيع الإلمام بها (٦) .

وإذا كان للمحكمة السلطة التنفيذية في تقرير مدى الحاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة ، فإنها إذا قررت

١ - انظر جاك الحكيم ، الاساليب البديلة لحسم المنازعات ، الحقوق التعاقدية، ندوة القانون المقارن بدمشق الفترة من ٥-٨ أكتوبر ١٩٩٦ ص ٢٤ .

٢ - المادة (١) من مشروع قانون الوساطة لتسوية المنازعات.

٣ - حيث جاء بقواعد الوساطة أمام المركز أن الوسيط لا يبدي اقتراحاً خلافاً للموفق.

٤ - انظر : p.kayser. la recherché en france de la diminution des contentieux judiciaire p.١٢ المشار إليه في

د. عاشور مبروك. نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم. المرجع السابق ص ٢٩ .

٥ - المادة ٥٠ من نظام التوفيق والتحكيم الخاص بمركز الكويت للتحكيم التجاري.

٦ - انظر: د. عيد محمد القصاص. الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. الناشر دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٥ بند ٦٣ ص ١٢٨ .



ندب خبير في الدعوى كان للخصوم اختيار شخص خبير ، فإذا اتفق الخصوم على اختيار خبير أو ثلاثة خبراء أقرت المحكمة اتفاقهم ( ١ ) وهنا قد تتشابه الوساطة مع الخبرة فكل من الوسيط والخبير من اختيار الخصوم، وكلاهما مأجور ، ولا يقوم أيًا منهم بوظيفة القضاء وحسم النزاع وفرض رأيه على الخصوم . ومع ذلك تبقى الوساطة أمر متميز عن الخبرة ، فالوسيط لا يبدي رأيه في المسائل الفنية ويقتصر دوره في مساعدة الأطراف في التوصل إلى حل ودي من خلال التقريب بين وجهات النظر . في حين أن عمل الخبير هو إبداء الرأي في المسائل الفنية التي يعجز القاضي عن الإلمام بها .

## الوساطة والتحكيم:

تتشترك الوساطة مع التحكيم في أن كلاهما من وسائل تسوية المنازعات ، وأن كلاهما لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ، وأن كلاً من الوسيط والمحكم من اختيار الخصوم باستثناء التحكيم الاجباري ، وقد تدق التفرقة حينما يكون المحكم مفوضاً بالصلح إذ في هذه الحالة لا يتقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون (٢) ويكون من سلطته عرض الصلح على الخصوم . ومع ذلك فإن الوسيط خلافاً للمحكم لا يفصل في النزاع بحكم حاسم وإنما هو الشخص الذي يتوصل الأطراف عن طريقة إلى تسوية خلافهم بطريق ودي ، فدور الوسيط تقريب وجهات النظر وتسهيل الأمور بين الخصوم (٣) .

الوساطة و الوكالة:

تختلف الوساطة عن الوكالة ، فالوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني (١) و القاعدة أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل وملزم بتعليماته وليس له الخروج عن حدود الوكالة . في حين أن الوسيط يعمل بخبرة واستقلال تام عن الخصوم .

## أنواع الوساطة:

للساطة أنواعاً متعددة. فتوجد الوساطة القضائية Judicial – Mediation حيث يكون الوسيط قاضياً ، وهو النظام المعمول به في النظم الانجلوسكسونية حيث يقترح القاضي الذي ينظر الدعوى على الأطراف تسوية النزاع بينهم من خلال الوساطة ، ويسعى إلى التوصل معهم إلى رأي **Advisory verdict** يكون هو الأساس الذي تتم على مقتضاه عملية الوساطة. وهو النظام الذي أخذ به القانون الأردني ، إذ يتولى قاضي إدارة الدعوى خلال جلسة الاجتماع مع الخصوم عرض التسوية عليهم والسماح لهم بتبادل الرأي حول إمكانية إجراء التسوية (٤) ، ووفقاً لقانون المحاكم الاقتصادية المصري (٥) على عضو هيئة التحضير أثناء مباشرته مهمته أن يعرض الصلح على الطرفين لتسوية النزاع ودياً ، وله في سبيل ذلك عقد جلسات مشتركة بينهما ، أو الاجتماع على انفراد مع كل خصم على حده ، وعليه الحفاظ على سرية المعلومات التي يتوصل إليها في الجلسات الانفرادية مع

١ - المادة ١/١٢٢ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ .

٢ - د. أحمد أبو الوفا. التحكيم بالقضاء وبالصلح الناشر دار المطبوعات الجامعة طبعة ٢٠٠٧ بند ع ص ١٨ .

٣ - المادة ٦٤٠ من القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ .

٤ - المادة ٢/٥٩ هـ من قانون أصول المحاكمات المدنية .

٥ - القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية المنشور بالجريدة الرسمية - السنة ٥١ العدد ٢١ نابع بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ .



الخصوم . وإذا اتفق الطرفان على الصلح أثبتت هيئة التحضير هذا الصلح في محضر جلسه يوقع عليه الأطراف وترفعه إلى الدائرة المختصة لإلحاقه بمحضر جلسة نظر الدعوى وإثبات محتواه فيه ويكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذي (١).

وهناك الوساطة التحكيمية Mediation Arbitration وهي عبارة عن بند أو شرط يدرج في العقد وينص على أنه في حال نشوب نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه أو فسخه أو بطلانه يتم عرضه على وسيط وفي حال فشل الوساطة يتحول الوسيط إلى محكم ، وهو ما يسمى في الولايات المتحدة (MED – ARB) أي الوساطة التحكيمية ، وبدأ تطبيق هذا النظام في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام ١٩٧٠ (٢). وتوجد الوساطة الاتفاقية حيث يتفق الخصوم على تسوية النزاع ودياً عن طريق الوساطة وقد أقر المشروع البحري هذا النوع من الوساطة أمام غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية . فنص على أنه إذا اتفق أطراف الدعوى على وقفها لتسوية النزاع ودياً عن طريق الوساطة، رفع مدير الدعوى مباشرة اتفاقهم إلى القاضي المنتدب لإقرار اتفاقهم (٣).

## مزايا الوساطة:

### ١ . توفير الوقت والجهد والمال:

تتم تسوية المنازعات عن طريق الوساطة في وقت أقصر بكثير من الوقت الذي تستغرقه إجراءات التقاضي العادية والتي قد تطول لسنوات عديدة ، إذ أن تسوية النزاع من خلال الوساطة لا يستغرق وقت طويل وقد تنتهي الوساطة في يوم واحد أو خلال أيام معدودات (٤). وتتسم الوساطة ببساطة الإجراءات والبعد عن الشكليات العقيمة ، بخلاف إجراءات التقاضي التي يعترها البطء الشديد والتعقيد والاعراق في الكثير من الشكليات العقيمة ، ولا شك أن بساطة الإجراءات وسرعة حسم النزاع من خلال الوساطة من شأنه توفير الوقت والجهد والمال ؛ والوقت لدى رجال المال والتجارة له ثمنه أو هو بمثابة المال Time is money ذلك أن أي تأخير في حسم المنازعات المالية والتجارية الكبيرة من شأنه الخسارة بسبب انخفاض القوة الشرائية للنقود والمتغيرات الاقتصادية وتجميد السيولة لدى رجل المال والتجارة (٥).

وتمتاز الوساطة بقلة التكاليف مقارنة بتكاليف إجراءات التقاضي العادية والتي قد تكون مرهقة للكثير من الخصوم لدرجة أن غالبية التشريعات المقارنة قد انشأت لجان للإعفاء من الرسوم أو للمساعدة القضائية.

## ٢- تخفيف حدة العداء بين الخصوم واستمرار العلاقة بين الأطراف:

- ١ - د. فتحي والي. القواعد الخاصة للاختصاص والإجراءات في قانون المحاكم الاقتصادية. مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠٩ ص ٢٣.
- ٢ - أنظر: علاء أبا ريان. المرجع السابق ص ٦٧.
- ٣ - المادة ٢٤/أ من قرار وزير العدل رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٩ بإصدار لائحة إجراءات تسوية المنازعات التي تختص بها غرفة البحرين لتسوية المنازعات بموجب الفصل الأول من الباب الثاني من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩.
- ٤ - القاضي أحمد القطاونة والقاضي وليد كفاكرية. إدارة الدعوى المدنية. الطبعة الأولى ٢٠٠٣ مطابع الدستور التجارية عمان - الأردن ص ٨٦.
- ٥ - Time is money مثل انجليزي معروف يعني أن الوقت هو المال ويقابله في اللغة العربية الوقت من ذهب والوقت كالسيف إن لم تقطعه قطعك. انظر علاء أبا ريان. الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية. مرجع سابق. ص ٩٨.

ترتكز الوساطة على الحوار الهادئ الواعي في جو تسوده مشاعر طيبة ورغبة صادقة في الوصول إلى حل مرض للطرفين ، وهو ما يساعد على الحفاظ على العلاقات الودية والمستمرة مستقبلاً وبعد انتهاء النزاع ، بما ينعكس ايجابياً على العلاقات العائلية والتجارية في المجتمع (١).

#### ٢- المرونة:

لا يتقيد الوسيط ولا الخصوم بأصول محاكمات وشكليات طويلة ومعقدة ، كما هو الشأن في القضاء والتحكيم . فالبعد عن الشكليات ومرونة اجراءات الوساطة من حيث تحديد المهل والمكان ، عزز من أهميتها واكسابها فعالية في تسوية النزاع بصورة ودية في العديد من الحالات مما جعلها تفضل الوسائل التقليدية (٢).

#### ٤- قلة التكاليف والمصروفات:

تتميز الوساطة بقلة التكاليف مقارنة مع كلفة التقاضي العادي والتحكيم ، فعلى سبيل المثال ووفقاً لقانون الرسوم البحري (٣) يفرض في الدعاوى معلومة القيمة رسم نسبي من قيمة المبالغ التي يطلب الحكم بها وذلك وفقاً للنسب المبينة بجدول الرسوم المرفق ، فإذا كان المبلغ المطالب به مليون دينار - مثلاً - فإن الرسوم النسبية المستحقة تزيد عن عشرين ألف ديناراً . وهو ما يربو على أكثر من خمسين ألف دولار أمريكي وكلفة التحكيم ليست بأحسن حالاً من كلفة القضاء العادي ، فقد فاقت أعقاب المحكمين كل تصور وخيال بل باتت أحياناً وسيلة لاثراء المحكم على حساب الأطراف حتى أطلق على التحكيم أنه قضاء الأغنياء وبسبب قلة تكاليف الوساطة والوسائل البديلة أطلق عليها البعض (٤) اصطلاح عدالة الفقراء مقارنة بعدالة الأغنياء المتمثلة في التحكيم.

#### ٥- السرية:

من المبادئ الراسخة التي تهيمن على القضاء التقليدي مبدأ علنية الجلسات ، فالأصل في الجلسات هو العلنية ، بمعنى أن يحضر من يشاء من الرأي العام ، إلا إذا قرر القانون نظرها في غرفة المشورة ، أو إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم اجراءها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة العلاقات الأسرية (٥) على أن يراعى أن الأحكام يجب أن تصدر دائماً في جلسة علنية (٦) ، وسواء نظرت الدعوى في جلسة سرية أو علنية (٧). ويعد مبدأ علنية الجلسات ضماناً أساسية من ضمانات حق التقاضي . بيد أن هذه الميزة قد تكون من الاسباب الرئيسية لعزوف الافراد ورجال المال والصناعة عن ولوج طريق القضاء ومفضلين التحكيم عليه لما يتميز به من سرية في الجلسات بل وعند النطق بالحكم ، فعلى خلاف القاعدة المقررة بالنسبة للقضاء العادي ؛ فإن الأصل أن تتم جلسات المحكمين بصورة غير علنية فلا يجوز حضور غير الخصوم

١ - انظر : الوسائل البديلة في تسوية النزاعات في القانون المدني. ورقة مقدمة من القاضي السيدة سولانج مورتشيل بجرا ، والقاضي السيدة فرانسواز البيوت تيينو بالمحكمة الابتدائية في نيس وذلك إلى ندوة " بدائل الدعوى المدنية في تسوية النزاعات " عقدت في عمان - الأردن في الفترة من ٥-٦ كانون الأول ٢٠٠٥ .  
٢ - علاء أبا ريان. المرجع السابق. ص ٩٦ .  
٣ - المرسوم بقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٢ بشأن الرسوم القضائية المعدل.  
٤ - علاء أبا ريان. المرجع السابق ص ١٠٠ .  
٥ - المادة ٥٥ من قانون المرافعات البحري.  
٦ - المادة ١/١٨٦ من قانون المرافعات البحري.  
٧ - نقض مدني مصري ١٩٧٨/٢/٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٤٢٦ .

في الجلسة، ولا يلزم النطق بالحكم في جلسته علنية أو في حضور الخصوم ما لم يتفق الاطراف على وجوب النطق به في غير ذلك .

كذلك من المبادئ الأساسية في التقاضي وفي التحكيم مبدأ المواجهة بين الخصوم ، فلا يجوز للقاضي أو المحكم نظر النزاع إلا في مواجهة الطرفين ، وكل حكم قضائي أو قرار تحكيمي يصدر بالمخالفة لمبدأ المواجهة باطلاً (١) . ويقتضي مبدأ المواجهة دعوة الاطراف للجلسات التي تعقدها الهيئة ، واتخاذ الاجراءات في مواجهة الطرفين ، وتخويل كل طرف من الاطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر من مذكرات أو مستندات أو أدلة وتمكين الطرفين من عرض دفاعهما بالكامل . ولا يجوز للهيئة أن تستمع لدفاع أحد الطرفين في غياب الطرف الآخر أو دون دعوته للحضور أمامها ، أو قبول مستندات أو أوراق في غير جلسة من أحد الأطراف .

أما في الوساطة فإن الأمر على خلاف ذلك فمبدأ العلانية غير معمول به وكذلك مبدأ المواجهة ، ويُعد ذلك من مزايا الوساطة لأن رجال المال والتجارة والصناعة يفضلون عدم افشاء سرية النزاعات الناشئة بينهم لما قد يكون له من مردود سلبي على مركزهم المالي والاقتصادي والإساءة إلى سمعتهم التجارية . وأيضاً في ظل الوساطة لا يجوز احاطة أحد الأطراف علماً بما قدمه الطرف الآخر من مستندات أو أقوال إلا بموافقته ، بل أن الوسيط يجتمع على انفراد بكل طرف على حده إلا إذا طلب الطرفان أن يكون الاجتماع في المواجهة، وهو ما يضي السرية والخصوصية على الوساطة ويجعلها تفضل القضاء والتحكيم .

## المبحث الثاني

### في

### الوسيط

## من هو الوسيط:

الوسيط شخص طبيعي أو أكثر، يعهد إليه أطراف النزاع بالوساطة لتسوية النزاع فيما بينهم.(٢) والوسطاء على أنواع؛ فيوجد الوسيط القضائي وهو الذي يعين من المحكمة أو عن طريق القضاء، وهناك الوسيط الخارجي الذي يعين مباشرة بمعرفة أطراف النزاع. ففي القانون الأردني - مثلا - توجد إدارة قضائية تسمى إدارة الوساطة وتشكل من عدد من قضاة البداية والصلح يسمون ( قضاة الوساطة ) يختارهم رئيس محكمة البداية للمدة التي يحددها. وبالإضافة إلى هؤلاء يوجد جدول للوسطاء الخصوصيين، وهم مختارون - أيضاً - بمعرفة القضاء، إذ يتولى رئيس المجلس القضائي وبناءً على اقتراح من وزير العدل اختيارهم من بين القضاة المتقاعدين والمحامين وغيرهم من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحيادة والنزاهة. وبجانب الوسطاء القضائيين سألني الذكر يحق لأطراف الدعوى بموافقة قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح الاتفاق على تسوية النزاع بالوساطة عن طريق وسيط خاص يجري اختياره بمعرفتهم.

١ - د. فتحي والي. قانون التحكيم في النظرية والتطبيق مرجع سابق بند ١٥٩ ص ٣٠٤.

٢ - المادة ١ من مشروع قانون الوساطة البحريني.

ووفقاً لمشروع قانون الوساطة البحريني فسوف ينشأ مكتب للوساطة يشكل من عدد من القضاة من بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء أو الباحثين القانونيين العاملين بالوزارة ممن اجتازوا دورة في الوساطة، ويسمون بالوسطاء الداخليين، وبجانب هؤلاء يوجد الوسطاء الخارجيون، وهم من غير أعضاء السلطة القضائية أو الباحثين القانونيين العاملين بوزارة العدل والشئون الإسلامية، ويجري قيدهم بسجل يسمى جدول الوسطاء الخارجيين، ويجوز لكل من القضاة المتقاعدين ومن في حكمهم والمحامين والمهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة التقدم بطلب للقيود في هذا الجدول. (١)

ويشترط لقيود شخص ما بجدول الوسطاء الخارجيين عدة شروط تدور حول ضرورة توافر الخبرة والنزاهة والأمانة والكفاءة والأهلية وحسن السير والسلوك. (٢) ويجري قيود الوسيط بجدول الوسطاء الخارجيين بموجب قرار من وزير العدل بعد أخذ رأي لجنة تسمى لجنة قيود الوسطاء الخارجيين (٣) ، تشكل من رئيس المحكمة الكبرى المدنية رئيساً وعضوية أحد قضااتها وأحد المحامين المشتغلين والمقبولين أمام محكمة التمييز يختاره وزير العدل (٤) ، وتكون مهمة اللجنة التحقق من الشروط الواجب توافرها في الشخص طالب القيد بجدول الوسطاء الخارجيين.

وإذا صدر قرار وزير العدل بالموافقة على القيد بالجدول فلا يجوز للوسيط الخارجي ممارسة الوساطة إلا بعد حلف اليمين أمام الوزير. (٥)

## تعيين الوسيط :

قد يتفق الاطراف مباشرة على تسوية النزاع فيما بينهما عن طريق الوساطة وعلى تسمية الوسيط الذي سيتولى مهمة الوساطة . ويطلق على الوساطة في هذه الحالة الوساطة الاتفاقية تمييزاً لها عن الوساطة القضائية التي تتم من خلال القضاء أو الوساطة النظامية (الخاصة) التي تجري بواسطة أحد مراكز التوفيق والوساطة.

وقد يجري تعيين الوسيط بطريق غير مباشر فيما لو اتفق الطرفان على الوساطة دون الاتفاق على تسمية الوسيط ، فيجري تعيينه بواسطة المحكمة المختصة أو عن طريق مركز التوفيق والوساطة الذي يلجأ إليه الطرفان المتنازعان.

والأصل العام أن على كل من يرغب من أطراف النزاع في تسويته عن طريق الوساطة أن يخطر باقي الأطراف بأية وسيلة سواء بإعلان أو بكتاب مسجل بعلم الوصول أو بواسطة رسالة فاكس أو رسالة بريد الكتروني

١ - المادة ٣ من مشروع قانون الوساطة.

٢ - المادة ٩ من مشروع قانون الوساطة.

٣ - المادة ٥ من مشروع قانون الوساطة.

٤ - المادة ٤ من مشروع قانون الوساطة.

٥ - يحلف الوسيط الخارجي اليمين بالصيغة التالية " أقسم بالله العظيم بأن أؤدي أعمالي بالأمانة والشرف وأن أحترم تقاليد الوساطة وسلوكياتها " المادة ٨ من مشروع قانون الوساطة.

برغبته ، ولهم قبول الوساطة أو رفضها ، ويعتبر عدم الرد خلال المدة المعقولة بمثابة رفض للطلب .

وإذا وافق الأطراف على تسوية النزاع بطريق الوساطة فالغالب أن يتم الاتفاق على تسمية الوسيط أو على كيفية تعيينه .

وينص القانون الأردني على أن لقاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح وبعد الاجتماع بالخصوم أو وكلائهم إحالة النزاع بناء على طلب أطراف الدعوى أو بعد موافقتهم إلى قاضي الوساطة - الوسيط القضائي - أو إلى وسيط خاص لتسوية النزاع ودياً ، وفي جميع الأحوال يراعي القاضي عند تسمية الوسيط اتفاق الطرفين ما أمكن . كما وأن للأطراف الدعوى بموافقته قاضي إدارة الدعوى أو القاضي الصلح الاتفاق على حل النزاع بالوساطة وذلك بإحالته إلى أي شخص يروونه مناسباً (١) .

أما مشروع قانون الوساطة البحريني فقد أجاز للأطراف الاتفاق على تسمية الوسيط فيما لو اختاروا طريق الوساطة كسبيل لتسوية النزاع فيما بينهم ، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف في الوساطة الاتفاقية على تسمية الوسيط يعين رئيس المحكمة الكبرى المدنية وسيطاً من بين الوسطاء الخارجيين بناء على طلبهم ، ويخطر الوسيط بذلك (٢) .

ووفقاً لقواعد الوساطة أمام مركز الوساطة والتحكيم التابع للغرفة التجارية العربية الفرنسية فإنه بمجرد اتفاق الأطراف على الوساطة أو في حال اشتغال العقد موضوع النزاع على بند الوساطة وفقاً لقواعد المركز ، يعين مجلس التحكيم والوساطة وسيطاً لتسوية النزاع وبناءً على اقتراح الأطراف عند الاقتضاء (٣) .

و أجازت قواعد الوساطة أمام المركز لمجلس التحكيم والوساطة أن يقترح على الأطراف وساطة مشتركة فرنسية عربية فيما لو رغب الأطراف في حضور وسطاء فرنسيين وعرب أو من أي أصل آخر (٤) كما يجوز للمركز أن يقترح على الأطراف حضور وسيط قيد التدريب اجتماعات الوساطة لأهداف تدريبية ليس إلا ؛ ومن أجل الترويج والدعاية للوسائل البديلة عن القضاء وبهدف نشر ثقافة الوساطة والارتقاء بها . وحينئذ يلتزم الوسيط تحت التدريب - فيما لو وافق الأطراف على حضوره - بالحفاظ على سرية المعلومات التي يطلع عليها بحكم حضوره .

١ - المادة ٣ من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦ .

٢ - المادة ١١ من مشروع قانون الوساطة البحريني.

٣ - المادة ١/٦ من قواعد الوساطة أمام المركز.

٤ - المادة ٢/٦ من قواعد الوساطة أمام المركز.

## واجبات الوسيط:

### أولاً : الحيادة والنزاهة والاستقلالية :

يلتزم الوسيط في أداء مهمته بالحيادة والنزاهة والاستقلالية ، ويقصد بالحيادة Neutral المساواة بين الخصوم والتجرد والابتعاد عن الميل والهوى ، لأنه متى تمتع الوسيط بهذه الصفة فإنه يحوز على ثقة المتنازعين ويدخل الطمأنينة إلى نفوسهم بما يدفعهم إلى الجدية في حسم النزاع ودياً ، فلا شك أن تمتع الوسيط بالحيادية من شأنه تسهيل الحوار والنقاش وتبادل وجهات النظر بين المتنازعين بغية الوصول إلى حل النزاع . وواجب الحيادة مطلوب ليس فقط عند بدء الوساطة بل وفي جميع مراحلها وإلى أن تبلغ منتهاها .

ويقصد بالنزاهة والاستقلالية ألا يكون للوسيط صلة أو مصلحة مع أي طرف من أطراف النزاع وألا يكون خاضعاً في مهمته لأحد سوى ضميره . ولذا تنص جميع القوانين وأنظمة الوساطة وأنظمة المصالحة والمساوي الحميدة المحلية والاقليمية والدولية على مبدأ نزاهة واستقلالية الوسيط منذ بدء تعيينه وأثناء سير الاجراءات حتى بلوغ الحل النهائي للنزاع (١) .

ويجب على الوسيط أن يعلن عند قبوله لمهمة الوساطة عن استقلاليته وحيادته - شأنه في ذلك شأنه المحكم - بأن يكشف للأطراف عن أي ظرف من شأنه أن يؤثر على وساطته أو يثير لديهم الشكوك حول حيادته

- ١ - نصت المادة ٤١ من لائحة إجراءات تسوية المنازعات والتي تختص بها غرفة البحرين لتسوية المنازعات بموجب الفصل الأول من الباب الثاني من المرسوم بقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٩ على أنه :  
أ- يكون عضو الهيئة غير صالح لنظر الدعوى، ممنوعاً من سماعها، ولولم يرد أحد أطراف الدعوى في الحالات الآتية:  
إذا كان طرفاً في الدعوى المنظورة أمام الهيئة.  
إذا كانت تربطه صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بأحد أطراف الدعوى أو ممثله أو المدافع عنه.  
إذا كان له في الدعوى مصلحة شخصية.  
إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الأطراف في الدعوى أو كتب فيها. وفي هذه الحالات على عضو الهيئة أن يتنحى عن نظر الدعوى بعد استئذان المجلس الأعلى للقضاء إذا كان من القضاة أو إخطار الرئيس التنفيذي إذا كان من غير القضاة.  
ب- لا يجوز أن يكون هناك صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بين أعضاء الهيئة. فإذا وجدت هذه الصلة بين عضوين منهم يجب أن يتنحى أحدهما، وإذا وجدت هذه الصلة بين جميع أعضاء الهيئة يجب أن يتنحى اثنان منهم، وذلك بعد استئذان المجلس الأعلى للقضاء إذا كان العضو المنتحى من القضاة أو بعد إخطار الرئيس التنفيذي إذا كان من غير القضاة.  
ج- إذا لم يتنح عضو هيئة تسوية النزاع في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة، جاز لأي من أطراف الدعوى أن يتقدم إلى الهيئة بطلب رد ذلك العضو بلائحة ترفع وتعلن طبقاً لأحكام هذه اللائحة، ويكون حكم الهيئة في طلب الرد نهائياً وغير قابل للطعن عليه بأي وجه، وذلك دون الإخلال بحق طالب الرد في الطعن بالبطلان في الحكم النهائي الصادر من الهيئة أما محكمة التمييز طبقاً لأحكام البند (٢) من المادة (١٣) من القانون.  
د- يقع باطلاً طبقاً لأحكام البند (٢) من المادة (١٣) من القانون عمل عضو الهيئة في الأحوال المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة ما لم يتفق أطراف الدعوى جميعاً على خلاف ذلك.  
هـ- يجوز لعضو الهيئة، حتى ولو كان صالحاً لنظر الدعوى ولم يقم به سبب للرد، إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب، أن يتنحى عن نظر الدعوى بعد استئذان المجلس الأعلى للقضاء إذا كان من القضاة أو إخطار الرئيس التنفيذي إذا كان من غير القضاة.  
و- إذا قام أي من الأسباب التي تجعل عضو الهيئة غير صالح أو غير قادر على مواصلة السير في إجراءات نظر الدعوى، يتم تسمية عضو آخر يجل محله بذات الطريقة التي سمي بها ذلك العضو وذلك خلال ثلاثين يوماً من قيام السبب، وإذا كان عضو الهيئة من بين الأعضاء المختارين طبقاً لأحكام الفرقة (ج) من المادة (٤٠) من هذه اللائحة، ولم يبادر الطرف الذي اختار عضو الهيئة إلى اختيار عضو آخر، جاز للمجلس تسمية عضو من المدرجة أسماؤهم في الجدول المعد لذلك بالغرفة أو أي مؤسسة معتمدة من الغرفة بدلاً منه.



(١). وإذا لم يفصح عن ذلك وانتهت الوساطة بإبرام عقد صلح بين الطرفين فإن ذلك يعد سبباً للطعن على عقد الصلح بالبطلان .

وتتص قواعد الوساطة الخاصة بمركز الوساطة والتحكيم التابع لغرفة التجارة العربية الفرنسية على وجوب حيدة الوسيط واستقلاليته وأن يوقع قبل مباشرته الوساطة تصريحاً بالاستقلالية (٢). وعليه اعلام المركز والأطراف عن أي ظرف من شأنه التأثير على استقلاليته وحيدته وحينئذ لا يجوز له الاستمرار في مهمته إلا بقرار من المركز مع موافقة خطية من جميع الأطراف (٣) وإذا لم يوافق الاطراف كتابة على استمراره في أداء مهمته يتولى المركز استبداله وتعيين وسيط آخر (٤).

### ثانياً : الالتزام بالحفاظ على السرية:

يطلع الوسيط بحكم أدائه المهمة المكلف بها على معلومات ما كان من المتيسر له الاطلاع عليها لولا توسطه بين اطراف النزاع ، ولذلك يقع عليه واجب الحفاظ على سرية هذه المعلومات التي اطلع عليها وعدم افشاءها .

وتتص قواعد الوساطة أمام مركز الوساطة والتحكيم التابع لغرفة التجارة العربية الفرنسية على التزام الوسيط والاطراف بالسرية القصوى في كل ما يتعلق بالوساطة، وبعدم جواز استعمال أية وثيقة أو تصريح أو اقتراح أو دليل اثبات فيما بعد أمام التحكيم أو أمام القضاء إلا بموافقة صريحة من جميع الأطراف (٥).

ولكن المشرع الأردني وصل - وبحق - إلى أكثر من ذلك إذ نص على اعتبار اجراءات الوساطة سرية وبالإضافة إلى ذلك حظر الاحتجاج بها أو بما تم فيها من تنازلات من الأطراف أمام أي جهة كانت (٦).

ويرتفع واجب الوسيط في الحفاظ على سرية المعلومات التي اطلع عليها إذا كان من شأنه افشائها منع ارتكاب جريمة جنائية .

١ - قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر ٢٠١٠ في الدعوى رقم ٩/١٦١٨٢ بإبطال قرار تحكيمي لما ثبت لها من عدم استقلالية المحكم لوجود علاقة سابقة بينه وبين وكيل أحد الخصوم رغم أن هذه العلاقة كانت خاصة بنزاع له صلة له بالنزاع الراهن. أنظر ٩ paris septembre ٢٠١٠ no. ١٦١٨٢/٠٩ no. ٢١٢٠. panorama arbitrage no. ١٦١٨٢/٠٩. ٢٣ . ٤٤ cts allaire. recueil dalloz. decembre ٢٠١٠ . p. ٢٩٢٨. note Thomas clay.

ومشار إليه في مجلة التحكيم العالمية. العدد العاشر نيسان (أبريل) ٢٠١١ السنة الثالثة ص٧١٥-٧٢٠. تعليق المحامي سيرج لازاريف (فرنسا) ص٧٢١-٧٢٤. كما فضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال قرار تحكيمي لما ثبت لها من واقع أوراق الدعوى أن المحكم الذي أصدره كان قد سُمي ٥١ مرة من قبل نفس الطرف وأن تكرار التسمية وانتظامها لمدة طويلة في عقود مشابهة وأن المحكم كان يعين عليه الإفصاح عن هذه الظروف حتى يتمكن الطرف الآخر من استخدام حقه برد المحكم. أنظر cass civ ٢٠ . ٢٠ . ١٠ octobre ٢٠١٠ no. ١٣١/٠٩ . ٦٩ . JCP ٢٧ decembre ٢٠١٠ . note b. le bars dt Juvenal no. ١٣٠٦ p. ٢٤٣٤ . ومشار إليه في مجلة التحكيم العالمية. المرجع السابق ص ٧٢٤ هامش (٤).

٢ - المادة ٧-١ من قواعد الوساطة.

٣ - المادة ٧-٢ من قواعد الوساطة.

٤ - المادة ٧-٣ من قواعد الوساطة.

٥ - المادة ٨-٣ من قواعد الوساطة.

٦ - المادة ٨ من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ .



## واجبات الوسيط وفقاً لمشروع قانون الوساطة البحريني:

نصت المادة ١٢ من مشروع قانون الوساطة بمملكة البحرين على أنه يجب على الوسيط ما يلي :

### أولاً:

- أ. الإفصاح عما يكون من شأنه تعارض المصالح مع مهمته كوسيط أو يؤثر على حيده أو استقلاله.
  - ب. ألا ينظر في موضوع الدعوى التي سبق له التوسط فيها إذا كان قاضياً
  - ج. ألا يعمل محكماً في نزاع كان سبق له التوسط فيه .
  - د. ألا يقبل الوكالة في المخاصمة ضد أي من الأطراف حول موضوع النزاع أو ما يتفرع عنه ولو بعد انتهاء إجراءات الوساطة.
- ويقع باطلاً كل إجراء تم بالمخالفة للبند أولاً.

### ثانياً:

- أ. أن ينجز مهمة الوساطة خلال المدة المحددة قانوناً أو اتفاقاً.
- ب. على الوسيط أن يمتنع أو يتنحى عن الوساطة إذا كان بينه وبين أحد الأطراف قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة أو أي سبب آخر يجعله يستشعر الحرج .

### رد الوسيط ومخاصمته:

يرى البعض (٧) أنه يجوز رد الوسيط قياساً على ما هو مقرر بشأن رد القضاة والمحكمين (٨). والرأي أنه لا يجوز رد الوسيط ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بذلك وأن قياس عمل الوسيط على عمل القاضي أو المحكم هو قياس مع الفارق لا محل للاستناد إليه ؛ لأن الخصوم أمام الوسيط يستطيعون رفض الوساطة وعدم السير فيها وحينئذ لا يملك الوسيط اجبارهم على المضي فيها ، وأن السماح للأطراف برد الوسيط قد يتخذ ذريعة من الخصم سيء النية للكيد والمماطلة دون مبرر ، أما أمام القاضي أو المحكم فلا يملك الخصوم رفض عمليهما ، وأن كلا من القاضي والمحكم ملزم بالفصل في النزاع المطروح عليه.

أما بخصوص مخاصمة الوسيط فإنه يجوز للطرف المتضرر مخاصمته فيما لو انتهت الوساطة بالصلح وكان ذلك نتيجة غش أو تدليس من قبل الوسيط استناداً إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بالتعويض (٩) واستناداً إلى قاعدة أن الغش يبطل كل شيء ويقصد بالغش والتدليس انحراف الوسيط عمداً وبسوء نية عما تقتضيه طبيعة مهمته ، وسواء كان ذلك بدافع الرغبة في محاباة أحد الخصوم أو الإضرار

J.EL HAKIM. Les modes altetntifs de réglemment des conflits dans Les droit des contrats. - ٧  
R.I.D.C. ١٩٩٧ .P. ٣٥٥.

٨ - درجت التشريعات المختلفة على تنظيم موضوع رد القضاة من ذلك - على سبيل المثال - المادة ١٤٦ من قانون المرافعات المصري أيضاً المادة ١٢٠ من قانون أصول المحاكمات اللبناني. كذلك تنص أنظمة التحكيم على عدم جواز عزل المحكم إلا باتفاق الخصوم أو بقرار من المحكمة المختصة، ولا يجوز رده إلا لأسباب تظهر أو تحدث بعد تعيينه.

٩ - المادة ١٥٨ من القانون المدني البحريني.

به أو الحصول على منفعة خاصة لنفسه . كما يجوز مخاصمة الوسيط - أيضاً- حتى ولو لم تنته وساطته بالصلح فيما لو ارتكب خطأ جسيماً ترتب عليه ضرراً لأحد الخصوم ، كما لو أخذ مستنداً قدمه أحد الخصوم له وسلمه لخصمه أو سلمه صورته منه بغير رضاه وموافقته.

### المبحث الثالث في إجراءات الوساطة

#### بدء الإجراءات:

إذا تم اتفاق الأطراف على الوساطة، وجرى تسمية الوسيط بواسطتهما أو من قبل المحكمة أو الجهة أو مركز الوساطة المختص؛ فتبدأ إجراءات الوساطة بتكليف الوسيط للأطراف بالحضور أمامه بموجب كتاب مسجل يعلم الوصول بأي طريق من طرق الإعلان المقررة قانوناً أو تلك التي اتفق عليها الأطراف.

#### انعقاد جلسات الوساطة:

يشترط لانعقاد جلسات الوساطة حضور الأطراف شخصياً أو حضور ممثليهم أو وكلاء عنهم. وإذا كان أحد أطراف النزاع شخصاً اعتيادياً وجب حضور شخص مفوض من قبل من يتولى إدارته لتسوية النزاع (١). ويجب على الوسيط التأكد من شخص وصفة الحاضر أمامه وأن له صفة في الحضور. ويحدد الوسيط جدول زمني لجلسات نظر النزاع ويعلن الأطراف أو وكلائهم به، ولا يجوز تغيير أطراف النزاع أو وكلائهم حضور جلسات الوساطة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

#### مكان ولغة الوساطة:

الأصل أن تحديد مكان ولغة الوساطة يكون باتفاق الأطراف. وفي حال عدم التحديد أو الاتفاق فيجري تحديدها من قبل المحكمة أو مركز الوساطة المختص بالاسترشاد بلغة العقد أو لغة الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسيتهم أو لغة الوسيط الذي اختاره الطرفان. ويحدد المكان وفقاً للاختصاص المحلي للمحكمة المختصة بتعين الوسيط، أو المكان الأكثر صلة بموضوع النزاع.

#### مدة الوساطة:

من مزايا الوساطة - كما سلف البيان - أنها تتم في وقت قصير وقد تنتهي في يوم واحد أو خلال أيام معدودات، ولذلك درجت التشريعات والأنظمة على تحديد أجل قصير للانتهاء من إجراءات الوساطة.

فيحدد القانون الأردني مهلة ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة النزاع إلى الوسيط لكي ينتهي من أعمال الوساطة (٢) وينص مشروع قانون الوساطة البحريني على أن ينتهي الوسيط الداخلي من إجراءات الوساطة خلال مدة

١ - المادة ٥ من قانون الوساطة الأردني. والمادة ١٤ من مشروع قانون الوساطة البحريني.

٢ - المادة ٧/أ من قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦.

لا تجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ بدء إجراءات الوساطة. أما الوسيط الخارجي فعليه الانتهاء من الإجراءات خلال المدة المتفق عليها بينه وبين أطراف النزاع، ما لم يتفق الأطراف على مدها لفترة أطول. (١)

أما قواعد الوساطة أمام مركز الوساطة والتحكيم التابع لغرفة التجارة العربية الفرنسية فتتضمن على أنه لا يجوز أن تستمر الوساطة أكثر من ثلاثة أشهر اعتباراً من تعيين الوسيط، ويجوز للمركز تمديد هذه المهلة بطلب من الوسيط بشرط موافقة الأطراف. ويحق للمركز إقفال الملف تلقائياً بعد انقضاء ستة أشهر اعتباراً من تاريخ رفع القضية إلى الوسيط (٢).

ونظراً لأن مبدأ الرضاوية هو المهيمن على الوساطة في جميع مراحلها، ولذلك يستطيع الأطراف تجديد مدة الوساطة أو تمديدتها أو تقصيرها بغض النظر عما تنص عليه القوانين وأنظمة مراكز التوفيق والوساطة.

## عوارض الوساطة:

لا محل لإعمال عوارض الخصومة المنصوص عليها في قانون المرافعات من وقف الدعوى وانقطاع الخصومة وتركها وسقوطها وانقضاءها على الوساطة؛ باعتبار أن هذه العوارض خاصة بالدعوى وتطبيقها يتنافى ومقتضيات الوساطة والحكمة منها والتي توجب الانتهاء منها في وقت قصير، بيد أنه يجوز للوسيط وقف الوساطة في الحالات التي يعتبر نفسه فيها غير قادر لأسباب شخصية على الاستمرار في مهمته، وعليه في هذه الحالة إخطار المحكمة أو مركز الوساطة الذي عينه أو الخصوم، وعندئذ يجري استبداله أو اتفاق الأطراف على غيره.

## عمل الوسيط خلال الوساطة:

إن نجاح عملية الوساطة والوصول إلى تسوية ودية لحل النزاع لا يتوقف وحسب على رغبة الأطراف وحسن نواياهم بالوصول إلى حلول توافقية، بل يعتمد - أيضاً - على كفاءة الوسيط وخبرته وإلمامه بموضوع النزاع، ونيله ثقة الأطراف والتغلب على مخاوفهم، وقدرته على اقتناعهم بمزايا الحلول الودية المقترحة لتسوية النزاع، وبراعته في إدارة الاجتماعات والحوار مع الأطراف سواء على انفراد أم بصورة جماعية.

وليس الوسيط هو الذي يحسم النزاع وإنما يساعد الأطراف على حسمه بالحوار والمداولة والاقتناع بما يحقق مصالحهم الأنوية ويحافظ على علاقاتهم وتعاونهم مستقبلاً وحتى يتمكن من تحقيق هذا الهدف المنشود عليه بداءة السعي نحو إزالة كل أسباب التوتر بين الأطراف والتحكم في مواقفهم وانفعالاتهم (٣) وخلق ظروف مناسبة مواتية للحوار والاستمرار فيه، من خلال توضيح أفكار الأطراف ومطالبهم متى كانت غامضة.

١ - المادة ١٧ من مشروع قانون الوساطة وفي تعريف الوسيط الداخلي والوسيط الخارجي راجع ما سبق ص ٤٠.

٢ - المادة ٨-٤ من قواعد الوساطة.

٣ - يقول الدكتور إبراهيم الفقي: عندما ندرس القوانين الفيزيائية نجد أن الشحنات الموجبة تجذب إليها الشحنات السالبة والعكس. ولكن هذه القوانين لا تنطبق على العلاقات البشرية، بل العكس هو الذي يحكم التعامل بين البشر، فالشخصيات المتشابهة هي التي تتجاذب، والتعاملات هي التي تثير مثيلاتها لدى الآخرين، بمعنى إذا تعاملت مع الآخرين بطيبة، فسيعاملونك بمثلها. وإذا كنت لبقاً معهم فيقابلونك لبقاً. وكن فظاً معهم وستجد منهم الفظاظة. كن عدوانياً سيناصبونك العداة. أبتمس لهم سيبادلونك الابتسام. تجهم في وجوههم سيقابلونك بالتجهم. انظر د. إبراهيم الفقي. سحر الكلمة ثمرات للنشر والتوزيع. طبعة ٢٠١١ ص ٢٧.

وعلى الوسيط إدارة الوساطة بحيادة ونزاهة دون ميل أو هوى وليعلم أن مهمته ليست هي اتخاذ القرار الحاسم أو فرض الحلول على المتنازعين فهو ليس بقاض أو محكم وإنما دورة هو بيان مزايا الحلول المقترحة أو المطروحة من الجانبين مع امكانية اقتراح حلول أخرى، وعليه البدء بالمسائل المتفق عليها وتصنيفتها ثم الانتقال إلى الأمور التي يمكن التوافق عليها وأخيراً عليه إزالة أسباب الخلاف حول النقاط المستعصية.

ولا يشترط في الحلول المقترحة والمطروحة - محل الوساطة - أن تكون مطابقة لما ينص عليه القانون، بل يكفي فقط أن تكون حلول عادلة ومقبولة وليس فيها مخالفة لنصوص أمرة أو للنظام العام. وعلى العموم يقصر المجال هنا ويضيق عن الإلمام بكافة فنون ومهارات الوساطة والتفاوض. (١)

## انتهاء إجراءات الوساطة:

قد تنتهي إجراءات الوساطة بنجاح الوسيط في التوصل إلى تسوية النزاع بصورة كلية أو جزئية، وحينئذ يجري تحرير محضر يثبت فيه الصلح الذي توصل إليه الطرفان بصورة كلية أو جزئية ويوقع المحضر من الأطراف.

ويكون الصلح كلياً إذا تناول كافة المسائل محل النزاع بين الأطراف وشمل جميع الخصوم، ويكون جزئياً إذا اقتصر على جزء من المسائل محل النزاع أو اقتصر على بعض الخصوم. (٢)

وقد تفشل الوساطة إما بسبب تخلف أحد أطراف النزاع أو وكيله عن حضور جلسات التسوية، أو إعلان أحد الأطراف أنه غير راغب في استمرار الوساطة، أو لانتهاء الأجل المحدد للوساطة دون التوصل إلى اتفاق ودون مد أجل الوساطة لفترة أطول.

وعند انتهاء الوساطة سواء بالتسوية الكلية أو الجزئية للنزاع أو دون تسوية، فيجب على الوسيط أن يعيد إلى كل طرف ما قدمه إليه من مستندات أو مذكرات ويمتنع عليه الاحتفاظ بصور منها (٣). وكما سلف البيان تعد إجراءات الوساطة - باستثناء ما ورد باتفاق التسوية - سرية لا يجوز افشاؤها أو الاحتجاج بها بين الأطراف أو في مواجهة الغير أو أمام أي محكمة أو أي جهة كانت.

## مدى جواز الطعن على اتفاق التسوية:

لا يجوز الطعن على اتفاق التسوية بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية حتى ولو كان الوسيط الذي

١ - للمزيد حول مهارات فن التفاوض والوساطة أنظر: SARAH J.READ, what would you change about mediation. ١٢٢  
١٠٠٠ Dispute Resolution Journal (A.A.A.) February - April .٦٢.P  
٢ - أنظر: د. أحمد ماهر زغلول. شرح قانون المرافعات، الناشر دار النهضة العربية. بند ٢٤.  
٢ - المادة ٢١ من مشروع قانون الوساطة البحريني والمادة ٧/هـ من قانون الوساطة الأردني.

حرر المحضر الذي اثبت فيه اتفاق التسوية وصدق عليه قاضياً أو وسيطاً قضائياً، وإنما بسبل الطعن على هذا الاتفاق هو رفع دعوى مبتدأه ببطلانه، فالاتفاق الذي تم اثبات محتواه بالمحضر وجرى التصديق عليه لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشيء المحكوم فيه.



# الحماية القانونية لسلامة الدواء في التشريعين المصري والبحريني دراسة مقارنة

الدكتور طارق عبدالحميد توفيق سلام

أستاذ القانون العام المساعد ، كلية الحقوق ، جامعة المملكة

## مقدمة

يتجلى دور الدولة في ممارسة الضبط الإداري الذي تمارسه، بما لها من امتيازات السلطة العامة الذي يعدُّ عصب السلطة السياسية، وجوهرها؛ كونه ضرورة اجتماعية لضبط سلوك الأفراد بما يطابق النص القانوني في حماية حق الإنسان من غشِّ الدواء؛ لأنَّ المجتمع الإنساني لا بدُّ له من وجود حدٍّ أدنى من القواعد المنظمة لسلوك الأفراد لحماية المستهلك واقتصاد البلاد وثرواته، ولا يمكن أن تُحقَّق الضمانات الدستورية فعاليةً في مجال ممارسة الحقوق والحريات إلا إذا كانت هذه الضمانات مَصونةً بدولة القانون، والتي تحقق للإنسان نشاطه الفردي وحاجاته الأساسية ومصالحه الاجتماعية في ضوء المشروعية التي ترتبط بحقوق الأفراد وحرياتهم العامة.

ومن الواضح أنَّ هذه الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد لا يمكن أن تكون مُطلقةً من كلِّ قيد؛ وإلا تعرَّض النظام العامُّ في الدولة للاضطراب والانحيار، وللحيلولة دون حدوث هذا التعارض كفلَّ المشرع الدستوري مسألة تنظيم هذه الحقوق والحريات، بما يكفل حفظ النظام العامِّ، وتحقيق التوازن بين ممارسة الحقوق وصيانة النظام العامِّ؛ تحقيقاً للعدالة في ظلِّ دولة المؤسسات، ومن هذه الحقوق حاجاته الأساسية، خاصة الدواء الذي يعدُّ من أهمِّ السلع التي لا يمكن الاستغناء عنها؛ لذلك تدخلت الدولة بعدة تشريعات<sup>(١)</sup> لتحقيق حماية الإنسان من غشِّ الدواء حفاظاً على الصحة العامة، وتحقيق التوازن بين المستهلك، والمنتج لعدم المعرفة والخبرة بهذه السلع، وغشِّها وأضرارها، وتنوع طرق الخداع في الإعلان عن هذه العقاقير.

ومن ثمَّ يظهر دور الدولة في تحقيق حماية النظام العام للمجتمع ووقايته من الأخطار، والانتهاكات قبل وقوعها أو وقفها، ومنع استمرارها إذا وقعت، من خلال التشريعات التي تحرص على منع ارتكاب الجرائم أو القيام بالأعمال التي تهدد بوقوعها؛ حفاظاً على الأمن العام أو السكينة العامة أو الصحة العامة لتحقيق الردع العامِّ والخاصِّ، والمتأمل للحد من حجم هذه المنازعات القضائية في المجال الإداري أنَّ يحدث تنسيق بين التشريعات القانونية لوضع هذه المنازعات في وضعها المناسب بما يتلاءم مع المحافظة على حقوق الإنسان والدولة واقتصادها التي تبدأ من تحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن غشِّ الدواء، وتشديد العقوبات على المؤسسات والأفراد؛ لتحقيق العدالة الناجزة.

١ انظر تفصيلاً: ج م ع القانون ١٢٧ لسنة ١٩٥٥، بتنظيم مهنة الصيدلة والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١، المعدل بالقانون ٢١٨ لسنة ١٩٩٤، المتعلق بقمع التدليس والغش والجرائم المنصوص عليها في القانون ٥٧ لسنة ١٩٣٩، المعدل أخيراً بالقانون ٦٩ لسنة ١٩٥٩، المتعلق بالعلامات والبيانات التجارية والجرائم المنصوص عليها في المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات المتعلق بالتلاعب بالأسعار وجريمة الاحتكار المنصوص عليها في القانون رقم ٢٤١ لسنة ١٩٥٩، ونظم المشرع مهنة الصيدلة بمملكة البحرين بالمرسوم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٧.



مشكلة البحث: بناءً على ما تقدم؛ تبدو الحاجة ماسةً لمعرفة كيفية الحماية القانونية لحق الإنسان في سلامة الدواء، ودور الدولة في سن القوانين التي تلائم المجتمع المعاصر في ظل العولمة التجارية وقدرتها على تفعيل التشريعات نصًا وتطبيقًا خاصةً بعد احتكار السوق العالمي لصناعة الدواء وتسويقه من خلال التجارة التقليدية والإلكترونية، وقدرة الدولة في محاربة الفساد المالي والإداري؛ كنتيجة لتقاعس الأجهزة الرقابية عن القيام بمهامها؛ وبسبب تقيد هذه الدراسة بنطاق مكاني معين وهو جمهورية مصر العربية ومملكة البحرين؛ لذا سأحاول الإجابة على إشكالية محددة، يمكن صياغتها من خلال التساؤل التالي: كيف يمكن تحقيق الحماية القانونية لحق الإنسان في سلامة الدواء؟

**فرضيات البحث:** تأسيسًا على المشكلة المطروحة، فإن هذا البحث يسعى لاختبار مدى صحة الفرضيات

التالية:

- ١- ما هي فلسفة الضبط الإداري في حماية حق الإنسان من غش الدواء، وأثار ذلك على الصحة العامة؟
- ٢- ما دور التشريعات في محاربة فساد الأدوية وطريقة تداولها؟
- ٣- كيف يمكن لأجهزة الدولة في الحد من ظاهرة غش الدواء، وما أثر تقاعس وفساد هذه الأجهزة الرقابية؟
- ٤- ما هي الحلول الملائمة لتحقيق الرقابة الفعلية لسيادة القانون، وحماية حق الإنسان في سلامة الدواء؟

**أهداف البحث:** يهدف البحث إلى الآتي:

- ١- توضيح المعالجة التشريعية لظاهرة غش الدواء وأثر ذلك على حق الإنسان في الحياة والصحة العامة .
- ٢- تقديم آليات فعالة لتحقيق الرقابة لضمان سلامة الدواء .

كما تهدف الدراسة إلى المعرفة الحديثة بصفة مستمرة؛ للوقوف على حجمها الحقيقي؛ حتى يتسنى للجهات المختصة أن تتخذ ما يلزم من إجراءات تتناسب للحد من والتغلب على أثارها السلبية، خاصةً عندما تعجز الدول عن إيجاد بدائل لحماية المستهلك على المستويين الوطني والدولي، وتزداد أهمية هذه الدراسة في كيفية تحقيق التوازن بين حماية حق الإنسان من غش الدواء، وحق الدولة في تحقيق الرقابة وتطبيق القانون للمحافظة على الصحة العامة.

**أهمية البحث:** تعد حياة الإنسان أهم مقومات المجتمع، والغاية التي من أجلها سنت التشريعات للحفاظ على حياته وصحته التي بها تُبنى حضارة الدول ونهضتها، ونظرًا للغش التجاري في مجال الدواء، وما تبعه من تضاعف الآثار السيئة كنتيجة لتقاعس الأجهزة الرقابية، وما لحق بأجهزة الدول من الفساد المالي والإداري الذي نال من حقوق الإنسان، وما لحقه من الآثار الاقتصادية التي نشأت عنها الوفيات والأمراض المزمنة من غش الدواء.

**منهج البحث:** اعتمد الباحث في هذا البحث بشكل أساسي على المنهج الوصفي التحليلي، الذي يعتمد على وصف المفاهيم الواردة في البحث وصفًا دقيقًا؛ من أجل تحديد ملامحها وصفاتها، وأن نقرن ذلك بالمنهج المقارن الذى نحاول من خلاله رصد الأحكام المشتركة بين نصوص المشرع البحريني والمصري والمقارن وأوجه الاختلاف بينهم من خلال تحليل هذه المعلومات تحليلًا دقيقًا؛ للخروج بنتائج علمية مفيدة وبيان أوجه القصور بين النص والتطبيق.

**خطة البحث:** يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث تتبعها خاتمة وذلك على النحو الآتي

**المبحث الأول :** الحماية القانونية لحق الإنسان فى سلامة الدواء فى التشريع المصري والبحريني.

**المطلب الأول :** مفهوم الدواء فى التشريع المصري والبحريني.

**المطلب الثانى :** التنظيم التشريعي فى معالجة غش الدواء

**المبحث الثانى :** دور الأجهزة الإدارية فى ضمان سلامة الدواء.

**المطلب الأول :** فلسفة الضبط الإداري ووسائله .

**المطلب الثانى :** تحديد مسؤولية الصيدالة .

**المطلب الثالث :** الرقابة الإدارية على المؤسسات الصحية الحكومية والخاصة .

## المبحث الأول

### الحماية القانونية لحق الإنسان فى سلامة الدواء

#### فى التشريعين المصري والبحريني

تُعتبر صناعة الدواء من أهم الصناعات التي لا يمكن الاستغناء عنها؛ لاتصالها الوثيق بحياة الإنسان، وصحته التي تغدو الغاية من وراء ما يوضع من نظم وقواعد قانونية (١)، ولأجل تحقيق هذا الغرض بدت أهمية هذه الصناعة فى البحث عن إنتاجها، وإزالة كافة المعوقات فى شتى المجالات الكيميائية والفيزيائية، ودراسة كافة جوانبها الاقتصادية لتحقيق التوازن بين الأهداف الاجتماعية والإنسانية (٢)، وحماية الأفراد من ناحية، والتسويق فى مختلف دول العام، واحتكارها من ناحية أخرى.

وفى ضوء ذلك، كان لفقهاء القانون دور بارز فى تقديم المعالجة التشريعية لحماية الإنسان والحيوان والنبات من خلال الأضرار الناجمة عن غش هذه الأدوية، وتحديد المسؤولية عن المضار الناشئة عن ممارسة هذه المجالات، خاصة فى ظل تطوير قنوات الانتشار التقليدي والإلكتروني؛ ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى :

**المطلب الأول :** مفهوم الدواء فى التشريعين المصري والبحريني.

**المطلب الثانى :** التنظيم التشريعي فى معالجة غش الدواء.

## المطلب الأول

### مفهوم الدواء فى التشريعين المصري والبحريني

البيّن من مطالعة التشريعات المصرية أن تعريف الدواء جاء من خلال فهم نص المادة (٥٨) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة الحالي رقم (١٢٧) لسنة ١٩٥٥م، على أنه: « تُعتبر فى تطبيق أحكام هذا القانون مستحضرات صيدلية خاصة المتحصّلات والتراكيب التي تحتوى أو توصف بأنها تحتوى على مادة أو أكثر ذات خواص طبية فى شفاء الإنسان من الأمراض أو للوقاية منها، أو تُستعمل لأيّ غرض آخر، ولو لم يعلن عن ذلك صراحة متى أعدت للبيع، وكانت غير واردة فى إحدى طبقات دساتير الأدوية وملحقاتها الرسمية ».

١. د. ثروت عبدالعال أحمد. الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٨م، ص ١.

٢. د. محمد سامي عبدالصادق: مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، (العدد ٨٠) لسنة ٢٠٠٨م، ص ٣٢.

وقد عرفت المادة (٦٢) من ذات القانون السابق ذكره بأن المستحضرات الطبية هي «المتحصلات والتراكيب المذكورة في إحدى طبعات دساتير الأدوية التي يصدرُ بها قرار من وزير الصحة العمومية، وكذلك السوائل والمجهرات الدستورية المعدة لذلك»، ومفاد النص المتقدم أن المشرع المصري لم ينشغل بوضع التعريف الجامع المانع مكتفياً بتوضيح الخصائص المادية لهذه الأدوية والمستحضرات الطبية، وقد نلاحظ أن جانباً من الفقه ذهب إلى عدم وضع نص خاص يفرق بين الدواء والمستحضر الطبي (١)؛ ومن ثمَّ تجدر الإشارة إلى أن التشريع الفرعي أسهم في إزالة هذا الخلط في قراراتي وزير الصحة والسكان رقم (١٠٦) لسنة ١٩٩٦م، ورقم (٣٤٨) لسنة ١٩٧٦م، وقرار وزير الزراعة واستصلاح الأراضي رقم (١٨٣٤) لسنة ٢٠٠٠م، بشأن تنظيم وتداول الأدوية البيطرية (٢)، وكذلك نجد المفهوم في التشريع البحريني من خلال المرسوم بقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٧ الخاص بمهنة الصيدلة والمراكز الصيدلانية في المادة الأولى مهنة الصيدلة على أنها: «تجهيز أو تركيب أو تحضير أو تجزئة أو حيازة؛ بقصد بيع أي دواء أو عقار أو نبات طبي أو مادة صيدلانية تُستعمل من الباطن أو الظاهر أو بطريق الحقن؛ لوقاية الإنسان أو الحيوان من الأمراض أو علاجه منها، أو يكون لها تأثير فيزيولوجي على الجسم أو توصف بأن لها هذه المزايا»

وقد اجتهد جانب من الفقه في وضع تصور للدواء بأنه «المواد الكيميائية المستخلصة من النبات أو الحيوان أو المعادن والتي تُستخدم في علاج أمراض الإنسان أو الحيوان أو الوقاية منها أو تشخيصها - يستوي في ذلك أن تكون هذه المواد طبيعية أو تخليقية - ويلزم الحصول على التراخيص اللازمة من الجهات المعنية بالدولة حتى يتسنى طرح هذه المواد للتداول في الأماكن التي حددها القانون لهذا الغرض» (٣)، بينما ذهب المشرع الفرنسي إلى خلاف ذلك، حيث وضع تعريفاً مغايراً للمشرع المصري عرفته الفقرة الأولى من المادة الأولى (١-١١١٥L) على أنه: "كل مادة أو مركب يُقدّم باعتباره صاحب الخواص العلاجية أو الوقائية في مواجهة الأمراض البشرية أو الحيوانية، فضلاً عن منتج يمكن تقديمه إلى الإنسان أو الحيوان بغرض الفحص الطبي أو لتصحيح أو تعديل وظائفهم العضوية"؛ ومن ثمَّ حدّد المشرع الفرنسي في تعريف الدواء كونه من مواد أو تراكيب، وأن تتوافر في هذا الدواء الصفة العلاجية والوقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، والحصول على الترخيص المسبق بطرح الدواء للتداول (٤).

ونؤيد ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في وضع شروط محددة بنى عليها الأسس القانونية في تعريف الدواء، يمكن تحديد المسؤولية عند مخالفتها، وقد أكد القضاء الفرنسي ذلك لكثرة المنازعات التي أثرت حول العلاقات المترابطة بين الدواء والمستحضرات الطبية.

## المطلب الثاني التنظيم التشريعي في معالجة غش الدواء

تصدى المشرع لمعالجة غش الدواء في كثير من القوانين حمايةً للمستهلك، وذلك من خلال محورين أساسيين:

- ١ . د. ممدوح خيري: المسؤولية الناشئة عن مستحضرات التجميل ومنتجات الصحة الجسدية، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٩٩م، ص ٣٨.
- ٢ . للمزيد من التفصيل انظر: د. ممدوح خيري، المرجع سابق، ص ٦٥.
- ٣ . د. محمد سامي عبدالصاقد: مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، مرجع سابق، ص ٦٧.
- ٤ . د. محمد سامي عبدالصاقد: مرجع سابق، ص ٤١ - ٥١.

يُكمن الأول في تجريم الغش، ويليها تجريم خداع المستهلك؛ لأنّ الواقع الاقتصاديّ العربيّ يأخذ منحى باتجاه الانهيار خاصةً في احتكار الشركات الأجنبية لأدوات الإنتاج، والقدرة على التصنيع، والتسويق في كافة أنحاء العالم؛ مما يتطلب من مشرّعنا التدخل السريع والعاجل لإنقاذ ما يمكن إنقاذه حمايةً للبشرية من جشع شركات استيراد وتصدير الدواء، ومنافذ التوزيع والبيع، وغياب الوازع الدينيّ والقدرة على الهروب من قيود النصوص القانونية.

وعليه، سيتمّ تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الدواء المعيب في التشريعات، وفي الفرع الثاني دور التشريعات في تجريم غش الدواء.

## الفرع الأول الدواء المعيب في التشريعات

في ضوء ما تقدّم، نوضح أولاً مفهوم الغش في اللغة والاصطلاح ثم يتم اسقاط ذلك على بيان الدواء المعيب في التشريع حيث جاءت دلالة لفظ الغش في اللغة من من الغشش وهو المشرب الكدر، يُقال: غشّ صاحبه يغشّه غشّاً: زين له المصلحة، وأظهر له غير ما يُضمّر (١)، وكلمة السلع من جمع سلعة وهي المتاع أو الشيء المبّيع، وعلى ذلك يُعرّف غشُّ السلع: إظهار البضاعة أو الشيء المبّيع على خلاف الحقيقة (٢)، وكذلك وردت دلالة المعنى في الفقه الشرعيّ، والفقه القانوني ففى الأول عرّف البعض من الحنفية بأنّ غشَّ السلعة: «اشتمال المبّيع على وصف نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه» (٣)، وعند المالكية: «إظهار جودة ما ليس بجودة؛ كنفخ اللحم بعد السخ، أو خلط شيء بغيره كخلط اللبن بالماء والسمن بالدهن» (٤)، أما الفقه القانوني فقد اجتهد البعض لوضع تعريف لغشِّ السلع «كلُّ فعلٍ من شأنه أن يغيّر من طبيعة أو خواصّ أو فائدة المواد التي دخل عليها فعل الفاعل» (٥)، وذهب آخر إلى أنه: «تضليل أو خدعة تقع ليس فقط عند تكوين العقد، بل أيضاً في أثناء تنفيذه، ويؤدي إلى الإضرار بحقّ مُكتسب كما قد يقع خارج نطاق العقد» (٦).

ومن ثمّ يتضح أنّ مسألة غشِّ الدواء يقع من خلال الفاعل وطرق الخداع دون المساس بالبضائع؛ أيّ بالإعلان طلباً لزيادة المال، أو يقع في المادة المنتجة سواء بالإضافة أو الخلط، وقد ساعد على تحقّق ذلك التقدم العلميّ والتكنولوجيّ في التصنيع، وطريقة الإعلان عن المنتجات بالطرق الإلكترونيّة الحديثة مع ضعف الوازع الدينيّ، وغياب دور أجهزة الدولة الرقابية وسلبية المستهلك في غالبية المجتمع العربيّ بسبب الأمية والفقر.

وترتيباً على ما سبق؛ رأينا أنّ نوضّح مفهوم الدواء المعيب في التشريعات العربية والأجنبية؛ حتى يمكن معالجة ذلك في التنظيم التشريعيّ، حيث تناول المشرّع المصريّ توضيح مفهوم العيب من خلال نصّ المادة (١/٤٤٧) من التشريع المدنيّ التي نصّت على أنّ «يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبّيع وقت التسليم الصفات التي

- ١ الرازي. مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت ١٤١٥ هجرية ١٩٩٥م، تحقيق: محمود خاطر ص ٤٨٨، ابن منظور. لسان العرب، دار بيروت، ج ٦، ص ٢٢٢.
- ٢ الرازي. المرجع السابق ص ٢٢٦، المعجم الوجيز طبعة وزارة التربية والتعليم ج م ع الهيئة العامة للمطابع الأميرية ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٠ م، ص ٢١٨.
- ٣ ابن نجيم. البحر الرائق، ط دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون دار نشر، ج ٦، ص ٢٨.
- ٤ الدردير. الشرح الصغير، مطبوع مع حاشية الصاوي، ط دار المعارف، القاهرة، بدون دار نشر، ج ٣، ص ٨٨.
- ٥ د. عبدالكريم يوسف القاضي. نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٢٠ هجرية ٢٠٠٠ م، ص ٤٧.
- ٦ د. عبدالمنعم فرج الصده. مصادر الالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية ١٩٨٦، ص ١٩٨.

كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيبٌ يُنقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبينٌ في العقد أو مما هو ظاهر في طبيعة الشيء أو الغرض الذي أُعدَّ له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده.»

وأيضاً سار على النهج المشرع البحريني في المادة (٢٨٢) من المرسوم بقانون (١٩) لسنة ٢٠٠١م، بإصدار القانون المدني حيث نصَّ على: ” يجب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري علماً كافياً، وإلا كان له الحق في إبطال المبيع، ويُعتبر علماً كافياً بالمبيع اشتغال العقد على بيان أوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه، وإذا ذُكر في العقد أن المشتري عالماً بالمبيع لا يكون له طلبٌ بإبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع، وإذا تسلّم المشتري المبيع، ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتُبر ذلك قبولاً ”، ومن استقراء النص القانوني يتضح أن العيب في التشريعين المصري والبحريني يتوافر في حالتين: الأولى تكمن في تخلف الصفة التي كفلها البائع في المنتج، والثانية أن ينتقص من قيمة الشيء المادية؛ ومن ثمَّ يمكن للقاضي التحقق من أمرين: الأول أن يكون العيب موجوداً وقت التسليم، والثاني ألا يكون العيب ذاته موجوداً وقت التسليم، ولكنه يستند إلى سبب مباشر قبل التسليم.

وقد تلاحظ أن المشرع ربط بين ضمان العيب بوقت التسليم؛ حتى يتاح للمشتري فحص المبيع والتأكد من الغاية المقصودة من البيع (١)، وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى توضيح المعنى في المادة (١٢٨٦-٤) من التقنين المدني على أن: ” يُعتبر المنتج معيباً إذا لم يوفر وسائل السلامة أو الأمان المنتظر منه شرعاً ”، ومن ثمَّ يُعدُّ المنتج معيباً إذا لم يُستعمل أو أهمل أو غير صالح للاستعمال فقط، بل يتحقق بمجرد عدم توافر السلامة أو الأمان المنتظر، بغض النظر عن مصدر العيب، وعلى هذا التنظيم القانوني نهجت ألمانيا وإيطاليا ولكسمبرج والنمسا في إعداد تشريع قانوني خاصٌ يحدد المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة (٢).

وفي مقابل هذه التشريعات، بيّنت الشريعة الإسلامية تحريم الغش، وتجنّب مظاهره في كلِّ المعاملات، والدليل في التوجيه الإلهي في قوله تعالى: (وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ \* الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ \* وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزِنُوهُمْ يُخْسِرُونَ \* أَلَا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ \* لِيَوْمٍ عَظِيمٍ \* يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ) (٣)؛ حتى لا يتمّ التلاعب في السلع ذاتها، أو أدواتها، أو وزنها؛ وذلك لتنظيم التعامل في الأسواق، وحماية ثقة المستهلك في قدر السلع، ولا يسمح بالغش حتى بمجرد الكذب لأنها خيانة، وتدليساً وتسمى ببيع الأمانة، وهي تنطبق على الأدوية للثقة في التعامل بحسن النية؛ حيث يفسح فيها الثقة المجال أمام من قلّت خبرته في التعامل من أن يتوقّى غش الناس إياه (٤)، وفي المذهب المالكي: أن الغش وهو التدليس في إبداء البائع ما يوهم كمالاً في المبيع كاذباً - كتم العيب وهو محرّم إجماعاً - كبيرة، وفي المذهب الشافعي: البيع عند كتمان العيب محرّم، وعند الحنابلة يحرم كتم العيب، ومن ثمَّ جاء إجماع الفقهاء (٥) على أن الغش حرام؛ لقول النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا» (٦).

١ د. محمد سعد خليفة - د. أحمد محمد هيكال العقود المسماة في التشريع البحريني، مطبعة جامعة البحرين ٢٠٠٦، ص ٥٨.

٢ ذهبت ألمانيا إلى تشريع في ١٩٨٩/١٢/١٥، وكذلك إيطاليا في ١٩٨٨/٥/٢٤ باللائحة رقم (٢٢٤) الصادرة من رئيس الجمهورية وتفعيلها في ١٩٨٨/٦/٣٠، أما لكسمبرج في ١٩٨٩/٤/٢١، وأخيراً النمسا في ١٩٨٨/٧/١، انظر تفصيلاً: د. محمد سامي عبدالصالح ومسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة: مرجع سابق، ص ٧٥.

٣ سورة المطففين: الآية (٦:١).

٤ د. أحمد محمد محمود علي خلف: الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة ج م ع، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥، ص ١٥٧.

٥ الطحاوي. مشكل الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون دار نشر، ج ٣، ص ٢٢٢.

٦ الشوكاني. نيل الأوطار، دار الحديث، بيروت، بدون دار نشر، ص ٢٥١.



وفي ضوء ما سبق من هذه المفاهيم المختلفه للعيب، نلاحظ أن هناك قصوراً في التشريعين المصري والبحريني؛ لافتقاد السلامة أو الأمان المنتظر شرعاً، والذي يمكن أن يتحقق عند عرض المنتج، ومعقولية الاستخدام والاستعمال، خاصة أن المنتج الدوائي يتسم بقدر من الخصوصية يلزم حمايته وصيانتته لارتباطه بحق الإنسان في الحياة؛ مما يحتم علينا للأمانة العلمية أن نوجه عناية المشرع ليحذو حذو الشريعة الإسلامية أو التشريع الفرنسي أو الاتحاد الأوربي في إصدار تشريع خاص يحدد العيب، ويعالج قصور التشريعات المختلفة في فروع القوانين؛ حمايةً للمستهلك التي غدت مطلباً لكل الشعوب.

## الفرع الثاني دور التشريعات في تجريم غش الدواء

تعد حياة الإنسان هبة الله، وهي مكفولة بلا تمييز لسبب عرقي أو عقائدي أو منهجي، وعلى المجتمع الإقليمي، والدولي حماية هذا الحق من كل اعتداء؛ نظراً لأن الإنسان لا يمكن أن يستغني عن الدواء لاتصاله الوثيق بصحته، وهو الأمر الذي يستتبع دراسة هذا المنتج المييب لخطورة ما تم الإعلان عنه من الإحصاءات الصادرة من منظمة الصحة العالمية، والتي أفادت أن حجم هذه الأدوية المييبة أو المغشوشة التي تتج تجاوز نسبة (١٥٪) من جملة سوق الدواء العالمي (١).

وتكمن أهمية التنظيم التشريعي في حماية حق الإنسان من غش الدواء، وتظهر هذه الحماية في تشريعات القانون المختلفة، ونظراً لأهميتها فسوف نوضح التشريعات الخاصة بوزارة الصحة في تنظيم المهنة والعقوبات الواردة في هذا الشأن، ثم نسرّد الحماية الجنائية للمستهلك وحمايته من جريمة خداع السلع أو العلامات التجارية بغية الوصول إلى تحديد المسؤولية عن الغش في الدواء، وفرض عقوبات مشددة لردع الخارجين عن القانون وتجارتهم في حياة الناس وصحتهم. وسوف تناول هذا التنظيم التشريعي على النحو التالي:-

أولاً: تنظيم مهنة الصيدلة والمراكز الصيدلية: نظم المشرع المصري مهنة الصيدلة بالقانون (١٢٧) لسنة ١٩٥٥ الذي عالج في المادة (٦٧) عدم السماح بإدخال أية أدوية إلى مصر إلا إذا توافرت صفات خاصة، وبعد اختبارها، والتأكد من صلاحيتها للاستعمال الطبي، وقد بين قانون العقوبات في المادة (٨١) في استخدام مؤسسة - صيدلية غير مرخص لها بالعقوبة لا تقل عن ٢٠ جنيهاً ولا تزيد على ١٠٠ جنيهاً، وفي حالة تكرار المخالفة خلال ثلاث سنوات من تاريخ الحكم في المخالفة الأولى بالإغلاق لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن سنة وقد أسهمت المادة (٨٤) في كيفية التعامل بإخراج أدوية مصنعة - مستوردة من البلاد، وتعد أقصى عقوبة الغرامة خمسمائة جنيهاً ولا تزيد على ألف جنيهاً.

والبين من مطالعة التشريع البحريني نجد أنه مهنة الصيدلة والمراكز الصيدلية بالمرسوم بقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٧، والذي بين في المادة الأولى مهنة الصيدلة على أنها: «تجهيز أو تركيب أو تحضير أو تجزئة أو حيازة؛ بقصد بيع أي دواء أو عقار أو نبات طبي أو مادة صيدلية تستعمل من الباطن أو الظاهر أو بطريق الحقن؛ لوقاية الإنسان أو الحيوان من الأمراض أو علاجه منها، أو يكون لها تأثير فيزيولوجي على الجسم أو توصف بأن لها هذه المزايا»، كما تجاهلت الأدوية الفاسدة والعقاب الملائم لها.

وأسهمت المادة (١٠) من المرسوم (١٨) لسنة ١٩٩٧، بتوضيح احترام تقاليد المهنة إذ نصت على أن: «على الصيادلة مراعاة الدقة والأمانة في جميع تصرفاتهم، وأن يحافظوا على تقاليد وشرف المهنة،...»، وبيّنت المادة (٢٢) من المرسوم حفظ الأدوية وعدم تعرّضها للتلف إذ نصت على أنه: «يجب أن تتوافر في المركز الصيدليّ التجهيزات الضرورية التي تحددها الوزارة، كما يجب حفظ الأدوية وكافة المواد الصيدلانية الأخرى الموجودة في المركز الصيدليّ حسب الأصول الفنية والعلمية...»، وقد حرص المشرع على إعدام المواد الفاسدة في المادة (٢٨) التي نصت على أن: «تُحفظ المواد اللازمة لتحضير الأدوية وتركيبها في حالة جيدة وبطريقة علمية في أوعية نظيفة، ويكتب على كل وعاء منها اسم المادة ومدة صلاحيتها، ويجب أن تُعدم المواد الفاسدة أو المشكوك في صلاحيتها». وأخيراً عالج المشرع الرقابة والتفتيش على الصيدليات لإثبات مخالفاتها في المادة (٩١) والعقوبات الرادعة لمن يخالف مواد المرسوم في المواد (٩٢-٩٧)؛ ومن ثم استطاع المشرع أن يحقق الغاية من تنظيم مهنة الصيدلة، ولكنه لم يبين الغش في المواد ومفهومها، وأن يفرد لها عقاباً رادعاً، خاصة أن العقوبات تتراوح بين الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو الغرامة التي يصل أقصاها إلى ألف دينار أو العقوبتين معاً، وهذا لا يحقق أيضاً الردع الخاصّ والعام؛ لأن مكاسب شركات الأدوية تصل إلى ملايين.

ومما يؤخذ على التشريع المصري والبحريني أنهما يضمنان التشريع الوصف المحدد للعيب والغش صراحةً إضافة إلى العقوبة الملائمة لها، خاصة وأن العيب قد يكون عند الإنتاج، أو الاستيراد، أو عند الاستخدام، أو في انتقال العلامات التجارية، أو التسويق الإلكتروني الذي أصبح إهداراً لحقوق الإنسان في حياته - صحته التي تعدّ أثمن ما يملك، وانعدمت في ظلها الضمانات الكفيلة بتوفير أسباب الحياة، وأيضاً ينطبق ذلك على صيدليات المستشفيات والمستوصفات والعيادات الشاملة وعيادات الأطباء المصرح لهم بصرف الأدوية لمرضاهم، أو ما في حكمها، ولا يجوز منح ترخيص بفتح صيدلية خاصة من هذا النوع إلا إذا كانت ملحقة بمؤسسة علاجية مرخص بها طبقاً لأحكام القانون رقم (٤٥٣) لسنة ١٩٥٤ الخاص بالمحال التجارية والصناعية (١).

ثانياً: تشريع حماية المستهلك: أنشأ المشرع المصري جهازاً لحماية المستهلك بالقانون (٦٧) لسنة ٢٠٠٦، وحدد أهدافه في المادة (٢) إذ نصت على أن: (حرية ممارسة النشاط الاقتصاديّ مكفولة للجميع، ويحظر على أي شخص إبرام أي اتفاق أو ممارسة أي نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية، وخاصة:

- ١- الحق في الصحة والسلامة عن استعماله العادي للمنتجات.
- ب- الحق في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدّم إليه.
- ج- الحق في الاختيار الحرّ لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات.
- د- الحق في الكرامة الشخصية، واحترام القيم الدينية والعادات والتقاليد.
- هـ- الحق في الحصول على المعرفة المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.
- و- الحق في المشاركة في المؤسسات والمجالس واللجان المتصل عملها بحماية المستهلك.
- ز- الحق في رفع الدعاوى القضائية عن كل ما من شأنه الإخلال بحقوقه والإضرار بها أو تقييدها؛ وذلك بإجراءات سريعة وميسرة وبدون تكلفة.

ح - الحق في اقتضاء تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به أو بأمواله من جراء شراء أو استخدام المنتجات

١ راجع تفصيلاً: الصيدليات الخاصة م ٢٩ / ١ المعدلة بالقانون رقم (٢٥٣) لسنة ١٩٥٥، والمستبدلة بالقانونين رقم (٧) لسنة ١٩٥٦، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٩.



أوتلقت الخدمات؛ وذلك وفق أحكام هذا القانون، ودون الإخلال بما تقتضي به المعاهدات والاتفاقيات الدولية النافذة في مصر.

ومن جانبه ذهب المشرع البحريني إلى إنشاء جهاز حماية المستهلك بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٢، وحدد أهدافه على نهج المشرع المصري، إلا أنه استثنى في المادة (١) - الفصل التمهيدي في توضيح المنتجات: السلع والخدمات عدا الأدوية والمستحضرات الطبية والأغذية المرخص باستيرادها من قبل الجهة المختصة في وزارة الصحة، وتباع في الصيدليات والمراكز الصحية المرخصة، وكذلك الخدمات التي يقدمها أصحاب المهن الحرة كالمهن الطبية والهندسية والمحاماة والمحاسبة والتأمين.

ومن ثم استثنى المشرع البحريني الأدوية من رقابة جهاز حماية المستهلك، مخالفاً بذلك المشرع المصري بالرغم من أن البند الأول في حقوق المستهلك الواردة في المادة الثانية من القانون (٣٥) لسنة ٢٠١٢، يهدف إلى الحق في الصحة والسلامة عند استعماله العادي للمنتجات، ونرى أن توجه عناية المشرع البحريني إلى حماية الأدوية إضافة إلى المرسوم (١٨) لسنة ١٩٩٧ الخاص بتنظيم مهنة الصيدلية والمراكز الصيدلية؛ لتحقيق الانضباط المنشود في حماية الإنسانية من غش الدواء والمحافظة على الصحة العامة.

ثالثاً: الحماية الجنائية للمستهلك: أسهم التشريع الجنائي في حماية المستهلك بقانون قمع الغش والتدليس رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤، فنصت في المادة ٢ فقرة ٢ على أن: « يعاقب كل من صنع أو طرح أو عرض للبيع أو باع مواد أو عبوات أو أغلفة مما يستعمل في غش الإنسان أو الحيوان أو العقاقير أو النباتات الطبيعية أو الأدوية أو الحاصلات الزراعية أو المنتجات الطبيعية أو المنتجات الصناعية على وجه ينفي استعمالها استعمالاً مشروعاً، أو بقصد الغش، وكذلك كل من حرّض على استعمالها في الغش بواسطة كراسات أو مطبوعات أو بأية وسيلة أخرى من أي نوع...».

وحتى يمكن تحقيق الحماية الجنائية للمستهلك؛ يلزم تطبيق القانون على هذه الجريمة التي خرج المشرع عن القواعد العامة في مجال المسؤولية المقررة في قانون العقوبات، حيث قرّر المسؤولية لبعض الأشخاص عن جرائم لم يساهموا فيها، وكذلك عن الأشخاص المعنوية، وسوف نوضح ذلك على النحو التالي:-

١- الجريمة التامة: تتحقق بتوافر العناصر الثلاثة: السلوك الإجرامي كحيازة السلع المغشوشة - الفاسدة والسلع غير المطابقة للمواصفات، وتحقق النتيجة الإجرامية خاصة أن هذا النوع من الجرائم يجمع بين جرائم الخطر وجرائم الضرر، ١ ( مثل غش الأدوية والعقاقير أو النباتات أو الأدوية أو المنتجات المنصوص عليها في القانون (٤٨) لسنة ١٩٤١، المعدل بالقانون (٢٨١) لسنة ١٩٩٤، الخاص بقمع التدليس والغش؛ وذلك لأنها قد تؤدي إلى أضرار جسيمة تنتهي بالوفاة، ويتحقق السلوك الإجرامي والنتيجة يلزم توافر علاقة السببية، ولكن هذه المسألة من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع) ٢.)

٢- الشروع في الجريمة: عرفت المادة (٤٥) من قانون العقوبات بأنه: « البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيه »، وقد ساوى المشرع بين الجريمة التامة والشروع لكل من غش شيئاً من الأغذية - أو العقاقير أو المنتجات، أو طرحها، أو عرضها للبيع، أو باعها، وذلك بنفس العقوبة

١ جرائم الضرر التي يتحقق فيها آثار العدوان الفعلي على الحق - المصلحة وجرائم الخطر التي تمثل عدواناً محتملاً - تهديداً على الحق أو المصلحة التي يحميها القانون د. أحمد محمد محمود علي خلف: الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

٢ محكمة النقض المصرية نقض ١٩٧٤/٤/٨ الطعن رقم (٢٧٧) لسنة ١٩٤٤ - مجموعة الأحكام س (٢٥) رقم (٨٥)، ص ٢٩٥.

لضررها البالغ بحقوق الإنسان، والاقتصاد القوميّ.

٣- المساهمة الجنائية في قوانين حماية المستهلك: تنصّ المادة (٤٠) من قانون العقوبات على أنه: « يُعدُّ شريكاً في الجريمة كلٌّ مَنْ حرَّض على ارتكاب الفعل الممكن للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناءً على هذا التحريض»، مَنْ اتَّفَق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقتَ بناءً على هذا الاتفاق، مَنْ أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أيّ شيءٍ آخر مما استُعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها، أو ساعدتهم بأيّ طريقةٍ أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهّلة أو المتممة لارتكابها».

ويوضح النصّ القانوني أنّ النشاط الإجرامي في التحريض - الاتفاق - المساعدة، ولا يمكن تحقيق المساهمة التبعية بغير نشاط يصدر من الشريك في إحدى هذه الصور من التحريض، وبالرغم من ذلك خرج المشرع عن هذه القواعد وجعل التحريض - المساعدة جرائم مستقلة في قوانين حماية المستهلك، وقد وضّحت ذلك المادة الثانية - البند الثاني من القانون (٤٨) لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون (٢٨١) لسنة ١٩٩٤ من قانون العقوبات .

٤- المسؤولية الجنائية للشخص المعنويّ في قوانين حماية المستهلك: نصّ المشرع الفرنسي في المادة (٢-١٢١) من قانون العقوبات على أن: « الأشخاص المعنوية فيما عدا الدولة، تُسأل جنائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابها بواسطة أجهزتها أو ممثليها وفقاً للقواعد المقررة في المواد (٤-١٢١) إلى (٧-١٢١)، وفي الحالات المنصوص عليها في القانون أو اللائحة» (١).

ولكي تتحقق المسؤولية في ضوء النصّ يلزم توافر شرطين:-

الأول: ارتكاب الفعل المكون للجريمة من الممثل القانوني للشخص المعنويّ.

الثاني: وقوع الفعل المكون للجريمة لحساب الشخص المعنويّ.

وعلى هذا النهج سار المشرع المصري في الجرائم الاقتصادية وفي مجال حماية المستهلك (٢)، حتى يحقق الردع العام والخاص للمجتمع، وينجح في تحديد المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية لمحاربة الغش بكافة صورته، ويحقق المساواة والعدالة.

٥- تجريم خداع المستهلك: نصّ المشرع المصري في المادة الأولى من القانون (٤٨) لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون (٢٨١) لسنة ١٩٩٤ على أن: يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو بإحدى هاتين العقوبتين كلٌّ مَنْ خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة من الطرق في أحد الأمور الآتية:

أ- ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تمّ التعاقد عليه.

ب- حقيقية البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر نافعة، وبوجه عامّ العناصر الداخلة في تركيبها.

ج- نوع البضاعة أو منشأها أو أصلها أو مصدرها في الأحوال التي يغير فيها - بموجب الاتفاق أو العرف - النوع أو المنشأ أو الأصل أو المصدر المسند غشاً إلى البضاعة سبباً أساسياً في التعاقد.

د- عند البضاعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو عيارها.

1 Les personnes morales al'exclusion de l'État sont responsables pénalement selon les distinctions de 121 - 7 à 121-3 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement.

٢ انظر تفصيلاً: د. محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٩، ص ١٢٧.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة، ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه، ولا تجاوز ثلاثين ألف جنيه أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر، أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا ارتكبت الجريمة المشار إليها في الفقرة السابقة أو شرع في ارتكابها باستعمال موازين أو مقاييس أو مكاييل أو دمغات أو آلات فحص أخرى مزيفة أو مختلفة أو باستعمال طرق أو وسائل أو مستندات من شأنها جعل عملية وزن البضاعة أو قياسها أو كيلها أو فحصها غير صحيحة.

والبين من مطالعة النص القانوني نجد الخداع سلوكًا شخصيًا - إيجابيًا من شأنه إيقاع المتعاقد في الغلط حول البضاعة التي استلمها ووصلت إليه (١)، ومن ثم يُعدُّ محل الخداع: عدد البضاعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو وزنها، ذاتية البضاعة، حقيقة البضاعة أو طبيعتها، نوعها أو أصلها أو مصدرها.

وفى الفقه المقارن نجد أن المشرع الفرنسي أسهم في توضيح حكم منتج الدواء في المادة (٦-١٣٨٦) على أنه: "١- كل محترف يقوم بوضع اسمه أو علامته التجارية وعلامة أخرى مميزة على المنتج، ٢- كل محترف يستورد منتجًا إلى الاتحاد الأوروبي بغرض البيعة للمسو التاجر مع كل وعد بالبيع أو بدونه، أو أي شكل من أشكال توزيع المنتج" (٢)؛ ولذا يشترط في جريمة الخداع توافر القصد الجنائي العمدي؛ أي إن الشخص يرتكب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظورًا، أي توافر العلم والإرادة (٣).

وكذلك قامت المسؤولية عن الغش في السلع في ظل المادة (٦٧) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ التي أقرها مجلس دول الاتحاد الأوروبي على أنها مسؤولية موضوعية، حيث لا يحتاج المضرور فيها إلى إثبات خطأ المنتج، وإنما يحتاج - فقط - إلى إثبات الضرر الذي لحقه بسبب منتج معيب، وإثبات علاقة السببية بينه وبين العيب الموجود في المنتج (٤)، ومن ثم أقر قانون التجارة المسؤولية الموضوعية التي تشمل: المنتج والموزع والمستورد بصورة مطلقة، وقد تناولتها المادة (٦٧) من القانون (١٧) لسنة ١٩٩٩ بالتفصيل حماية للمستهلك، خاصة أنهم أقدروا الناس على معرفة عيوب السلع ومخاطرها.

ومما سبق، تلاحظ أن التشريعات المقارنة، ومنها المنظمة المتخصصة ومنها المنظمة الأمريكية للغذاء والدواء (٥)، حرصت على حماية المستهلك من غش الدواء من خلال جهاز يملك التسجيل لهذه العقاقير ويضع العقوبات للتضليل - الغموض ترسيخًا لحق الإنسان في حماية الصحة، والسلامة عند استعمال المنتجات بكافة صورها سواء من خلال المنتج (٦) الفعلي الذي قام باسمه أو ساهم في الإنتاج - المنتج الظاهر: الذي امتلك الاختراع -

١ أسعد عبد الرحمن الرويح: الحماية الجزائرية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الكويت ١٩٩٩، ص ٥٠.

٢ Art.(L1386-6) (Est producteur.lorsqu'il agit à titre professionnel. le fabricant d'un produit fini. le producteur d'une matièrepremière . le fabricantd'un partie composante.

Est assimilée a une producteur pour I application du présent titre toute personne agissant a titre professionnel.

1- Qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom. sa marquée ou un autre signe distinctif ;

2- Qui importe un produit dans la communauté européenne en vue d une location. avec ou sans promesse de vente . ou de to :

Ute autre forme de distribution ....

٣ أسعد عبد الرحمن الرويح: الحماية الجزائرية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية : مرجع سابق، ص ٢٢٦.

٤ إبراهيم أحمد البسطويسي: المسؤولية عن الغش في السلع، دراسة مقارنة : مرجع سابق، ص ١٩٤.

٥ (١) -٤١ http://www.fda.gov / Medicaldevices/deviceRegulationandGuidance/Overview /Device

La ... ٢٠١٥/١/٠٥

٦ المنتج: يقال نتجت الناقاة نتجًا ونتاجًا: ولدت وأنتجت الناقاة: حان وقت نتاجها، وأنتج فلان الشيء: تولاه حتى أتى نتاجه، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية ج م ع المطابع الأميرية ٢٠٠٢ ص ٦٠١. ولفظ المنتج يشمل المنتج النهائي للسلع - ومنتج المادة الأولية - والمنتج الظاهر، انظر تفصيلاً: د. إبراهيم أحمد البسطويسي. المسؤولية عن الغش في السلع، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٥٧ - ٢٠٥.

أو ساهم في تسويقه.

٦- صيانة العلامات التجارية لحماية المستهلك: تحقيقاً لحماية الإنسان من غشِّ الدواء؛ حرص المشرِّع على تمكينه من التعرف على منتجات الشركات لتمييزها عن المنتجات الأخرى، أو التي يرغب في شرائها بطرق يسهُل عليه التعرف من خلال علامات تجارية في صور حروف - أرقام - رسومات- ألوان، وأضفى المشرِّع الحماية القانونية لهذه العلامات وجرم تزويرها - تقليدها - استعمالها من الباطن - بيع بضائع استعملت لها علامات مزورة أو مقلدة أو عرضها أو إحرازها بقصد البيع - استعمال علامات مملوكة للغير بدون حق، ومن هنا نشطت الدول في وضع تشريعات محلية تكفل حماية العلامات التجارية.

وقد صدر عن منظمة الأمان الطبيِّ للعملاء أنَّ عدمَ وضْع العلامات والتعبئة والتغليف هو السببُ الرئيسُ في (نسبة ٣٠٪) من الوفيات نتيجة الأخطاء التي أدت إلى تضليل المستهلك نتيجة للفهم الخاطئ - صعوبة التمييز - عدم وضع كتابة المعلومات الكافية) ١).

وقد أسهم التشريعُ البحرينيُّ في القانون (١١) لسنة ٢٠٠٦، في توضيح مفهوم العلامات في المادة الثانية بأنها: « كلُّ ما يأخذ شكلاً مميزاً من أسماء أو كلمات أو توقيعات أو حروف أو رموز أو أرقام أو عناوين أو أختام أو رسوم أو أصوات أو روائح أو صور أو نقوش أو تغلف أو عناصر تصويرية أو أشكال أولون أو مجموعة من الألوان، أو مزيج مما تقدّم، أو أية إشارة أو مجموعة إشارات، إذا كانت تُستعمل أو يُراد استعمالها لتمييز سلع أو خدمات منشأة ما عن سلع أو خدمات المنشآت الأخرى، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات، أو تمييز أيِّ من السلع أو الخدمات من حيث مصدرها أو عناصر تركيبها أو طريقة صنعها أو وجودتها أو ذاتيتها أو أية خاصية أخرى (، كما حدد العقوبات الرادعة عند النيل من هذه العلامات في المواد (٣٣)، (٣٤)، (٣٥) (٢).

٧- حماية الأدوية جديدة الاستعمال: تعتبر التشريعات أحد أدوات حماية الإنسان من استخدام الأدوية بصورة عامة خاصة الجديد منها في الإستعمال وذلك على المستوى المحلي والدولي مع تحقيق التوازن بين المنتج الأول الذي حاز براءة الاختراع، وتم استخدامه فترات طويلة، والمنتج الثاني -الجديد- الذي قد يخشى من الآثار الجانبية منه عند الإستخدام بغية تحقيق الحماية القانونية لحق الإنسان في الحياة، وبالتالي تستطيع الدول تحقيق المساهمة في التحفيز على الإنتاج والإبداع في البحث العلمي في مجال الدواء مع تحديد العقوبات التي تحقق هذه الحماية القانونية.

وقد أثرت هذه المشكلة عند استخدام منتج ( Ergot Alkoids ) والذي يُستخدم في علاج عمليات نزيف الدم بعد الولادة، والذي اتضح بعد ذلك من خلال عدة أبحاث أنَّ المنتج له استخدامات أخرى في علاج الصداع النصفي، والضغط المرتفع، وعندما تقدّمت الشركة لإضفاء الحماية على الاستخدام الثاني رفضت الجهة المعنية منح براءة الاختراع لعدم الابتكار والجدية، وتكرّر ذلك في عدة دول كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا والمملكة المتحدة، وفي محاولة من خلال الدراسات لإيجاد الحماية التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية تمَّ إضافة

1 Medicine container and carton labels. the way it is packaged. and its name or names should communicate information that is critical to the safe use of the medicine. However. a report from the Institute of Medicine in 2006 cited medicine labeling and packaging issues as the primary cause of 33% of all medication errors and 30% of deaths from medication errors. Key information may be missing. poorly visible. or hard to understand on labels. Different medicine labels or names may look alike. or marketing information on medicine labels may be misleading to consumers - <http://www.fda.gov/Medicaldevices/deviceRegulationandGuidance/Overview/DeviceLa...05/1/2015>.

٢ انظر تفصيلاً: العقوبات في القانون (١١) لسنة ٢٠٠٦ الخاص بالعلامات التجارية، بمملكة البحرين.

مدد جديدة لاستعمال الدواء الجديد من خلال اتفاقية (TRIPS)، والتي منحت المنتج الجديد مدداً أخرى تخضع للحماية إضافة للمدة الأصلية - خمس سنوات أخرى قابلة للتجديد، أما المملكة المتحدة سارت على منهج مخالف يمنح الحماية للمنتج الثاني على أساس التصنيع، وليس العلاج من خلال معاهدة (EPC)، وأصبحت هذه المعاهدة ملازمة في قرارات الاختراع الأوروبية (EPO) (١).

وقد استفادت من ذلك الكثير من الدول النامية - المنتجة للدواء نذكر منها على سبيل المثال جمهورية مصر العربية، والتي قد انخفضت فيها نسبة الإنتاج الدوائى المحلي قبل اتفاقية الترس؛ نتيجة قدرة الشركات الأجنبية على احتكار الكثير من المواد الخام للصناعات الدوائية، رغم تأسيس المؤسسة المصرية للدواء - والشركة القومية للأدوية والمستلزمات الطبية كشركة قابضة وللنتيجة الطبيعية لانخفاض التصدير، وحظر منح براءات الاختراع للمنتجات الكيماوية المتعلقة بالأغذية، والعقاقير الطبية، والمركبات الصيدلانية كان لزاماً عليها الانضمام لاتفاقية الترس التي فتحت المجال لهذه الشركات الوطنية للإنتاج في إزالة بعض الحواجز الجمركية لدى الدول المستوردة، وتمكينها من تحقيق أرباح تُقدر تقريباً حتى عام ٢٠٠٨، مبلغ (٨٠٠) مليون دولار، إضافة إلى تملك (٨) مصانع حكومية وأكثر من (١٦٥) مصنعاً خاصاً إضافة إلى مصانع الشركات العالمية (١).

ومن ثم، اتضح جلياً دور التشريع في حماية هذه الأصناف من الأدوية، خاصة أن لها دوراً مهماً في زيادة موازنة الدولة لتمويل المشروعات الدوائية وضبط السوق المحلي في الكثير من الأدوية بالأسعار التي تناسب المجتمعات النامية وتشجيعها على التصدير.

ومن الجهود الدولية لحماية حق الإنسان فى سلامة الدواء وطرق الاستخدام الأمثل: اتفاقية فينا لسنة ١٩٦٤، والتي سعت لتقديم خدمات المستثمرين في إطار عقود البيوع الدولية، وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٥، والصادرة في ٢٠/١٠/١٩٨٥، لتحقيق نفس الغرض السابق في البضائع والسلع الإنتاجية في مجال الدواء، إضافة إلى نصوص موثيق الأمم المتحدة، والتي أقرتها الجمعية العامة بقرارها (٢٩/٢٤٨) في ٩/٤/١٩٨٥، والتي ذكرت الحق في السلامة - والحق في الإحاطة علماً بسلامة الدواء والبيانات الإيضاحية كبطاقات الأدوية - والحق في الاختبار لتأمين سلامة الجودة - وإشباع احتياجاته الأساسية من هذه السلع، وحقه في التعويض عن الأضرار الناجمة عنها..... (٢).

ومن الجدير بالذكر أن فلسفة التنظيم التشريعي لهذه الجرائم المرتبطة بالدواء تظهر واضحة جلية من خلال ما نظمه المشرع المصري في المادة (٩٢) من دستور ٢٠١٤م، بأن « الحقوق والحريات اللصيقة بشخص الإنسان لا تقبل تعطيلاً وانتقاصاً، ولا يجوز لأي قانون تنظيم ممارسة الحقوق والحريات أن تقيدها بما يمس أصلها وجوهرها »، وأسّس لكل مواطن الحق في الصحة وفي الرعاية الصحية المتكاملة وفقاً لمعايير الجودة (٣)، وجاء التأييد والتضامن بين النصوص الدستورية في احترام مبدأ الشرعية في ميثاق العمل الوطني بمملكة البحرين في مقومات المجتمع الأساسية بأنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ولا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون

١ د.كامرن حسين الصالحي: قواعد منتجات الأولية، ومدى حماية الاستعمالات الجديدة لها في التشريع المقارن والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص ٢٨-

٨٠.

٢ د. شريف عبد اللطيف فتوح - د. سامي محمد أبو العينين الواقع والمأمول في حماية المستهلك تقرير مقدم لمؤتمر حماية المستهلك في العالم العربي المنعقد في إبريل ١٩٩٧ م، ص ٤-٥ بجامعة الدول العربية والمشار إليه في د. أحمد محمد محمود علي خلف الحماية الجنائية للمستهلك، مرجع سابق، ص ٥١٨.

٣ انظر تفصيلاً: نص المادة ١٨ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤.



المنشئ للجريمة» (١)، وترتيباً على ما سبق فإن هذه الفلسفة تكمن في:

- ١- تجريم غش الأدوية، وجريمة خداع المستهلك: وذلك نظراً لتزايد الغش في هذه المنتجات، وتزايد وسائل الخداع والاحتيال لجلب المال والإثراء بلا سبب؛ لذلك نظمها المشرع المصري بإصدار القانون (٢٨١) لسنة ١٩٩٤م، المعدل لأحكام القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١م، لقمع الغش والتدليس.
- ٢- تعدد هذه الجريمة من جرائم الخطر والضرر: لأنها تلحق أضراراً بالغة بصحة الإنسان مادياً ومعنوياً من جراء تناول الأدوية المغشوشة، لأنه يكفي لوقوع جريمة خداع المستهلك احتمال انخداع المستهلك بهذه الأساليب.
- ٣- الإضرار بالصحة العامة: التي تعد من أهم أهداف الضبط الإداري بالدولة، وتعد صور هذه الجريمة في تزوير العلامات التجارية وتقليدها، أو استعمال علامة مزورة أو مقلدة، أو اغتصاب علامة الغير، أو بيانات تجارية كاذبة أو مضللة أو استعمال علامات ممنوعة قانوناً؛ مما يتبعها أثراً سلبياً على المستهلك المحتاج للعلاج الآمن (٢).

## المبحث الثاني

### دور الأجهزة الإدارية في ضمان سلامة الدواء

تعتبر الإدارة صاحبة الدور الفعال في تحقيق حماية المستهلك، وضمان جودة المنتجات الدوائية من خلال التطبيق الفعلي للقواعد القانونية التي تكفل تحقيق هذه الحماية بفرض الجزاء، والعقوبات الرادعة على المخالف، وبيان قصور التشريعات عن تطبيقها، ونظراً لأن الدولة بما تملكه من أجهزتها التنفيذية، والرقابية تستطيع أن تقوم بالدور المنوط بها في الهيمنة على سلامة الدواء وحماية المنتجات الطبية، لأن ذلك يعد نقطة الارتكاز الأولى لتحقيق هذه الحماية من خلال مراجعة التشريعات القائمة، ومحاولة تجميعها في مدونة واحدة يسهل على المشتغلين بالقانون العمل بمقتضاها.

وفي ضوء ذلك، نتناول توضيح دور الأجهزة الإدارية في تنفيذ سياسية الدولة في حماية المستهلك في شراء المنتجات الدوائية لما يجهله عادة البعض من مواصفات الجودة لكل منتج يسعى لشرائه، ولأن شركات الأدوية تسعى للحصول على أكبر قدر من الربح؛ مما تؤدي بذلك إلى أضرار وعواقب وخيمة على الصحة العامة وحق الإنسان في الحياة؛ ولذا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: نتناول في المطلب الأول فلسفة الضبط الإداري ووسائله، وفي المطلب الثاني تحديد مسؤولية الصيدلة، وأخيراً في المطلب الثالث دور الأجهزة الإدارية في الرقابة على المؤسسات الصحية الحكومية والخاصة.

## المطلب الأول

### فلسفة الضبط الإداري ووسائله

تدخل الدولة لتنظيم علاقات الأفراد تارة فيما بينهم، ومع الدولة تارة أخرى؛ حتى تحقق التوازن بين حرية الفرد وسلطة الدولة، وقد اقتضى هذا أن تقوم الدولة بإنشاء جهاز إداري يمكن أن يحقق الرقابة من أجل المحافظة على

١ البند أربعة من كفالة الحريات الشخصية والمساواة المجموعة التشريعية لمجلس النواب، الأمانة العامة، لسنة ٢٠١٢م، ص ١٧.

٢ أسعد عبدالرحمن الرويح. الحماية الجزائرية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية، الكويت: مجلة الفتوى والتشريع، العدد العاشر أغسطس ٢٠٠١، ص

الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، ومما لاشكّ فيه إنه لا يمكن أن يحصل الإنسان على حقوقه وحرياته إلا في ظلّ الدولة التي تحتكر الاستعمال المشروع للقوة من خلال إنفاذ أحكام القانون بواسطة أجهزة السلطة التنفيذية؛ وذلك باتخاذ القرارات ودعمها وكفالة ضمان تحقيقها (١).

ويعدّ الضبط الإداري اختصاصاً نيباً بهيئة إدارية لتحقيق هدف ينحصر في تحقيق المصلحة العامة، ولا غرابة في أن ينصرف مفهوم الضبط الإداري إلى معنى قهر مظاهر النشاط الفردي وكبتها وتقييدها وتنظيمها في حماية النظام العام، ويقصد بالضبط الإداري بمعناه العام مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التي تتخذها السلطة المختصة للمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة: الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة (٢)، كما اتفق الفقه عليه بأنه: « مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التي تتخذها السلطة المختصة بالضبط؛ من أجل المحافظة على النظام العام » (٣).

ومن أجل التوازن بين تحقيق هذه الغاية وتلطيف التناقض بين الحرية والحق الفردي تدخلت الدولة باعتبارها مركز السلطة لتتولى بنفسها تخطيط أوضاع تحرير الفرد دون استخدام العنف؛ حتى تكفل للأفراد ممارسة الحرية في أسمى مظاهرها ١، ومن ثم يتدخل الضبط الإداري للحد من الحريات الأساسية حماية للنظام العام، ولكن بالقدر الضروري لتحقيق هذه الحماية في ضمان رقابة القاضي الإداري.

ويؤكد ذلك جانب من الفقه الذي ذهب للتأكيد على أن المشرع لو انتقص من الحرية باسم تنظيمها فإنه يكون منحرفاً حتماً عن الغرض الذي قصد إليه الدستور، وكذلك لو نقص بناء الحرية كان تشريعه مشوباً بالانحراف (٢). ومن ثم يمكن القول بأن الضبط الإداري يهدف إلى حماية النظام العام، والمحافظة عليه، وتتجسد مهمته في توضيح صور الاعتداء على هذا النظام، والعمل على تجنبها، والحيولة دون وقوعها؛ حتى يمنع الفوضى والقلق، ويجمع الفقه على أن النظام العام يهدف إلى تحقيق ثلاثة أغراض رئيسة وهي: الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة نوجزها فيما يلي:

**أولاً: الأمن العام:** يهدف الأمن العام إلى تحصين المواطن ضد أخطار الحياة الاجتماعية؛ كحوادث السيارات - انهيار المنازل - جرائم الشغب والمظاهرات؛ بغية درء المخاطر ومنع العدوان على الأشخاص والأموال (٢)، ومن ثم تلتزم سلطات الجهاز الإداري بحماية المجتمع من كافة الجرائم والحوادث المتنوعة سواء سرقات - حوادث - حماية للمجتمع (٤).

ونرى أنه يلزم تدخل الدولة بما تملكه من سلطات الضبط؛ للحفاظ على المجتمع خاصة عند تناول الأفراد الأدوية المغشوشة - المخدرة التي تعد أحد أسباب تغيّب الوعي، وتهدد المجتمع بأسره، وممتلكاته العامة والخاصة.

**ثانياً: الصحة العامة:** ويقصد بها حماية الإنسان من مخاطر الأمراض والأوبئة، وحماية سلامة الأطعمة المعدة للبيع والأدوية والعقاقير الكيماوية (٥)، وأن تقوم بتحسين الأطفال والكبار ضد الأمراض والأوبئة بكافة أنواعها وتشديد الرقابة وعدم التهاون في فرض العقوبات ومخالفة النصوص القانونية (٦).

١ د. محمد سعد الدين الشريف: فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري وبين الحريات، مجلة مجلس الدولة، ج ٤ م ١٩٦٩، ص ٥-١٥.  
٢ أسعد عبد الرحمن الرويح. الحماية الجزائية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية، الكويت: مجلة الفتوى والتشريع، العدد العاشر أغسطس ٢٠٠١، ص ٣١٩.  
٣ د. محمد سعد الدين الشريف: فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري والحريات العامة، مجلس الدولة المصري ١٩٦٩م، ص ٥-١٥.  
٤ عبد الرزاق السنهوري: طبيعة سلطات الهيئة التشريعية في تنظيم الحريات، مقال - مجلة مجلس الدولة يناير ١٩٥٢م، السنة الثالثة، ص ٧٤.  
٥ د. سعاد الشراوى: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٦.  
٦ د. عبد الفتى بسيوني عبد الله: القانون الإداري، منشأة المعارف الاسكندرية ٢٠٠٥م، ص ٣٩٤.



**ثالثاً: السكنية العامة:** يتحقق هذا الغرض فى المحافظة على هدوء وسكون الطرق والأماكن العامة، ومنع الضوضاء والقضاء على مصادر الإزعاج، كما يحدث حالياً من مضايقات المتسولين والباعة المتجولة. ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع تدخل لتحقيق السكنية العامة من خلال تحديد مواعيد مقننة لفتح، وغلق هذه المحلات المقلقة للراحة (١)، وفرض عقوبات فى حالة مخالفة هذه التشريعات تصل إلى غلق هذه المنشآت وإلغاء التراخيص.

ويتحقق ذلك فى الرقابة على الصيدليات، ومنافذ بيع الأدوية؛ لتحقيق السكنية العامة ومحاربة الإدمان الذي تروج له هذه المنافذ للبيع لئلا دون رقابة، ونوجه عناية المشرع للتدخل فى تطبيق التشريعات التي تعين أهل الخبرة فى فرض سيطرة القانون، وتحقيق السكنية والأمن والصحة العامة.

وتجدر الإشارة إلى بيان وسائل الضبط الإداري: حيث تباشر هيئات الضبط الإداري اختصاصاتها للمحافظة على تحقيق أغراض الضبط الإداري فى المحافظة على الأمن العام والسكنية العامة والصحة العامة، ويتبع فى تحقيق ذلك عدة وسائل لتنفيذ ما تتخذه من قرارات يمكن حصرها بإيجاز فى لوائح الضبط الإداري وأوامر الضبط الإداري الفردية والتنفيذ الجبري توفعه الدولة عند الاقتضاء، ونتناول ذلك على النحو الآتي :

**أولاً : لوائح الضبط الإداري:** تتولى السلطة التنفيذية إصدار هذه التشريعات بناء على إجازة من الدستور، أو إستناداً إلى العرف الدستوري؛ ولذا تعد هذه اللوائح أولاً أعمالاً تشريعية من حيث موضوعها لأنها تتضمن قواعد عامة مجردة تنطبق على كل من تتوافر فيه من شروط تطبيقها، وثانياً قرارات إدارية وفقاً للمعيار الشكلى لصدورها من السلطة التنفيذية بهدف صيانة ووقاية النظام العام (٢)، وتستمد سندها فى المادة (١٧٢) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤، على أن « يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط، بعد موافقة مجلس الوزراء»، وكذلك تجد ذلك فى المادة (٣٩/ب) من الدستور البحريني المعدل لسنة ٢٠٠٢ على أن « يضع الملك مراسيم لوائح الضبط...» ويمكن لهذه الأنظمة واللوائح أن تظهر بصور متعددة:

الحظر: يقصد بالحظر النهي عن اتخاذ إجراء معين - ممارسة نشاط معين، وهو أحد الأساليب الوقائية، ويجب أن يكون الحظر جزئياً - نسبياً لأن الحظر المطلق قيد على ممارسة الحقوق والحريات، والذي يعد اعتداءً على ممارسة حرية استخدام الدواء الذي لا يمكن النيل منه للمحافظة على سلامة الإنسان.

الإذن أو الترخيص المسبق: تشترط لائحة الضبط الإداري الحصول على الإذن بالترخيص قبل ممارسة النشاط فى ضوء مشروعية النص القانوني الذي ينظم عمل الإدارات المعنية، وقد أسهم المشرعان المصري والبحريني بيان ذلك حيث نظم المشرع المصري الأول مهنة الصيدلة بالقانون (١٢٧) لسنة ١٩٥٥، فى حين نظم المشرع البحريني ذلك بالمرسوم بقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٧.

**الإخطار:** يعد الإخطار أحد الإجراءات التي تلزم أصحاب الأعمال إخطار الإدارة مسبقاً، بل قبل بدء النشاط، ويلقى على عاتق الإدارة التأكد من صحة تطبيق الشروط والمواصفات فى فتح هذه الأنشطة، وقد كفلها المشرع بالحماية القانونية فى قوانين تنظيم مهنة الصيدلة، كما سبق بيانه فى البند السابق والتنظيم التشريعي فى المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذه الدراسة.

١ . فاروق خماس : القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص ٧٤ .

٢ . د. سعاد الشراوى : القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ . د. عمرو أحمد حسبو : الوجيز فى القانون الإداري ، دار النهضة العربية ج ٢٠٠٦ م ، ص ١٤٠ .

د. طعيمة الجرف : القانون الإداري ، بدون دار نشر ١٩٧٨ ، ص ٤٩٧ .

**تنظيم النشاط:** لتحقيق الرقابة الإدارية للجهات المعنية لتنظيم النشاط، والذي قد لا يتطلب من المشرع في تنظيم اللوائح وجوب الحصول على الإذن المسبق - الإخطار، بل تم استنباطها من قواعد العدالة والإنصاف في تنظيم مهنة الصيدلة، والتي تتجلى في احترام آدمية الإنسان من خلال القسم على الالتزام بقواعد ونظم المهنة وحماية سلامة وصحة الإنسان (١).

**ثانياً : أوامر الضبط الإداري الفردي:** تمارس الإدارة سلطات الضبط الإداري عن طريق القرارات الفردية على فرد معين بذاته، أو على أفراد معينين بذواتهم، في منح - أو إلغاء ترخيص الصيدليات، وتلتزم الإدارة في ذلك بالقوانين واللوائح وإلا كانت غير مشروعة، ويجوز لها السحب والإلغاء والتعديل، وللأفراد الطعن بالإلغاء والتعويض أمام القضاء (٢)، وبالرغم من تلك المشروعية إلا أن المشرع الفرنسي خالف ذلك وأجاز للإدارة الحق في إصدار القرارات الفردية دون سند من القانون دون الحق في الطعن بشرط أن لا يكون هناك تنظيم قانون - ظرف استثنائي لأنه لا يمكن للإدارة أن تقف مكتوفة الأيدي، وترك النظام العام مهدداً بالخطر (٣)، تحقيقاً لحماية حق الإنسان في سلامة الدواء والصحة العامة.

**ثالثاً: التنفيذ الجبري:** الأصل أن التنفيذ الجبري لا تلجأ إليه الإدارة إلا بشروط؛ لضمان حقوق وحرية الأفراد؛ خوفاً من التعسف في استخدام السلطة، وانحرافها عن جادة الصواب، ويتحقق ذلك تنفيذاً لأوامر مشروعه مثل سلطتها في إغلاق المحلات غير المرخصة أو إزالة التعديت على أموال الدولة، وامتناع الأفراد عن التنفيذ طواعية واختياراً، وإثبات ذلك لأن الإدارة تملك هذا الحق في حالة الضرورة - الاستعجال والسرعة في التنفيذ دون انتظار الحصول على إذن مسبق من القضاء بشرط التناسب بين الوسيلة، والحالة التي بصدد التنفيذ لدفع الخطر الذي يهدد النظام العام الأصل أن التنفيذ الجبري لا تلجأ إليه الإدارة إلا بشروط؛ لضمان حقوق وحرية الأفراد؛ خوفاً من التعسف في استخدام السلطة، وانحرافها عن جادة الصواب، ويتحقق ذلك تنفيذاً لأوامر مشروعه مثل سلطتها في إغلاق المحلات غير المرخصة أو إزالة التعديت على أموال الدولة، وامتناع الأفراد عن التنفيذ القانوني طواعية واختياراً، وإثبات ذلك لأن الإدارة تملك هذا الحق في حالة الضرورة (٤) - الاستعجال والسرعة في التنفيذ دون انتظار الحصول على إذن مسبق من القضاء بشرط التناسب بين الوسيلة، والحالة التي بصدد التنفيذ لدفع الخطر الذي يهدد النظام العام (٥).

الأصل أن التنفيذ الجبري لا تلجأ إليه الإدارة إلا بشروط؛ لضمان حقوق وحرية الأفراد؛ خوفاً من التعسف في استخدام السلطة، وانحرافها عن جادة الصواب، ويتحقق ذلك تنفيذاً لأوامر مشروعه مثل سلطتها في إغلاق المحلات غير المرخصة أو إزالة التعديت على أموال الدولة، وامتناع الأفراد عن التنفيذ القانوني طواعية واختياراً، وإثبات ذلك لأن الإدارة تملك هذا الحق في حالة الضرورة - الاستعجال والسرعة في التنفيذ دون انتظار الحصول على إذن مسبق من القضاء بشرط التناسب بين الوسيلة، والحالة التي بصدد التنفيذ لدفع الخطر الذي يهدد

١ .د. سعاد الشرفاوى : القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٦.

٢ .د. عبد الغنى بسيونى: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

٣ .د. سعاد الشرفاوى : القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٦.

٤ .د. يحيى الجمل : نظرية الضرورة فى القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة المقارنة، دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر، ١٨٩ .د. محمد بكر حسين : الوسيط فى القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٦٧.د. أحمد مدحت على : نظرية الظروف الاستثنائية فى النظم الدستورية المعاصرة - دراسة مقارنة فى فرنسا ومصر، الهيئة العامة للكتاب ١٩٧٨ م، ص ١٤٦.

٥ .د. عبد الغنى بسيونى : القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٩٩.د. فاروق خماس، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٧٥.

## النظام العام (١).

ومن هذا السياق، تتضح أهمية حدود هذه التشريعات في الظروف الطبيعية والاستثنائية؛ ففي الأولى تمارس الإدارة سلطة رقابتها في حدود المشروعية القانونية التي فرضها الدستور والقوانين مقيّدة بالمحافظة على الصحة العامة وفرض رقابتها لقمع الغش، فإذا حادت الإدارة عن هذه الغاية كان تصرفها مشوباً بانحراف السلطة؛ ومن ثمّ كان حرياً بالحق في الإلغاء والتعويض، وقد عالج الفقه حق الإدارة في استخدام سلطة الضبط في حالة وجود النص القانوني وحالة القصور التشريعي؛ لأنّ السبب الرئيس في تدخل الإدارة المحافظة على حياة الإنسان التي تُعدّ أتمن ما يملكه المجتمع (٢)، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على إخضاع هذه التدابير الضابطة والمقيّدة للحريات لرقابة أهداف الضبط الإداري، وأسباب تدخل الإدارة والوسائل التي تستخدمها الإدارة في ضوء الملاءمة التي تتناسب مع النص التشريعي (٣).

كما تظهر حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية (أوقات الأزمات) على حساب الحريات العامة للأفراد لمواجهة الأزمات والحفاظ على الصحة العامة وما يتبعها من أغراض أخرى؛ إذ تظل هذه التصرفات خاضعة للرقابة القضائية التي تأخذ في الاعتبار الطرف الاستثنائي عند تقدير مشروعية العمل الإداري لأنّ البين من مطالعة التطبيقات في الواقع العملي والتي تحتاج إلى التفتيش الدوري المستمر على هذه الأماكن والعاملين بها، خاصة في حالة تلقي بلاغات والتحقق من ثبوتها وزيادة تنمية الوعي الصحي خاصة فيما يتعلق بتحديد الشروط الصحية الواجب توافرها لدخول البضائع المستوردة من الخارج، مع الالتزام بالشهادات الصحية المرفقة في عبوات محكمة مع إخضاعها للفحوصات أو الاختبارات المعملية والاعلان عن حالات الاستيلاء على الممتلكات الخاصة لمكافحة الأوبئة؛ سواء العقارات كالمباني والأراضي والصيدليات، أو المنقولات كوسائل النقل والأدوات الطبية والمستحضرات الصيدلانية لمحاربة الفساد المالي والإداري بكافة صورته ووسائله.

## المطلب الثاني

## تحديد مسؤولية الصيدالة

تعد المسؤولية في المجال الطبي من المسائل ذات الأهمية البالغة؛ نظراً لتعلقها بحياة الإنسان، ويعد تحديد مفهوم غش الدواء - والدواء المعيب - والتنظيم التشريعي لكل ما يتعلق في هذا الموضوع، إذ بتوضيح مفهومه تظهر أوصافه، ويسهل بيان حكمه، وكما قال العلماء حقيقة الشيء فرغ عن تصويره؛ ولذا يلزم بيان مسؤولية الصيدلي باعتباره أحد أهم العناصر الفاعلة في مؤسسات الصيدلة من خلال تطبيق أحكام القانون الصيدليات العامة والخاصة ومصانع المستحضرات الصيدلانية ومحازن الأدوية ومستودعات الوسطاء في الأدوية ومحال التجار في النباتات الطبية ومنتجاتها الطبيعية (٤)، ومن ثم تتنوع المسؤولية تجاه مهنة الصيدلة إلى ثلاثة أنواع: مدنية، وجنائية، وتأديبية.

**المسؤولية المدنية:** تنشأ المسؤولية عند الإخلال بالالتزام التعاقدية/ التقصيري الذي يفرضه القانون، وفي

١ د. سعد الشرفاوي: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٧١.

٢ د. محمد عبيد الحساوي القحطاني: الضبط الإداري في دولة الإمارات العربية - التزام الحدود وحيادية التنفيذ، دار أبو المجد ج م ع ٢٠٠٥م، ص ١٧١.

٣ د. محمد سعد الدين الشريف: فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري والحريات العامة، مرجع سابق، ص ١٦.

٤ المادة (١) من الفصل الثاني لقانون مزاولة الصيدلة المصري رقم (١٢٧) لسنة ١٩٥٥م.

جميع الأحوال يجب أن تتوافر لقيام هذه المسئولية على العموم الأركان الثلاثة وهي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية (٥).

ودون الدخول في تفاصيل هذه المسئولية نود توضيح مسئولية الصيدلي - الصانع أو المنتج المدنية فقط، والتي تلحق الضرر بالمريض بسبب تناول الأدوية، والتي تشكل خطراً أضراراً على المرضى الذين يتعاطونها؛ لأن الالتزام الذي يقع على عاتق الصيدلي أن ما يباع - يصنع يلزم أن يكون وفق الأصول العلمية، فإذا ما فرط في اتباع هذه التعليمات - التقصير، وعدم التحرز أو الإهمال فإن المسئولية المدنية تقع لتوافر أركانها خاصة لحصول الضرر الذي لا يمكن للشخص العادي التعرف على فساد أو عدم صلاحيته لالتزامه ببذل العناية في التحقق من سلامة الدواء، خاصة ما يصرف من الكثير من الأدوية دون الرجوع إلى الأطباء المتخصصين (٦).

ومن التطبيقات القضائية التي تؤكد الإدانة والالتزام بالتعويض لحدوث علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فيما أثبتته الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية بإدانة المتهم - في جريمة القتل الخطأ - قد أثبت خطأ المتهم الأول (صيدلي) فيما قاله: من أنه حضر محلول البوتوكليين كمخدر موضعي بنسبة ١٪ وهي تزيد على النسبة المسموح بها طبيًا وهي (٨٠٠/١) ومن أنه طلب إليه تحضير نوفوكاين بنسبة (١٠٠٠/١) أو (٨٠٠/١) ولا يعفيه من المسئولية قوله إن رئيسه طلب منه تحضيره بنسبة ١٪ طالما أنه أثبت له من مناقشة هذا الرئيس في التليفون أنه لا يدري شيئاً عن كنه هذا المخدر ومدى سمّيته، وهذا إلى جانب موظف مختص بتحضير الأدوية ومنها المخدر، ومسؤول عن كل خطأ يصدر منه، ومن أنه لجأ في الاستفسار عن نسبة تحضير هذا المخدر إلى زميل له قد يخطئ وقد يصيب، وكان لزاماً عليه أن يتصل بذوي الشأن في المصلحة التي يتبعها، أو الاستعانة في ذلك بالرجوع إلى الكتب الفنية الموثوق بها كالفارما كوبيلا ومن إقراره صراحة بأنه ما كان يعرف شيئاً عن هذا المخدر قبل تحضيره فكان حسن التصرف يقتضيه أن يتأكد من النسب الصحيحة التي يحضر بها، فلا ينساق في ذلك وراء نصيحة الحلول بأنه استعاض به عن نوفوكاين فإن ما أثبتته الحكم من أخطاء وقع فيها المتهم يكفي لحمل مسؤوليته جنائياً ومدنياً (٧).

**المسؤولية الجنائية:** فقد سبق توضيح المعالجة التشريعية في المبحث الثاني من هذا البحث على أساس التزام قانوني بتحملة الجزاء أو العقاب؛ نتيجة إتيانه فعلاً، أو الامتناع عن فعل يشكل خروجاً على القواعد التي قررتها التشريعات الجنائية وقانون الصيدالة.

ومن المستقر عليه في فقه القانون الجنائي عدم الإخلال بواجبات الحيطة والحذر؛ لأن مصدرها الأساسي القانون، والخبرة الإنسانية وهو ما تعارف عليه أصحاب هذه المهنة، إضافة إلى توافر العلاقة النفسية بين إرادة الصيدلي والنتيجة الإجرامية (الركن المعنوي).

ولذلك، استقر المبدأ في نطاق تحديد المسئولية الجنائية للصيدلي على توافر علاقة السببية بين الخطأ والنتيجة الإجرامية، ومن الصور التي يتحقق بها ذلك أن معالجة المتهم للمجنّي عليه بوضع مساحيق ومراهم على موضع الحروق، وهو غير مرخص له بمزاولة مهنة الطب تعد جريمة تطبق عليها م (١) من القانون (١٤٢) لسنة ١٩٤٨

٥ السيد عبدالوهاب عرفه: المرجع في المسئولية المدنية والجنائية والتأديبية، ج ٤، المكتب الفنى للموسوعات القانونية، بدون تاريخ نشر، ص ٦٢.

٦ د. عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، ج ٤، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٤م، ص ١٢٧.

٧ محكمة النقض المصرية: نقض ١٩٥٩/١/٢٧م، س ١٠، ص ٩١.

بمصر بشأن مزاوله مهنة الطب (١)، وبالرغم من ذلك نرى وقوع هذه المخالفات دليلاً على سوء الرقابة وتحديد المسؤولية الجنائية في حالات عديدة منها بيع الأدوية دون تذكرة طبية وخاصة المضادات الحيوية، وهذا ما يحدث في الكثير من الدول العربية؛ لما له من آثار ضارة على صحة الإنسان، والخطأ في تحضير المستحضر خاصة المستخدم في العمليات الجراحية، والإهمال في التأكد من تاريخ صلاحية التذكرة الطبية، وكيفية الحفاظ على الأدوية وسلامة التخزين؛ حتى لا تفقد صلاحيتها أو تعرضها للتلف مما يوجب المسؤولية هذا بالإضافة إلى حالات عديدة تتقطع فيها المسؤولية الجنائية للصيدي كتحديد جرعات مناسبة من العقاقير، وبيان آثارها التي تترتب على هذه المخالفة، ومع ذلك يصف الطبيب المعالج جرعات أكبر من المقرر، وكذلك وصف الصيدلي للمستهلك طريقة الاستعمال فيبالغ في تعاطيها المستهلك؛ مما تكون سبباً في الإضرار به (٢).

**المسؤولية التأديبية:** تعد هذه المسؤولية أحد مظاهر السلطة الرئاسية التي يفرضها التنظيم الإداري ضمناً لسير المرافق العامة بانتظام وأطراد؛ لأن المرافق المهنية أحد أنواع هذه المرافق العامة التي تحقق إشباع حاجات المجتمع وتحقق رفاهيته، وحماية هذا النظام ومصالحه بالعقاب الرادع للقضاء على كافة أوجه الانحراف، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن الخطأ التأديبي « الإخلالات بالواجبات المهنية ذات طبيعة مبررة لتوقيع الخطأ التأديبي » (٣).

وقد نظم المشرع النظام التأديبي محاكمة كل من أخل من الأعضاء بأحكام هذا القانون أو بأداب المهنة وتقاليدها، وامتنع عن تنفيذ قرارات الجمعية العمومية أو مجلس النقابة أو قرارات الجمعيات العمومية بالمحافظات ومجلس النقابات الفرعية أو ارتكب أمورا مخلّة بشرف المهنة، أو تحط من قدرها أو أهمل في عمل يتصل بمهنته. وتكون العقوبات التأديبية على الوجه التالي: التنبيه، أو الإنذار، أو اللوم، أو الغرامة لغاية مائتي جنيه على أن تدفع لخزينة النقابة، أو إسقاط العضوية من النقابة ويترتب على ذلك الشطب من سجلات وزارة الصحة، وفي هذه الحالة لا يكون للعضو الحق في مزاوله المهنة إلا بعد إعادة قيده في بالنقابة، وذلك كله مع عدم الإخلال بإقامة الدعوى العمومية أو الدعوى المدنية أو الدعوى التأديبية إن كان لها محل.

ومن الجدير بالذكر أن وقت طرح المنتج للتداول يتصل اتصالاً وثيقاً التراخيص الإدارية التي بموجبها يتم طرح المنتج فيخلص الفقه الفرنسي إلى أن مثل هذه التراخيص الإدارية تتصل بعلاقة المنتج بالإدارة، ولا تتصل بعلاقته بجمهور المستهلكين (٤).

### المطلب الثالث

#### الرقابة الإدارية على المؤسسات الصحية الحكومية والخاصة

تعد الرقابة الإدارية هي تلك الرقابة التي تقوم بها هيئات إدارية يصدر بتشكيلها، ويحدد اختصاصاتها قوانين ولوائح عامة، كما تلتزم فيما تباشره من إجراءات ووسائل بالأحكام التي تنص عليها القوانين واللوائح. و عرفها

١ المرجع السابق : ص ١٢٢.

٢ د. عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، مرجع سابق ، ص ٣١٥.

٣ د. عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، مرجع سابق ، ص ٣١٥.

٤ د. محمد سامى عبد الصادق : مسؤولية منتج الدواء ، مرجع سابق ، ص ٤٩ ، وأنظر كذلك د. سعاد الشرقاوى : القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص ١٠٦.



البعض بأنها ( تلك الجهود والأنشطة المستمرة والمنتظمة للحصول على معلومات صحيحة ودقيقة عن تقدم العمل والتنفيذ في مختلف مجالات النشاط التي تتولى الإدارة العامة مسئوليتها، ومقارنة معدلات التنفيذ ومستوياته بالمعدلات المستهدفة في الخطة الموضوعة والكشف عن الانحرافات وتصحيحها، والعمل على منعها إن أمكن ) (١)،

وقد تضمنت الكثير من الدساتير تحقيق الرقابة على أعمال الإدارة؛ فنصَّ الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ في المادة (١٦٨): « على أن: » يتولى الوزير وضع سياسة وزارته بالتنسيق مع الجهات المعنية، ومتابعة تنفيذها، والتوجيه والرقابة، وذلك في إطار السياسة العامة للدولة. وتشمل مناصب الادارة العليا لكل وزارة وكيلاً دائماً، بما يكفل تحقيق الاستقرار المؤسسى ورفع مستوى الكفاءة فى تنفيذ سياستها ». وكذلك نصَّ الدستور البحريني على ذلك في المادة (٤٨) بأن « أ- يتولى كل وزير الإشراف على شؤون وزارته، ويقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها، كما يرسم اتجاهات الوزارة، ويشرف على تنفيذها.....ب.....»، وقد عالج القانون الإداري الرقابة المالية والإدارية لضمان وجود أساس قانوني للرقابة التي تمارسها السلطات المركزية على كافة الأشخاص المعنوية بغية تحسين أداء الإدارة ورفع كفاءتها وفعاليتها (٢)، ومن التطبيقات التي مارسها ديوان الرقابة المالية والإدارية بمملكة البحرين فى بيان القصور داخل القطاع الصحي بالمستشفيات الخاص بهذه الدراسة مايلى بيانه:

| رقم أمر الشراء | تاريخ أمر الشراء | المبلغ بالدينار | المجموع الكلي |
|----------------|------------------|-----------------|---------------|
| ٢٢١٠٣٦٩٣       | ٢٠١٠/١٠/١٨       | ١٣,٢٣٠          |               |
| ٢٢١٠٣٦٩٤       | ٢٠١٠/١٠/١٨       | ١٣,٢٣٠          | ٣٩,٦٩         |
| ٢٢١٠٣٦٩٥       | ٢٠١٠/١٠/١٨       | ١٣,٢٣٠          |               |

وقد جاء تعقيب الديوان بأن شراء هذه المواد للوزارة مخالفاً للأنظمة والقوانين، خاصة أن الوزارة كان بإمكان جميع احتياجات الأقسام من الأدوية والمستلزمات الطبية وطرحها في مناقصة عامة، ويؤكد الديوان على وزارة الصحة الالتزام مستقبلاً بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمستلزمات والمبيعات الحكومية (٣). والبين من مطالعة أهمية الرقابة الإدارية نجد أنها تحقق نتائجها من خلال وضع المعايير وتحديد الأهداف الرقابية، مع الإلتزام بقياس ومتابعة الأداء الفعلي وفق المعايير والأهداف الموضوعة حتى يمكن العمل على اصلاح ماقد يعتري الإدارة من ضعف وتقييم النشاط الاداري (٤).

وقد لوحظ لتحقيق دقة الرقابة الصحية على الدواء فى التشريع المصري والفرنسي أن المشرع فرض مراقبة الأسعار، وتنفيذ القوانين من خلال موظفي وزارة الاقتصاد، تم تدريبهم وتأهيلهم للقيام بهذه الأعمال الرقابية

١ د. علي السلمي: إدارة الأفراد لرفع الكفاية الإنتاجية، القاهرة، دار المعارف ١٩٧٠، ص ٢٨٧، وللمزيد من ذلك يراجع: د. حسن أحمد توفيق: الإدارة العامة، القاهرة، مكتبة النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ١٥١.  
 ٢ د. علي السلمي: إدارة الأفراد لرفع الكفاية الإنتاجية، القاهرة، دار المعارف ١٩٧٠، ص ٢٨٧، وللمزيد من ذلك يراجع: د. حسن أحمد توفيق: الإدارة العامة، القاهرة، مكتبة النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ١٥١.  
 ٣ ديوان الرقابة المالية والإدارية بمملكة البحرين: التقرير السنوى لعام ٢٠١٠م، ص ٨٩.  
 ٤ د. السيد عبده ناجى: الرقابة على الأداء من الناحية العلمية والعلمية، القاهرة، مطبعة عابدين ١٩٨٢م، ص ٢٠.

بموجب المادة ٤٥ من المرسوم بقانون رقم (١٢٤٣- الصادر في ١٢/١/١٩٨٦) (١)، وكذلك نصَّ المشرعُ الفرنسيُّ على سلطاتِ الضبطِ القضائيِّ: دخول هذه الأماكن، والحقُّ في سحَب عيناتٍ لتحليلها، ومنحهم الحقُّ في التحفظ على هذه السلع المشتبه فيها، والحقُّ في دخول هذه الأماكن نهاراً وليلاً عند فتحها للجمهور، أو عندما تُمارَس أنشطة الإنتاج، والتصنيع، والتحويل، والتجهيز وسلطة الاطلاع على الأوراق والمستندات والتفتيش بموجب الفقرتين ٤، ٥ من المادة (٢١٥ - ٣) من مدوَّنة الاستهلاك (٢).

ومن ثمَّ، استطاع المشرعُ الفرنسيُّ جمع القوانين في مدوَّنة واحدة، تطبق من خلال رجال الإدارة فتحقق فاعلية المحافظة على تطوير عمل هذه الإدارات والتحقق من صحة التصرف طبقاً للقوانين والأنظمة السارية المفعول واقتراح الحلول المناسبة عند تواجُد القصور التشريعيِّ أو الرقابيِّ؛ مما يحقق مصداقيةً لدى الجمهور، وممثلةً في تحقيق الانضباط المنشود في تنظيم العمل وجودة الأداء وتحقيق الردع العامِّ والخاصِّ لكلِّ مَنْ تُسوَّل له نفسه الخروج عن أحكام القانون، وأيضاً أسهم المشرعُ المصريُّ في تحديد رجال الضبطِ القضائيِّ بصفة عامة إضافة إلى بعض الأشخاص تمَّ منحهم هذه الصفة لتطبيق قوانين حماية المستهلك لقمع التدليس والغشِّ نذكرُ منها - على سبيل المثال لا الحصر - ما نصَّت عليه المادة الأولى من قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣، والمعدَّل بالقرار ٢٩ الصادر في يناير ١٩٤٥:

بند رقم ٥- مدير قسم رقابة الأغذية ووكيله ومفتشوه وأطبائوه ومفتشوه.

بند رقم ٦- مدير قسم الصحة الصناعية ووكيله ومفتشوه.

بند رقم ٧- مدير قسم الصيدليات ووكيله ومفتشوه.

بند رقم ٨ - مفتشو صحة الأقسام.

بند رقم ٣٠ - الضبط الصيادلة (معدلة بالقرار ٣٥ لسنة ١٩٥٤).

وبالتالى نجد أن منَح المشرع المصري والبحريني والفرنسي منَح سلطات متعددة لرجال الضبط القضائيِّ في ضبط الأشياء المحرَّمة - الممنوعة - غير المصرَّح بها، والتي تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى متى ظهرت عرضاً بغير سعي منه يستهدف البحث عنها، وله الحقُّ في البحث عن أيِّ مكان يشتبه فيه كالمخازن - ملحقات الصيدليات، وأخذ عينات منها بفحصها أو تحليلها في المعامل التي تحددها اللوائح والقرارات.

١ . د. أحمد محمد محمود على خلف : الحماية الجنائية للمستهلك ،مرجع سابق ، ص ٣٦١.

٢ أنظر تفصيلاً المرجع السابق ،ص ٢٨٦-٢٧٥



## خاتمة

تعدُّ صحة الإنسان أتمن ما يملكه المجتمع؛ لأنها أساس الحياة وسبب مباشر في قضية الاستخلاف في الأرض من أجل عمارتها، والتي لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال الحفاظ على الصحة العامة التي تغدو عماد الاقتصاد وعمارة الكون، ومن أجلها تدور القوانين وجوداً وعدماً.

وفي ضوء هذه الدراسة، أزعج أنني قد أضفت كيفية تحقيق الحماية الوقائية، والعلاجية لحق الإنسان في سلامة الدواء محافظة على الصحة العامة التي تعدُّ أحد أغراض جهاز الضبط الإداري الذي يتبع أساليب متعددة نصاً، وتطبيقاً عند ممارسة أجهزة الدولة في أعمالها التنفيذية، والرقابية. وقد ظهرت فلسفة الضبط الإداري في حماية حق الإنسان من غش الدواء تعانقاً مع التشريعات التي تحارب فساد الأدوية وطريقة تداولها في جمهورية مصر العربية ومملكة البحرين، مقارنة بفرنسا والتجربة الأمريكية والإنجليزية.

وقد بدت آثار الغش التجاري على الصحة العامة تتضح من خلال تحديد المسؤولية المدنية والجنائية والإدارية بصورة عامة لقمع الغش بكافة طرقه التقليدية والحديثة.

وتم توضيح دور أجهزة الدولة في الحد من ظاهرة غش الدواء على المستويين الدولي والمحلي. واستنتاجاً مما سبق نلاحظ أن هذه الدساتير والمواثيق الدولية أسست ذلك من الشريعة الإسلامية التي كان لها السبق في بيان احترام الإنسان وحياته، وحياة الآخرين، والالتزام بالمحافظة على هذه الحقوق، وعدم التعرض لها بالإيذاء المادي أو المعنوي، ومخالفة ذلك يعد ظلماً وعدواناً؛ ولذا جاءت الآيات القرآنية تحرم القتل بكافة صورته في قوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) (١)، وقوله تعالى: (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) (٢)، وقوله تعالى: \*مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) (٣)؛ ومن ثم أوجب الشريعة في نصوصها الالتزام بالمحافظة على حياة الإنسان وإنقاذه من المخاطر بكل الوسائل، وقد أكد ذلك ما نصت عليه المادة (٢) من إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام على أن: « الحياة هي هبة من الله ولكل إنسان الحق فيها، وتقع مسؤولية حماية هذا الحق على عاتق الأشخاص، والمجتمعات، والدول التي تتحمل مسؤولية حمايته من الانتهاك أو العدوان، ولا يجوز حرمان أي شخص من حياته إلا لسبب شرعي أو قانوني ».

وفي ضوء ما سبق، نستطيع أن نوجز بعض التطلعات لتحقيق هذه الحماية القانونية من خلال التوصيات التالية:

(١) منح جمعيات حماية المستهلك في جمهورية مصر العربية ومملكة البحرين الشخصية الاعتبارية، من خلال تقديم الخدمات والاستشارات القانونية، وإمكانية رفع الدعاوى التي تمكنها من خدمة المواطن بتقديم الخدمات والاستشارات القانونية، ورفع الدعاوى، وذلك كما فعلت فرنسا.

(٢) نوصي المشرع البحريني بمنح جهاز حماية المستهلك الصلاحية القانونية التي تمكنه من حماية المستهلك في مجال الدواء، وهي حماية تتعلق بسلامة الدواء من ناحية، وبأسعاره من ناحية أخرى.

١ سورة الأنعام: الآية (١٥١).

٢ سورة البقرة: الآية (١٧٩).

٣ سورة المائدة: الآية (٢٢).

- (٣) تفعيل الرقابة على سلامة الدواء؛ بإنشاء جهاز رسمي لمفتشى الرقابة وزيادة رواتبهم وضمان كفاية عددهم؛ لأن ذلك يقطع دابر الفساد الإداري أسوة بالدول المتقدمة.
- (٤) التحذير من الاستيراد العشوائي؛ والذي يكلف موازنة الدولة مبالغ باهظة دون رقابة وزارة الصحة على سلامة هذه المنتجات، خاصة في عدم اتباع القوانين والقرارات المنظمة لذلك.
- (٥) التآني في الاشتراك في إبرام الإتفاقيات الدولية حول استيراد الأدوية؛ نظراً لإمكانية تصنيعها وطنياً.
- (٦) الرقابة الشديدة على بيع الأدوية عبر القنوات الفضائية، خاصة غياب رقابة الدول على هذه الفضائيات الخاصة.
- (٧) تعاون كافة الأجهزة التشريعية والتنفيذية والإعلامية و مؤسسات المجتمع المدني والجمعيات السياسية ومجالس المرأة ومعاهد التنمية السياسية، خاصة بمصر ومملكة البحرين على تنمية الوعي الصحي.
- (٨) زيادة نسبة البحث العلمي في مجال الدواء في الموازنة العامة، وتشجيع الاستثمار وفتح الباب أمام براءات الاختراع وتفعيل العمل والاستفادة من اتفاقية TRIPS المتعلقة بتصنيع الدواء، وكذلك توفير المناخ للعقول المهاجرة للدول الأجنبية للعودة إلى أوطانها.
- (٩) تعديل نصوص القوانين المنظمة لمهنة الصيدلة للقضاء على الأدوية المغشوشة، ونقص الدواء واحتكار الشركات الكبرى وكبار العاملين في هذا المجال ومن ذلك على سبيل المثال فى التشريع البحريني أن ينص على حماية المستهلك من غش الدواء في المرسوم بقانون (٣٥) لسنة ٢٠١٢ إضافة إلى المرسوم (١٨) لسنة ١٩٩٧ الخاص بتنظيم مهنة الصيدلة.
- (١٠) عقد مؤتمر لدول مجلس التعاون الخليجي والدول العربية التي لها باع في تصنيع الدواء مثل دولة الإمارات - مصر وغيرها، والتي تملك المؤهلات البشرية والمادية المتنوعة التي تمكنها من هذا التصنيع، وتغنيها من استيراد الأدوية بأسعار عالية تكلف ميزانيتها مالا ضرورة له.

## المراجع

أولاً: باللغة العربية:

(١): الكتب الشرعية:

- ابن نجيم. البحر الرائق، ط دار الكتاب الإسلامى، بيروت، بدون، ج ٦.  
الدردير. الشرح الصغير، مطبوع مع حاشية الصاوي، ط دار المعارف القاهرة، بدون تاريخ نشر، ج ٣.  
الشوكاني. نيل الأوطار، دار الحديث، بيروت، بدون تاريخ نشر.  
الشيخ علي الخفيف. الحق والذمة ومدى تأثير الموت فيها، مكتبة وهبة القاهرة، بدون تاريخ نشر.  
الطحاوي. مشكل الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ نشر، ج ٣.  
النووي. المجموع، شرح المذهب، بدون تاريخ ودار نشر، ج ١١.

(٢): المعاجم:

- ابن منظور. لسان العرب، دار الحديث، القاهرة ٢٠٠٣، المجلد الخامس.  
ابن منظور. لسان العرب، دار بيروت، المجلد السادس.  
الرازي. محتار الصحاح، مكتبة لبنان، ناشرون بيروت، ١٤١٥ هجرية ١٩٩٥ م، تحقيق: محمود خاطر.  
الرازي. محتار الصحاح، إخراج دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، ١٩٨٥.  
المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية ج م ع، طبعة وزارة التربية والتعليم، طبعة ١٩٨٠.

(٣): الكتب القانونية:

- د. أحمد محمد محمود علي خلف. الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج م ع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥.  
د. أسعد عبدالرحمن الرويح. الحماية الجزائية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية، الكويت: مجلة الفتوى والتشريع، العدد العاشر، أغسطس ٢٠٠١.  
د. ثروت بدوي. القانون الإداري، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.  
د. ثروت عبدالعال أحمد. الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٨.  
د. جابر إبراهيم الراوي. حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الثانية ٢٠١٠.  
د. جابر صابر طه. النظرية العامة لحقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.  
د. سعاد الشرقاوي. القانون الإداري، دار النهضة العربية ٢٠١٠.  
د. سليمان محمد الطماوي. الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي ١٩٧٩.  
د. طعيمة الجرف. القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الإدارية، دار النهضة ١٩٧٨.

- د. عباس الصراف - د. جورج حزيون المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان ١٩٧٧.
- د. عبدالغنى بسيوني. عبدالله القانون الإداري، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف ٢٠٠٥.
- د. عبدالمنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية ١٩٨٦ ص ١٩٨.
- د. عبدالواحد محمد الفار. قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية ج م ع ١٩٩١.
- د. عبدالكريم يوسف القاضي. نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليميني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، ص ٤٧.
- د. محمد أحمد الكزني. نظرية الاستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر ١٩٨٩.
- د. محمد سامي عبدالصادق. مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، القاهرة: مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثمانون ٢٠٠٨.
- د. محمد سعد خليفة - د. أحمد محمد هيكال العقود المسماة في التشريع البحريني، مطبعة جامعة البحرين ٢٠٠٦.
- د. محمد عبيد الحساوي القحطاني. الضبط الإداري وسلطاته عبر العصور التاريخية، وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، المنشأة والتطور دار الفكر العربي ٢٠٠٣.
- د. محمد عصفور. ميثاق حقوق الإنسان المصري ضرورة قومية ومصيرية، منشور في الديمقراطية وحقوق الإنسان في الوطن العربي، سلسلة كتب المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، ط ٢ ١٠٨٦.
- د. محمود أحمد عبدالحميد مبارك. رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين ٢٠٠٦.
- د. محمود سامي جمال الدين. أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة الكتاب الأول، بدون.
- د. محمود سلام زناتي. مدخل تاريخي لدراسة حقوق الإنسان ١٩٨٧، الطبعة الأولى، بدون.
- د. محمود محمود مصطفى. الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٩.
- د. ممدوح خيرى. المسؤولية الناشئة عن مستحضرات التجميل ومنتجات الصحة الجسدية، القاهرة: دار النهضة العربية ١٩٩٩.

#### (٤): الكتب الوثائقية:

- الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان منظمة الدول الأمريكية بالقرار ٣٠ للمؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية ١٩٤٨.
- ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي في ١٢/٧/٢٠٠٠
- الميثاق الوطني لمملكة البحرين.

## ثانياً: المراجع الأجنبية:

Laubadere. Traite de droit administrative. (Op.cit.).

Dabain. ledroit subjectif .1955.

Les personnes morales à l'exclusion de l'État.sont responsables pénalement .selon les distinctionsde 121 – 7 a 121- 3 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement.

Art.(L1386-6). (- Est producteur. lorsqu'il agit à titre professionnel. le fabricant d un produit fini. le producteur d'unematièrepremière . le fabricantd'un partie composante. Est assimiléeà une producteur pour I application du présent titre toute personne agissant a titre professionnel.

1- Qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom. sa marquée ou un autre signe distinctif ;

2- Qui importe un produit dans la communautéeuropéenne en vue d une location. avec ou sans promesse de vente . ou de to :Ute autre forme de distribution... )





# النظام القانوني لأموال المرافق العامة الإقتصادية دراسة مقارنة

د/ ماجد ملفي زايد الديحاني

دكتوراه في القانون العام ، عضو هيئة تدريس منتدب بأكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية بدولة الكويت

إن تدخل الدولة في المجال الاقتصادي لإشباع الحاجات العامة، ترتب عليه ظهور المرافق العامة الاقتصادية للقيام بهذا الدور الهام في حياة الأفراد اليومية، إذ تقوم هذه المرافق على توفير الكثير من الخدمات الحيوية كالإمداد بالكهرباء والماء والوقود، والاتصال والنقل وغيرها من الخدمات الضرورية.

ولا شك في أن قيام هذه المرافق لهذا الدور الهام السابق ذكره، أدى إلى إثارة التساؤل حول طبيعة أموال تلك المرافق وما إذا كانت أموال عامة أم أموال خاصة.

فالنظام القانوني لأموال المرفق العام الاقتصادي يختلف تبعاً لإختلاف طبيعة أموال المرفق، فهذه الأخيرة ليست كلها على درجة واحدة، فقد تكون أموالاً عامة (الدومين العام)، وقد تكون مالاً خاصاً تملكها المرافق ملكية عادية كملكية الأفراد لأموالهم ويطلق عليها (الدومين الخاص).

وتخضع أموال الدومين الخاص لذات القواعد التي تخضع لها أموال الأفراد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومن ناحية أخرى يختلف النظام القانوني لأموال المرفق العام الاقتصادي تبعاً لتنوع طريقه إدارته، سواء بطريقة الاستغلال المباشر، أو بطريقة المؤسسات والهيئات العامة.

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية هذه الدراسة إلى التزايد الكبير لاستخدام أفراد المجتمع للمرافق العامة الاقتصادية، بحيث أصبح من الصعب استغناء الفرد عن خدماتها، بل يعتمد عليها في حياته اليومية، ويتم من خلالها الحصول على الكثير من الخدمات، ولا شك في أن هذه الأهمية للمرافق العامة الاقتصادية تعطي أهمية لدراسة النظام القانوني لأموال هذه المرافق.

وترجع أيضاً أهمية دراسة النظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية لمعرفة وتحديد طبيعة أموال تلك المرافق، وما إذا كانت أموال عامة أم أموال خاصة، فهذا النظام القانوني يختلف تبعاً لاختلاف طبيعة أموال المرفق، فقد تكون أموالاً عامة. وقد تكون مالاً خاصاً تملكها المرافق ملكية عادية كملكية الأفراد لأموالهم، وبالتالي تخضع لذات القواعد التي تخضع لها أموال الأفراد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومن ناحية أخرى يختلف النظام القانوني لأموال المرفق العام الاقتصادي تبعاً لتنوع طريقه إدارته، وهذا يعطي أيضاً أهمية لدراسة النظام القانوني لهذه الأموال، نظراً لأهمية ما يعد من أموال المرفق العام مالاً عاماً وما لا يعد كذلك، وترجع أيضاً أهمية هذه الدراسة لثقله من بحث وكتب في هذا المجال، بالرغم من أهمية المرافق العامة الاقتصادية والدور الذي تلعبه

في النشاط الاقتصادي للدولة، وهذا ما دفعني إلى سبر أغوار هذا النظام القانوني من خلال هذه الدراسة. مشكلة الدراسة وتساؤلاتها والهدف منها:

إن تدخل الدولة في المجال الاقتصادي لإشباع الحاجات العامة، ترتب عليه ظهور المرافق العامة الاقتصادية للقيام بهذا الدور الهام، وهذا أدى إلى إثارة بعض التساؤلات القانونية حول النظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية، سواء المتعلقة بطبيعة أموال تلك المرافق وما إذا كانت أموال عامة أم أموال خاصة، والقواعد الخاضعة لها هذه الأموال والمعيار المميز لها، والتطور الذي لحق بهذا النظام القانوني، ومدى تأثير الخصخصة على رقابة الدولة لهذه الأموال، سواء عن طريق الرقابة البرلمانية والرقابة المالية. ولاشك في أن الهدف من هذه الدراسة هو البحث المستفيض للنظام القانوني لأموال المرفق العام الاقتصادي، والإجابة على كل هذه التساؤلات القانونية المفروضة من خلال هذه الدراسة.

### نطاق الدراسة:

أما عن نطاق الدراسة فقد اقتصرت دراستنا فيما يتعلق بالنظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية دون غيرها من أنواع المرافق العامة الأخرى، بوصف هذه المرافق العامة الاقتصادية أكثر أهمية وشيوعاً في الوقت الحاضر، لتقديمها الخدمات الحيوية، وكذلك كل ما يتعلق بالنظام القانوني لأموال المرفق العام الاقتصادي في كل من فرنسا والكويت ومصر.

### منهجية الدراسة:

سنبدأ باعتماد المنهج الوصفي عند تناول تعريف المرافق العامة الاقتصادية وذكر عناصرها، وكذلك عند تعريف الخصخصة وتأثير الخصخصة على رقابة الدولة لأموال المرافق العامة الاقتصادية، ثم سنلجأ إلى المنهج التحليلي في تناول الطبيعة القانونية لأموال المرافق العامة الاقتصادية، والاتجاهات الفقهية بشأن هذه الأموال، هذا وأثرت أن تكون هذه الدراسة مذيبة بالمنهج المقارن، وذلك لما له من فوائد عديدة، فهو يساعد على الاستفادة من خبرات وتجارب الدول المتقدمة في هذا المجال، فلذلك تم التركيز في هذه الدراسة على الوضع في كل من فرنسا ومصر حيث تأخذان بنظام قضائي مزدوج، والكويت حيث تأخذ بنظام قضائي موحد، وذلك بخصوص النظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية.

### خطة الدراسة:

وبناءً على ما تقدم وتحقيقاً للهدف المنشود من الدراسة، وجدنا من المناسب أن نقسم هذه الدراسة على النحو التالي:

**المبحث الأول:** الطبيعة القانونية لأموال المرافق العامة الاقتصادية.

**المبحث الثاني:** القواعد الخاضعة لها أموال المرافق العامة الاقتصادية.

**المبحث الثالث:** تأثير الخصخصة على رقابة الدولة لأموال المرافق العامة الاقتصادية.

## المبحث الأول الطبيعة القانونية لأموال المرافق العامة الاقتصادية

إن المرافق العامة الاقتصادية هي التي تقوم على أساس مزاولة نشاط من جنس الأفراد، ومن أمثلتها مرافق النقل بالسكك الحديدية أو الطائرات أو السيارات، والتلغراف والبريد والتليفونات وتوريد المياه والغاز والحمامات العمومية والمسارح والسينما (١).

وأما بالنسبة للعناصر التي تقوم عليها المرافق العامة الاقتصادية هي ذاتها التي تقوم عليها المرافق العامة، ويرى البعض أن العناصر المميزه للمرافق العامة، ثلاثة منها متفق عليها، والعنصر الرابع اختلف الفقه في شأنه (٢)، وهذه العناصر هي:

١. المرافق العامة الاقتصادية من إنشاء السلطة العامة.

٢. تحقيق النفع العام.

٣. خضوع المرافق العامة الاقتصادية لإشراف الدولة.

٤. عدم استهداف الربح بصفة أصلية في المرافق العامة الاقتصادية (٣).

هذا وفيما يتعلق بشأن أموال المرافق العامة الاقتصادية فقد اختلف الفقه تبعاً لتنوع طريقة إدارة هذه المرافق، فرأى البعض (٤) الأخذ بنظرية ازدواج الملكية حيث تكون للدولة ملكية رقبة، بينما تكون للمرفق حق الإنتفاع، وذهب البعض الآخر (٥) للأخذ بنظرية ملكية المشروعات لهذه الأموال ما دامت تدير هذه المرافق لحسابها. وقد قام القضاء الفرنسي بتبني هذه النظرية في العديد من أحكامه، ثم عدل عنها بعد ذلك وأخذ بنظرية ملكية المشروع، ولذلك ينبغي التطرق لإتجاهات الفقه سواء في فرنسا أو مصر أو الكويت، ثم نرجع بعد ذلك على المعيار الذي تبناه المشروع والقضاء في هذه الدول، وذلك وفقاً للترتيب والتقسيم التالي:

## المطلب الأول الاتجاهات الفقهية بشأن أموال المرافق العامة الاقتصادية

لقد تعددت الاتجاهات الفقهية وتباينت بشأن ملكية أموال المرافق العامة الاقتصادية التي تدار بطريقة الاستغلال المباشر، أو بطريقة المؤسسات والهيئات العامة، كالتالي:

## الفرع الأول الطبيعة القانونية لأموال الهيئات والمؤسسات العامة

لقد ذهب رأي في الفقه إلى القول بالاستقلال المالي للهيئات والمؤسسات العامة، على أساس وجود ميزانية مستقلة لها عن ميزانية الدولة (٦)، وذهب رأي آخر إلى أن استقلال المؤسسة العامة التي يتألف الجزء الأكبر من

١. د. أحمد حمد الفارسي، د. خليفة الحميدة، القانون الإداري، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ٣١.

٢. د. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٦٢.

٣. د. عزيزة الشريف، د. يسري العصار، القانون الإداري، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٩، الطبعة الأولى، ص ٩٧ وما بعدها.

4 RIVRO. Le Regeme des Nationallisations. J. C. P., 1948. P. 700.

5 Auby (J.M.). et DUCOS – ADER. Grands Services Publics et entreprsnes nationales. 1975. T. 1. P. 123.

6 Maestre (J.C.). Le Controle des budgets des etabilsemnts d'enseignement. A.J., 1987. P. 643.

ميزانيتها من الإعلانات التي تقدمها لها السلطة المركزية هو استقلال ظاهري (١).

فهذا الاستقلال يكون قد تحقق في نطاقه القانوني فقط وليس الفعلي، ويلزم لتحقيق الاستقلال للهيئات والمؤسسات العامة أن تكون لها حسابات خاصة بها تختلف عن حسابات الدولة المرتبطة بها عضويًا، وأن تكون لها القدرة على تحقيق الإيرادات الذاتية لها، وأيضاً ميزانية منفصلة عن الميزانية العامة للدولة، ويعد استثناء من مبدأ وحدة الموازنة العامة للدولة.

ولا يوجد نظام قانوني مالي موحد يحكم جميع الهيئات والمؤسسات العامة على اختلاف أنواعها، فعندما دخلت الدولة إلى الميادين التجارية والصناعية زاد تدخل الدولة هذا شيئاً فشيئاً حتى وصل إلى قمته حينما باشرت الدولة أوجه النشاط الاقتصادي المختلفة، وذلك بسيطرتها على وسائل الإنتاج الحيوية عن طريق إخراج مجموعات واسعة من وسائل الإنتاج والمبادلة، ونقلها من النطاق الخاص إلى النطاق العام (التأميم)، أو إنها قامت بإنشاء مشروعات عامة حتى يكون لها الدور القيادي في توجيه اقتصاد الدولة، فظهرت المؤسسات والهيئات العامة (٢). وهنا لا بد من التساؤل حول النظام القانوني لأموال المؤسسة العامة، ومن هو المالك للأموال المخصصة للمؤسسات العامة، هل هي الدولة أم المؤسسة العامة ذاتها؟

وإذا كانت أموال المؤسسة العامة تملكها الدولة فهل تدخل في نطاق أموال الدولة العامة أو في نطاق أموالها الخاصة؟ وهل تتمتع تلك الأموال بنفس الحماية القانونية التي تتمتع بها أموال الدولة العامة؟ لذلك نتعرض بإيجاز لكل هذه التساؤلات من خلال الاتجاهات الثلاثة التالية:

**الاتجاه الأول:** يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن ملكية الأموال المخصصة للمؤسسات العامة هي ملكية مزدوجة للدولة والمؤسسة العامة ومنها المشروعات العامة، وذلك على اعتبار أن هذه الملكية هي نوع جديد، ولذلك يجب التفرقة بين حقين:

**الأول:** هو حق الانتفاع ويكون للمؤسسة العامة والمشروع العام حيث يخول هذا الحق إدارة الأموال وفقاً لقواعد الإدارة الاقتصادية، شريطة عدم الإنتقال من القيمة الإجمالية لرأس المال الذي خصصته لها الدولة عند إنشائها أو آلت إليها عن طريق التأميم (٣).

**أما الحق الثاني:** فهو ملكية الرقبة وهذا يكون للدولة، وبالتالي يجب استبعاد أي نوع من أنواع التملك الخاص لأموال المشروع، ولها الحق في الرقابة على المشروع، بل وهي التي تقرر مصيره (٤).

**الاتجاه الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المؤسسات العامة هي المالكة لتلك الأموال ملكية حقيقية وتامة فهي ملكية كاملة وليست مجزأة (٥)، وبالتالي تبقى للمؤسسة العامة ملكية هذه الأموال حتى ولو آلت هذه المؤسسة للدولة وفقاً لقوانين التأميم.

ولا يعير أنصار هذا الاتجاه أي إهتمام للنصوص التشريعية التي نقلت بعمليات التأميم المتعاقبة لكثير من المشروعات الخاصة ذات الأهمية، ونقلها بذلك إلى ملكية الدولة نظراً لأن هذه النصوص تخفي وراءها بواغث

١ .د. سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١١٣.

٢ .د. محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص ٣١٥.

٣ .د. سعد العلوش، المرجع السابق، ص ١٢١ وما بعدها.

٤ .د. حمد زيدان نايف محمد العنزي، الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٥، ص ٣٧.

٥ .د. فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمشروع العام، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٦٢٧.

سياسية لا مجال للتمسك بها في نطاق القانون (١).

كما أن المؤسسات العامة لها قدرة على تملك جميع أنواع الأموال أيًا كانت طبيعتها وعلى إدارتها التصرف فيها كأبي شخص عادي، والقول بغير ذلك يجافي الواقع والمنطق بالإضافة إلى أن المرافق العامة الإدارية تملك أموالها، وهذا يعني أن المؤسسات العامة التي آلت إليها الأموال بفعل التأميم تتشابه مع طبيعتها السابقة في ملكية الأموال فكلاهما مالك لها وله حقوق ملكية عليها (٢).

**الاتجاه الثالث:** ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الدولة هي المالكة لأموال المؤسسات العامة والمشروعات العامة، ولا يمكن اعتبار المؤسسات والهيئات العامة مالكة لتلك الأموال، وإنما لها حق الإنتفاع والإدارة فقط، ولا يعني نقل هذه الإدارة للمؤسسة العامة أن يكون له تأثير على طبيعة هذه الأموال، حيث تبقى خاضعة لذات القواعد القانونية التي تخضع لها أموال الدولة العامة.

ويدلل أصحاب هذا الاتجاه بأن المشرع الفرنسي يعتبر المؤسسات العامة الإدارية - وهي شخص معنوي عام - تنشأ نتيجة فرز ذمة مالية عامة وتخصيصها على أحد المرافق العامة، بحيث لا يترتب على هذا التخصيص مطلقاً أن تكون المؤسسة العامة هي المالكة للأموال المخصصة لها.

ومعنى هذا أن الدولة تظل هي المالكة ولها الكلمة الأخيرة في مصير تلك الأموال، بل وفي مصير بقاء المؤسسة ذاتها وهذا الأمر لا يستقيم إلا إذا كانت الدولة هي المالكة لأموال المؤسسات العامة، والمرافق العامة تخضع للدولة وتمارس عليها حقوق المالك وهيمنتها عليها (٣).

ومن ناحية أخرى يذهب البعض (٤) إلى اعتبار أموال المؤسسات العامة من الأموال العامة، وذلك على اعتبار أن مفهوم المنفعة العامة قد توسع بسبب تدخل الدولة في مجالات عديدة، وأبرزها المجال الاقتصادي.

حيث قامت الدولة بإنشاء مشروعات اقتصادية ضخمة لأجل تحقيق المنفعة العامة، وهذه المشروعات تتفق مع الهدف الذي تحققه أموال الدولة العامة، ولا يتصور الابتعاد بأموال هذه المؤسسات عن الحماية القانونية التي تقرها القوانين لأموال الدولة العامة وإخضاعها للقواعد العادية مما يضعها بعيدة عن مبادئ الحماية التي أصبحت مستقرة للأموال العامة.

إضافة إلى عدم إخضاع هذه الأموال لقواعد شهر الإفلاس، ووضعها تحت التصفية القضائية، وفي هذا الشأن يقرر الفقه الفرنسي أن قانون (٢٥) يناير ١٩٨٥ بشأن التصفية القضائية لا يطبق على المؤسسات العامة (٥).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسي على عدم جواز ممارسة طرق التنفيذ المقررة في القانون الخاص تجاه جميع الأشخاص العامة سواء كانت إدارية أو صناعية أو تجارية (٦).

وحتى في مواجهة المشروعات العامة التي لها وصف الشركات الخاصة فإن القضاء الفرنسي يستبعد تطبيق قواعد التصفية القضائية، نظراً لكون المشرع لم يخضع هذه الشركات لقواعد القانون التجاري إلا بشرط إتفاقها مع موضوع المرفق العام، والقانون الخاص بالتصفية القضائية يتعارض في سياسته مع هذا الهدف.

١ د. محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها.

٢ د. سعد العلوش، المرجع السابق، ص ١٢٠.

٣ د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص ٦٢٣.

٤ د. سعد العلوش، المرجع السابق، ص ١٣٥.

5 DE LAUBADERE (A.) VENEZIA (J.C.), GAUDMET (Y.), Traite de droit administratif, T. I, LGDJ, 1996, P. 418.

6 Cass. Civ., 1er Dec. 1987, Bull. N. 1. 348, P. 249, J.C.P., 1981, II, 21113, note (B.) Nicod.

ولذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية تطبيق قانون (٢٥) يناير ١٩٨٥ عند نظر قضية شركة الخطوط الفرنسية إيرفرانس (١)، ولا يفوتنا أن نشير إلى أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق قواعد الإفلاس على المشروع الخاص الذي يدير مرفقاً عاماً كما هو الشأن بالنسبة للملتزم (٢).

ونخلص إلى إن عدم تطبيق قواعد التصفية القضائية على المؤسسات العامة التي تقوم بإدارة مرفق من مرافق الدولة يعد من المبادئ القانونية العامة، والذي يتقرر حتى بدون نص خاص، ولذلك يكون منطقياً أن يقرر المشرع هذا المبدأ دون أن يكون هناك عوار دستوري.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية «بعدم مخالفة المادة (٧٦) من القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام للدستور، فيما تضمنته من عدم جواز شهر إفلاس شركات القطاع العام» (٣).

1 Cass. Soci., 17 Avril 1991. Groupement des Assedic DE La region Parisienne C./ Cie Air France. J.C.P., 1991, P. 3.

٢ د. محمد محمد عبداللطيف، التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية، مجلة النشر العلمي، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٨٩، هامش ١٣.

٣ الدعوى رقم (٤) لسنة (٢) ق. دستورية جلسة ١٩٧٢/٧/١، المجموعة الدستورية، ج ١.



## الفرع الثاني الطبيعة القانونية للأموال المخصصة للمرافق العامة الاقتصادية

إن تدخل الدولة في المجال الاقتصادي لإشباع الحاجات العامة، ترتب عليه ظهور المرافق العامة الاقتصادية للقيام بهذا الدور، مما أدى إلى إثارة التساؤل حول طبيعة أموال تلك المرافق، وما إذا كانت أموال عامة أم أموال خاصة. ولذلك نجد أن الآراء إنقسمت في فرنسا بشأنها ما بين كونها أموالاً عامة وتتمتع بنفس الحماية القانونية التي تتمتع بها أموال الإدارة، وهناك من يتطلب الرجوع للنصوص القانونية المتعلقة بكل مرفق حتى يمكننا تحديد طبيعتها، وأخيراً تطلب فريق ثالث شروطاً محددة لا بد من توافرها لإضفاء صفة المال العام على الأموال المخصصة للمرافق العامة الاقتصادية، وستناول هذه الآراء على النحو التالي:

**الرأي الأول:** يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن أموال المرافق العامة الاقتصادية تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له أموال المرافق العامة الإدارية وهو النظام القانوني لأموال الدولة العامة. وبالتالي فإن أموال المرافق العامة الاقتصادية تعد أموالاً عامة، وتتمتع بذات الحماية القانونية التي تتمتع بها أموال الإدارة (١).

**الرأي الثاني:** يذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه لا بد لكي نعرف الطبيعة القانونية لأموال المرافق العامة الاقتصادية من الرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بكل مرفق حتى يمكننا تحديد ما يعد من أمواله أموالاً عامة أو أموالاً خاصة، فإذا ما أفادت هذه النصوص بخضوع أموال المرفق من حيث إدارتها لنظام القانون الخاص فهي أموال خاصة، أما إذا أخضعت هذه الأموال لنظام القانون العام فإنها تعتبر من الأموال العامة (٢).

**الرأي الثالث:** تطلب أنصار هذا الرأي ثلاثة شروط حتى تكون الأموال المخصصة للمرافق العامة الاقتصادية أموالاً عامة، وهي: أن تكون هذه الأموال مخصصة لتسيير هذه المرافق، وأن تكون هذه الأموال مملوكة لشخص من أشخاص القانون العام، وأخيراً أن تدار هذه المرافق عن طريق الإدارة المباشرة أو المؤسسة أو الهيئة العامة، ويفرق أصحاب هذا الرأي بين أمرين:

**أولاً:** أن تكون الأموال المخصصة لتسيير المرافق الاقتصادية مملوكة أصلاً للشخص العام المانح للالتزام، فهنا يعتبرون جميع هذه الأموال من الأموال العامة، ومن ثم تتمتع بالحماية التي تقررها القوانين للمال العام.

**ثانياً:** أن تكون هذه الأموال مملوكة أصلاً للملتزم (وهو هنا شخص من أشخاص القانون الخاص) فتعد هذه الأموال من الأموال الخاصة على الرغم من تخصيصها لتسيير المرافق العامة الاقتصادية.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري أسبغ على أموال المرافق العامة الاقتصادية المملوكة للملتزم (شخص خاص) ذات الحماية المقررة للأموال العامة، ومن ذلك المادة (٨ مكرر) من قانون التزام المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ «لا يجوز الحجز ولا إتخاذ أي إجراءات أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات الخاصة لإدارة المرافق العامة على اعتبار أن تلك الأموال خصصها الملتزم

١ قام الفقيه الفرنسي (Rolland) بتقسيم أموال المرافق الاقتصادية إلى أموال المرافق العقارية وأموال المرافق المنقولة، وأعتبر أن الأولى لها نفس المركز القانوني الذي تحتله العقارات المخصصة لإدارة المرافق العامة الإدارية حيث يكون لكل منهما صفة المال العام، وتتمتع بالحماية القانونية على حد سواء، أما الثانية فتتقسم أيضاً لتقسمين، فهناك منقولات مخصصة لتسيير المرفق العام الاقتصادي وتعتبر مالا عاماً، والثانية تعتبر مالا خاصاً ولا يحكمها سوى القانون الخاص كالمنتجات والمنتجات المعدة للبيع، انظر: د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، المال العام في القانون المصري والمقارن، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، الجزء الأول، ١٩٧٥، ص ٥٠.

٢ تبني هذا الرأي من الفقه الفرنسي: Auby et Ducos Ader Jean – Marie

للمزيد حول هذا الرأي أنظر: د. إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص ١٨، هامش (١).



لتسيير وإدارة المرفق العام وذلك ضمناً لدوام سيره بانتظام وإطراد».

فالمشرع أقرّ حماية أموال الملتزم مثلها في ذلك مثل الأموال العامة، بالرغم من أن أموال المرفق العام الاقتصادي الذي يديره يعد مملوكاً له ملكية خاصة (١)، وبالتالي إذا اختل شرط من هذه الشروط بأن كانت أموال المرافق الاقتصادية ليست مخصصة لتسيير هذا المرفق، أو كانت لا تدار عن طريق الإدارة المباشرة، فإن أموالها تعتبر أموالاً خاصة.

وفي الكويت يرى البعض (٢) أن مكنم الصعوبة في وصف هذه الأموال بالخاصة فيعتقد البعض بأنها بهذا الوصف ليست أموالاً عامة والحقيقة إن وصف خاصة يقصد به طبيعة ملكية الدولة عليها فهي مملوكة للدولة ملكية خاصة، أي أنها غير مخصصة للنفع العام وإن كانت مملوكة للدولة، وإن كانت هذه الأموال هي مصدر للإيرادات العامة أي للميزانية العامة للدولة.

إن الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة هي المعنية بمصطلح الدومين أصلاً فمنها تتكون الإيرادات الأساسية للدولة لإشباع الحاجات العامة، وفي حقيقة الأمر تعتبر المرافق العامة الاقتصادية مالكة لأموال خاصة في طبيعتها (٣)، فمرفق الكهرباء هو مرفق عام اقتصادي رأّت الدولة في الكويت أن تمتلك إنتاج الطاقة الكهربائية، ولكن هذه الملكية لا تغير طبيعة المرفق أو المال فلا تزال الدولة تبيع التيار الكهربائي وتحصل على ثمن عام هو ثمن الكيلو وات من التيار الكهربائي، وهذا المال هو مال خاص للدولة وليس من الدومين العام.

ولذلك فالأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة تخضع لأحكام القانون الخاص، ومنازعات تلك الأموال لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، وإنما للدوائر المدنية والتجارية الحكومية، وتصدر فيها أحكام قضائية خاصة مدنية وتجارية.

## المطلب الثاني المعيار المميز لأموال المرافق العامة الإقتصادية في التشريعين الكويتي والمصري

لقد تناولت فيما سبق - الخلاف الفقهي - حول طبيعة أموال المرافق العامة الاقتصادية، وأن المتفق عليه خضوع هذه الأموال لقواعد القانون الخاص، إلا أن ملكية الدولة لأموال المرفق يجعل من الصعب أن نفرق بين المال العام والخاص وترجع أهمية ذلك أن المال العام يخضع لذات القواعد التي تطبق على الأموال الخاصة. فلا بد من معيار محدد لمعرفة هذه الأموال حتى تكفل أداءها للغرض الذي خصصت لأجله بوصفها أموالاً مملوكة

١. قضت محكمة الأمور المستعجلة بمحكمة القاهرة الجزئية بأن «المتفق عليه أن المرفق العام إنما يقوم بأداء الخدمات لجمهور المنتفعين تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن ثم يجب إحاطته بكافة الضمانات التي تمكنه من أدائها بصورة مضطربة ومنتظمة لجمهور المنتفعين تحقيقاً للمصلحة العامة وتطبيقاً لمبدأ عدم تعطيل سير المرافق العامة، ومن بين هذه الضمانات هو عدم جواز التنفيذ على الأموال اللازمة لسيرها، فإذا كانت هذه الضمانات متوافرة بطبيعة الأشياء بالنسبة للمرافق التي تديرها الدولة والأشخاص الاعتبارية بطريق مباشر باعتبار أن أموالها ضمن أموال عامة بطبيعتها لا يجوز توقيع الحجز عليها، فإنه من المتفق عليه أنه بالنسبة للمرافق التي تدار بطريق غير مباشر أنه بالرغم من أن أموالها تظل ملكاً خاصاً للملتزم الأصلي وتدخل في الضمان العام لدائنيه، إلا أن هذه الأموال يجب إحاطتها بضمان عدم جواز توقيع الحجز عليها إلا في الحدود التي يعارضها سير المرفق ذاته، لأن القاعدة في حالة تعارض المصلحة العامة والخاصة تقضي بتغليب المصلحة الأولى دون الثانية، ومن ثم فلا يجوز لدائني الملتزم توقيع الحجز على الإيراد إلا في الحدود التي لا تمنع من سير المرفق ذاته والاستمرار في أداء خدماته للجمهور، كما أنه لا يجوز من باب أولى توقيع الحجز على ذات الأموال موضوع المرفق»، حكم قاضي الأمور المستعجلة، بمحكمة القاهرة، الصادر بتاريخ (١٠) نوفمبر ١٩٥٤.

٢. إبراهيم محمد الحمود، المالية العامة للدولة، دراسة تأصيلية في فقه المالية العامة والقوانين المالية مع الإشارة لمالية دولة الكويت، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠١٢، الطبعة الأولى، ص ٥٢٨.

٣. إبراهيم محمد الحمود، المرجع السابق، ص ٥٢٩.

للدولة وإن لم تندرج في نطاق الأموال العامة، وبناء على ما تقدم سوف نتناول المعيار المميز لأموال المرافق العامة الاقتصادية في التشريعين الكويتي والمصري كالتالي:

### الفرع الأول

#### المعيار المميز لأموال المرافق العامة الاقتصادية في التشريع الكويتي

أكدت المادة (١٧) من الدستور الكويتي على أن «للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن» وكذلك نصت المادة (١٢٥) على أن «يبين القانون الأحكام الخاصة بتحصيل الأموال العامة وبإجراءات صرفها». ثم تناول في المادة (٢١) الثروات الطبيعية كالتالي «الثروات الطبيعية جميعها ومواردها كافة ملك للدولة، تقوم على حفظها وحسن استغلالها بمراعاة مقتضيات أمن الدولة واقتصادها الوطني». وبصدور القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، يلاحظ أنه لم يعرف المال العام صراحة إلا أنه نص في المادة (٢٣) منه على أنه «كل شيء تملكه الدولة أو أي شخص اعتباري عام ويكون مخصصاً للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون لا يجوز التعامل فيه بما يتعارض مع هذا التخصيص، كما لا يجوز وضع يد الغير عليه، وينتهي التخصيص للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون». ووفقاً لما سبق يتبين لنا أن المشرع الكويتي أخذ في تحديد الأشياء العامة بمعيار التخصيص للمنفعة العامة، وهو نفس المعيار الذي أخذ به المشرع المصري المادة (٨٧) مدني وتقابلها المادة (٢٣) من التقنين الكويتي، ويشترط معيار التخصيص للمنفعة العامة في المال شرطان:

الشرط الأول: أن يكون هذا المال خاصاً بالدولة أو بأحد أشخاص القانون العام الأخرى، أما إذا كان المملوكاً للأفراد فإنه لا يمكن أن يكون مالاً عاماً إلا إذا أنتقل إلى شخص من أشخاص القانون العام بإحدى الطرق المشروعة كنقل الملكية بالتراضي، أو قهراً بإتباع إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة التي نص عليها القانون.

الشرط الثاني: التخصيص للمنفعة العامة، ويتطلب التشريع الكويتي أن يكون التخصيص بنص تشريعي أو بقرار إداري صادر من رئيس الدولة أو أحد الوزراء أو أية جهة إدارية يخولها القانون ذلك أو يكون بالفعل كأن تأخذ الدولة مالاً من أموالها وتخصه للمنفعة العامة.

وتهدف الدولة من إنشاء المشروعات الاقتصادية تحقيق التنمية في الدولة ولتوفير الخدمات للأفراد أو لتحقيق غايات سياسية كإنشاء مؤسسة الطيران (مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية) ومعرفة نوع المال تعد من المسائل الهامة، لاسيما بعد توسع مفاهيم الخصخصة وعودة هيمنة القطاع الخاص على النشاط الاقتصادي في الدول المختلفة (١).

### الفرع الثاني

#### المعيار المميز لأموال المرافق العامة الاقتصادية في التشريع المصري

وضع التقنين المدني المصري معياراً عاماً يطبق على كافة الأموال سواء التي يعتبرها أموالاً عامة أو خاصة، حيث نص في المادة (٨٧) على أن «تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة،

والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو (مرسوم) أو قرار من الوزير المختص (١) وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم».

أما المادة (٨٨) فقد نصت على أن «تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو (مرسوم) أو قرار من الوزير المختص أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة».

ومن هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع المصري أبقى على المعيار الذي أخذ به التشريع القديم، في تحديد صفة المال العام وهو (تخصيصه لمنفعة عامة) وهذا يتفق مع آراء الفقه الفرنسي.

ويذهب البعض (٢) إلى أن المعيار الذي تبناه المشرع المصري بالغ الإتساع نظراً لأنه يعتبر مالياً عاماً الأموال التي تكون مخصصة لمنفعة عامة ولذا يتطلب القانون المدني المصري توافر شرطين لكي يعتبر المال عاماً:

**الشرط الأول:** أن يكون هذا المال خاصاً بأحد أشخاص القانون العام:

ويستفاد هذا الشرط من نص عبارات المادة (٧٨) من القانون المدني حيث يعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة.

**الشرط الثاني:** أن يخص هذا المال لمنفعة عامة:

وهذا التخصيص إما أن يكون باستعمال الجمهور للمال العام مباشرة كالطرق وطرق الملاحة، وإما أن يكون باستعمال الجمهور للمال العام عن طريق مرفق عام كالسكك الحديدية والتلغراف والتليفون، ولهذا فإن الأموال العامة تشمل الأموال المنقولة والعقارية.

ويعترف الفقه المصري (٣) للأشخاص العامة المرفقية بحق تملك الأموال العامة التي تتبعها، وهذا ما أشارت إليه أحكام القانون رقم (٦١) لسنة ١٩٦٣ بشأن إنشاء الهيئة أو المؤسسة حيث يبين الأموال التي تدخل في ذمتها المالية وكذلك الأموال الخاضعة لإدارتها وتحدد صفتها العامة أو الخاصة (٤).

ووفقاً لما تقدم فإن معرفة عناصر الذمة المالية العامة التابعة للأشخاص المرفقية يتطلب الرجوع إلى القوانين والقرارات المنشأة للهيئات العامة والمحددة لتلك العناصر.

وبالنسبة للمرافق العامة الاقتصادية المحلية، فإن قانون الإدارة المحلية المصري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٩ قد أشار إلى أن للمحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى لكل منهما الشخصية المعنوية.

وحدد القانون الموارد المالية المخصصة لهذه المجالس وتضم بصفة عامة كافة موارد المرافق العامة المحلية من كهرباء ومياه وغيرها، وتدخل الأموال العامة المخصصة لهذه المرافق في ملكية الأشخاص المحلية التابعة لها (٥).

١ عبارة «أو إقرار من الوزير المختص» أضيفت بالقانون رقم (٣٢١) لسنة ١٩٥٤.

٢ (د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الخط العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٥٥٠).

٣ (د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٥٣٣).

٤ (ومن ذلك القانون (١٤٦) لسنة ١٩٥٧ بإنشاء الهيئة العامة لقناة السويس والقانون رقم (١٥٢) لسنة ١٩٨٠ المنشئ للهيئة العامة للسكك الحديدية، والقانون رقم (١٥٣) لسنة ١٩٨٠ المنشئ للهيئة العامة للإتصالات السلكية واللاسلكية).

٥ (د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص ٥٣٩).

## المبحث الثاني القواعد الخاضعة لها أموال المرافق العامة الاقتصادية

لا شك أنه في حالة إكتساب المرافق العامة الاقتصادية لأموالها فإنها تخضع لعدة قواعد تجعلها قادرة على التطوير وملائمة في ذات الوقت للطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق، ولما كانت هذه الأموال لا تأتي من فراغ وإنما لابد لها من مصدر تأتي من خلاله ليقوم المرفق على إشباع الحاجات العامة وفقاً لمتطلبات المجتمع. وعليه فإنني سوف أتناول القواعد العامة التي تخضع لها أموال المرافق العامة الاقتصادية، ومصادر هذه الأموال، ثم أتطرق إلى التطور الخاص بالنظام القانوني لأموال المشروعات العامة، وذلك كالتالي:

### المطلب الأول القواعد العامة لأموال المشروعات العامة

إن أموال المشروعات العامة تأتي من مصدرين مختلفين، أما المصدر الأول فهو أن تقوم الدولة بنقل الأموال إلى المشروع، وقد يتم هذا النقل بطريق الاتفاق، خصوصاً من خلال عقد الالتزام، فقد تنازلت الدولة في فرنسا لكل من شركة السكك الحديدية (SNCF) وشركة الكهرباء الفرنسية (EDF) عن الجزء الأكبر والأهم من الأموال، مثل: طرق السكك الحديدية، ومنشآت إنتاج الكهرباء (١).

هذا ويمكن أن تقدم الدولة إلى المشروعات العامة أموالاً لزيادة رأس المال، وأخيراً قد تقوم الدولة بإعادة تخصيص بعض الأموال إلى المشروعات بعد أن كانت تشكل جزءاً من أموال وزارة أو شخص عام آخر، مثال ذلك أيلولة مقار مكاتب البريد إلى هيئة البريد، والتي كانت تستأجرها من هيئة السكك الحديدية (٢).

وأما المصدر الثاني فهو أن يقوم المشروع باكتساب الأموال، وهذا الاكتساب يمكن أن يتم وفقاً للقواعد العامة مثل الشراء، وقد يتم وفقاً لإجراءات أخرى مثل إجراءات نزع الملكية.

وهنا لابد من التساؤل عن تحديد من يملك أموال المشروعات العامة، هل تملكها الدولة أم المشروع نفسه؟ وقد ساهمت بعض الاعتبارات في غموض الإجابة عن هذا التساؤل.

فمن ناحية فإن الشائع أن المشروع العام تملكه الدولة، وبالتالي فإن أموال هذه المشروعات قد تكون مملوكة للدولة، ومع ذلك، فإن هذه الفكرة تتعارض مع الاعتراف للمشروع العام بالشخصية القانونية والاستقلال الذي يعترف به القانون لهذا المشروع، غير أن علاقة الدولة بالمشروع العام غير منقطعة، لأنها تملك في مواجهته نوعاً من الهيمنة أو الرقابة.

ومن ناحية أخرى فقد أحدثت تشريعات التأمين قدراً كبيراً من الغموض حول هذا الموضوع، لأنها تنص على أن رأس مال المشروع المؤمم يكون للأمة (٣)، أو لأنها تحدد صراحة بأن تؤول ملكية الشركات المؤممة إلى الدولة

١ (د. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٢، ص ٣٥٨ وما بعدها.

كذلك انظر: د. محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص ٥٨٢ وما بعدها.

٢ (ج.م.ع (٧) من أغسطس ١٩٩٦، الفتوى رقم ٧١٧، ملف رقم ٢٣٧٢/٢/٢٢، المجموعة، السنة ٥٠، ص ٦٤٢.

٣ (المادة (١٦) من قانون (١٨) أبريل ١٩٤٦ بشأن تأميم شركات الكهرباء والغاز، والمادة (١٨) من قانون (١٧) مايو ١٩٤٦ بشأن تأميم شركات الفحم واستغلال زيوت الطاقة في فرنسا.

(١).

ومع ذلك فالفقه والقضاء لا يتوقفان عند ظاهر هذه النصوص، ومن المسلم به أن المشروعات العامة المؤممة تملك الأموال التي آلت إليها بالتأميم، وهذا ما أكده مجلس الدولة (٢)، ومحكمة النقض (٣) في فرنسا. وفي مصر أيضاً رأي مجلس الدولة أنه على الرغم من أن المادة الأولى من القانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٦١ قد نصت على «أيلولة ملكية الشركات والمنشآت المؤممة والمبينة بالجدول المرفق بالقانون إلى الدولة»، فإن هذه الشركات تعتبر هي المالكة لجميع أموالها بوصفها شخصاً معنوياً ذا ذمة مالية مستقلة تماماً عن ذمة الهيئة العامة المالكة للأسهم، وأنه لا يؤثر في ذلك أن تكون الشركة بأكملها مملوكة لشخص معنوي آخر هو الدولة أو المؤسسة العامة، إذ أن اختلاف الشخصيتين يقتضي حتماً أن تستقل كل منهما بملكية أموالها (٤).

وهذا لا يعني أن المشروعات العامة تملك جميع الأموال المخصصة لها، فقد تعهد بعض النظم إلى المشروعات العامة ببعض الحقوق على أموال دون أن تجعلها مالكة لها، ويتحقق هذا الفرض في الحالتين الآتيتين: الحالة الأولى: فهي أن تؤول الأموال إلى المشروع وفقاً لعقد الالتزام، ومن المسلم به أن جزء من أموال هذه المشروعات يجب إعادته إلى الدولة وهذه الأموال تعتبر ملكية الدولة، وتثبت لها هذه الملكية ليس في نهاية مدة الالتزام، وإنما قبل ذلك أثناء فترة تنفيذ الالتزام (٥).

الحالة الثانية: فهي أن تنقل أموال إلى المشروع الذي لا يمارس عليها إلا سلطات الإدارة على أن يتحمل بالتزامات المالك، من ذلك أن قانون (٣٠) ديسمبر ١٩٨٢ في فرنسا قد قرر نقل أموال عقارية إلى مؤسسة السكك الحديدية (SNCF)، وهي مملوكة للدولة، بينما تمارس عليها المؤسسة ليس حق الملكية وإنما حقوق والتزامات من طبيعة أخرى.

وبطبيعة الحال، فإن الأموال التي يكتسبها المشروع بعد إنشاءه، تظل مملوكة له، وقد أكد القضاء على حق المشروعات العامة في ملكية هذه الأموال، ومنها على سبيل المثال: محطات الطاقة الحرارية وغيرها من المنشآت التي تنشأها مؤسستا الكهرباء والغاز (٦).

وتكرس بعض القوانين في مصر صراحة على اعتبار أموال الهيئات الاقتصادية أموالاً عامة (٧)، ولا تعتبر أموال الهيئات العامة الصناعية والتجارية أموالاً خاصة إلا إذا تضمن القانون نصاً صريحاً بذلك، ومن ذلك المادة رقم (١٠) من القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٥ بنظام هيئة قناة السويس تنص على «اعتبار أموال الهيئة أموالاً خاصة». وتطبق على أموال المؤسسات أو الهيئات العامة الصناعية والتجارية المبادئ الخاصة بالأموال العامة التي يأتي في مقدمتها مبدأ عدم جواز التصرف، ويتم تفسير هذا المبدأ ليس فقط على أنه يحظر أي تصرف ناقل للملكية، وإنما أيضاً أي عمل أو إجراء يمكن أن يؤدي بصفة احتمالية إلى نقل الملكية.

١ المادة الأولى من القرار بقانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٦٢ في مصر.

2 CE. Ass., Ler sep. 1950. Rec., P. 595; D. 1952. note L'Huillier, S. 1951. 3. 61. note Boulouis; CE. 7 nov. 1962. EDFC / Consorts Jacquet. AJDA. 1963. II. 184. note (A.) de Laubadere.

3 Cass. Civ., 3 mai 1988. consorts Renault C./ EDF. CJEG. 1988. P. 50. rapp. Sargos.

٤ ج.م.ع. ٢٢ يونيو ١٩٦٣، الفتوى رقم ٩٨١، ملف ٦٥/١/٤٧ المجموعة، ١ لسنة ١، ص ٣٢٩.

5 CE. 23 oct. 1963. SNCF. Rec., P. 497; AJDA. 1964. P. 321. note Laporte: RDP. 1963. P. 1191. Concl. Braibant; 4 fev. 1970. Minsitre de l'equipement C./SNCF. Rec., P. 84. AJDA. 1970. II. P. 421. note Duffau.

6 CE. 7 nov. 1962. EDF C. Faivre. AJDA. 1963. II. P. 184. note A. de Laubadere.

٧ انظر المادة (٧) من القانون رقم (١٥٢) لسنة ١٩٨٠ بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، والمادة (٥) من القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الهيئة القومية للبريد، والمادة (٤) من القانون رقم (١١٢) لسنة ١٩٨٣ بإنشاء الهيئة القومية للإنفاق.

وعلى ذلك فإن مبدأ عدم جواز التصرف يعني نتيجتين: عدم جواز الحجز على الأموال العامة، وعدم ترتيب أي حق عيني عليها، غير أن التطور القضائي والتشريعي قد اتجه مؤخراً إلى الخروج على مبدأ عدم جواز التصرف في أموال المؤسسات أو الهيئات العامة الصناعية والتجارية.



## المطلب الثاني

### تطور النظام القانوني لأموال المشروعات العامة

لقد حدثت تطورات خاصة بالنظام القانوني لأموال المشروعات العامة، فلم يعد مبدأ عدم جواز التصرف في هذه الأموال يطبق بصورته الجامدة، وإنما أصبح يحتمل بعض مظاهر الخروج عليه، ومن ذلك (١):

(١) الخروج على مبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العامة:

تؤكد نصوص التقنين المدني الكويتي (مادة ٢٣) والتقنين المدني المصري (مادة ٨٧) على أن الأموال العامة لا يجوز الحجز عليها، كما يقرر تقنين ملكية الأشخاص العامة في فرنسا أن أموال الأشخاص العامة لا يجوز الحجز عليها، وهذه الأموال تشمل الأموال العامة والخاصة على حد سواء.

وهذا المبدأ يطبق أيضاً على المشروعات العامة، إذ لا يوجد ما يسوغ إعفاء المؤسسات العامة الصناعية والتجارية من هذا المبدأ، وحتى ولو كانت تمارس نشاطاتها وفقاً لذات الشروط أو الأوضاع التي تحكمها القواعد العامة، أي قوانين التجارة، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عدم جواز الحجز على أموال الأشخاص العامة مبدأ قانوني عام (٢).

ومع ذلك فإن مبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العامة لم يخل من تحفظات للفقهاء، فقد رأى البعض أن هذا المبدأ لا يحتفظ بقيمته الكاملة إلا إذا كان موضوعه ووظيفته حماية استمرار المرفق العام وعدم تهديد إدارته (٣)، ويستدل بعض الفقهاء بموقف بعض التشريعات الأوروبية التي تقصر مبدأ عدم جواز الحجز على الأموال المخصصة فقط للمرفق (٤).

وقد حدث تطور ملحوظ في القضاء، فقد رأى مجلس الدولة الفرنسي أنه يجوز للدائن - إذا كان لديه سند تنفيذي يثبت له ديناً نقدياً مستحقاً - أن يحجز ما للمدين لدى الغير *Saisie - arret*، مثل دائني متعاقدي الشخص العام، ما لم يكن هذا الحجز يتضمن تهديداً لاستمرار المرفق العام (٥).

كما سبق أن قضت محكمة استئناف باريس في (١١) من يوليو بسلامة حجز ما للمدين لدى مؤسسة السكك الحديدية، خصوصاً أنه بالنظر إلى قيمة الحجز، فإن الحجز ليس من طبيعته أن يتضمن إخلالاً بالسير المنتظم والمستمر للمرفق العام (٦).

وأخيراً فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا لم تقم وحدة إقليمية بتنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي به بإلزامها بدفع مبلغ من المال، فإنه يجوز للمحافظ أن يتخذ الإجراءات الضرورية لتنفيذ الحكم، وله أن يلجأ إلى بيع أموال هذه الوحدة مادام أن هذه الأموال ليست ضرورية لحسن سير المرافق العامة التي تتحمل مسؤوليتها، وهذا القضاء يشكل خروجاً جزئياً على مبدأ عدم جواز الحجز على أموال الأشخاص العامة.

(٢) إنشاء حقوق إرتفاق للغير على الأموال العامة:

١ د. محمد محمد عبداللطيف، القانون العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ٢٠١٠، الطبعة الأولى، ص ٥٩٨ وما بعدها.

2 Bureau. De recherché geologiques et minières. RFDA. 1988. P. 771.

3 Maugue (Ch.) et Bachelier (G.). Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques. 2006. P. 1085.

4 Blanc (F.). L'insaisissabilité des établissements publics industriels et commerciaux. éléments pour une évolution. RDP. 2009. P. 1553 et s.

5 CE. avis. 30 janv. 1992. EDCE. 1992. P. 401.

6 Cité in J. kernionon. Droit public économique montchrestien. 1999. P. 76.



كان الرأي السائد فقهاً هو حظر الارتفاقات على الأموال العامة، ويشمل هذا الحظر ليس فقط الارتفاقات القانونية، مثل حق المرور، وحق المثل، وإنما أيضاً الارتفاقات التي تكون بفعل الإنسان، والارتفاقات الناشئة عن التقادم المكسب (١).

ويقرر القضاء بوضوح أنه لا يجوز إنشاء أي إرتفاق على الأموال العامة، ولا يجيز هذه الارتفاقات إلا إذا كان قد تم تكوينها قبل إلحاق المال محل الإرتفاق بالأموال العامة، وبشرط ألا يكون الإرتفاق متعارضاً مع الغاية التي تم تخصيص المال من أجلها (٢).

غير أن التطور التشريعي قد إتجه مؤخراً إلى الاعتراف بإمكانية تكوين إرتفاقات لاحقة على إلحاق المال بالأموال العامة، فقد أجاز التقنين العام ملكية الأشخاص العامة في فرنسا تكوين إرتفاقات إتفاقية على أموال الأشخاص العامة التي تشكل جزءاً من الأملاك العامة، كلما كان وجودها لا يتعارض مع تخصص هذه الأموال (٣).

وقد تكون هذه الارتفاقات لمصلحة الأشخاص العامة أو الأشخاص الخاصة، وقد رحب الفقه بهذا الحكم الجديد الذي يهدف إلى إنشاء علاقات جوار حقيقية وأمنة ومستقرة بين الأموال العامة وأموال الأشخاص الخاصة (٤).

(٢) الإعتراف بإنشاء حق عيني لشاغلي الأموال العامة:

إن الرأي المسلم به تقليدياً هو أن مبدأ عدم جواز التصرف في المال العام يتضمن بالضرورة حظر تكوين حقوق عينية على هذه الأموال، وذلك نظراً لأنه ليس للأشخاص العامة أن تتجرد من ملكيتها العامة، إن حظر تكوين الحقوق العينية على الأموال العامة نتيجة طبيعية لمبدأ عدم جواز التصرف، والقانون وحده هو الذي يجوز له أن يستبعده.

وقد تبني مجلس الدولة الفرنسي هذا التحليل حينما أكد أنه مما يتعارض مع مبادئ الأموال العامة شروط الإتفاقيات التي تتضمن الإعتراف بحقوق عينية على هذه الأموال من خلال عقد إيجار الحكر (٥).

غير أن بعض (٦) الفقه قد نادي بضرورة إعادة النظر حول هذا الموضوع، وذلك بالتساؤل حول حقيقة وأهمية ووظيفة مبدأ عدم جواز التصرف في مواجهة الحقوق العينية على الأموال العامة فوظيفة المبدأ هي حماية تخصيص المال العام وضمان هيمنة الشخص العام المالك على المال بهدف خدمة هذا التخصيص، وأنه في هذه الحدود فقط يجب أن يقتصر نطاق هذا المبدأ، فكرة المبدأ هي فكرة وظيفة بالنظر فقط إلى نتائجها، أي بالنظر إلى التخصيص للمنفعة العامة، ومن ثم إذا كان الإعتراف بحقوق عينية من طبيعة حق الملكية للشاغلين للمال العام لا يتعارض مع التخصيص، فإنه يكمل حق الملكية، ويؤدي إلى تعظيم قيمة المال العام، ولا يكون هناك مسوغ لرفض إقرار هذه الحقوق العينية (٧).

وقد نظم تقنين ملكية الأشخاص العامة في فرنسا الإعتراف لشاغلي المال العام بحق عيني، بعد أن كان المشرع الفرنسي قد قرره لأول مرة بقانون (٢٥) من يوليو ١٩٩٤ أن يكون لصاحب التصريح بشغل المال العام بصفة مؤقتة

1 Chapus (R.). Droit Administrative Général. T. II. ed., 1997. P. 512.

2 CE. 29 nov. 1967. Gue. Rec.. P. 453.

3 Art. 2122-4 du Code general de la propriete des personnes publiques 2006.

4 Maugue (Ch.) et Bachelier (G.). Genèse et presentation du code general. op. cit.. P. 1082.

5 CE. 6 mai 1985. Association Eurolat et Credit foncier de France. RFDA. 1986. P. 21. Concl. B. Genevois.

٦ ومن المعلوم أن إيجار الحكر في القانون الفرنسي هو عقد إيجار يتم إبرامه لمدة لا تقل عن ١٨ عاماً ولا تزيد عن ٩٩ عاماً، ولا يرد إلا على العقارات، وبموجبه يتمتع المستأجر بحق عيني يماثل حق المالك، فله أن يقوم برهن العقار أو أن يؤجره، وإذا قام المستأجر بتنفيذ مبان أو تحسينات، فإن المالك يستفيد منها في نهاية مدة الإيجار دون مقابل، ويقوم المستأجر بدفع مقابل مالي بسيط أو رمزي، انظر: د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الإقتصادي، المرجع السابق، ص ٥٩٢، وما بعدها.

7 Gaudment (Y.). Les Droit réels sur le domaine public. AJDA. 2006. P. 1095.

حق عيني على المنشآت والمباني والتجهيزات ذات الطبيعة العقارية التي يقوم بتنفيذها بقصد ممارسة نشاط يسمح به سند الإشغال، وأن الحق يشمل بالضرورة الأراضي التي تقام عليها هذه المنشآت والمباني والتجهيزات (١).

ومن وجهة نظر بعض الفقه (٢) أن هذا النظام يؤدي إلى نتائج مهمة، فهو يؤدي إلى تمكين شاغل الأموال العامة من الاستفادة من إمكانيات التمويل المتاحة من أجل تنفيذ استثماراته على هذه الأموال، والاعتراف بهذا الحق العيني لشاغل المال العام يؤدي إلى تخويل شاغله الامتيازات حق الملكية، وهذا أمر يؤدي إلى زيادة قيمة المال. ومن هذه الامتيازات إمكانية التنازل عن بعض عناصر المال في إطار ما يسمح به سند إشغال المال، وإمكانية قبول تأميمات عينية بوصفها دعامة للتمويل، وإمكانية اللجوء إلى الإيجار التمويلي الذي يفترض نقل ملكية الشيء دون التخلي عن الحيابة، والتنازل عن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وإمكانية التوسع في الملكية عن طريق بعض نظم القانون المدني مثل الإلتصاق، واستخدام دعاوى الحيابة والاسترداد. ونظراً لأن شغل المال العام لا يكون إلا مؤقتاً وعارضاً، فإن مدة الحق العيني ترتبط بمدة التصريح بشغل المال العام التي يتم تحديدها وفقاً لطبيعة النشاط والمنشآت وأهميتها. ولا يجوز استناداً للحق العيني رهن المنشآت والمباني والتجهيزات إلا لضمان القروض التي يتعاقد عليها شاغل المال العام من أجل تمويل وتنفيذ أو تعديل أو توسيع المنشآت والمباني والتجهيزات ذات الطبيعة العقارية التي تتم على المال المشغول. ولا يجوز للدائنين العاديين غير الذين تنشأ ديونهم من تنفيذ هذه الأشغال ممارسة أية إجراءات تحفظية أو إجراءات للتنفيذ الجبري، وتنتهي رهون على الحقوق والمال بنهاية مدة تصاريح الاشغال أيأ كانت الظروف والأسباب.

### المبحث الثالث

#### تأثير الخصخصة على رقابة الدولة لأموال المرافق العامة الاقتصادية

إن الخصخصة تعني نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، ويطلق على الخصخصة أحياناً تعبير «تحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص» (٣). هذا وبعد انتشار ظاهرة الخصخصة في الدول النامية، بدأت هذه الدول في تنفيذ برامج الخصخصة للقطاع العام، وبعد أن تدخل الدولة في مرحلة التنفيذ لا بد أن يثور التساؤل التالي: هل تبقى الرقابة المالية على أموال المرافق العامة الاقتصادية باعتباره مال عام أم تنعدم هذه الرقابة المالية، نظراً لأن القطاع العام تحول إلى قطاع خاص، أي تحولت الملكية من أموال عامة إلى أموال خاصة؟ وللإجابة عن هذا التساؤل فإننا نعرض لنوعين من الرقابة على النحو التالي:

1 Fournier (A.) et Jacquot (H.). Un nouveau statut pour les occupants du domaine public. AJDA. 1994. P. 759.  
Fatome (E.) et Terneyre (Ph.). Chronique de législation. Droites réels sur le domaine public de l'Etat. AJDA. 1995. P. 905.

٢ د. محمد محمد عبداللطيف، القانون العام الاقتصادي، المرجع السابق، ص ٥٩٣.

٣ د. أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١١٨ وما بعدها.

## المطلب الأول الرقابة البرلمانية على الأموال العامة

تم هذه الرقابة بواسطة الهيئات التشريعية وينص على هذه الرقابة بالدستور (١) ، وإذا كان التشريع يعد الوظيفة الرئيسية للسلطة التشريعية ، إلا أن هناك وظائف أخرى يعهد بها إليها الدستور كرقابة وفحص نشاط المؤسسات العامة أو أي مشروع من المشروعات العامة ، وذلك من أجل تقصي الحقائق والوقوف على حقيقة الأوضاع المالية والاقتصادية (٢) .

وقد أسند الدستور المصري لعام ٢٠١٢ مهمة تولى الرقابة على الأموال العامة إلى الجهاز المركزي للمحاسبات في المادة (٢٠٥) (٣) ، وهذا ما أكدته المادة (٢١٩) من الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ بأن « يتولى الجهاز المركزي للمحاسبات الرقابة على أموال الدولة ، والأشخاص الاعتبارية العامة ، والجهات الأخرى التي يحددها القانون ، ومراقبة تنفيذ الموازنة العامة للدولة.... » .

١ تنص المادة (٨٦) منه دستور ١٩٧١ على أن « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية... » .

٢ تراجع المادة (١٢٥) من دستور (١١) سبتمبر ١٩٧١ .

٣ تنص المادة (٢٠٥) على « أنه يتولى الجهاز المركزي للمحاسبات الرقابة على أموال الدولة ، والجهات الأخرى التي يحددها القانون » .

## الفرع الأول رقابة البرلمان الفرنسي

أخضع الدستور الفرنسي القوانين المالية لنظام خاص يحدده قانون أساسي وتعتبر هذه الإحالة تفويضاً دستورياً للمشرع الأساسي (١) ، وهذا ما أيده المجلس الدستوري في بعض أحكام حيث يرى « أن السلطة التأسيسية قد فوضت القانون الأساسي أن يحدد الطرق التي بمقتضاها يتم تقدير إيرادات الميزانية ونفقاتها، وكذلك موارد أخرى للدولة وأعبائها والتصريح بها بقوانين المالية، ومن ناحية أخرى أن يحدد النصوص غير القابلة للانفصال من هذا التصريح ، وأخيراً فإن استخدام السلطة التأسيسية لاصطلاح التحفظات يتضمن أنها قد منحت اختصاصاً للقانون الأساسي بوضع استثناءات على المبدأ الذي مقتضاه أن قوانين الميزانية هي التي تحدد موارد وأعباء الدولة» (٢).

ولا يفوتنا أن نشير إلى إقرار المجلس الدستوري (٣) لمبدأ التفويض الدستوري للقانون الأساسي الخاص بالقوانين المالية، وأن تلك القواعد القانونية المتميزة عن القوانين العادية والتي تخضع لإجراءات خاصة يرى البعض أن هذا القانون الأساس لقوانين المالية له قيمة دستورية.

## الفرع الثاني رقابة مجلس الأمة الكويتي

إن الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة تقوم على إشباع حاجات عامة ، وفي حقيقة الأمر فإن الرقابة المالية لمجلس الأمة الكويتي على أعمال الحكومة تعد من أبرز اختصاصاته وأداة لتطور البرلمان ذاته ، ولقد إهتم الدستوري الكويتي بهذه الرقابة ، فجعل الميزانية العامة للدولة تصدر بقانون ، وعهد الاختصاص في إقرار الحساب الختامي للدولة لمجلس الأمة.

ومن ناحية أخرى ألزم الدستور الحكومة بتقديم تقرير مالي للمجلس مرة على الأقل خلال كل دور من أدوات الانعقاد العادية، ولضمان حسن الرقابة المالية للبرلمان الكويتي على أعمال الحكومة ألزمه الدستور بتقديم تقرير سنوي له عن أعماله وملاحظاته.

وبصدور القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤ بإنشاء ديوان المحاسبة أكدت هذه الرقابة وذلك بإلحاق الديوان بمجلس الأمة واتضحت معالمه الأساسية في تفعيل الرقابة على الأموال.

وإذا كان مجلس الأمة يراقب الميزانية العامة للدولة وإقرار الحساب الختامي لها، فإنه يكون مسئولاً أيضاً عن رقابة النفقات والإيرادات العامة ، ومما لا ريب فيه أن أموال المرافق العامة الاقتصادية تشكل الجزء الأكبر من الإيرادات العامة للدولة ، لذلك حرص المشرع على حماية هذه الإيرادات باعتبارها مملوكة للدولة ملكية خاصة. وعملاً على تحقيق هذا الهدف تكفل المشرع الكويتي بتحديد المال محل الحماية وبيان نطاقه في القانون رقم (١)

١ تنص المادة (١٨/٣٤) على أنه "تحدد قوانين المالية إيرادات نفقات الدولة وفقاً للأوضاع وبمراعاة التحفظات الواردة في القانون الأساسي".

2 C.C 25 juillet 2001.448 Dc. RDP.2001.p.1466.note luchsaise.

3 C.C. 9 JUIN 1992.309 DC.REC.P.66.

لسنة ١٩٩٣ (١)، وطبقاً للمادة الثانية منه يعد مالا عاماً الأموال المملوكة أو الخاضعة بقانون لإحدى الجهات الآتية أياً كان موقع تلك الأموال في داخل البلاد أو في خارجها.

وهذه الجهات هي الدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والشركات والمنشآت التي تساهم فيها الدولة والهيئات والمؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن (٢٥٪) من رأسمالها بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق شركات أو منشآت تساهم الدولة أو الهيئات أو المؤسسات أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة في رأسمالها بنصيب ما ويعتمد في تحديد نسبة رأس المال بمجموع الحصص التي للدولة أو غيرها من كافة الهيئات ذات الشخصية المعنوية العامة أو الشركات المشار إليها.

ووفقاً لذلك أسبغ المشرع الحماية البرلمانية على أموال الدولة بكافة أجزائه ومكوناته ولأجل تفعيل هذه الحماية أنشأت لجنة دائمة في مجلس الأمة « لجنة حماية الأموال العامة » تسري عليها أحكام اللائحة الداخلية لمجلس الأمة عدا الحظر المنصوص عليه في المادة (٤٥) والخاص بالاشتراك في أكثر من لجنتين دائمتين لأعضاء مجلس الأمة.

ويقوم ديوان المحاسبة بتلقي إخطارات كتابية من جميع الجهات وتشمل كافة العمليات والتصرفات المتعلقة باستثمار الدولة أو أحد أشخاص القانون العام ما لديها من أموال في داخل البلاد أو خارجها، وما تتخذه من قرارات في هذا الشأن وما يطرأ عليه من تعديلات.

كذلك لديوان المحاسبة استيفاء ما يرد إليه من بيانات والإطلاع على ما يرى لزوم الإطلاع عليه من سجلات أو مستندات أو حسابات ويتعين على جميع الجهات موافاة الديوان بما يطلبه من معلومات أو مستندات خلال أسبوعين على الأكثر من تاريخ الطلب، ولديوان المحاسبة حق التعقيب على التصرفات وللجهات المعنية حق الرد على ملاحظات الديوان وتوصياته خلال ميعاد أقصاه (خمسة عشر يوماً) من تاريخ ورودها إليها.

ومن ناحية أخرى على رئيس ديوان المحاسبة تسليم رئيس مجلس الأمة نسخة من التقرير الشامل لكافة الأموال المستثمرة في الجهات المشرف عليها خلال شهري يناير ويوليو من كل عام ، إضافة إلى ملاحظاته عليه في مدة أقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ وصول التقرير إليه (٢)، ويرسل إلى لجنة حماية الأموال العامة تمهيداً لرفعه إلى مجلس الأمة الكويتي.

هذا ويلتزم رئيس ديوان المحاسبة بتسليم رئيس مجلس الأمة تقريراً دورياً كل ثلاثة شهور بشأن الأوضاع الخاصة بالاستثمارات القائمة وما يطرأ عليها من تعديلات ، وللمجلس الأمة أن يطلب من ديوان المحاسبة مراجعة كل حساب أو إتخاذ ما يلزم بشأن حماية الدومين الخاص.

### الفرع الثالث رقابة البرلمان المصري

يرى البعض (٣) - وبحق - أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد ناطت بالسلطة التشريعية هذه الرقابة ، وذلك لما لها من سلطة وقوة منحت لها من قبل الدستور فهي تمثل الشعب بأسره ، وهذا يجعل كافة الجهات محل

١ القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة الصادر في (٧) فبراير ١٩٩٣ والمنشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، العدد (٩٠)، السنة (٣٩).

٢ لا يفوتنا أن نشير إلى إشمال هذا التقرير على رصد كافة المخالفات والملاحظات خلال العام، انظر: د. إبراهيم محمد الحمود، المرجع السابق، ص ٥٤.

٣ د. جيهان حسن خليل، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٩.

رقابة السلطة التشريعية تعمل لتصرفاتها ألف حساب، بل وتحرص على مطابقتها للقانون حتى لا تترك للسلطة التشريعية فرصة سانحة للتدبير بأعمالها ومحاسبتها.

ولا يجوز للسلطة التنفيذية الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة البرلمان (١)، ومن ناحية أخرى يقر البرلمان الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم لا يكفي مجرد عرض الخطة على البرلمان، لأن الإقرار شرط مسبق لتطبيقها، وبالتالي لا يجوز البدء في تنفيذها قبل إقرارها والذي يعد شرطاً سابقاً لتطبيقها (٢).

ويمنح الدستور السلطة التشريعية الاختصاص بوضع القواعد الأساسية الخاصة بمنح الإلتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وأحكام موازنات المؤسسات والهيئات العامة وحساباتها، وبالتالي تعد هذه الموضوعات من الاختصاصات المحجوزة للمشرع، فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن تقوم بتنظيمها.

١ المادة (١٢١) من دستور ١٩٧١ والمادة (٥٢) من الدستور الفرنسي تنص على أن «المعاهدات التي تحمل ميزانية الدولة بالتزامات لا يتم إقرارها أو الموافقة عليها إلا بقانون».

٢ د. هشام البدوي، الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، ١٩٩٧، ص ١٣٧.

كذلك انظر: د. محمد محمد عبد اللطيف، الحماية الدستورية للمالية العامة، بحث مقدم إلى مؤتمر حماية الأموال العامة، جامعة الزقازيق، فرع بنها، ٢٠٠٤، ص ١٠.

## المطلب الثاني الرقابة المالية في ضوء سياسة الخصخصة

تتال الخصخصة من الدور الرقابي للدولة على كافة مرافقها ومؤسساتها حيث ترفع الرقابة عن المشروع الذي تم خصخصته نهائياً إذا تم تسديد ثمن بيعه بالكامل وتم تملكه للقطاع الخاص وانتهاء علاقته بالدولة. ويمكن للدولة أن تتخذ بعض الإجراءات الرقابية والتي تظهر بوضوح من خلال بعض الأجهزة الرقابية المستقلة والمتخصصة، مثل ديوان المحاسبة في الكويت والجهاز المركزي للمحاسبات في مصر.

### الفرع الأول دور ديوان المحاسبة الكويتي

حددت المادة (٢٣) من قانون ديوان المحاسبة بإختصاصه بفحص ومراجعة حسابات التشغيل والمتاجرة والأرباح والخسائر والميزانية العمومية بالنسبة للشركات والمؤسسات العامة التي يكون للدولة أو أحد أشخاص القانون العام حصة في رأس مالها لا تقل عن (٥٠٪) أو تضمن حداً أدنى من الأرباح، وكذلك للمنشآت التابعة لها والتي تزاوّل نشاطاً تجارياً أو صناعياً، وذلك وفقاً للأصول والأوضاع التي تجري عليها هذه الشركات والمؤسسات العامة في إعداد حساباتها تبعاً لطبيعة النشاط الذي تزاوّل وفي حدود الأحكام واللوائح والقرارات المنظمة لأعمالها (١). ويتولى الديوان تحقيق رقابة فعّالة على الأموال العامة (٢) كما يمارس رقابته المالية على الهيئات والمؤسسات العامة التابعة للدولة، والبلديات ذات الشخصية المعنوية العامة، الشركات والمؤسسات التي يكون للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى نصيب في رأسمالها بما لا يقل عن (٥٠٪) منه أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح (٣).

وبوجه عام يتولى الديوان مراقبة تحصيل إيرادات الدولة، وإنفاق مصروفاتها في حدود الاعتمادات الواردة بالميزانية، والاستيثاق من كفاية الأنظمة والوسائل المتبعة لصون الأموال العامة ومنع العبث بها (٤). وقد تكون رقابة ديوان المحاسبة على أموال المرافق العامة الاقتصادية سابقة، بحيث تلزم الجهة المعنية بالأ ترتبط أو تتعاقد مع المتعهد أو المقاول الذي رأى إرساء العطاء عليه إلا بعد الحصول على ترخيص من الديوان إذا بلغت قيمة المناقصة الواحدة مائة ألف دينار فأكثر (٥).

وأما الرقابة اللاحقة فيتحقق الديوان من أن النفقات العامة قد أنفقت في الأغراض التي خصصت لها، والتأكد من أن الجهات المختصة بالجباية قد قامت بتحصيل إيرادات الدولة ومستحققاتها وتوريدها للخزانة العامة (٦).

١ القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤ بشأن إنشاء ديوان المحاسبة والصادر في (٧) يوليو ١٩٦٤.

٢ المادة (٢) من القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤.

٣ المادة (٥) من القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤.

٤ المادة (٦) من القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤.

٥ المادة (١٣) من القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤.

٦ المادة (٨، ١٢) من القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤ الكويتي.



## الفرع الثاني دور الجهاز المركزي للمحاسبات المصري

يلعب الجهاز المركزي للمحاسبات المصري دوراً بارزاً وهاماً في مجال خصخصة المرافق العامة الاقتصادية ، فالجهاز شريك أساسي للحكومة في عملية الخصخصة وبيع القطاع العام منذ عام ١٩٩٧ وحتى وقتنا الراهن، ويبدو جلياً هذا الدور في المجالات الآتية (١) :

### (١) مجال تقويم برنامج الخصخصة :

- أ- دراسة مدى توافر الشروط والضوابط اللازمة لنجاح برنامج الخصخصة وتقديم المقترحات بشأنها خاصة فيما يتعلق بالتدرج في تنفيذ البرنامج.
- ب- يقوم الجهاز بدراسة وتحليل مشروعات القوانين المقترحة من الحكومة سواء لتهيئة المرافق العامة الاقتصادية للخصخصة أو لتهيئة البنية الاقتصادية المناسبة لنمو النشاط الخاص أو زيادة الاستثمارات.
- ج - دراسة وتحليل برنامج الحكومة بشأن معالجة الآثار السلبية لبرنامج الخصخصة، وبصفة خاصة ما يتعلق بالبطالة والاحتكارات.

### (٢) في مجال تنفيذ برنامج الخصخصة :

- أ. مراجعة الأسس التي استند إليها قطاع الأعمال العام في اختياره لآلية الخصخصة المناسبة لكل مشروع.
- ب. متابعة التنفيذ طبقاً للمراحل الزمنية التي حددها قطاع الأعمال العام.
- ج. في حالة البيع الكلي أو الجزئي للمرافق العامة الاقتصادية أو المشروعات العامة يقوم الجهاز المركزي للمحاسبات بالتأكد من سلامة الإجراءات وفقاً للضوابط المقررة.
- د. الرقابة على سلامة التصرفات للتأكد من عدم إساءة استعمال السلطة.

### (٣) الرقابة على مساهمة المال العام في المشروعات المشتركة:

يمارس الجهاز المركزي للمحاسبات الرقابة على مساهمة رأس المال العام في المشروعات المشتركة، وذلك من خلال الرقابة على الشخص العام المساهم في هذه المشروعات ويقل دوره تدريجياً بإتجاه الحكومة إلى بيع نصيبها في أسهم الشركات المشتركة.

### (٤) الرقابة على المشروعات التي يتم خصصتها:

يمارس الجهاز رقابة على هذه المشروعات حيث يقوم خبراء بمراجعة تقييم أصول المشروع قبل نقل ملكيته للقطاع الخاص (٢)، وتمتد رقابة الجهاز بعد نقل المشروع لملكية القطاع الخاص، حيث يقوم الجهاز بالمراجعة ويختلف هذا الدور حسب طبيعة الخصخصة فقد تكون كلية أو جزئية:

١ د. جيهان حسن خليل، المرجع السابق، ص ٢٥٠ وما بعدها.

٢ مثال ذلك: قيام الجهاز المركزي بكافة عمليات التقييم لشركات التأمين المملوكة للدولة والتي سيتم خصصتها. ويسير مراقبي الجهاز وفق مناهج محددة. (١) منهج التصفية، (٢) منهج رسم الأرباح المستقبلية، (٣) منهج خصم التدفقات النقدية: وهذه الرقابة تمثل أهمية كبيرة جداً، وذلك حتى لا تحدث المجاملات والمحسوبية عند البيع، أنظر: د. جيهان حسن خليل، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

### أ) حالات البيع الجزئي:

بيع جزء من نصيب الدولة في رأس مال الشركة العامة بحيث تظل الدولة مالكة للنسبة القانونية (٥١٪) من رأس المال، وفي هذه الحالة تظل الشركة أو الهيئة خاضعة لرقابة الجهاز المركزي للمحاسبات باعتبارها شركة عامة. بيع جزء من نصيب الدولة في رأس المال بنسبة (٢٥٪) بحيث يصبح الاستثمار الحكومي في الشركة يزيد على ٢٥٪، وهنا تخضع الشركة لرقابة شاملة من عضو الجهاز بالإضافة إلى تعيين مراقب حسابات من قبل الجمعية العمومية للمستثمرين بالشركة لتدارك أي انحراف في النشاط، وهذا يفيد المستثمر كما يفيد الحكومة. بيع جزء من نصيب الدولة في رأس المال بحيث ينخفض نصيبها إلى أقل من ٢٥٪ من رأس المال، ففي هذه الحالة تتم الرقابة على مساهمة المال العام في هذه الشركة من خلال الشخص العام المساهم.

### ب) حالات البيع الكلي:

إذا كانت الخصخصة كلية يلاحظ أن الجهاز المركزي للمحاسبات يتولى التقييم والتأكد من سلامة أساليب التقييم ووضع التصور النهائي للقيمة العادلة لثمن البيع ثم مراقبة تنفيذ بنود التعاقد بين المستثمر أو المشتري وبين الحكومة لضمان جديته ويسرع بإبلاغ المسؤولين، وأن هناك مستثمرين قد استجابوا واستكملوا بقية إجراءات الخصخصة بجدية، وبعد ذلك يتوقف دور الجهاز تماماً بمجرد انتقال المرفق العام إلى القطاع الخاص. ويبدو لي أن رقابة الجهاز المركزي للمحاسبات المالية تكاد تنعدم بعد انتشار الخصخصة في مصر، وبمعنى أدق بعد البيع الكلي وتبقى له الرقابة القانونية فقط، وذلك على عكس ما هو حادث بالنسبة لشركات قطاع الأعمال، حيث نص القانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ في المادة (٣٥) منه على أن «يتولى الجهاز المركزي للمحاسبات مراقبة حسابات الشركة وتقييم أداءها طبقاً لقانونه» (١).

١ وفي ذات السياق نجد أن المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام تنص على "أن يباشر الجهاز المركزي للمحاسبات اختصاصاته بشأن الرقابة على الشركات القابضة والشركات التابعة لها ويقوم بتقويم أدائها وفقاً لأحكام قانونية".

## خاتمة

انصبت هذه الدراسة على النظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية، فقد تناولنا بشكل مختصر تعريف المرافق العامة الاقتصادية وذكر عناصرها، ثم تم البحث بشكل مستفيض للطبيعة القانونية لأموال المرافق العامة الاقتصادية، مع استعراض الاتجاهات الفقهية بشأن هذه الأموال، ثم قمنا ببيان المعيار المميز لأموال المرافق العامة الاقتصادية، في التشريعين الكويتي والمصري، هذا وتطرقنا بعد ذلك للقواعد الخاضعة لها أموال المرافق العامة الاقتصادية، وذلك من خلال تناولنا للقواعد العامة لأموال المشروعات العامة، وتطور نظامها القانوني، ثم تناولنا بشكل مختصر تعريف الخصخصة، ثم تم البحث أخيراً في تأثير الخصخصة على رقابة الدولة لأموال المرافق العامة الاقتصادية، وذلك من خلال استعراضنا للرقابتين البرلمانية والمالية على الأموال العامة في ضوء سياسة الخصخصة.

وعلى ضوء الهدف المحدد لهذه الدراسة والموضوعات التي تناولتها، فقد انتهت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج المنطقية والتي ترتب عليها عدد من التوصيات الواقعية، يمكن أن نجملها فيما يلي:

### أولاً: نتائج الدراسة:

١. تبين من الدراسة المقارنة أن الهدف الرئيسي للدول من إنشاء المرافق العامة الاقتصادية تحقيق التنمية، وتوفير الخدمات للأفراد كالمياه والكهرباء والاتصالات وغيرها من الخدمات، أو لتحقيق غايات سياسية كإنشاء مؤسسة الطيران، ومعرفة نوع المال تعد من المسائل الهامة، لاسيما بعد توسع مفاهيم الخصخصة وعودة هيمنة القطاع الخاص على النشاط الاقتصادي في الدول المختلفة.
٢. توصلت هذه الدراسة إلى أن المرافق العامة الاقتصادية لا بد وأن تخضع ولو جزئياً لقواعد القانون العام حتى تستطيع الدولة الهيمنة عليها، لكن خضوعها هذا لا يعد عنصراً من عناصر المرفق وإنما هو نتيجة من نتائج اكتساب المرفق الاقتصادي صفة المرفق العام.
٣. أكدت هذه الدراسة أن النظام القانوني لأموال المرفق العام الاقتصادي يختلف تبعاً لإختلاف طبيعة أموال المرفق، فهذه الأخيرة ليست على درجة واحدة، فقد تكون أموالاً عامة (الدومين العام)، وقد تكون مالياً خاصاً تملكها المرافق ملكية عادية كملكية الأفراد لأموالهم ويطلق عليها (الدومين الخاص).
٤. أكدت هذه الدراسة أيضاً أن النظام القانوني لأموال المرفق العام الاقتصادي يختلف تبعاً لتنوع طريقة إدارته، سواء تم إدارته بطريقة الاستغلال المباشر، أو بطريقة المؤسسات والهيئات العامة.
٥. أوضحت هذه الدراسة حدوث تطورات خاصة بالنظام القانوني لأموال المشروعات العامة، فلم يعد مبدأ عدم جواز التصرف في هذه الأموال يطبق بصورته الجامدة، وإنما أصبح يحتمل بعض مظاهر الخروج عليه، ومن ذلك الخروج على مبدأ جواز الحجز على الأموال العامة، وإنشاء حقوق إرتفاق للغير على الأموال العامة، والإعتراف بإنشاء حق عيني لشاغلي الأموال العامة.

### ثانياً: توصيات الدراسة:

١. يجب فرض الحماية القانونية وبالشكل الصحيح على أموال المرافق العامة الاقتصادية باعتبارها أموالاً عامة، وتتمتع بذات الحماية القانونية التي تتمتع بها أموال المرافق العامة الإدارية، وذلك من خلال وضع الضوابط

المنظمة لمشاركة الاستثمارات الأجنبية في الدولة، مثل وضع حد أدنى للأرباح التي يلتزم المستثمر الأجنبي باستثمارها داخل الدولة، وبما لا يتعارض مع تشجيع وجذب الإستثمارات الأجنبية وبالأخص الإستثمارات الأجنبية المباشرة.

٢. ضرورة أن تقوم حكومتى الكويت ومصر بإزالة كافة القيود التي تعوق كفاءة المرافق العامة الاقتصادية، بل وإعادة هيكلة هذه المرافق، واستبقاء فكرة المرفق العام بالمفهوم التقليدي قاصراً على المرافق الاستراتيجية كالقضاء والدفاع والأمن، هذا مع العمل على تحديث وتطوير أساليب إدارة هذه المرافق لرفع كفاءتها.

٣. ضرورة قيام أعضاء البرلمان المصري والبرلمان الكويتي بتنفيذ الدور الرقابي، لا أن يقوموا بتغليب الدور التشريعي على حساب الدور الرقابي، ويتمثل هذا الدور الرقابي في فحص ومراقبة نشاط المؤسسات العامة، وتقصي الحقائق للوقوف على حقيقة الأوضاع المالية للمرافق العامة الاقتصادية.

٤. ضرورة إيجاد آلية عادلة وناجزة وفعّالة ومحايدة تضمن سرعة فض المنازعات الاقتصادية التي ربما تتور، فنرى ضرورة إيجاد محاكم اقتصادية في الكويت على غرار ما حدث في مصر.

٥. ضرورة أن يكون الهدف من الخصخصة - في رأينا - هو التحول من اقتصاد توزيع الثروة وهيمنة أقلية من التجار على الخدمات والأنشطة الحيوية إلى اقتصاد خلق الثروة وتحول الفرد إلى عنصر منتج يساهم في تنمية الاقتصاد الوطني، وهذا كله تحت إدارة حكومية فعّالة، وذلك حتى يمكن للقطاع الخاص أن يقود الاقتصاد الوطني إلى حالة النمو والازدهار.

٦. يتعين على الدائرة الإدارية في الكويت والقضاء الإداري المصري تطوير المبادئ التي تحكم المنازعات الاقتصادية، فمن الملاحظ أن أغلب الأحكام التي تصدر تستند إلى المبادئ التي أرسنها محكمة القضاء الإداري في منتصف القرن الماضي.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العربية :

#### ١- الكتب:

- د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، المال العام في القانون المصري والمقارن، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، الجزء الأول، ١٩٧٥.
- د. إبراهيم محمد الحمود، المالية العامة للدولة، دراسة تأصيلية في فقه المالية العامة والقوانين المالية مع الإشارة لمالية دولة الكويت، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
- د. أحمد حمد الفارسي، د. خليفة الحميدة، القانون الإداري، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠١٥.
- د. أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- د. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.
- د. جيهان حسن خليل، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
- د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الخط العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
- د. عزيزة الشريف، د. يسري العصار، القانون الإداري، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
- د. فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمشروع العام، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٣.
- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
- د. محمد محمد عبداللطيف، التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية، مجلة النشر العلمي، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
- د. محمد محمد عبداللطيف، القانون العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

#### ٢- الرسائل العلمية:

- د. محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.
- د. حمد زيدان نايف محمد العنزي، الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٥.
- د. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٢.

د. هشام البدوي، الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، ١٩٩٧.

### ٣- الأبحاث العلمية:

د. محمد محمد عبداللطيف، الحماية الدستورية للمالية العامة، بحث مقدم إلى مؤتمر حماية الأموال العامة، جامعة الزقازيق، فرع بنها، ٢٠٠٤.

### ٤- الأحكام والفتاوى المصرية:

الدعوى رقم (٤) لسنة (٢) ق. دستورية جلسة ١٩٧٢/٧/١، المجموعة الدستورية، ج ١، المحكمة الدستورية العليا. ج.م.ع (٧) من أغسطس ١٩٩٦، الفتوى رقم ٧١٧، ملف رقم ٢٣٧٢/٢/٣٢، المجموعة، السنة ٥٠. ج.م.ع. ٢٢ يونيو ١٩٦٣، الفتوى رقم ٩٨١، ملف ٦٥/١/٤٧، المجموعة، لسنة ١، مجلس الدولة المصري.

### ثانياً: المراجع الفرنسية:

#### ١- الكتب الفرنسية:

Auby (J.M.). et DUCOS – ADER. Grands Services Publics et entreprises nationales. 1975. T. 1.  
Bureau. De recherché géologiques et minieres. RFDA. 1988.  
Blanc (F.). L'insaisissabilité des établissements publics industriels et commerciaux. éléments pour une évolution. RDP. 2009.  
Chapus (R.). Droit Administrative Général. T. II. ed.. 1997.  
DE LAUBADERE (A.) VENEZIA (J.C.). GAUDMET (Y.). Traite de droit administratif. T. 1. LGDJ. 1996.  
Fatome (E.) et Terneyre (Ph.). Chronique de législation. Droites réels sur le domaine public de l'Etat. AJDA. 1995.  
Fournier (A.) et Jacquot (H.). Un nouveau statut pour les occupants du domaine public. AJDA. 1994.  
Gaudment (Y.). Les Droit réels sur le domaine public. AJDA. 2006.  
Maestre (J.C.). Le Controle des budgets des etablissements d'enseignement. A.J.. 1987.  
Maugue (Ch.) et Bachelier (G.). Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques. 2006.  
RIVRO. Le Regeme des Nationalisations. J. C. P.. 1948.

#### ٢- أحكام القضاء الفرنسي:

C.C 25 juillet 2001.448 Dc. RDP.2001.p.1466.note lucaise.  
CE. avis. 30 janv. 1992. EDCE. 1992. P. 401.  
C.C. 9 JUIN 1992.309 DC.REC.P.66.  
Cass. Soci.. 17 Avril 1991. Groupement des Assedic DE La region Parisienne C./ Cie Air France. J.C.P.. 1991. P. 3.  
Cass. Civ.. 3 mai 1988. consorts Renault C./ EDF. CJEG. 1988. P. 50. rapp. Sargos.  
Cass. Civ.. 1er Dec. 1987. Bull. N. 1. 348. P. 249. J.C.P.. 1981. II. 21113. note (B.) Nicod.  
CE. 6 mai 1985. Association Eurolat et Credit foncier de France. RFDA. 1986. P. 21. Concl. B. Genevois.

CE. 23 oct. 1963. SNCF. Rec.. P. 497; AJDA. 1964. P. 321. note Laporte. RDP. 1963. P. 1191. Concl. Braibant; 4 fev. 1970. Minsitre de l'equiplemnet C./SNCF. Rec.. P. 84. AJDA. 1970. II. P. 421. note Duffau.  
CE. 7 nov. 1962. EDF C. Faivre. AJDA. 1963. II. P. 184. note A. de Laubadere.  
CE. Ass.. Ler sep. 1950. Rec.. P. 595; D. 1952. note L'Huillier. S. 1951. 3. 61. note Boulouis; CE. 7 nov. 1962. EDFC / Consorts Jacquet. AJDA. 1963. II. 184. note (A.) de Laubadere.







# الوسائل الإجرائية لحماية الاستثمارات الأجنبية في مملكة البحرين

الدكتورة نادية إسماعيل محمد الجبلي

أستاذ المالية العامة المساعد ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين

لقد أدى التطور في ظروف الحياة الإقتصادية والسياسية والاجتماعية ، وما يشهده العصر الحديث من سهولة الاتصال بين المجتمعات المختلفة إلى ظهور علاقات اقتصادية وقانونية لم تكن معروفة من قبل مثل (الاستثمارات الأجنبية) التي أولتها التشريعات معاملة خاصة تفوق تلك التي يتمتع بها الأجنبي العادي ، نظراً لما تعول عليه الدول المضيفة من دفع عجلة التنمية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي.

لذلك من الطبيعي أن تنشأ منازعات بين أطراف التعاملات الاستثمارية المختلفة والتي يترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة، وخاصة عند تنفيذها وتطبيقها عملياً، وخاصاً إذا كانت ذات طابع مالي ، والتي تختلف مراكزها القانونية، كان يكون أحدها دولة ذات سيادة والأخر شخصاً أجنبياً طبيعياً أو معنوياً من أشخاص القانون الخاص، لذلك حرصت معظم التشريعات الاستثمارية ومنها التشريع البحريني على توفير بيئة استثمارية مناسبة ومشجعة من خلال توفير وسائل قانونية كفيلة بتحقيق الاطمئنان والتوازن بين مصالح أطراف الاستثمار. لذلك تعددت وسائل تسوية المنازعات الاستثمارية ومنها وسائل إجرائية والتي يتم بموجبها السماح للمستثمر الأجنبي باللجوء للقانون الداخلي أو القانون الدولي لحماية حقوقه واستثماراته عن طريق هيئة قضائية خاصة ومحيدة تتولى النظر في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة.

## أهمية البحث:

يأتي أهمية هذا البحث من طبيعة الظروف التي يمر بها الاقتصاد البحريني في المرحلة الراهنة وحاجته الماسة إلى مزيد من التدفقات الوافدة للاستثمار الأجنبي المباشر باعتبارها مصدراً لا بد منه ليس فقط لسد الفجوة التي يعانيها الاقتصاد بل وأيضاً لزيادة قدرة الاقتصاد على توليد الدخل ورفع الإنتاج والإنتاجية.

## إشكاليات البحث:

معرفة مدى فاعلية الوسائل الإجرائية الوطنية والدولية في تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة المضيفة ، وكذلك مدى فاعلية الاتفاقيات الثنائية والدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

## منهجية البحث:

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.

### تقسيمات البحث:

يقضي موضوع الدراسة إتباع التقسيم الثنائي، وقد جاء البحث هذه في مبحثين رئيسين خصصت (المبحث الأول) للحديث عن الوسائل الإجرائية الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية كم استعرضت في (المبحث الثاني) منه عن الوسائل الإجرائية الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية.

### المبحث الأول

#### الوسائل الإجرائية الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية

أتاح المشرع البحريني للمستثمر وسائل متعددة ومختلفة يمكنه من اللجوء إليها متى ما نشبه خلاف بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار للفصل في المنازعات الاستثمارية والمحتمل وقوعها ، حيث أن أكثر ما يقلق المستثمر الأجنبي هو عدم تمكنه من الدفاع عن حقوقه أمام سلطات الدولة المضيفة في حالة الاعتداء على حقوقه أو عدم وفاء الدولة بما تعهدت بتنفيذه ، ولتبيد هذا المخاوف من قبل المستثمر ، تضمن التشريع البحريني وسائل عديدة تكفل له الدفاع عن حقوقه بأي وسيلة يختارها ، ومن هذه الوسائل حل المنازعات بالوسائل الودية وهو ما سنتكلم عنه في المطلب الأول ، أما في المطلب الثاني سنتحدث عن القضاء الوطني (غرفة البحرين لتسوية المنازعات) .

### المطلب الأول

#### حل النزاع بالوسائل الودية

لقد شهدت العلاقات التجارية والاستثمارية الدولية تطوراً هائلاً ، حيث أصبح اللجوء للوسائل الودية في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد بينهم ، وخاصاً أنه لم تعد القوانين الداخلية لكل دولة تكفي لتنظيم تلك العلاقات ذات العناصر الأجنبية ، لان القاضي يطبق عليها القوانين الوطنية الذي قد لا يكون هو الأفضل أو الأنسب لتنظيمها ، كذلك لم يعد مناسباً إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات للقضاء الوطني لكل دولة ، نظراً لعدم ثقة المتعاملين في توافر ضمانات التقاضي الحقيقية أمام هذا القضاء في مختلف الدول ، بالإضافة إلى ما يعيب قضاة المحاكم من قلة الخبرة بتلك المنازعات المعقدة بجانب تقييد هؤلاء القضاة بإجراءات وقيود لا تتناسب مع طبيعة التجارة والاستثمار الدولية وما تحتاجه من سرعة وسرية وفعالية في حسم هذه المنازعات مع منحهم مرونة وحرية وكونها أقل مشقة وكلفة وتعمل على توفير الوقت والجهد على المتنازعين أو المتخاصمين مقارنة بالوسائل الأخرى والتي قد لا تتوفر في المحاكم.

لذلك نلاحظ بعض القوانين والاتفاقيات تكتفي بالنص على مبدأ حل النزاع ودياً من دون تحديد نوع الوسيلة ، وتوجب على الطرفين المتنازعين اللجوء إلى حل النزاع بطريقة ودية ، فإذا فشلت هذه الوسائل فمن حق الأطراف المتنازعين اللجوء إلى وسائل قضائية أخرى ، وهي الطريقة التي نص عليها المشرع البحريني في الاتفاقيات المبرمة

بين البحرين ومصر على أنه ( ينبغي ، أن أمكن ، تسوية النزاعات التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير وتطبيق هذه الاتفاقية من خلال القنوات الدبلوماسية ) (١) .

والقاعدة الأساسية في العلاقات الدولية هو لجوء الدول إلى الطرق الودية لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة والتي تقضى بأن « يفض جميع أعضاء المنظمة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن للدول عرضة للخطر » ، كما نصت المادة ٣٢ من الميثاق على هذه الوسائل فتصت على أنه « يجب على أطراف كل نزاع أن يلتسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضات والتحقيق والتحكيم والتسوية القضائية أو أن يلجأوا إلى الوكالات والمنظمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارهم »

### أولاً: المفاوضات:

وتعتبر المفاوضات الوسيلة الملائمة التي يتم بموجبها تبادل وجهات النظر بين دولتين متنازعتين بقصد التوصل إلى تسوية النزاع القائم بينهما ، وتبادل وجهات النظر يتم عن طريق الاتصال المباشر بين رؤساء الدول أو وزراء الخارجية أو ممثلين عن الدول المتنازعة ، ويتم من خلال التفاوض تبادل وجهات النظر بينهما إما بصورة شفوية أو عن بواسطة مذكرات مكتوبة أو من خلال عقد مؤتمر دولي يقصد لهذا الغرض ، وتعد المفاوضات وسيلة عملية وناجحة لتسوية المنازعات الدولية إذا ما توافرت النوايا الحسنة لدى الأطراف المتنازعة خاصة وان هذه الوسيلة تتسم بالمرونة وكسر الحاجز النفسي بين الدولة المتنازعة ، وقد تلجأ الدول إلى وسيلة المفاوضات بموجب التزامات في معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف عندما ينشأ نزاع حول تطبيق أو تفسير هذه المعاهدات وهو ما نصت عليه الاتفاقية بين البحرين وبلغارية على أن ( تتم تسوية المنازعات الناشئة بين مستثمر تابع لأي من الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر المتعلقة بالتزامات هذا الأخير ذات العلاقة باستثمار المستثمر المذكور أولاً - إن أمكن بالطرق الودية عبر المفاوضات ) (٢) .

وفي حالة فشل المفاوضات فأنها أحياناً ما تقضى بعرض المنازعات على أطراف ثالثة (٣) ، كما أكدت محكمة العدل الدولية ان المفاوضات الدبلوماسية المسبقة تعد قاعدة عرفية في حالة التسوية القضائية (٤)

### ثانياً: الوساطة:

وهو قيام دولة محايدة أو منظمة دولية بنشاط لتقريب وجهات النظر والمصالح المتضاربة بين دولتين متنازعتين للتوصل إلى تسوية النزاع القائم بينهما، ويتم ذلك عن طريق الاشتراك في المفاوضات التي تتم بين الدولتين المتنازعتين ، والوساطة هي عمل تطوعي واختياري من قبل الطرف الوسيط ، والوسيط عادة يكون من الشخصيات المرموقة كرؤساء الدول ووزراء الخارجية وأبرز مثال على ذلك الدور الذي قام به الرئيس السابق

- ١ (( المادة (٩) من الفقرة (١) من الاتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة دولة البحرين وحكومة جمهورية مصر العربية بالمرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٧م ، والمنشور بالجريدة الرسمية البحرينية في العدد (٢٢٨٨) - الأربعاء ١ أكتوبر ١٩٩٧م .
- ٢ (( المادة (٨) من الفقرة (١) من الاتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة دولة البحرين وحكومة جمهورية بلغارية بالمرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠م ، والمنشور بالجريدة الرسمية البحرينية في العدد (٢٩٤٠) - الخميس ٢٥ مارس ٢٠١٠م .
- ٣ ( ) وهو ما أقرته محكمة العدل الدولية عام ١٩٧٤ في قضية المصايد الأيسلندية واتفاقية فيينا حول التوارث الدولي في مسائل المعاهدات عام ١٩٧٨ .
- ٤ ( ) مثال ذلك قضية حق المرور في الإقليم الهندي عام ١٩٥٧ ، راجع في ذلك: د/ عبدالله الأشعل : القانون الدولي المعاصر ، الطوبجى للنشر، القاهرة، ١٩٩٩ ، ص:٦١ وما بعدها.

محمد حسنى مبارك في الوساطة بين قطر والمملكة العربية السعودية مما ترتب عليه تسوية الخلاف القائم بينهما بشأن الحدود في ديسمبر سنة ١٩٩٢. (١)

أما على الصعيد العربي الإقليمي فقد كانت مصر سباقة في هذا المجال، حيث وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قواعد للوساطة والتوفيق والخبرة الفنية وبدأ العمل بها منذ عام ١٩٩٠ تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة، وأنشئ المركز كفرع من فروع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من الوسائل الودية الأخيرة لحسم منازعات التجارة والاستثمار (٢).

وكذلك وضعت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مفاوضات الوساطة والتوفيق كوسيلة بديلة لحسم النزاع في المواد ٢ و٣ من الاتفاقية المذكورة أعلاه حيث يلجأ إليها المتنازعون لحل النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم (٣). نستنتج مما سبق أن التوسع في العلاقات التجارية والاستثمارية أدى إلى ظهور نزاعات قد تنشأ بين المستثمرين والدول المستقطبة للاستثمار، لذلك استدعت الضرورة للبحث عن وسائل بديلة عن القضاء من أجل تخفيف العبء عن القضاء في حل هذه النزاعات، فلجأ أطراف النزاع إلى الوسائل الودية كوسائل ناجحة في حل النزاعات لما تتميز به هذه الوسيلة من امتيازات كتبسيط الإجراءات الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة فهذه المزايا تعزز التجارة على نطاق واسع، وذلك لأنها تستجيب لرغبة الأطراف المتعاقدة في حل نزاعاتهم. فالوسائل الودية لا تهدف إلى تسوية المنازعات فحسب، بل أنها تهدف أيضاً إلى إيجاد حل يرضى الطرفين المتنازعين ويمنع نشوب النزاع مرة أخرى، إلا أنها غير ملزمة للطرفين، وفي حالة فشلها سيعود النزاع إلى نقطة البداية مع ضياع الوقت والجهد المبذول لأجلها.

## المطلب الثاني

### القضاء الوطني (غرفة البحرين لتسوية المنازعات)

أن القضاء الوطني هو من يختص بحسم المنازعات التي تنشأ على إقليم الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل، على اعتبار أن تحقيق العدالة يعد وظيفة أساسية من وظائف الدولة، وتنازلها عن هذه الوظيفة قد يظهرها بمظهر العاجز عن أداء هذا الواجب الجوهرى (٤)، فإذا وجد اتفاق بينهما على خلاف ذلك فليس من حق الدولة المضيفة أن تلزم المستثمر الأجنبي بتسوية المنازعات التي تنشأ من استثمار أمواله فيها أمام محاكمها الوطنية، وفي المقابل ليس لها أن تمنعه من اللجوء إلى قضائها الوطني إذا رغب في ذلك، وإلا عرّضت نفسها للمساءلة الدولية، لأنها بذلك تكون قد ارتكبت جريمة إنكار العدالة بموجب العرف الدولي الذي يلزمها بوجوب تأمين العدالة للجميع وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٢٣) من اتفاقية لاهاي الرابعة ١٩٥٧.

لذلك أطلق المشرع البحريني قانون أو مرسوم غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية لصون حقوق المستثمرين ومصالحهم دون شرط أو قيد في جميع المنازعات، حيث منح القانون للمستثمرين حق

١ /د/ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص: ١٢٧.

٢ /د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٦٢٨.

٣ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الصادر بتاريخ ابريل / ٢٠١٥م.

٤ /د/ دريد محمود السامرائي: الاستثمار الأجنبي - الموقوفات والضمانات القانونية، مركز الدراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت - لبنان، ٢٠٠٦، ص: ٣١٨.

اللجوء إلى القضاء الوطني سواء أكان طرف النزاع من المستثمرين الحكومة أو أي شخص آخر، فقد خصص المشرع البحريني في المادتين (٢٣،٢٤) من قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات لبيان كيفية تسوية المنازعات التي قد تثور بين المستثمر وبين الدولة أو إحدى هيئاتها.

لذلك فإنه يدخل من ضمن واجبات واختصاصات القضاء الوطني في البحرين والمتمثل في (غرفة البحرين لتسوية المنازعات) وهي هيئة مستقلة متخصصة لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية وتتمتع بالشخصية الاعتبارية، ولتحل محل مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي، وتختص هذه الغرفة بالفصل في منازعات معينة ينعقد الاختصاص بنظرها في الأصل لمحاكم البحرين أو لأية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي فيها تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، متى زادت قيمة المطالبة عن خمسمائة ألف دينار (حوالي مليون وثلاثمائة وخمسين ألف دولار).

### أولاً: اختصاصات الغرفة:

تختص الغرفة في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين المؤسسات المالية المرخص لها بموجب أحكام قانون مصرف البحرين المركزي، أو بينها وبين غيرها من المؤسسات والشركات الأخرى والأفراد، بالإضافة إلى المنازعات ذات الصبغة التجارية الدولية. (١)

تكون المنازعة دولية إذا كان مقر أحد أطراف النزاع أو المكان الذي ينفذ فيه جزاءً هاماً من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به، واقعاً خارج المملكة.

وتكون المنازعة تجارية إذا كان موضوعها يتعلق بالعلاقات ذات الطبيعة التجارية سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، بما في ذلك أية معاملة لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها واتفاقيات التوزيع والتمثيل التجاري أو الوكالة التجارية وإدارة الحقوق لدى الغير والتأخير الشرائي وتشبيد المصانع والخدمات الاستشارية والأعمال الهندسة وإصدار التراخيص والاستثمار والتمويل والأعمال المصرفية والتأمين واتفاق أو امتياز الاستغلال والمشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري ونقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو برأ.

هذا بالإضافة إلى الحالات التي يتفق فيها أطراف النزاع فيما بينهم بإحالة نزاعهم للغرفة وفق اتفاق كتابي لتسوية النزاع أمامها، كما يجوز الاتفاق بين أطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بما لا يتعارض مع أحكام النظام العام في مملكة البحرين، وإذا لم يتفقوا على القانون الواجب التطبيق كان القانون البحريني هو الواجب التطبيق في موضوع النزاع، وكذلك إذا لم يتفق الأطراف على اختيار اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات تسوية المنازعات كانت اللغة العربية هي اللغة التي تستخدم في هذه الإجراءات.

وكذلك يجوز للأطراف أمام هيئة تسوية النزاع وفق أحكام المرسوم في الفصل الأول، الطعن ببطالان الحكم الصادر من الغرفة أمام محكمة التمييز في حالات عديدة نذكر منها عدم إعلان الطاعن علي وجه صحيح بتعيين أحد أعضاء هيئة تسوية المنازعات أو بإجراء تسوية للنزاع أو عدم تمكينه من إبداء دفاعه، أو تشكيل هيئة تسوية النزاع بما يخالف اللائحة، أو تعارض حكم الهيئة مع النظام العام في البحرين، أو وقوع الغش من الخصم أو من وكيه كان له تأثير في الحكم، أو وقوع التزوير في الأوراق التي بنى عليها الحكم، الحصول علي مستندات قاطعة

١ المادة (٩) من مرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٩٠٢)، الخميس ٢/ يوليو/ ٢٠٠٩، مملكة البحرين.



في الدعوى حال الخصم دون تقديمها، إذا كان الحكم متناقضاً مع حكم آخر حائزاً لقوة الأمر المقضي به .. الخ .  
ولمنح الفعالية القانونية المطلوبة يكون الحكم الصادر من غرفة تسوية المنازعات بمثابة حكم نهائي قابل للتنفيذ، ما لم يطعن فيه أمام محكمة التمييز في البحرين (أو محكمة الاستئناف العليا في حالة اتفاق الأطراف بإحالة النزاع للغرفة كما ورد في الفصل الثاني من هذا المرسوم) وتأمراً المحكمة بوقف التنفيذ بناء على طلب الطاعن، هذا ويجب أن يصدر حكم هيئة تسوية النزاع كتابة ويجب أن يكون موقفاً من أعضاء هيئة تسوية النزاع.  
ثانياً: إجراءات الطعن أمام الغرفة:

يرفع الطعن في الدعوى من قبل الأطراف المتنازعة أمام الغرفة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم أو إعلانه، والذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته، أو الذي حكم فيه على شاهد الزور، أو الذي ظهرت في الورقة المحتجزة.

ولا يقبل الطعن إلا إذا ذكر أسباب الطعن في لائحة الطعن، ويتعين على رافع الطعن أن يودع عند تقديم صحيفته على سبيل الكفالة مبلغاً يعادل اثنين في المائة من المبلغ المحكوم به أو عشرة آلاف دينار أيهما أكبر، ولا تقبل صحيفة الطعن إذا لم تكن مصحوبة بما يثبت إيداع الكفالة، ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، وتحكم المحكمة بمصادرة الكفالة أو جزء منها إذا قضت برفض الطعن أو بعد قبوله أو بسقوطه.

ويكون الحكم الصادر من هيئة تسوية النزاع حكم نهائي صادر من محاكم البحرين وقابلاً للتنفيذ مالم تأمر محكمة التمييز بوقف تنفيذه وكان الطاعن قد طلب ذلك في صحيفة الطعن. (١)

إذا كان من المسلم به حق المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة لحماية حقوقه ومصالحه، فإن هذا الأمر لم يعد كافياً لطائفة من المستثمرين، وذلك بسبب زيادة وتنوع المنازعات بشكل كبير نتيجة التغيرات والتطورات المستمرة في العلاقات القانونية، والتي رتبت بدورها تعدد وتنوع فروع القوانين المتشعبة وتزاحمها لملاحقة تلك التطورات الهائلة، بحيث أصبح من غير المتصور أن تعرض على القاضي الوطني مجموعة متنوعة من القضايا تحكمها قوانين متعددة ومتنوعة، وهو الأمر الذي سيؤثر على سرعة الفصل في هذه المنازعات وعلى الدقة في تطبيق هذه القوانين، بالإضافة إلى تخوف من تأثير القاضي الوطني بمصالح دولته وبالتالي التزامه بالحيدة، وكذلك قد يتخوف المستثمر الأجنبي من بطئ إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني أو البطء في إصدار الأحكام أو تعدد طرق الطعن، لذلك كان من أهم حجج المستثمرين الأجانب في عدم الثقة والرضاء تجاه القضاء الرسمي للدولة المضيفة كضمانة إجرائية لحماية حقوقهم ومصالحهم هو افتقار هذا القضاء للخبرة الكافية والتخصص النوعي في قضايا الاستثمار والتجارة الدولية .

## المبحث الثاني

### الوسائل الإجرائية الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية

أن المستثمر الأجنبي دائماً ما يفضل اللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية منازعاته الاستثمارية، ولاسيما إلى القضاء الدولي لاعتقاده بأنه يتميز بالحيادية والاستقلالية وتوفير الحماية القانونية للحفاظ على حقوقه، ورغبة

١ (( المادة (٢٤) من مرسوم غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية .

من الدول المضيفة في تأمين بيئة استثمارية كفيلة بجذب رأس المال الأجنبي ، فأنها تسمح في قوانينها وتشريعاتها باللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات طالما أنها تبث الثقة لدى المستثمر وتشجيعه على توظيف أمواله في الدولة المضيفة للاستثمار، وتتمثل الوسائل القانونية الدولية لتسوية المنازعات الاستثمار في القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية هذا النمط القانوني من المنازعات .

## المطلب الأول القضاء الدولي

إن إعطاء المستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى القضاء الدولي لحل النزاعات الاستثمارية ترتب قدراً من الثقة والاطمئنان لدى المستثمر على أمواله المستثمرة ، لذلك فإن غالبية قوانين الاستثمار تتضمن جواز اللجوء إلى القضاء الدولي لحل المنازعات الاستثمارية ، والتي قد تشب بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ويتمثل القضاء الدولي الذي يجوز لأطراف النزاع أن يلجئوا إليه للفصل في النزاع عموماً في محكمة العدل الدولية، ومحكمة التحكيم الدائمة ، ومحكمة الاستثمار العربية ، وسنتحدث عن مهام كل محكمة في حل النزاعات الاستثمارية .

### أولاً: محكمة العدل الدولية:

وتسمى غالباً المحكمة العالمية، وهي محكمة مدنية أعلى وكالة قضائية في هيئة الأمم المتحدة (١) ، وتعتبر جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة طرفاً في النظام الأساسي لها . أطرافاً في النظام الأساسي لها؛ وتتألف هذه المحكمة من خمسة عشر قاضياً يمثلون ثقافات قانونية متنوعة ، ويتم انتخابهم بناء على ترشيح مجلس الأمن وموافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة (٢) .

وتتمتع هذه المحكمة باختصاص تسوية المنازعات بين الدول، وإصدار الفتاوى لأجهزة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة (٣) ، فهي تحسم المنازعات التي تنشأ بين الدول الأمر الذي يعني عدم أحقيه المستثمر الأجنبي فرداً كان أو شركة في المثول أمام هذه المحكمة مباشرة ، ولذلك فإن الوسيلة الوحيدة للجوء إليها هو قيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة استناداً إلى مبدأ الحماية الدبلوماسية، حيث يعترف الفقه الدولي بحق الدول في حماية مصالح رعاياها، وبالتالي، أهليتها في رفع دعوى أمام القضاء الدولي في حالة حصول اعتداء على هذه الحقوق والمصالح .

لذلك يعتبر نظام الحماية الدبلوماسية ضماناً مهماً لحماية حق المستثمر (٤) ، ومثل هذا الأمر محاط بالمخاطر بالنسبة للمستثمر الأجنبي، حيث ان الدولة التي ينتمي لجنسيتها تتمتع بالحرية المطلقة في هذا المجال، ويتوقف قرارها على اعتبارات سياسية واقتصادية متباينة وتعارض وتوافق المصالح بين الدول إذ قد تتوقف الدولة التي ينتمي لها المستثمر عن متابعة الدعوى القضائية أمام محكمة العدل الدولية، وقد تعقد اتفاق لتسوية النزاع وإنهاء الدعوى وقبول تعويض معين، كما أن التوسع في استعمال هذا المبدأ قد يتعارض مع سيادة الدولة على الأشخاص القانونية التي تمارس أنشطتها في إقليمها، مما قد يترتب عليه إثارة الأزمات السياسية بين الدولة

١ ( ( المادة (٩٢) من ميثاق الأمم المتحدة

٢ ( ( المادتين (٤.٣) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

٣ ( ( المادة (٣٤) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

٤ ( ( د/عبد العزيز محمد سرحان : المبادئ العامة للقانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص: ٤١٨

المضيضة للاستثمار ودولة المستثمر (١)، ويتطلب رفع الدعوى أمام محكمة العدل الدولية استناداً إلى نظام الحماية الدبلوماسية توفير الشروط معينة مثل وجود علاقة قانونية وسياسية تربط بين المستثمر الأجنبي (الفرد أو الشركة) الذي أصابه الضرر وبين الدولة التي تتصدى لحمايته، وكذلك لا بد أن يكون المستثمر الأجنبي قد استنفذ كل الطرق والوسائل في المطالبة بحقوقه وإصلاح ما أصابه من ضرر وحسب تشريعات الدولة المضيفة (٢) ، وأن لا يكون المستثمر الأجنبي الذي يطلب الحماية قد ساهم بأي شكل من الأشكال في إحداث الضرر الذي وقع عليه أو أصابه. (٣)

وعلى الرغم من المحاولات الجادة من قبل بعض الفقه لتطوير نظام محكمة العدل الدولية من خلال البحث والتمعن في نصوص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولي بهدف إيجاد وسيلة تمكن المستثمر الأجنبي من اللجوء المباشر إلى هذه المحكمة أو إلى إحدى هيئاتها التابعة لها، وذلك سواء عن طريق تقديم اقتراحات بتشكيل هيئة خاصة تتبع المحكمة وتختص بالفصل في منازعات الاستثمار أو عن طريق توسيع اختصاصاتها، إلا أن تلك المقترحات باءت بالفشل إذ أن منح الاختصاص لهذه المحكمة بالفصل في المنازعات الاستثمارية يحتاج على عقد اتفاق خاص بين الدولة المضيفة للاستثمار وبين دولة المستثمر ، وبالتالي يتعذر على المستثمر اللجوء المباشر إلى هذه المحكمة إلا عن طريق دولته أو بعد حصوله على تفويض، كما إن توسيع اختصاص المحكمة يعنى تعديل نظامها الأساسي ، وهذا يتطلب تعديل ميثاق الأمم المتحدة الأمر الذي يتعذر تحقيقه في الوقت الحالي ، لذا لا يمكن اللجوء للمحكمة إلا عن طريق نظام الحماية الدبلوماسية والتي لا تخلو من مخاطر بالنسبة للمستثمر الأجنبي إذ يعتمد ممارسة ذلك على مجموعة من الاعتبارات والمصالح. (٤)

لذلك يعتبر تمكين المستثمر الأجنبي من اللجوء المباشر إلى محكمة العدل الدولية أمر غير مستحب، لعدم ملائمة أسلوب عمل هذه المحكمة وإجراءاتها في حسم القضايا المرفوعة من الأفراد (سواء طبيعيين أو اعتباريين)، فضلاً عن ذلك فإن تخويل المستثمر في عرض قضيته على هذه المحكمة يمكن أن تقلل من الدور الكبير الذي تضطلع به باعتبارها هيئة قضائية رفيعة الشأن تختص بتسوية المنازعات المهمة التي تنشأ بين الدول، لذلك يفضل لجوء المستثمر الأجنبي إلى وسائل أخرى لحسم المنازعات الاستثمارية وبشكل خاص اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المستقطبة للاستثمار (٥)، ونوافق مع هذا الرأي لأن الدولة المستقطبة تحاول حماية المستثمر بشتى الطرق من أجل بث الثقة والاطمئنان لدى المستثمر حتى يستثمر أمواله في هذه الدولة .

### ثانياً: محكمة التحكيم الدائمة:

تعد المحكمة الدائمة للتحكيم منظمة دولية تأسست من خلال اتفاقية التسوية السلمية للنزاعات الدولية التي تم التوصل إليها في مؤتمر لاهاي للسلام الذي انعقد بمدينة لاهاي الهولندية في ٢٩/يوليو/١٨٩٩ بناء على مبادرة من القيصر الروسي نيكولاي الثاني، وقد تمت مراجعة اتفاقية ١٨٩٩ في المؤتمر الثاني للسلام الذي انعقد بلاهاي في الأول من أكتوبر ١٩٠٧، وهي ليست محكمة بالمعنى القانوني للكلمة بل تعد مجرد هيئة تتولى تشكيل محاكم

١ د/دريد السامرائي: الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص: ٢٢١

٢ د/عصام العناني: القانون الدولي العام، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، دون ذكر تاريخ، ص: ٣٥٧

٣ د/إبراهيم محمد العناني: اللجوء إلى التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص: ٥٤

٤ د/عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص: ١٧٧ - ١٨٠

٥ د/دريد السامرائي: الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص: ٢٢٢

خاصة لتسوية المنازعات ، وينتهي دورها فور الانتهاء من الفصل في النزاع المعروض عليها. (١) تتولى هذه المحكمة مهمة البت في المنازعات التي تنشأ بين الدول والوكالات الحكومية والمنظمات الدولية أو الأطراف الخاصة سواء كانت منازعات ثنائية أم متعددة الأطراف ، ويمكن للمحكمة تولي تعيين الحكام لبعض النزاعات التي تشب بين الأطراف المعنية أو المساعدة في تعيينهم، غير ان المجلس الإداري لهذه المحكمة قد وافق في ٢٦ / مارس ١٩٦٢م على قواعد التوفيق والتحكيم في تسوية المنازعات التي قد تقوم بين الدولة وأحد الأشخاص القانون الخاص ، حيث تشكل لجان من ثلاثة محكمين يختارهم أطراف النزاع ، كما يمكن الاستعانة بسكرتارية المحكمة لاختيار المحكمين في حالة فشلهم في ذلك ، وبذلك أصبح بإمكان المحكمة ان تتصل في المنازعات بين الدولة المضيئة للاستثمار والمستثمرين الأجانب ، إلا أن ذلك لا يعني فسخ المجال أمام كل المستثمرين في اللجوء إلى هذه المحكمة إذ لا بد أن تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرف في اتفاقية ١٩٠٧ وبذلك يتعذر على أغلب مستثمري الدول النامية باللجوء إليها. (٢)

### ثالثاً: محكمة الاستثمار العربية:

أنشأت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام ١٩٨٠ (٣) ، وتتخذ هذه المحكمة في الواقع جهازاً مؤقتاً يختص بتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام تلك الاتفاقية ، وقد تم وضع النظام الأساسي لها من قبل الهيئة العربية للاستثمار ٢٢/٢/١٩٨٥ ، وتم تشكيل المحكمة بموجب قرار المجلس الاقتصادي عام ١٩٩١ ، وتتألف من خمسة قضاة أصليين على الأقل وعدد من الاحتياطيين ينتمي كل منهم إلى جنسية عربية مختلفة، يختارهم المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لجامعة الدول العربية من بين القانونيين العرب الذين ترشحهم دولهم ممن يتمتعون بالكفاءة العلمية والصفات الخلقية الرفيعة (٤) . وتختص بتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام الاتفاقية الموحدة ، وبموجبها أصبح بإمكان المستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى هذه المحكمة ، إلا انه لا يستطيع إقامة الدعوى في نفس الوقت أمام كل منهما (٥) ، إذا أقام الدعوى أمام جهة معينة فانه لا يستطيع إقامته أمام الجهة الأخرى.

١ د/عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص: ١٨٠-١٨١ ،

تتكون المحكمة الدائمة للتحكيم من هيكل إداري ثلاثي قوامه:

- المجلس الإداري : يهتم بالسياسة والميزانية ، ويتكون من رؤساء البعثات الدبلوماسية للدول الأعضاء المعتمدين لدى هولندا ويتولى رئاسته وزير الخارجية الهولندي. ويتولى الأمين العام للهيئة تقديم تقرير سنوي للمجلس حول نشاط المحكمة.

- السكرتارية : تعرف أيضا باسم المكتب الدولي ، ويتولى تسييرها الأمين العام ، وتتكون من فريق من القانونيين والإداريين من مختلف الجنسيات.

- أعضاء المحكمة: وهم فريق المحكمين الذين تعينهم الدول الأعضاء ، وبإمكان كل دولة عضو ان تعين ما بين ١ و٤ أعضاء لمدة ٦ سنوات قابلة للتجديد. وبإمكان هؤلاء الأعضاء ترشيح القضاة لمحكمة العدل الدولية ، وترشيح الشخصيات أو الهيئات والمؤسسات للفوز بجائزة نوبل للسلام. كما تحتفظ هيئة التحكيم الدائمة بقائمة من المحكمين المتخصصين في المنازعات المتعلقة بشؤون البيئة والموارد الطبيعية ، وقائمة للخبراء العلميين والتقنيين الذين يمكن تعيينهم خبراء أثناء النظر في النزاعات. وبإمكان أطراف النزاع اختيار محكمين ووسطاء وخبراء من هذه القائمة.

٢ د/عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص: ١٨١

٣ انظر المواد (٢٧-٢٦) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

٤ المادة (٢٨) من الفقرة (٥.٢) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

٥ المادة (٢١) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

وتعتبر أحكام هذه المحكمة نهائية وغير قابلة للطعن وتنفذ في الدول العربية الأعضاء في الاتفاقية ولها حكم الأحكام الصادرة من محاكمها الوطنية، إلا أن المحكمة تستطيع إعادة النظر في الأحكام التي تصدرها إذا ما تضمنت انتهاكاً جسيماً وخطيراً لقاعدة سياسية في الاتفاقية الموحدة أو الإجراءات التقاضي أو عند اكتشاف وقائع جديدة (١)، وبالتالي، فإنها تستطيع وقف تنفيذ حكمها لحين البت في التماس إعادة النظر (٢) .

وتتميز المحاكم الإقليمية عن المحاكم الدولية في أن قضاة الأولى أكثر إلماماً بالواقع المحلي والفقهاء القانوني السائد في المنطقة، وفي وسع المحاكم المتخصصة أن تضع بإحكامها سوابق قضائية في إطار نظام قانوني يناسب المحكمة الإقليمية، ولاشك في أن حل المنازعات الإقليمية داخل الإقليم أفضل بكثير من اللجوء إلى المحاكم الدولية (٣) .

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية لهذه المحكمة نرى أنها من جانب تختص بالنظر كهيئة قضاء في المنازعات الاستثمارية الخاصة بتطبيق أحكام الاتفاقية، كما أنها من جانب آخر تعمل كهيئة فتوى حيث تقدم الآراء الاستشارية في المسائل القانونية بناء على طلب إحدى الدول الأعضاء في الاتفاقية أو بناء على طلب الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي للجامعة (٤)، وفيما يتعلق باختصاصاتها في حسم المنازعات الخاصة بالاستثمار، فهي تملك صلاحية النظر في المنازعات التي تقوم بين المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وبين المستثمرين المؤمنين لديها فيما يتعلق بالاستثمارات المؤمن عليها لدى هذه المؤسسة .

الملاحظ أن الاتفاقية قد أتاحت للمستثمر العربي اللجوء المباشر بصفته الشخصية إلى محكمة الاستثمار العربية باعتباره طرفاً في نزاع مع الدولة المستضيفة للاستثمار، وهذا يعد في حد ذاته تقدماً مهماً وغير مسبوق في سبيل إيجاد وسيلة قانونية محايدة للحسم في منازعات الاستثمار في إطار المجتمع العربي، ومنح المستثمر العربي الثقة والاطمئنان، وبالتالي، تشجيعه في استثمار أمواله في أعمال استثمارية، إلا أن هناك حاجة ملحة إلى توسيع اختصاص هذه المحكمة بحيث تستطيع النظر ما إذا كان مستثمراً خاصاً أو دولة أو إحدى مؤسساتها وبصرف النظر عن جنسيته لأن تقوم بين مستثمر أجنبي ودولة عربية أو تلك التي تثور بين مستثمر عربي ودولة أجنبية، ومن الأفضل أن تنص قوانين الاستثمار العربية كافة والاتفاقيات التي تبرمها الدول العربية على إحالة المنازعات المتعلقة بالاستثمار بما فيها الاستثمار غير الوطني إلى محكمة الاستثمار العربية بعد إجراء توسيع في اختصاصاتها (٥)

١ (( المادة (٢٤-٢٥) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

٢ (( المادة (٦٠) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

٣ (( د/محمد مصطفى يونس: قانون التنظيم الدولية (النظرية العامة)، الطبعة الثانية، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩٠، ص: ١٦١

٤ (( المادة (٣٦) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

٥ (( د/دريد السامرائي: الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص: ٣٢٦



## المطلب الثاني الاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية

تدرك الدول المضيفة للاستثمار مدى أهمية جذب الاستثمارات الأجنبية على ترميتها الاقتصادية ، لذلك تحرص هذه الدول على الدوام على تقوية الروابط بينها وبين المستثمرين الأجانب من خلال توفير المناخ القانوني الملائم لجذب استثماراتهم إليها ، وكلما كانت هذه العلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار تنتهي بسلام وأمان ، وأحياناً ما تنتهي بنزاع وشقاق ، لذلك كانت الوسيلة الوحيدة والأفضل أمام المستثمر الأجنبي لحماية حقوقه هو اللجوء إلى دولته لتقديم الحماية له بالطرق الدبلوماسية ، ولكن أحياناً ما تفشل هذه المساعي الدبلوماسية في حل المنازعات الاستثمارية ، وبعد تطورات أخذت الاتفاقيات الاستثمارية مجدها كوسيلة قانونية لحماية حقوق المستثمرين ، وقد أعطت هذه الاتفاقيات الاستثمارية التحكيم التجاري الدولي دوراً في تسوية المنازعات الاستثمارية نظراً لما يتمتع به من مزايا عديدة أهمها السرعة والسرية (١) .

لذلك سنتطرق إلى الاتفاقيات التي أقرها المشرع البحريني لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الحكومة والمستثمر أو المشروع الاستثماري ، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ التي أنشأت صرحاً دولياً لفض منازعات الاستثمار وهو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، وكذلك مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٢ ، وقواعد وإجراءات القانون النموذجي للتحكيم (الانسيترال) كمايلي :  
أولاً: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) :

سعى البنك الدولي للإنشاء والتعمير إلى إيجاد وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار ، والتي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التي يستثمر أمواله فيها ، حيث قامت الجمعية العمومية لهذا البنك عام ١٩٦١ باقتراح لعقد معاهدة لتسوية هذه المنازعات حيث تمت مناقشتها من قبل خبراء قانونيين متخصصين في عدة اجتماعات في كل من أديس بابا ، وسان دييجو ، وجنيف ، وبانكوك ، فقد تمخض عن هذا السعي إلى إعداد اتفاقية دولية متعددة الأطراف ، وفي ١٨ مارس ١٩٦٥ تم الموافقة على اتفاقية بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدولة المتعاقدة ، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من ١٤/أكتوبر/١٩٦٦ ، وتم الموافقة عليها من قبل (٦٥) دولة وصادقة عليه (٦٣) دولة وأطلق عليها اتفاقية واشنطن ، وأنشأت هذه الاتفاقية مركزاً دولياً لتسوية منازعات الاستثمار بطريقة التوفيق أو التحكيم طبقاً للقواعد التي تقرها الاتفاقية (٢) ، وقد انضمت مملكة البحرين إلى هذه الاتفاقية في سنة ١٩٩٥ (٣) ، وذلك لرغبتها الملحة في تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها بهدف تأمين احتياجاتها الاقتصادية والتنموية من جهة ، وبعث الثقة والطمأنينة في نفوس أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة والذين يسعون دائماً إلى حماية أموالهم واستثماراتهم من إجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم وغيرها من جهة أخرى.

1 ( Alan Redfern. Martin Hunter and others. Law and Practice of International Commercial arbitration . London. Sweet and Maxwell. ( 4th edition). 2004. PP 562- 563.

٢ ( د/كامران الصالحي: دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية ، بحث منشور على الانترنت ، ص:١١٨٨ )  
٣ ( ( وقد وافقت مملكة البحرين بموجب مرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥ بالتصديق على اتفاقية المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار ، منشور بالجريدة الرسمية - العدد ٢١٩٣ - الأربعاء ٦/ ديسمبر/ ١٩٩٥ م ، ص:٤

## اختصاص المركز:

يعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بمثابة إدارة دولية لتشجيع الاستثمار عن طريق ما أتى به من وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار ، فالهدف الأساسي له هو تقديم تسهيلات التوفيق والتحكيم في المنازعات الاستثمارية التي قد تثور بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة المضيفة للاستثمار، وتكوين مناخ من الثقة المتبادلة بين المستثمرين الأجانب والحكومات المضيفة لاستثماراتهم، ويكون من شأنه زيادة تدفق رأس المال الدولي على الدول التي ترغب في اجتذابه (١) ، فهو- في المقام الأول- أداة دولية لتشجيع الاستثمار والتنمية الاقتصادية ، ووسيلة في تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين الأجانب عن طريق إجراء التحكيم في المنازعات الاستثمارية وفقاً لما هو متفق عليه في اتفاقية واشنطن لفض منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدولة ومواطني الدول الأخرى التي أعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير في ١٨/مارس/١٩٦٥ (٢) ، فبقاء المنازعات الاستثمارية دون تسوية يمكن ان يؤثر في المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة ، ويشكل عائقاً أمام تدفق الاستثمارات إليها (٣) ، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٥) ) من هذه الاتفاقية على أنه ”يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة أو إحدى الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها والتي تقوم الدولة بتحديدتها للمركز“ ... (٤)

يتبين لنا من النص أن المركز لا يختص بالنظر في المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها فحسب، بل يمتد ليشمل أيضاً المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة أو المؤسسات والوكالات التابعة لها، والتي تقوم الدول المتعاقدة بتحديدتها أو تعيينها أمام المركز حتى يشملها الاختصاص، ويملك هذا المركز سلطة البحث والتدقيق للتأكد من كون هذه المؤسسات والوكالات هي تابعة للدولة المتعاقدة (٥) ، ويشترط لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية توافر الشروط التالية وذلك بموجب المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن:

### أ) أن يكون أحد الطرفين دولاً متعاقدة والطرف الآخر مواطناً من دولة أخرى متعاقدة:

تبنت اتفاقية واشنطن منذ نشأتها مفهوماً واسعاً لعبارة «مواطن من دولة أخرى» فيقصد بالمواطن هنا أما شخصاً طبيعياً يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة أو شخصاً اعتبارياً، فالشخص الطبيعي هناك نص على ان يكون من جنسية تختلف عن جنسية الدولة الطرف في النزاع ، بمعنى أنه لا يجوز اللجوء إلى المركز الدولي لفض المنازعات بين المستثمر والدولة التي يحملان نفس الجنسية ، أو بين المستثمر الذي يحمل جنسية مزدوجة (جنسيتين لدولتين مختلفتين) وإحدى هاتين الدولتين ، ولذلك لا بد وأن نشير إلى هذا التحديد نظراً لأن الكثيرين منا يعرف الصعوبات التي واجهتها المحكمة التي كانت تنظر في المطالبات الإيرانية - الأميركية بسبب حالات

١ (( د/دريد السامرائي : الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص:٢٢٨.

2 ((Patrick Del Duca. (2003): The rule of law: Mexico's approach to expropriation disputes in the face of investment globalization. UCLA Law Rev (51). P 97.

٢ (( د/د عمر هاشم محمد صدقه: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٦ ، ص:١٧٦

٤ (( د/د سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص: ٢٧ . د/د حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص: ٣٩ .

٥ (( د/د جلال وهاء محمددين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص: ٢٤



ازدواج الجنسية، فالإيرانيون هم أميركيون في نفس الوقت، سمح لهم بمقاضاة دولتهم - إيران - أمام المحكمة، إما بالنسبة للشخص الاعتباري فإن المادة (٢٥) تعطينا مثلاً هاماً على أن القانون يأخذ في اعتباره الحقائق الاقتصادية، والأفضل هنا أن نورد النص الكامل للفقرة (ب) من المادة ٢٥ التي تنص على أن يقصد بمواطن إحدى الدول المتعاقدة: (أي شخص اعتباري كان يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع وذلك في تاريخ موافقة الطرفين على إحالة هذا النزاع للمصالحة أو التحكيم، وأي شخص اعتباري كان يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في ذلك التاريخ، والذي وافق الطرفان بسبب السلطة الأجنبية على اعتباره مواطناً دولة متعاقدة أخرى في نظر هذه الاتفاقية).

وقد أثيرت تساؤلات فيما يتعلق بشروط كون أحد طرفي النزاع دولة متعاقدة، بمعنى التاريخ الذي يعتمد به لاعتبار الدولة طرفاً في الاتفاقية، حيث تنص المادة (٦٨) من الاتفاقية على أنها تكون نافذة بحق الدولة بعد ٣٠ يوماً من وقت إيداع وثيقة تصديقها وقبولها للمعاهدة، ففي قضية (Holiday inns) أثيرت دفعات فيما يتعلق بالتاريخ الذي يعتد به لعضوية الدولة في الاتفاقية، وتتعلق هذه القضية بنزاع متعلق باتفاق بين الحكومة المغربية وشركة هوليداي أنز الأمريكية حول قيامها بإنشاء وبناء وتشغيل أربعة فنادق في المغرب، ولتنفيذ هذا الاتفاق قامت هذه الشركة بإنشاء شركة تابعة لها في سويسرا هي شركة (Holidy Inns Glarus) والتي وقعت بدورها على اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والشركة الأمريكية، وعندما نشب نزاع بين هذه الأطراف قدمت الشركة التابعة طلباً للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وعلى أثر ذلك قدمت دولة المغرب دفعات بعدم اختصاص هذا المركز لتسوية النزاع على أساس أن المغرب وسويسرا لم تكونا طرفاً في اتفاقية واشنطن وقت إبرام اتفاق الاستثمار، وأن التاريخ الذي يعتد به لاكتساب العضوية هو تاريخ عقد الاستثمار الذي يحتوى على شرط التحكيم، بينما تمسكت شركة هوليداي أنز بأن التاريخ الذي يعتد به هو تاريخ طلب التحكيم إلى المركز الدولي، ولقد تم رفض دفعات الحكومة المغربية على أساس أن التاريخ الذي يعتد به لعضوية الدولة هو تاريخ رضاء الأطراف باختصاص المركز وتقديم طلب التحكيم إليه (١)، من هذه القضية نستنتج هو إمكانية تقديم النزاع الاستثماري إلى هذا المركز حتى إذا كان تاريخ انضمام الدول أطراف النزاع إلى الاتفاقية لاحقاً لتاريخ إبرام عقود الاستثمار.

### ب) يجب ان تكون المنازعة قانونية ومتعلقة بالاستثمار:

يقصد بهذا الشرط ضرورة تعلق المنازعة بتنفيذ أو تفسير إحدى بنود اتفاق الاستثمار؛ أو اعتداء على حق مقرر في اتفاقية ثنائية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار (٢)، من ناحية ثانية فإن هذا الشرط يعني بأن المنازعة يجب أن تنشأ بطريقة مباشرة عن عقد استثمار.

والجدير بالذكر أن المادة (١/٢٥) من اتفاقية واشنطن والخاص باختصاص المركز في تسوية المنازعات ذات الطابع القانوني والمتعلقة بإحدى الاستثمارات، فإنها لم تحدد ماهية عمليات الاستثمار الخاصة بالمنازعات الناشئة عنها الأمر الذي أثار جدلاً فقهيًا بين التوسع والتضييق في تفسير مفهوم الاستثمار، وفي هذا الصدد ذهب

(١) (د/كامران الصالحي: دور القضاء الدولي، مرجع سابق، ص: ١١٨٩-١١٩٠)

2 Sylvia Schatz, Recent Developments in International organizations; American University journal of international Law Policy, volume 3 1988, p48.

بعض الفقهاء (١) إلى التوسع في تفسير العمليات الاستثمارية، وبالتالي توسيع اختصاص المركز الدولي بحيث يشمل الاستثمار ذاته وما يرتبط به من عمليات أخرى مكملة له أو لازمة لتنفيذه، كالنظر في المنازعات المترتبة على تنفيذ عقود الاستيراد والتصدير والقروض والضمانات وعقود المقاولات وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها، وذلك لعدم تضمن اتفاقية إنشاء المركز الدولي تعريفاً واضحاً أو محدداً لمفهوم الاستثمار، فإن ذلك يعني منح أطراف التعاقد سلطة تقديرية واسعة لإضفاء صفة الاستثمار على الأعمال التي يتفقون عليها من عدمها. (٢)

في الواقع ان ترك الحرية للأطراف المتعاقدة لتحديد منازعاتهم وما إذا كانت تنطوي على استثمار معين أم لا، رغم أنها قد تفضي المرونة على الالتزام بتطبيق الاتفاقية، إلا ان ذلك قد يعرض مصالح الدول النامية لمخاطر اقتصادية كبيرة، حيث يقوم عادة الجانب الأقوى والذي هو في الغالب مستثمري الدول الغنية بتعريف موضوع الاتفاق وإضفاء وصف الاستثمار عليه بهدف عرض المنازعة بشأنها على المركز الدولي وتقويت فرصة عرضها على القضاء الوطني للدولة المضيئة للاستثمار، لذلك حرصت بعض الدول على تأكيد حريتها في إخضاع بعض منازعات الاستثمار لاختصاص المركز الدولي واستبعاد أخرى حيث نجد ان المملكة العربية السعودية قد أعلنت استبعاد منازعات المتعلقة بالبترول من اختصاص المركز، كما استبعدت جاميكا وغانا المنازعات ذات العلاقات بالموارد المعدنية، كما قامت غينيا الجديدة باستبعاد المنازعات الخاصة بالموارد المعدنية والموارد الطبيعية. (٣)

#### ج) موافقة طرفاً المنازعة الاستثمارية على إحالتها إلى المراكز كتابة:

ان موافقة الطرفين على التحكيم خطأً قد وردت هذه العبارة في تقرير المديرين التنفيذيين الذي تم إعداده عند تبني اتفاقية واشنطن لتفسير هذا الشرط ووضع ملاحظات عنه: «موافقة الطرفين هو حجر الزاوية في اختصاصات المركز»، وقد اشترط ان تكون موافقة الطرفين على إحالة أي نزاع ينشأ في المستقبل إلى تحكيم المركز خطية، وذلك لتجنب مشكلات الإثبات ومناقشات لا داع لها عن حقيقة موافقة الطرفين، والشيء الذي ربما كانت اتفاقية واشنطن تقصده هو ضرورة وجود شرط التحكيم أو اتفاق على التحكيم، إلا ان التقرير المشار إليه ذكر أنه لا يشترط أن تأتي الموافقة في وثيقة واحدة: «كما لا تشترط الاتفاقية ان يعبر الطرفان على موافقتهما في وثيقة واحدة، وهكذا قد تقرر الدولة المضيئة في قوانينها الخاصة بتشجيع الاستثمارات ان تحال المنازعات الناشئة عن فئات معينة من الاستثمارات إلى تحكيم المركز، كما يجوز للمستثمر ان يعطي موافقته على ذلك خطأً».

لذلك فشرط الرضا هو حجر الأساس في اتفاقية المركز (٤) فإن مجرد رضاه هذه الأطراف بذلك يترتب عليه عدم إمكانية العدول عنه بالإرادة المنفردة لأي طرف من الأطراف، كما ان انسحاب أحد الأطراف من نفسها لا يؤثر في صحة رضائه السابق بقبول التحكيم لدى المركز الدولي، وهذا يعني ان رضاه الأطراف بالتحكيم أمام المركز يعتبر باتاً ولا يجوز العدول عنه (٥)، ومع ذلك لا ينبغي النظر إلى التحكيم في المركز على أنه أداة جبرية

١ /د/ عبد المعز عبد الغفار: الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير القاهرة، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٦، ص: ٤٣١. د/ إبراهيم شحاته: دور البنك الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، السنة (٤١)، ١٩٨٥، ص: ٨٠٩.

2 Amerasinghe. Model Clauses of Foreign investment Disputes. 28 Arbitration Journal 232 1973.

٣ /د/ كامران الصالحي: دور القضاء الدولي، مرجع سابق، ص: ١١٩٧.

٤ /د/ إبراهيم شحاته: نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثمانون، العددان (٤١٧، ٤١٨)، يوليو وأكتوبر ١٩٨٩، ص: ٣٩٧.

٥ /د/ كامران الصالحي: دور القضاء الدولي، مرجع سابق، ص: ١١٩٢.

لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدولة المضيفة للاستثمار وبين المستثمر الأجنبي.

كما ان الاتفاقية لم تترض شكلاً معيناً للموافقة إلا ان تكون كتابة ، فيجوز ان تكون الموافقة على شكل نص في اتفاق استثماري (مثل عقد القرض؛ أو عقد الامتياز؛ أو أي تعاقداً آخر بين المستثمر والدولة المتعاقدة) بالموافقة على اختصاص وإحالة النزاع الذي يحدث في المستقبل للمركز ، وقد تكون على هيئة اتفاقية ثنائية خاصة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي وموافقة الدولة في اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة وأحد رعايا الطرف الأخر في الاتفاقية ، وهو ما نصت عليه المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة بين مملكة البحرين واليمن (١) ، أو في شكل نص في القوانين والتشريع الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار ، الذي تبين في أحد نصوصه إقراراً صريحاً بقبول إحالة النزاع إلى التحكيم أمام المركز ، وعلى ان تتم موافقة المستثمر على ذلك كتابة . إجراءات التحكيم أمام المركز: يقصد بإجراءات التحكيم القواعد المقدمة إلى التحكيم بدءاً من تشكيل هيئة التحكيم إلى حين صدور حكم التحكيم ، تتمثل هذه الإجراءات في الآتي:

أ. طلب التحكيم: تبدأ إجراءات التحكيم بتقديم طلب كتابياً من قبل الطرف الراغب في تسوية النزاع ، سواء أكان دولة متعاقدة أو مستثمراً إلى السكرتير العام للمركز ، الذي يقوم بإرسال صورة منه إلى الطرف الآخر ، ويجب ان يتضمن الطلب على بيانات ومعلومات شاملة تتعلق بموضوع النزاع وأطرافه وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقاً للائحة الإجراءات التي تقرها الاتفاقية ، ويتعين على السكرتير العام تسجيل الطلب بعد التحقق من دخول النزاع في اختصاص المركز ، كما يجب عليه إبلاغ الأطراف على الفور بتسجيل الطلب أو رفض تسجيله. (٢)

ب. تشكيل هيئة التحكيم: تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من الأعضاء ، في حالة التعدد يتم تعيينهم باتفاق الأطراف ، وفي حالة عدم الاتفاق بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم ، فيتم تشكيلها من ثلاثة محكمين ، يختار كل طرف محكماً واحداً منهم ، بينما يتم تعيين المحكم الثالث باتفاق الأطراف ، الذي تتعهد له رئاسة المحكمة ، وهذا الأمر لا يتولاها المحكمان المختاران كما هو الحال في قواعد الأونسيترال والقانون النموذجي ، وفقاً للمادة (٢/١٢٩) والمادة (٢/٣٧) من الاتفاقية ، وإذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوماً التالية لإعلان تسجيل الطلب لدى السكرتارية العامة أو خلال الميعاد الذي يتفق عليه الأطراف ، فيتولى رئيس مجلس إدارة المركز ، بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعديل ، وبعد التشاور مع الأطراف تعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم ، شريطة ألا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، أو من رعايا الدولة المتعاقدة التي ينتمي إليها الطرف الثاني. (٣)

ويجب ان تكون أغلبية المحكمين من رعايا دول متعاقدة ليست طرفاً في النزاع أو أحد رعاياها طرف فيه ، إلا إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم واحد أو تعيين محكم بواسطة كل طرف من أطراف النزاع (٤) ، ويجوز لأطراف النزاع اختيار المحكمين من خارج قائمة التحكيم ، شريطة ان تتوافر في هؤلاء المحكمين الشروط والمؤهلات المبينة في المادة (١/١٤) من الاتفاقية (٥) ، كتمتعهم بالتخصيص القانوني وضمانات الحيطة والاستقلال.

١ قانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٤ بالتصديق على اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة مملكة البحرين وحكومة الجمهورية اليمنية والمنشورة في الجريدة الرسمية العدد ٢٦٢٧ - الاربعاء ٢ يونيو ٢٠٠٤ م .  
٢ المادة (٣٦) من الاتفاقية المنشئة للمركز  
٣ المادتين (٣٧ ، ٣٨) من الاتفاقية المنشئة للمركز  
٤ المادة (٣٩) من الاتفاقية المنشئة للمركز  
٥ المادة (٤٠) من الاتفاقية المنشئة للمركز

**ج) سير الإجراءات:**

١- **اختصاصات المحكمة:** نصت المادة (١/٤١) من الاتفاقية على اختصاص المحكمة بتحديد اختصاصها، وبناء على ذلك يجوز للمحكمة مايلي: (١)

الفصل بعدم اختصاصها، إذا أثير من قبل أحد الأطراف بحجة عدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز أو لأي سبب آخر يتعلق باللجنة سواء بقرار مستقل أو بضم الدفع إلى الموضوع والبت فيهما بقرار واحد.

الفصل في كافة الطلبات العارضة والإضافية والمقابلة، التي ترتبط بشكل مباشر بموضوع النزاع، بشرط ان تكون مثل هذه الطلبات مغطاة بموافقة الأطراف وداخلة في اختصاص المركز.

- التوصية باتخاذ كافة التدابير التحفظية التي تستهدف المحافظة على حقوق الأطراف، متى قدرت ان الظروف تتطلب ذلك، وبشرط اتفاق الأطراف على ذلك.

- الانتقال إلى الموقع لإجراء التحقيقات الضرورية ومطالبة الأطراف بتقديم كافة الوثائق ووسائل الإثبات الأخرى.

٢- **القواعد الإجرائية:** تتميز اتفاقية المركز بمرونتها وجواز اتفاق الأطراف على خلافها (٢)، فقد تبنت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مبدأ حرية الإرادة باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق، ويقتصر دور الاتفاقية على سن بعض القواعد التي تسهم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند فشل أطراف النزاع في الاتفاق على هذا التحديد (٣)، فالاتفاقية تعطي الأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق في الفصل في النزاع، فقد نصت المادة (١/٤٢) من الاتفاقية على أن (المحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وعند غياب مثل هذا الاتفاق، فإن للمحكمة ان تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع (شاملة قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي) (٤).

والملاحظ على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أنها قد استبعدت في مادتها (١/٤٢) احتمال تطبيق القانون الوطني للدولة مقر التحكيم، مسaire بذلك اتجاهها العام نحو إنشاء هيئة تحكيم دولية مستقلة (٥)، وإذا حدث أثناء ذلك وأثيرت مسألة إجرائية معينة لم تنص عليها في نصوص الاتفاقية أو في القواعد المتفق عليها، فإن المحكمة تتولى الفصل فيها على النحو الذي تراه مناسباً (٦).

وتصدر الهيئة قرارها بأغلبية الآراء خلال (٩٠) يوماً من انتهاء الإجراءات، ويصدر القرار كتابة (٧)، ويجب ان يكون مسبباً وأن يرد على كافة الطلبات المقدمة للدعوى، ويكون هذا القرار ملزماً لأطرافه وفقاً للمادة (١/٥٢) من الاتفاقية، ولا يجوز ان يكون محلاً للطعن بأية طريقة تخالف ما ورد في الاتفاقية (٨)، ومع ذلك

|   |   |
|---|---|
| ١ | المادة (٤٧/٤١) من الاتفاقية المنشئة للمركز  |
| ٢ | د/إبراهيم شحاته: دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد (٤١)، ١٩٨٥، ص: ٢٦.            |
| ٣ | د/أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، جامعة الوفاق، ١٩٩٠، ص: ٢٣.   |
| ٤ | د/جلال وفاء محمددين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص: ٤٣.   |
| ٥ | د/غسان على: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص: ٣٢٥.           |
| ٦ | المادة (٤٤) من الاتفاقية المنشئة للمركز   |
| ٧ | تنص المادة (٢/٤٨) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (يصدر الحكم كتابة وموقع عليه من أعضاء المحكمة الذين أعطوا رأيهم في صالح هذا الحكم). |
| ٨ | المادة (١/٥٢) من الاتفاقية المنشئة للمركز   |

يجوز لكل طرف ان يطلب خلال (٤٥) يوماً تصحيح القرار أو إصدار قرار تكميلي ، كما يجوز طلب إبطال الحكم التحكيمي في حالة توافر أحد الأسباب (عيب في تكوين المحكمة ، أو مخالفة المحكمة لقواعد الإجراءات الأساسية بشكل جسيم ، أو حصول أحد أعضاء المحكمة على رشوة أو تجاوز المحكمة لحدود سلطاتها بشكل جسيم وواضح ، أو إغفال القرار أو الحكم الأسباب التي بني عليها) ، ويتعين ان يقدم الطلب خلال أربعة أشهر من تاريخ صدور الحكم ، بيد أنه إذا استند إلى الرشوة فإنه يجب ان يقدم خلال أربعة أشهر من تاريخ اكتشاف الرشوة وفي جميع الحالات خلال ثلاث سنوات من تاريخ الحكم (١) .

**٣- دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:** تتسم المنازعات الاستثمارية بطبيعتها الخاصة الناجمة عن اختلاف المركز القانوني لأطرافها، فأحدهما دولة ذات سيادة بينما الآخر هو في الغالب شخص من أشخاص القانون الخاص ، وعليه فإنه يلزم لنجاح أية هيئة دولية تضطلع بمهمة تسوية مثل هذه المنازعات ان تعمل قدر المستطاع على التوفيق بين المصالح المشروعة للمستثمر وحاجته للضمان وبين سيادة الدولة المستقطبة للاستثمار وحاجتها إلى رأس المال الأجنبي. (٢)

أنا نؤيد الرأي القائل (٣) أن السبب الرئيسي وراء انضمام الدول وخاصة الدول النامية إلى هذه الاتفاقية تكمن بالإضافة إلى رغبة هذه الدول في جذب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار، هو حاجة هذه الدول إلى قروض البنك الدولي لتمويل مشاريعها حيث يمارس هذا البنك ضغوطاً على هذه الدول بقبول شرط التحكيم في عقودها الاستثمارية ووفقاً لاتفاقية واشنطن مقابل حصولها على القروض .

ومع ذلك لا يقلل من أهمية هذه الاتفاقية التي نجحت في بث الثقة في نفوس المستثمرين ، وذلك من خلال إنشائها لمركز تسوية المنازعات ، والذي يعد من أهم المظاهر التي تتميز بها هذه الاتفاقية ، حيث أنها تمنح أشخاص القانون الخاص سواء كانت طبيعية أو اعتبارية الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي ومن دون الحاجة إلى استعمال نظام الحماية الدبلوماسية مما يعني بأن الاتفاقية قد أعطت أشخاص القانون الخاص الشخصية الدولية (٤) .

ويري الدكتور/عبد الواحد الفار(٥) ان اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد نجحت في ذلك ، حيث ان نصوص الاتفاقية صيغت ببراعة ، وجاءت الالتزامات القانونية التي تقررها في شكل تبذوفيه وكأنها كلها اختيارية ، بحيث تستطيع أية دولة ان تصبح طرفاً في الاتفاقية ، من دون ان تلتزم بطرح أي نزاع استثماري على المركز، إلا أنها إذا ما وافقت على اللجوء إلى المركز فإنها تلتزم بقرارات التحكيم الصادرة عنه، حتى أصبح المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هيئة بارزة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي ، لذلك لجأت كثير من الدول المستقطبة للاستثمار إلى تقرير اختصاص المركز بنظر تلك المنازعات سواء في قوانينها الوطنية (٦) ، أو في عقود الاستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب ، وتكرس بعض الدول المصدرة لرأس

- ١ المادة الفقرة (٢٠١) المادة (٥٢) من الاتفاقية المنشئة للمركز
- ٢ د/دريد السامرائي: الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص: ٢٢٢
- ٣ د/فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص: ٦١ ، وكذلك د/جمال عمران الورهلي: تنفيذ أحكام التحكيم التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص: ١٦١
- ٤ د/جورج حزبون: الاتفاقيات الدولية في التحكيم الخاص ، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٨٨ ، ص: ٥٢١
- ٥ د/عبد الواحد محمد الفار: الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر ، دراسة تحليلية للقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٤ في ضوء الاتجاهات الحديثة للقانون الدولي ، عالم الفكر ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص: ١٩٧ وما بعدها.
- ٦ انظر على سبيل المثال: والمادة (٢٦) من قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ ، المادة (٨) من قانون ضمانات وحواجز الاستثمار في مصر رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ ، المادة (٢٢) من قانون تشجيع الاستثمار في الأردن رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥ .



المال (١)، هذا الاتجاه أيضاً في الاتفاقيات الثنائية التي نعدها لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية ، وكذلك تتضمن الاتفاقية مجموعة من المواد ذات الأهمية الكبير وخصوصاً في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية منها المادة (١/٥٤) التي يمنح حكم التحكيم الأجنبي ميزة التنفيذ المباشر داخل دول التنفيذ دون الحاجة إلى فرض أية رقابة قضائية عليه، الأمر الذي يعد تطوراً غير مسبوق جاءت به اتفاقية واشنطن مقارنة مع الاتفاقيات الدولية الأخرى والمتعلقة بتنظيم التحكيم .

كما ان المادة (١/٥٢) يعتبر حكم التحكيم ملزماً للطرفين وغير قابل للاستئناف إلا في حالات معينة أوردتها المادة (٥٢) وعلى الأطراف تنفيذ حكم التحكيم إلا في حالات وقف تنفيذ الحكم طبقاً لحكام الاتفاقية ، ولاشك ان الضمانة التي تقدمها هذه الاتفاقية تعتبر بمثابة نوع من العدالة الخاصة بالاستثمار الأجنبي حيث أنها تهدف إلى خلق توازن بين مصالح الدول المضيفة للاستثمار والتي غالباً ما تكون بحاجة إلى تلك الاستثمارات وبين الدول المصدرة للاستثمار وتأمين مصالحها.

### ثانياً: مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: أولاً: نشأة المركز:

أقر المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية في دورته الرابعة عشرة المنعقدة في الرياض في الفترة ٢٠-٢٢ ديسمبر ١٩٩٣ النظام المنشئ لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، جاء إقرار النظام لتتوجهاً لجهود ودراسة استمرت قرابة عشر سنوات ، فقد بدأت فكرة إنشاء مركز تحكيم لدول مجلس التعاون سنة ١٩٨٣ باقتراح تقدمت به دولة البحرين .

ويعتبر مركز التحكيم التجاري من أجهزة مجلس التعاون ، فهو من المؤسسات المشتركة التي تضم أيضاً مؤسسة الخليج للاستثمار ومقرها دولة الكويت، وهيئة المواصفات والمقاييس لدول مجلس التعاون ومقرها مدينة الرياض، والمكتب الفني للاتصالات ومقرها في دولة البحرين وغيرها من المكاتب واللجان والمؤسسات (٢).

يظهر إنشاء المركز الطبيعة القانونية لمجلس التعاون من حيث انه منظمة دولية إقليمية عامة الاختصاص (٣)، ومما يؤكد الطابع الإقليمي فوق - الوطني للمركز أنه لا يعتبر جزءاً من النظام القانوني والقضائي البحريني رغم أن النظام نص على أن يكون مقره في مملكة البحرين (٤).

### ثانياً: اختصاص المركز:

إن الهدف الرئيسي من إنشاء مركز التحكيم التجاري هو إيجاد آلية تحكيم مستقلة عن الدول الأعضاء ، وتتمتع أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لها بالحجية والنفوذ فيها، لذلك حددت لأئحة إجراءات التحكيم الصادرة بمقتضاه اختصاص المركز التحكيمي فيما يتعلق بنوع المنازعات التي يمكن أن تحال للتحكيم وفق قواعد المركز. (٥)

١ مثل فرنسا وهولندا

٢ د: محمد حسين بشايرة: تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ” دراسة تحليلية بنظام المركز ولائحة

إجراءات التحكيم“ ، دار القرار مركز التحكيم التجاري لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الأولى ، مملكة البحرين ، ٢٠١٥، ص:١٥، ١٦.

٣ سيد إبراهيم الدسوقي: الطبيعة القانونية لمجلس التعاون لدول الخليج العربية ، مجلة التعاون ، العدد ٨٢، سنة ٢٠١٤ ، ص: ١٧.

٤ أكدت محكمة التمييز البحرينية أن مركز التحكيم التجاري ” هو جهة قضاء مستقل بذاته وان كان مقره في دولة البحرين ” ، الطعن رقم ٢٠١٠/١٠١ تاريخ

٢٠١٢/٤، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٣ عدد ١٨ ، ص: ٢٧٧، ٢٧٩.

٥ د: محمد حسين بشايرة: تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري ، مرجع سابق ، ص:٣٦.

إن اختصاص مركز التحكيم التجاري يتوقف على اتفاق أطراف نزاع ما على إحالة نزاعهم إلى التحكيم وفق نظام المركز والقواعد والأحكام الخاصة باتفاق التحكيم الذي يتضمن تسوية المنازعات، وقد نصت المادة الثانية من نظام المركز على أنه « يختص المركز بالنظر في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون أو بينهم وبين الغير سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ، والمنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ أحكام الاتفاقية الاقتصادية والقرارات الصادرة تنفيذا لها، إذا اتفق الطرفان كتابة في العقد أو في اتفاق لاحق على التحكيم في إطار هذا المركز» (١)

### ثالثاً: إجراءات إقامة الدعوى:

١- إجراءات تقديم طلب التحكيم : تبدأ إجراءات اللجوء إلى طلب التحكيم في هذا المركز من خلال تقديم طلب التحكيم من قبل أحد أطراف النزاع إلى الأمانة العامة لمركز التحكيم التجاري ، ويجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، فلا يتصور انعقاد الاختصاص التحكيمي للمركز بناء على اتفاق شفوي ، ويتولى الأمين العام مهمة التحقيق من استكمال طلب التحكيم للعناصر التي حددتها لائحة إجراءات التحكيم في المادة (٩) والتي تنص على أنه (يجب على طالب التحكيم أن يقدم الطلب مكتوباً إلى الأمين العام مشتملاً على الآتي:- «اسمه ولقبه وصفته وجنسيته وعنوانه» (٢). لا بد من طالب التحكيم ذكر اسمه (أو طالبي التحكيم إذا تعدد المدعون) وكذلك اسم المطلوب التحكيم ضده (أو المحكوم ضدهم إذا تعدد المدعى عليهم) ولقبه وصفته وجنسيته وعنوانه (٣) ، وتعتبر بيان الجنسية مهم لتحديد اختصاص المركز بحيث يجب أن يكون أحد الأطراف من رعايا إحدى الدول الأعضاء في مجلس التعاون أو شخصاً اعتبارياً عاملاً فيها ، وأما صفه طالب التحكيم والمطلوب التحكيم ضده فتعنى تحديد ما إذا كان الطرف خصماً بصفته الشخصية أم بصفته ممثلاً لشخص اعتباري أو وكيلاً عن الخصم الأصلي . ومن الطبيعي أن يشمل طلب التحكيم على « بيان النزاع ووقائعه وأدلته مع تحديد الطلبات» (٤) يتبين من المادة السابق أن على طالب التحكيم من تقديم لائحة دعواه مع طلب التحكيم مكتوب، ومبين فيه طبيعة النزاع المثار بين الأطراف وتحديد الطلبات وقيمة الدعوى دون أن يتضمن لائحة دعوى تفصيلية في مرحلة تسجيل طلب التحكيم ، وعليه أن يبلغ الطرف الآخر بتقديم الطلب بهدف الحصول على موافقة كتابية بعرض النزاع على المركز، فلا يوجد ما يمنع من اتفاق الأطراف على مواعيد وإجراءات التحكيم.

٢- تشكيل هيئة التحكيم: يتم تشكيل هيئة التحكيم أما من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين بحسب اتفاق الأطراف في شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم أو العقد ، فإن لم يوجد اتفاق تطبق الإجراءات التي يصدرها مجلس الإدارة (٥). فالأصل انه يحق للأطراف حرية اختيار المحكمين من قائمة المحكمين المعتمدة لدى المركز أو من خارجها، لذلك نصت لائحة إجراءات التحكيم للمركز أن على طالب التحكيم ذكر اسم المحكم الذي اختاره في طلب التحكيم في حين يقوم المطلوب التحكيم ضده بتسمية المحكم المختار من جانبه في جوابه على الطلب. وبما أن هيئة التحكيم قد تشكل من محكم واحد أو ثلاثة محكمين ، فإنه في حالة المحكم الواحد تعطى الفرصة أولاً

١ المادة (٢) نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، صدر في الرياض القمة الرابعة عشر ، رجب ١٤١٤هـ الموافق ديسمبر ١٩٩٣م  
 ٢ المادة (٩ الفقرة ١) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.  
 ٣ المادة (٩ الفقرة ٢) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.  
 ٤ المادة (٩ الفقرة ٣) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.  
 ٥ المادة (١٠) نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.



لاتفاق الأطراف ، وقد يسمى طالب التحكيم محكماً في طلبه ، فإذا وافق المطلوب التحكيم ضده عليه في جوابه يكون المحكم المسمى هو المحكم المعين، ولكن إذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على اختيار محكم تعطى لهما مهلة عشرين يوماً وهي مدة تقديم المطلوب التحكيم ضده جوابه(١) ، ولكن إذا تعذر اتفاق الأطراف على المحكم المفرد يتولى الأمين العام تعيينه خلال أسبوعين من انتهاء تلك المهلة ويخطر الأطراف بهذا التعيين.(٢) أما إذا كانت تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين ، فإن كل من طرفي النزاع تسمية محكم من جانبه ، حيث يختار طالب التحكيم محكماً من جانبه ، وكذلك يختار المطلوب التحكيم ضده محكماً من جانبه في جوابه، وبعد تعيين محكمين اثنين من قبل الأطراف المتنازعة يقوم الأمين العام بإخطار محكمي الطرفين بتعيين كل منهما ، ويدعوهما للاتفاق على تعيين المحكم الثالث والذي يرأس الهيئة ، وإذا لم يتفقا المحكمان على تعيين المحكم الثالث خلال عشرين يوماً من تاريخ الدعوة الموجهة إليهما من الأمين العام، تولى هذا الأخير تعيينه(٣) ، كما يجوز للأطراف المتنازعة ابتداءً تفويض المركز بتعيين المحكمين، وفي هذه الحالة يتولى الأمين العام أيضاً تعيينهم.(٤) ويعتبر من أهم عناصر طلب التحكيم هو إيداع طالب التحكيم مع نسخة أو عدد من النسخ من اتفاق التحكيم والوثائق المتعلقة بالنزاع للمركز لتحديد اختصاص المركز بناء على اتفاق الأطراف، ويجب أن يكون طلب التحكيم باللغة التي اتفق الأطراف على إجراء التحكيم بها، ولكن إذا تم تقديم الطلب بغير اللغة التي اتفق الأطراف على إجراء التحكيم بها ، فإنه لا يخل بالاتفاق وأنه يجوز تقديم طلب التحكيم باللغة المتفق عليه ، حيث انه لا يترتب على مخالفة قاعدة إجرائية بطلان الإجراءات ما لم يرد نص على ذلك أو يلحق ضرر بالخصم نتيجة المخالفة(٥) .

فحص طلب التحكيم: بعد استكمال طالب التحكيم جميع الأوراق والمستندات المطلوبة مع دفع الرسوم إلى المركز، يتولى الأمين العام مركز التحكيم التجاري دراسة طلب التحكيم للتأكد من أنه مستكمل(٦) ، وخاصة من حيث وجود اتفاق التحكيم الذي يعطى الاختصاص للمركز فهو فحص مبدئي ، ويمكن للأمين العام أن يرفض السير بإجراءات التحكيم إذا اتضح من خلال المعلومات التي يتضمنها إن النزاع يخرج عن اختصاص المركز بشكل واضح، فلا يتم تسجيل طلب التحكيم ولا يوجه إخطاراً إلى المطلوب التحكيم ضده .

(٢) إخطار المطلوب التحكيم ضده وتقديم مذكرة جوابية: بعد تسليم المركز لطلب التحكيم المستكمل ، وقبول الأمين العام تسجيل الطلب، يتولى الأمين العام تبلغ الطرف الآخر المطلوب التحكيم ضده بنسخة من الطلب خلال سبعة أيام من تسليمه إياه ، وبعد تلقيه الإخطار بطلب التحكيم(٧) ، يجب على المطلوب التحكيم ضده أن يقدم مذكرة جوابية تتضمن دفعه وطلباته المقابلة، إن وجدت، مع ما يؤكدها من وثائق خلال عشرين يوماً من تاريخ تبليغه مذكرة الإخطار ، كما لا بد ان يتضمن الجواب اسم المحكم الذي اختاره المطلوب التحكيم ضده ، وللامين العام أن يمدد مهلة أخرى إضافية مدتها عشرين يوماً بناءً على طلب المطلوب التحكيم ضده .(٨)

(٤) أحالة ملف المنازعة إلى هيئة التحكيم: بعد أن يستكمل المركز جميع الأوراق المطلوب من الأطراف المتنازعة في

١ المادة (١١) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

٢ المادة (١٢) الفقرة (١) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

٣ المادة (١٢) الفقرة (٤) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

٤ المادة (٢١) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

٥ الدعوى التحكيمية رقم ٢٠٠٢ /٩ لدى المركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون .

٦ المادة (٩) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

٧ المادة (١٠) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون

٨ المادة (١١) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

طلب التحكيم ، يتم تشكيل هيئة التحكيم ومن ثم يحيل الأمين العام ملف النزاع الى هيئة التحكيم خلال سبعة أيام من تاريخ تشكيل الهيئة، وعلى الهيئة البدء في مهمتها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغها بذلك (١).

#### رابعاً: إجراءات سير التحكيم:

بعد إحالة ملف النزاع إلى هيئة التحكيم عليها أن تباشر بنظر الدعوى بأقصى سرعة ممكنة ، وتبدأ الهيئة في مهمتها التحكيمية ، لشرح إجراءات التحكيم وفقاً لنظام المركز ولائحة الإجراءات لا بد أولاً من بيان القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الإجراءات ، وإدارة الخصومة سواء من حيث تحديد مكان التحكيم ، وتبليغ الأطراف ، وعقد الجلسات ، وسلطة الهيئة في البت في اختصاصها ، ومسائل الإثبات والمرافعات ، ووقف الدعوى التحكيمية وانتهائها، وتأمينات نفقات التحكيم وإتباع المحكمين.

تصدر هيئة التحكيم الحكم النهائي الذي تفصل بموجبه في موضوع النزاع وينهى الخصومة وتنتهي به إجراءات التحكيم وتستنفذ هيئة التحكيم ولايتها بإصداره ، ويكون إصدار الحكم خلال مدة أقصاها مائة يوم من تاريخ إحالة ملف الدعوى إلى الهيئة مالم يتفق الأطراف على مدة أخرى لصدر الحكم (٢).

من البديهي انه إذا صدر حكم التحكيم وكان صحيح ضمن الميعاد المتفق عليه فهو ثمرة عملية التحكيم الفعالة، لذلك يكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم ملزماً ونهائياً لأطراف النزاع وواجب التنفيذ في الدول الأعضاء في مجلس التعاون، بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة (٣).

يقوم المركز بتنظيم إجراءات تنفيذ حكم التحكيم إلى قانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها لتحديد الإجراءات الخاصة بطلب تنفيذ حكم التحكيم الصادر عن المركز ، ويختص قانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها بتحديد المحكمة المختصة في نظر طلب التنفيذ وصلاحياتها في مرحلة ما بعد صدوره ، مثل اتخاذ التدابير الأزمة والمتعلقة بإجراءات التنفيذ ، وان لا يتعارض مع صلاحيات الجهة المختصة بنظر طلب التنفيذ.

ففي البحرين وبموجب قانون المرافعات المدنية والتجارية فان الجهة القضائية المختصة أصلاً لنظر الدعوى ، والذي يجب أن يتم إيداع حكم التحكيم الصادر عن المركز لديها (٤) ، وتتنظر المحكمة في طلب التنفيذ مع مراعاة أحكام نظام المركز.

يمكن القول أن حكم التحكيم الصادر عن المركز قد يحظى في بعض الظروف بفرصة أكبر لتنفيذه لأنه لا يخضع لدعوى بطلان أو استئناف في مكان صدوره ، كما انه يدل على مدي الارتباط الوثيق بين تطوير وسائل تسوية منازعات تعترف بها الدول وتشجيع التجارة والاستثمار بينهما ، وهو ما نجحت فيه دول مجلس التعاون ، وأثبتت التجربة العملية من خلال القضايا والمنازعات التي عرضت عليه لتسوية النزاع عن طريق مركز التحكيم التجاري لدول التعاون ، والذي يبرز التحكيم التجاري ممارسةً وتشريعاً وفقهاً. ولعل هذا المجال سيتطور في المستقبل لتبنى نظام التنفيذ المباشر لحكم التحكيم في الدول الأعضاء ، كما لو كان حكماً صادراً عن محاكم الدولة المطلوب التنفيذ فيها ، على غرار أحكام التحكيم الصادرة من مركز واشنطن أو غيرها.

ثالثاً: قواعد وإجراءات القانون النموذجي للتحكيم (الأونسيترال):

- ١ المادة (١٦) من لائحة إجراءات التحكيم والتي تنص على ان ” يحيل الأمين العام ملف النزاع الى الهيئة خلال سبعة أيام من تاريخ تشكيلها على الوجه المقدم ، وعلى الهيئة البدء في مهمتها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ أخطارها بذلك“
- ٢ المادة (٢٦) من لائحة إجراءات التحكيم
- ٣ المادة (٣٦) الفقرة (١) من لائحة إجراءات التحكيم
- ٤ المادة (٢٤٠،٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (١٢) لسنة ١٩٧١

أنشئت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (١) بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٢٠٥) في دورتها الحادية والعشرين بتاريخ ١٧ / ديسمبر / ١٩٦٦، ولقد كان الأساس في إنشاء هذه اللجنة هو تحقيق التعاون الدولي في مجال التجارة الدولية باعتباره عاملاً مهماً في إرساء السلم والأمن الدوليين، وتهدف اللجنة منذ إنشائها إلى تطوير وتأكيد وتوحيد قانون التجارة الدولي طبقاً لأغراضها وتشكيلها ووظائفها (٢). وبناءً على ذلك عهدت لجنة الأمم المتحدة (الأونسيترال) إلى مجموعة عمل تكونت سنة ١٩٨١، بمهمة إعداد مشروع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر ١٩٨٥ هذا القانون الموحد للتحكيم التجاري الدولي (٣)، والذي يتضمن مجموعة من القواعد الإجرائية التي يمكن للأطراف، في حالات التحكيم القائم بذاته، ان يحيلوا إليها في اتفاقات التحكيم، وقد شاع استعمال هذه القواعد وحقت نجاحاً ملحوظاً في تحقيق الهدف المتوخى منها، وهو تحقيق نوع من التوحيد لإجراءات التحكيم، وعلى الرغم من ان هذه القواعد قد وضعت أصلاً للتحكيم القائم بذاته إلا ان كثيراً من مراكز التحكيم يمكنها الإشراف على التحكيم طبقاً لتلك القواعد أو طبقاً لقواعد تحتذي حذوها داعية الدول الأعضاء إلى وضع هذا القانون موضوع الاعتبار عند وضع تشريعها الداخلي.

وقد دفع اختلاف المحاكم الوطنية في معاملة التحكيم الدولي إلى قيام لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية بإصدار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي تستهدف نصوصه تضييق دائرة تدخل القضاء الوطني في إجراءات التحكيم وتخويل الأفراد حرية تقرير كيفية تسوية النزاع، ولا يعتبر هذا القانون - بأي حال من الأحوال - معاهدة أو اتفاقية جماعية ملزمة للحكومات، فهو لا يعدو ان يكون نموذجاً تستطيع الهيئات التشريعية الوطنية الرجوع إليه والاستئناس به عند صياغة نصوص القوانين الجديدة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي (٤)، فقد أصبح بمثابة قانون عالمي موحد للتحكيم ساعد كثيراً على توحيد قواعد قوانين التحكيم في مختلف الدول، وبالتالي، ساهم بشكل كبير في توفير الثقة التي ينشدها المستثمرون (٥)، والتعريف بقيمة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في سياق العلاقات التجارية الدولية (٦)، وكان لهذا القانون أثر ملحوظ على صياغة القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم التي صدرت في كثير من الدول، ومن ذلك قيام المشرع المصري بإصدار قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ مستهدياً بما جاء في القانون النموذجي، كما أصدرت مملكة البحرين المرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ نصت المادة الأولى منه على (أن يعمل بأحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ المرافق لهذا القانون على كل تحكيم تجاري دولي مالم يتفق طرفاه على إخضاعه لقانون آخر)، وكذلك أصدرت البحرين في تاريخ ٥/ يوليو / ٢٠١٥ قانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون

1 Untied Nations Commision on International Trade Law

٢ والتي نص عليها في الفصل الثاني من قرار إنشاء اللجنة على النحو التالي :

تتكون اللجنة من تسع وعشرين دولة تنتخب بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة لفترة ست سنوات وفي انتخاب الأعضاء تراعي الجمعية العامة توزيع مقاعد الأعضاء على النحو التالي: سبعة من الدول الأفريقية، خمسة من الدول الآسيوية، أربعة من دول أوروبا الشرقية، خمسة من دول أمريكا اللاتينية، ثمانية من دول أوروبا الغربية وغيرها من الدول

3 UNCITRAL. the Untied Nations Commision on International Trade Law. Untied Nations publications. New York. 1986. p. 157 etc

٤ د/ابراهيم شحاته: نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص ٢٩٤

٥ د/مصطفى خالد النظامي: الحماية الإجرائية للاستثمارات الاجنبية الخاصة « دراسة مقارنة»، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص: ١٥٢

6 Federico Ortino.(2008): External Transparency of Investment Awards. Society of International Economic Law. working paper No. 49/08. P5.

التحكيم متضمن في المادة الأولى مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في مملكة البحرين:

١. تسري أحكام قانون "الأونسيترال" النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المرافق لهذه القانون على كل تحكيم أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجري في المملكة أو في خارجها واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام القانون المرافق.
٢. تسري أحكام القانون المرافق على كل تحكيم يبدأ بعد نفاذه ولو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ (هذا القانون) ، وتجدر الإشارة إلى ان هذا القانون لم يقتصر نطاق تطبيقه على التحكيم التجاري الدولي كما هو حال قانون نموذج «الأونسيترال»، وإنما امتد نطاقه ليشمل تنظيم قواعد وإجراءات التحكيم المحلي والحد من التدخل القضائي (١) ، سنستعرض أهم المبادئ التي يتضمنها القانون النموذجي والتي تتعلق بشرط التحكيم وإجراءاته وطلب رد لمحكمين و استقلالية شرط التحكيم وذلك كما يلي:

١. **شرط التحكيم النموذجي** : وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي صيغة نموذجية لشرط التحكيم نصت على أن ( كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو نسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً) (٢) ، وقد أشارت الهيئة في نموذج شرط التحكيم إلى ملحوظة مفادها أنه قد يرغب الطرفان في إضافة بيانات كتحديد سلطة التعيين ، وعدد المحكمين سواء كان محكم أو ثلاثة ، وتحديد مكان التحكيم واللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراء التحكيم ، وهذا الشرط لا يتعارض مع فكرة المشروع الدولي المشترك ولا يتناقض مع الاتفاقية المنشئة له.

٢. **إجراءات التحكيم**: تبدأ إجراءات التحكيم بإخطار يرسله المدعي إلى الطرف الآخر المدعي عليه ، وتبدأ الإجراءات من تاريخ تسلم المدعي عليه إخطار التحكيم ، فإذا كان عدد المحكمين ثلاثة يختار كل طرف محكماً واحداً ويختار المحكمان المعينان على هذا النحو لمحكم الثالث وهو الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم ، إما في حالة إخطار احد الطرفين للطرف الآخر باختيار المحكم ولم يتم هذا الأخير خلال ثلاثون يوماً من تاريخ استلام الإخطار بإخطار الطرف الأول بالمحكم الذي اختاره ففي هذه الحالة يجوز للطرف الأول ان يطلب من سلطة التعيين ان كان هناك اتفاق عليها بين الطرفين ، اما إذا لم توجد جاز للطرف الأول ان يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي تسمية سلطة التعيين وعندئذ يطلب من هذه الجهة تعيين المحكم الثاني ، كما أنه في حالة انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين المحكم الثاني دون ان يتفق المحكمان على اختيار المحكم المرجح يتم تعيينه وفقاً للطريقة السابق (٣)

٣. **رد المحكمين**: تعرضت المواد من ٩ إلى ١٣ من قواعد التحكيم لهيئة الأمم المتحدة لموضوع رد المحكمين فألزمت كل مرشح للتحكيم في نزاع ما ان يصرح لمن يطلب منه الترشيح كمحكم بالظروف التي من شأنها ان تحول دون حيده أو استقلاله.

كما يجوز رد المحكم إذا وجدت شكوك تحول دون حياده أو استقلاله وهذا الرد مقيد بشرط ان يكون الرد

1 Krishna Sarma l. etal. (2009): Development and Practice of Arbitration in India – Has it Evolved as Effective Legal Institution. P4

2 Don Wallace: of cit. p. 24

3 ((Don Wallace: of cit. p. 26

لأسباب لم يتبينها طالب الرد إلا بعد ان تم تعيين هذا المحكم ، كما يكون طلب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطار طالب الرد بالمحكم أو خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالظروف التي تجعله دون الحياد أو الاستقلال المطلوب ، ويصدر القرار في طلب الرد من سلطة التعيين ، أما إذا كان هناك تسمية مسبقة للجهة التي لها سلطة التعيين فهي التي تصدر القرار ، وفي حالة صدور قرار برد المحكم وجب تحييته واختيار محكم آخر بدلاً منه وذلك بإتباع نفس الإجراءات السابق إتباعها في تعيين المحكمين. (١)

٤. **استقلالية شرط التحكيم:** مما لا شك فيه أن جميع النظم والقواعد قد أجمعت على ان شرط التحكيم هو شرط مستقل عن باقي شروط العقد الآخر ، وأن كل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بطلان لشرط التحكيم.

وتختص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها ولها ان تستمر في إجراءات التحكيم وان تفصل في الدفع بعدم الاختصاص في قرارها النهائي(٢)

أمام هذا الازدهار الكبير والذي عرفته الاستثمارات التجارية الدولية ، وإقرار الدول المعنية بها لاتفاقيات دولية لتنظيم شتى مجالات الحيوية ، ومحاولة منها لوضع نظام قانوني لتدبير المعاملات المنجزة فيها(٣) ، كان لزاماً إيجاد نظام قضائي متخصص وكفيل بحسن تطبيق قواعد عادلة لحماية طرفي هذا الاستثمار ، خصوصاً في ظل تكرار الأزمات المالية كطبيعة بديهية لنظام رأسمالي حر ، وقصور فعالية دور القضاء الوطني الذي لم يرق إلى مستوى تطلعات الفاعلين الاقتصاديين الدوليين ، نظراً لعدم وضوح النظام القانوني الذي يلجأ إليه كل قاضي وطني في غالب الأحيان من أجل تسوية المنازعات التجارية وفق أحكامه ، الشئ الذي جعل مساوئ منهج تنازع القوانين الوطنية يفرض نفسه بعيونه ومساوئه التي نبه إليها من قبل الفقه القانوني ، وكشفت عنها الممارسات العملية في مجال التجارة الدولية ، الأمر الذي فرض إقرار وسائل أكثر مرونة وفعالية من أجل تسوية توافقية(٤) ، لعل من أبرزها وأهمها نجد التحكيم التجاري الدولي، الذي فرض نفسه بقوة سواء من حيث طبيعته القضائية ، أو من حيث تخصصه وفعاليته(٥) ، وذلك في ظل التحركات الهائلة لرؤوس الأموال العالمية والأبعاد الشاملة التي أصبحت تتخذها الاستثمارات التجارية. (٦)

1 ((Don Wallace. of cit. p. 32

٢ (( وقد صدر قانون التحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٧/١٤٠P) بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٨٥ ، وذلك في اجتماعها العام رقم ١١٢ والذي دعت فيه لحكومات الدول الأعضاء إلى الأخذ بالاعتبار قواعد هذا القانون وتطبيقه عند حاجتها لمباشرة التحكيم التجاري الدولي في علاقتها التجارية الدولية . راجع نص هذا القرار في :

Official Records of General Assembly: Fourteenth Session. Supplement No. 17 (140/17) Annex 1. New York 1985.

٣ (( ومن ذلك اتفاقية البنك الدولي بواشنطن والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية والموقعة في ١٨/٢/١٩٦٥ ، واتفاقية موسكو بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الاشتراكية والموقعة في ٢٩/مايو/١٩٧٢ ، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمار ورعايا الدول العربية الأخرى والموقعة في ١٠/ يونيو/١٩٧٤ ، واتفاقية عمان لسنة ١٩٨٧ بشأن التحكيم التجاري الدولي.

٤ (( سواء كانت ودية أو قضائية ، وهي في مجال الاستثمار والتجارة الدولية كثيرة ، وهي منظمة باتفاقيات دولية وبمراجعيات قانونية أخرى ، مثل الوساطة والتوفيق ، والمساعي الحميدة وغيرها ، وهي وسائل وإن تلافيت مشاكل القضاء الوطني ، إلا أنها مع ذلك لا تكتسي الطبيعة القضائية ، حيث تبقى مسألة إلزاميتها بالنسبة للمتنازعين مسألة نسبية.

٥ (( لذلك احتلت الاتفاقيات الدولية حصة الأسد في تنظيمه في مجال التجارة الدولية ، كقضاء أصيل لهذه التجارة يتناول مجالاتها المتعددة والمختلفة والمتطورة بطبيعتها. د/ إبراهيم محمد العناني ، اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربية ، مصر ، ١٩٧٣ ، ص: ٣ وما بعدها.

٦ (( د/ المختار أعمرة: أهمية التحكيم الالكتروني في مجال الاستثمارات الدولية ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا الجديدة ، جامعة محمد الخامس / السويسي ، المملكة المغربية ، دون ذكر التاريخ ، ص: ١٢٨٨



## خاتمة

إن الطبيعة القانونية الخاصة بعقود الاستثمارات وتعدد أطرافها، فإنه من المتوقع نشوء منازعات بين أطرافها حول تطبيق أو تفسير بنودها مما يستوجب توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية تلك المنازعات، ومن أجل ذلك تعدد وسائل تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار من الوسائل الإجرائية الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية والمتمثلة في حل المنازعات بالوسائل الودية، أو عن طريق القضاء الوطني (غرفة البحرين لتسوية المنازعات)، وإلى جانب هذه الوسائل تتوافر الوسائل الإجرائية الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية والمتمثلة بالقضاء الدولي، والاتفاقيات الدولية الخاصة بمنازعات الاستثمارات.

وقد تبين من خلال البحث أن اللجوء إلى القضاء الدولي والمتمثلة بمحكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم الدائمة ومحكمة الاستثمار العربية لا تخلو من عراقيل وصعوبات قانونية، فبالنسبة لمحكمة العدل الدولية تبين لنا تعذر لجوء المستثمر إليها إلا إذا قامت دولته بتبني قضيته استناداً إلى مبدأ الحماية الدبلوماسية، أما بالنسبة لمحكمة التحكيم الدائمة فإنه يشترط للجوء المستثمر إليها أن تكون كل من الدولة التي يحمل جنسيتها والدولة المستضيفة للاستثمار طرفاً في اتفاقية تأسيسها.

أما بالنسبة لمحكمة الاستثمار العربية فإن اختصاصاتها تقتصر على المنازعات بين الدول العربية الأمر الذي يحتاج إلى توسيع صلاحياتها بحيث تستطيع الفصل في المنازعات الاستثمارية التي يكون أحد أطرافها مستثمر أجنبي ودولة عربية.

أما في الاتفاقيات الدولية والإقليمية، فقد توصلنا إلى أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والناجم عن اتفاقية واشنطن يعد من أفضل الوسائل المتاحة لتسوية المنازعات الاستثمارية، أما فيما يتعلق بمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون والذي تمخض عن أقرار المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية في دورته الرابعة عشرة المنعقدة في الرياض في الفترة ٢٠-٢٢ ديسمبر ١٩٩٣، فإن اختصاصاته يماثل اختصاص المركز الدولي إلا أنه يختلف عنه في كونه مجلساً إقليمياً يقتصر نظامه على دول مجلس التعاون الخليجي، الأمر الذي يتطلب توسيع نطاق اختصاصه بحيث يشمل كل المنازعات الاستثمارية بصرف النظر عن الطبيعة القانونية لأطرافه سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتبارية وبصرف النظر عن الجنسية التي يحملونها سواء أكانوا من مواطني أو رعايا الدول العربية أو الأجنبية.

إن المشرع البحريني قد أتاح للمستثمر وسائل متعددة ومختلفة يمكنه اللجوء إليها للفصل في المنازعات الاستثمارية المحتمل وقوعها، إذ أن أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي هو عدم تمكنه من الدفاع عن حقوقه أمام سلطات الدولة المضيفة في حالة الاعتداء على حقوقه أو تخلف الدولة عن تنفيذ ما تعهدت به، ولتبيد هذه المخاوف فقد تضمن التشريع البحريني عدة وسائل وتمثل أهمها بالطرق الودية، وعن طريق القضاء الوطني، كما أن إعطاء المشرع البحريني للمستثمر الحق الكامل في اختيار أحد الأساليب لحل المنازعات التي قد تنشأ جاء إيجابياً وبشكل كبير وهذه الأساليب هي الأساليب والمتمثلة في (الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية

في الدول العربية ؛ الاتفاقية الدولية لفض منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدول ومواطني الدول الأخرى ؛ أي اتفاقية دولية أو ثنائية تكون المملكة طرفاً فيها؛ قواعد وإجراءات التحكيم التجاري الخاص بلجنة القانون الدولي التابع لهيئة الأمم المتحدة ؛ قواعد وإجراءات التحكيم داخل المملكة ).

## المراجع

- د/إبراهيم شحاته: نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة ، السنة الثمانون ، العددان (٤١٨،٤١٧) ، يوليو وأكتوبر ١٩٨٩ .
- د/إبراهيم شحاته: دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد (٤١) ، ١٩٨٥ .
- د/إبراهيم محمد العنياني: اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٧٣ ، ١٩٧٥ .
- د/أحمد عبد الحميد عشوش : التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار ، جامعة الوقايق ، ١٩٩٠ .
- د/المختار أعمره: أهمية التحكيم الإلكتروني في مجال الاستثمارات الدولية ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا الجديدة ، جامعة محمد الخامس / السويسي ، المملكة المغربية ، دون ذكر التاريخ .
- د/جلال وفاء محمدين : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠١ .
- د/جمال عمران الورفلي: تنفيذ أحكام التحكيم التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
- د/جورج حزيون : الاتفاقيات الدولية في التحكيم الخاص ، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٨٨ .
- د/حسام الدين كامل: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ١٩٨١ .
- د/حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠١ .
- د/دريد محمود السامرائي: الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية ، مركز الدراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٦ .
- د/سراج حسين أبوزيد: التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠ .
- د/عبد العزيز محمد سرحان : المبادئ العامة للقانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
- د/عبد المعز عبد الغفار: الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير القاهرة ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٧٦ .
- د/عبد الواحد محمد الفار: الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، دراسة تحليلية للقانون (رقم ٤٣) لسنة ١٩٧٤ في ضوء الاتجاهات الحديثة للقانون الدولي ، عالم الفكر، القاهرة، ١٩٧٧ .
- د/عصام العطية : القانون الدولي العام ، دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، دون ذكر تاريخ .



- د/عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في النمو ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
- د/عمر هاشم محمد صدقه: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، ٢٠٠٦ .
- د/غسان على على : الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٤ .
- د/فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧ .
- د/ محمد حسين بشايرة: تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية « دراسة تحليلية بنظام المركز ولائحة إجراءات التحكيم» ، دار القرار مركز التحكيم التجاري مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الأولى ، مملكة البحرين ، ٢٠١٥ .
- د/محمد مصطفى يونس: قانون التنظيم الدولية(النظرية العامة)، الطبعة الثانية، مكتبة النصر، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- د/مصطفى خالد النظامي: الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة « دراسة مقارنة» ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢ .
- د/ محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٢ .

## الإتفاقيات الدولية والتشريعات:

- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة دولة البحرين وحكومة جمهورية مصر العربية بالمرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٧م ، والمنشور بالجريدة الرسمية البحرينية في العدد (٢٢٨٨) - الأربعاء ١ أكتوبر ١٩٩٧م .
- اتفاقية البنك الدولي بواشنطن والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية والموقعة في ١٨/٣/١٩٦٥ .
- اتفاقية موسكو بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الاشتراكية والموقعة في ٢٩/مايو/١٩٧٢ .
- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمار ورعايا الدول العربية الأخرى والموقعة في ١٠/يونيو/١٩٧٤ .
- مرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥ بالتصديق على اتفاقية المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار ، منشور بالجريدة الرسمية - العدد ٢١٩٣ - الأربعاء ٦/ديسمبر/١٩٩٥م .
- مرسوم بقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٩ بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد (٢٩٠٢) ، الخميس ٢/ يوليو/ ٢٠٠٩م ، مملكة البحرين .
- نظام المركز ولائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون سنة ١٩٨٢ .
- قانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٤ بالتصديق على اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة مملكة البحرين وحكومة

الجمهورية اليمنية والمنشورة في الجريدة الرسمية العدد ٢٦٣٧ - الأربعاء ٢ يونيو ٢٠٠٤ م .  
قانون التحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم  
(١٧/١٤٠P) بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٨٥ ، وتعديلاته .

Official Records of General Assembly: Forteenth Session. Supplement No. 17 (140/17) Annex 1. New York 1985.

كامران الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية ، بحث منشور على الانترنت .

Amerasinghe. Model Clauses of Foreign investment Disputes. 28 Arbitration Journal 232 1973.

Alan Redfern. Martin Hunter and others. Law and Practice of International Commercial arbitration , London. Sweet and Maxwell.,( 4th edition). 2004.

UNCITRAL, the Untied Nations Commision on International Trade Law. Untied Nations publications. New York. 1986. p. 157 etc.

Federico Ortino.(2008): External Transparency of Investment Awards. Society of International Economic Law. working paper No. 49/08.

Krishna Sarma1. etal. (2009): Development and Practice of Arbitration in India - Has it Evolved as Effective Legal Institution.

Patrick Del Duca. (2003): The rule of law: Mexico's approach to expropriation disputes in the face of investment globalization. UCLA Law Rev (51),.

Sylvia Schatz. Recent Developments in International organizations; American University journal of international Law Policy volume 3 1988 .

# إجراءات تأسيس الشركة المساهمة وفقاً لأحكام قانون الشركات البحريني دراسة مقارنة

الدكتور غيث مصطفى الخصاونه

أستاذ القانوني التجاري المساعد ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين

## مقدمة:

تمر شركة المساهمة أثناء تأسيسها بثلاث مراحل ، أولها يبدأ بتحرير عقد التأسيس للشركة ونظامها الأساسي ، وانتخاب لجنة المؤسسين وتقديم طلب إلى الجهة الإدارية المختصة وتوثيق العقد بعد إجراء التعديلات النهائية عليه بعد الموافقة المبدئية على التأسيس ، وبعد ذلك يتم تسجيلها وشهر قرار الموافقة على طلب التأسيس ، وعند إنتهاء هذه المرحلة تكتسب الشركة الشخصية المعنوية، وبعدها تأتي المرحلة الثانية بالنسبة لشركات المساهمة ذات الإكتتاب العام والتي تتمثل بعملية طرح الأسهم للإكتتاب العام للجمهور، وبموجب عملية الإكتتاب يلتزم المكتتب بدفع قيمة الأسهم التي إكتتب بها حسب المواعيد والنسب المبينة في عقد ونظام الشركة الأساسي ، وبتمام ذلك يصبح المكتتب مساهماً في الشركة ، وتنتهي هذه المرحلة بغلق باب الإكتتاب ، وعندها تنتقل للمرحلة الثالثة والأخيرة والتي تكون بدعوة الجمعية العامة لإجتمع أول يتم إنعقاده خلال فترة زمنية محددة ، ويطلق عليه إجتمع الجمعية التأسيسية ، والذي يناط به مهام معينة حددها قانون الشركات البحريني في المادة (٩٧) منه.

ونظراً لما تتمتع به المرحلة الأولى في التأسيس من أهمية قصوى ، لذا فإنني وجدت أن هناك ضرورة لبيان تفاصيل هذه المرحلة ، وما تميز به موقف المشرع البحريني عند معالجته لهذه العملية ، وما يؤخذ عليه في بعض المواطن ، فمن خلال هذه الدراسة الوصفية التحليلية والمقارنة في بعض المواضع تناولت هذا الموضوع في بحثين ، خصصت المبحث الأول للحديث عن عقد التأسيس وكل ما يتعلق به من تفاصيل وردت في قانون الشركات ولائحته التنفيذية والنموذج الصادر عن وزير التجارة و الصناعة البحريني هذا في المطلب الأول منه ، أما المطلب الثاني فكان للحديث عن النظام الأساسي للشركة وهو الذي يعد بمثابة الدستور الذي تدير عليه الشركة ، وطالما أن الأمر كذلك لذا فإن المشرع البحريني أولاه أهمية كبيرة لذا فإنه حاول في قانون الشركات ولائحته التنفيذية والنموذج الصادر عن وزير التجارة والصناعة أن لا يترك صغيرة أو كبيرة إلا وضمناها لهذا النظام ، حيث ترك لإرادة الأطراف مسائل بسيطة لإضافتها إلى هذا النظام .أما المبحث الثاني فقد خصصته لبيان إجراءات التأسيس التي تعقب عملية تحرير كل من عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة ، وهذه الإجراءات تتمثل في تقديم طلب الترخيص ، فهذا الطلب يحتاج إلى من يقدمه إليها والمضي بالإجراءات ومتابعتها ، ويحتاج إلى جهة معينة تتلقى هذا الطلب ، فبينت كل منها كل في مطلب مستقل حيث خصصت الأول لبيان أن تقديم الطلب منوط

بالمؤسسين ، وهؤلاء ينتخبوا من بينهم لجنة متابعة هذا الأمر والقيام بكل ما تتطلبه عملية التأسيس من إجراءات في هذه المرحلة ، ومنها متابعة الجهة الإدارية التي يتم تقديم الطلب إليها من قبلهم وهي التي كانت موضوع المطلب الثاني في هذا المبحث الذي بينت فيه من هي هذه الجهة وما هي المتطلبات اللازمة التي لا بد من إستيفائها حتى يتم الحصول على موافقتها على طلب المؤسسين ، لإكتمال عناصر هذا الموضوع ينبغي معرفة مصير الطلب الذي يتم تقديمه ، وهو لا يخرج عن أحد احتمالين ، إما رفض الطلب أو قبوله ، وهذا ما تناولته في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث والذي عرضت فيه بإيجاز للنتائج التي تترتب على ذلك ، أي في حال الرفض وفي حال الموافقة على طلب المؤسسين .

## المبحث الأول تحرير عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي

تبدأ المرحلة الأولى من إجراءات التأسيس بإبرام عقد تأسيس الشركة من جانب المؤسسين الذين يلتزمون بموجبه القيام بكافة الإجراءات التي تتطلبها عملية التأسيس ، ويهدف هذا العقد إلى تظافر الجهود والتكاتف بين كل المؤسسين والتعاون بينهم لإنشاء الشركة وبيان مسئولية كل واحد منهم في مواجهة البقية وفي مواجهة الشركة كشخص معنوي مستقل وفي مواجهة المكتتبين ، بالإضافة إلى هذا العقد يضع المؤسسون نظاماً للشركة يتضمن أدق التفاصيل التي يتم الإتفاق عليها بين المؤسسين ، وكل الأحكام التفصيلية التي ترتبط بالشركة منذ لحظة تأسيسها لحين إنقضائها عند توافر حالة من حالات الإنقضاء ، وهاتين الوثيقتين يتم تحريرهما وتوقيعهما من كافة المؤسسين ويتم توثيقهما وفق ما نص عليه القانون ، هذا ما سألينه بالتفصيل في المطلبين التاليين ، حيث سأخصص الأول للحديث عن عقد التأسيس وتفصيلاته التي يجب أن يشتمل عليها ، أما الثاني سأعرض فيه لأهم مشتملات النظام الأساسي للشركة .

### المطلب الأول تحرير عقد تأسيس الشركة

بعد الإنتهاء من الفكرة التي كانت محور المناقشات والتي كانت في ذهن مجموعة من الأشخاص الذين قد تربطهم رابطة ما في الغالب ، كالصداقة أو القرابة أو العمل ، فإذا ما استقرت هذه الفكرة من النواحي الاقتصادية والفنية ، واستقرت الأسس التي اتفقوا عليها عندها تبدأ المرحلة الأولى من إجراءات التأسيس وتبدأ هذه المجموعة بوضع اللبنة الأولى في بناء الشركة ، وذلك بإبرام عقداً ابتدائياً فيما بينهم يسمى أيضاً بعقد التأسيس ، ويتضمن أسماء المؤسسين ، مهنتهم ، جنسياتهم ، عناوينهم ، اسم الشركة ، الغرض الذي تأسست من أجل تحقيقه ، مركز إدارتها ، المدة المحددة لها ، مقدار رأس مالها ، وقيمة كل سهم ونوعه ، وتعهد من المؤسسين باتخاذ الإجراءات اللازمة لاتمام عملية تأسيس الشركة ( ١ ) ، والعقد الإبدائي ليس بعقد الشركة ولا يترتب عليه انشاء الشركة إنما هو عقد بين المؤسسين ( ٢ ) يحدد دورهم وإلتزاماتهم اتجاه إجراءات تأسيس الشركة ، وهو ليس ابتدائياً إلا من حيث أنه الخطوة الأولى التي تسبق الإجراءات اللاحقة وهو ليس إلا عقداً خاصاً ( ٣ ) يعبر فيه المؤسسون عن إرادتهم واتفاقهم على السعي في طريق تكوين الشركة ( ٤ ) وهو بات وواجب التقيد به من

١ هذه الإجراءات وردت في القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١ وجرى عليها تعديلات هامة نص عليها المرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٥ ، وقرار وزير الصناعة والتجارة رقم ٦ لسنة ٢٠٠٢ والتعديلات الواردة بالقرار رقم (١٢٧) لسنة ٢٠١٦ ، والقرار رقم (٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن نموذج عقد التأسيس الابتدائي والنظام الأساسي لشركة المساهمة . وهذه الإجراءات وردت في القانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ وجرى عليها تعديلات بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨ وقرار وزير الصناعة والتجارة رقم (٧٥) لسنة ١٩٩٨ المتعلق بتنفيذ بعض أحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨ ، أما قانون الشركات الأردني فإنه نظمها في المادتين (٩٢) و (٩٤) من قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ .

٢ عرفت المادة (٧١) من قانون الشركات البحريني المؤسس بأنه ” المؤسس هو كل من اشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة بغية تحمل المسئولية الناشئة عن ذلك “ وحول بعض التعريفات الفقهية إرجع د. علي حسن يونس ، شركات الأموال وقطاع الأعمال ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٢٤٧ ، د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج/٤ ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٣٠ ، د. هاني صلاح سري الدين ، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري ، ط/١ ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٧٥ .

٣ د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ط/٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٣٩٠ .

٤ د. محمود توفيق السعودي ، تغيير الشكل القانوني للشركات ، ط/١ ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٣٣٤ .

كافة أطرافه ، لذا لا يجوز القول من قبل أحد المؤسسين أن إرادته لم تنصرف إلى المشاركة في إجراءات التأسيس ، وأنه وقع العقد لسبب ما وأن نيته لم تتجه نحو المضي في تلك المشاركة بالإعتماد على ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (٧١) من قانون الشركات البحريني التي تستلزم اتجاه النية إلى تحمل المسؤولية الناشئة عن المشاركة الفعلية في التأسيس ، لأن هذه الفقرة تعالج مسألة النية قبل توقيع العقد حيث أن التوقيع على العقد يكسب الموقع صفة المؤسس دون قيد أو شرط (١) ، حيث لا يجوز أن يتضمن العقد الابتدائي أية شروط أخرى تنص على إعفاء المؤسسين أو بعضهم من المسؤولية الناجمة عن تأسيس الشركة ، أو أية شروط أخرى ينص على سريانها على الشركة بعد إنشائها ما لم تدرج في عقد التأسيس أو النظام الأساسي (٢) .

وقد حرصت التشريعات المختلفة على ضرورة توكي الدقة في البيانات المدرجة في العقد الابتدائي لما لذلك من أهمية بالغة الأهمية بعد تمام تأسيسها لذا فإن هذه التشريعات تشترط أن يلتزم المؤسسين بالنموذج المعد مسبقاً من قبل جهة الإدارة المختصة ، حيث لا يكون للمؤسسين دور كبير في تغيير هذا النموذج وضرورة التقيد بالبيانات الإلزامية وعدم الخروج عنها مع جواز حذف أو إضافة أية شروط أخرى شريطة ألا تتنافى مع أحكام القانون أو اللوائح ، لذا فإنه لا يجوز للمؤسسين إغفال البيانات المتعلقة باسم الشركة وغرضها وقيمة رأس مالها وعدد الأسهم التي ينقسم إليها رأس مالها ، والقيمة الإسمية للسهم الواحد ، والقيود الواردة على تداول الأسهم فيها .

ومن هذه التشريعات ، قانون الشركات البحريني واللوائح التي صدرت بخصوص تنفيذه ، حيث نصت المادة (٧٤) من قانون الشركات البحريني على أنه يجب أن يكون طلب الموافقة على التأسيس مصحوباً ببيان وافٍ عن الشركة مستخلصاً من عقد التأسيس الابتدائي والنظام الأساسي ، ويجب أن يرفق فيه إسم من يوكله المؤسسون لمباشرة إجراءات التأسيس ومهنته وعنوانه الذي ترسل إليه فيه الرسائل الخاصة بالتأسيس ويجب أن يرفق بالطلب ، صورة من العقد الابتدائي ومشروع النظام الأساسي موقعين من المؤسسين ويحتذى في هاتين الوثيقتين بالنموذج الصادر وفق قرار وزير التجارة والصناعة (٣) ويشتمل هذا النموذج على إحدى عشرة مادة تتضمن المادة الأولى أسماء المؤسسين وجنسياتهم وعناوينهم ، وإثبات الشخصية ، أما باقي المواد فتتضمن إسم الشركة والغرض من إنشائها ، ومركز إدارتها والمدة المحددة لهذه الشركة ، ورأس مالها المصرح به (٤) ، وكذلك رأس مال الشركة الصادر ، كما يشتمل العقد على بيان الحصص العينية إذا دخلت في رأس المال مع ضرورة ذكر مقدم هذه الحصة وكافة ما يتعلق بها من تفاصيل والقيمة التي تم تقييمها بها وإن كانت محملة بحق رهن أو امتياز ، وبيان قيمة الأسهم التي قام المؤسسون بدفعها وما سيتم طرحه للاكتتاب العام .

وأضاف نموذج العقد الابتدائي الصادر وفق قرار وزير الاستثمار والصناعة المصري بعض المسائل التي كنت اتمنى لو تضمن القرار رقم (٩) لسنة ٢٠٠٢ الصادر عن وزير التجارة والصناعة البحريني ، مثل هذه المسائل ، فمثلاً بالنسبة لحصص التأسيس في حال وجودها (٥) فإن النموذج المصري تطلب بيان هذه الحصص وكل

١ د.محمود مختار بري، قانون المعاملات التجارية ، الشركات التجارية ، ج/١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٢١٣ .

٢ المادة التاسعة من قانون الشركات المصري ، ولا يوجد نص في القانون البحريني أو الأردني بهذا الخصوص .

٣ قرار وزير الصناعة والتجارة رقم (٩) لسنة ٢٠٠٢ الصادر بتاريخ ١٨/٥/٢٠٠٢ .

٤ أما في مصر فإن نموذج العقد الابتدائي الصادر وفق قرار وزير الاستثمار والتعاون الدولي رقم (٧) لسنة ١٩٨٢ فإنه أجاز شطب هذه الفقرة من العقد في حال رغب المؤسسون بذلك .

٥ كون المشرع البحريني سكت عن حظر اصدار مثل هذا النوع من الحصص لذا فإن هذا السكوت يمكن تفسيره بأنه لا مانع من إصدار الشركة لهذا النوع من الأوراق المالية وهذه الحصص هي عبارة عن صكوك قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة تمنح اصحابها الحصول على نصيب من الأرباح دون أن يقابلها تقديم حصة في رأس مالها وتعطى للبعض لقاء ما قدموه من خدمات للشركة أثناء مرحلة تأسيسها .حول المزيد عن حصص التأسيس والمؤيدين والمعارضين



الأحكام المتعلقة بها . وتضمنت المادة التاسعة من القرار بيان التزام الشركة بأداء المصروفات والنفقات والأجور والتكاليف التي تم إنفاقها بسبب تأسيس الشركة وذلك بأن يتم خصمها من المصروفات العامة للشركة ، والبيان الأخير الذي تضمنه القرار هو ضرورة أن يشتمل العقد الابتدائي على بيان مكان وزمان انعقاد العقد ، وعدد النسخ التي تم تحريره منها بحيث يكون لكل مؤسس نسخة وما تبقى لتقديمها للجهات المعنية لغايات استصدار القرار المتعلق بترخيص تأسيس الشركة .

فهذه البيانات التي أحسن قرار وزير الاستثمار المصري بالنص عليها كنت أتمنى لو أن قرار وزير التجارة والصناعة البحريني تضمن الإشارة إلى ضرورة إيراد هذه البيانات في العقد الابتدائي لشركة المساهمة المراد تأسيسها .

وعلى الرغم من أن قرار وزير التجارة في البحرين كان فيه إغفال لبعض الجوانب الهامة التي أرى أنه كان من الضروري تضمينها لنموذج عقد التأسيس إلا أنه مع ذلك كان أفضل مما هو عليه الوضع في الأردن حيث لا نجد أي تنظيم للعقد الابتدائي للشركة بنصوص محددة خاصة به ، وإنما أخضع هذا العقد للقواعد العامة التي تحكم العقد بشكل عام ، حيث يُصار إلى تطبيق الشروط الموضوعية العامة للعقود والواردة في أحكام القانون المدني ( الرضا ، الأهلية ، المحل ، والسبب ) والشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة ( تعدد الشركاء ، تقديم الحصص ، الاشتراك في الأرباح والخسائر ، ونية المشاركة ) ( ١ ) ، وكنت أتمنى لو لم يكتفِ بذلك وأنه تم العمل بما هو معمول به في مصر والبحرين بهذا الصدد وذلك بإيراد النصوص الواضحة والتي من خلالها يستتير بها كل من يرغب بتأسيس شركة مساهمة وذلك بوضع نموذج لعقد تأسيس واضح المعالم ولا يكون على المؤسسين سوى إيراد البيانات التي تم الاتفاق عليها فيما بينهم .

## المطلب الثاني تحرير النظام الأساسي

إلى جوار العقد الإبتدائي يلتزم المؤسسون بتحرير نظام الشركة الأساسي والذي يعد دستور حياتها فيتم الرجوع إليه في كافة شئونها منذ لحظة ولادتها وحتى يتم إنقضاؤها بشكل نهائي . ويعد كذلك القانون النظامي للشركة حيث يشتمل على الأحكام المنظمة لجميع أمورها ، ويتضمن هذا النظام بالإضافة إلى البيانات الواردة في العقد الابتدائي التي اشترت إليها سابقاً والتي وردت في قرار وزير التجارة والصناعة كما وضحت ذلك البيانات الواردة في العقد الابتدائي التي اشترت إليها والتي وردت في قرار وزير التجارة والصناعة كما وضحت ذلك - فيما سبق - وهذا ما اشتمل عليه الباب الأول من النموذج . أما الباب الثاني منه فإنه اشتمل على عدة فصول تضمن الفصل الأول منه على مقدار رأس المال المصرح به للشركة ومقدار رأس المال الصادر ( ٢ ) بالعملة البحرينية

١ لها ارجع د. أبو زيد رضوان ، شركات المساهمة والقطاع العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ١٤٢ وما بعدها . ود. مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٧٢ وما بعدها . د. عزيز العكيلي ، الشركات التجارية في القانون الأردني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٢٤١ وما بعدها . د. يسرية عبد الجليل ، شرح قانون الشركات البحريني ، ط/١ ، جامعة العلوم التطبيقية ، المنامة ، ٢٠١١ ، ص ٢٩٦ وما بعدها .  
٢ لمزيد حول هذه الشروط ارجع د. أسامة نائل المحيسن ، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس ، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٢ وما بعدها .

٢ رأس المال المصرح به هو رأس المال المرخص وهو الذي يتم تحديده في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي بينما رأس المال الاصدار فهو مقدار الفارق بين رأس المال المرخص ومقدار ما تم الإكتتاب به من قبل المؤسسين ، أي هو المقدار الذي سيتم طرحه للجمهور للاكتتاب فيه . لمزيد حول ذلك ارجع د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الشركات ، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦٠ وما بعدها .

وكيفية توزيعه ومقدار كل سهم وعدد الأسهم النقدية والأسهم العينية (١) وقيمة كل منها .

كما تضمن بيان الكيفية التي تم فيها الإكتتاب في رأس المال من قبل المؤسسين والعدد المتبقي من الأسهم المراد طرحه للاكتتاب العام وتحديد البنك المراد تلقي الاكتتابات من خلاله ، والمدة التي سيستمر طوالها باب الاكتتاب مفتوحاً (٢) والتي يجب ألا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على ثلاثة أشهر وبيان المدة التي يجب الوفاء خلالها بباقي قيمة الأسهم شريطة ألا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ التأسيس وكيفية استيفاء الباقي عند عدم سداؤه من قبل المكتتب وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات ، وكل مبلغ يتأخر أداءه عن الميعاد المحدد له في النظام الأساسي تسري عليه فائدة سنوية لمصلحة الشركة دون حاجة لإعذار وبيان كيفية انتقال ملكية الأسهم ، وعدم جواز زيادة التزامات المساهم (٣) وتخضع جميع الأسهم من نفس النوع لنفس الإلتزامات ويكون لكل مساهم نفس الحقوق (٤) .

أما الفصل الثالث من نموذج النظام الأساسي فقد تضمن مسألة تعديل رأس مال الشركة حيث يكون ذلك من خلال قرار يصدر من الجمعية العامة غير العادية فإذا كان القرار بالزيادة فإنه يجب أن يكون في حدود رأس المال المصرح به إن وجد ووفقاً للطريقة التي نص عليها القانون (٥) وتكون إما بإصدار أسهم جديدة بقيمة الزيادة أو تحويل الإحتياطي إلى رأسمال ، كما يجوز تخفيض رأس مال الشركة وفقاً للطريقة التي بينها القانون (٦) ويكون التخفيض إما بتزليل القيمة الإسمية للأسهم أو إلغاء عدد من الأسهم بقيمة المبلغ المقرر تخفيضه من رأس المال ، وتضمن هذا الفصل في نهايته جواز إصدار الشركة لأسهم ممتازة عند زيادة رأس مال الشركة (٧) ويكون إصدار هذا النوع من الأسهم من خلال قرار للجمعية العامة غير العادية بالأغلبية العديدة للشركاء الممثلين لثلثي رأس المال على الأقل .

أما الباب الثالث من نموذج النظام الأساسي فإنه اشتمل على جواز إصدار سندات قرض بناءً على اقتراح من مجلس الإدارة ، وذلك بقرار من الجمعية العامة ، ويتضمن هذا القرار نوع هذه السندات وقيمتها وشروط

- ١ الأسهم النقدية هي التي يتم الحصول عليها مقابل أداء المساهم لقيمتها نقداً ، أما الأسهم العينية فهي التي يحصل عليها المساهم لقاء الحصص العينية التي يقدمها المساهم في رأس مال الشركة ، وقد تكون هذه الحصص عقاراً أو منقولاً مادياً أو معنوياً ، للمزيد حول هذين النوعين من الأسهم إرجع د. فايز نعيم رضوان ، الشركات التجارية ، ط١/ ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٤ ، ص٣٩٤ وما بعدها .
- ٢ المواد (٨٧) و (٨٨) بفقرتها الأولى والثانية . من قانون الشركات البحريني .
- ٣ وهذه الإلتزامات نص عليها قانون الشركات البحريني في المادة (١٦٩) أولها يتمثل بضرورة سداد الأقساط المستحقة ودفع فائد التأخير بمجرد انقضاء الموعد دون أن يكون هناك حاجة لتوجيه إعذار للمساهم المتخاف عن أداء هذه الأقساط ، والإلتزام الثاني وفقاً لهذا النص هو وجوب دفع المساهم لكافة النفقات التي تتكبدها الشركة في سبيل استيفاء الدفعات التي توفف المساهم عن دفعها ، كما يتوجب على كل المساهم الامتناع عن أي عمل من شأنه الإضرار بالشركة والواجب الأخير هو تنفيذ أية قرارات تصدر عن الجمعية العامة وفقاً للقانون .
- ٤ بين قانون الشركات البحريني هذه الحقوق في المادة (١٦٨) ومن أهم هذه الحقوق قبض الأرباح التي يتقرر توزيعها على المساهمين ، الحصول على حصة من أموال الشركة عند تصفيتها ، يكون لكل مساهم الحق في إدارة الشركة ، يكون لكل مساهم الحق في الحصول على كراس مطبوع يتضمن ميزانية الشركة للسنة المالية المنصرمة وحساب الأرباح والخسائر وتقريري مجلس الإدارة ومدققي الحسابات ، ومن حقوقه أيضاً إقامة دعوى البطلان بخصوص كل قرار صدر من الجمعية العامة أو مجلس الإدارة في حال مخالفة أي من هذه القرارات للقانون أو لعقد التأسيس أو النظام الأساسي ، ومن حق كل مساهم كذلك التصرف في أسهمه إلا إذا كانت أسهمه مقيدة بقيد قانوني أو اتفاقي ، وأخيراً يكون من حق كل مساهم الإطلاع على سجلات الشركة والحصول على صور أو مستخرجات لأي بياناتها بالحدود التي يسمح بها النظام الأساسي وبشكل لا يؤدي إلى الإضرار بمصالح الشركة .
- ٥ المواد من (١٢٥) - (١٣١) من قانون الشركات البحريني .
- ٦ المواد من (١٢٢) - (١٢٧) من قانون الشركات البحريني .
- ٧ الأسهم الممتازة هي التي تخول لأصحابها إلى جانب الحقوق العادية للصيقة بأسهم بعض المزايا الخاصة كالأولوية في الحصول على نصيب من الأرباح أو فائض التصفية ، أو قد تمنح صاحبها عدد من الأصوات في الجمعيات العامة للشركة إضافة لما هو مقرر للأسهم العادية لمزيد من التفاصيل حول هذا النوع من الأسهم إرجع د. إلياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية ، ج٨/ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص١٤٧ وما بعدها .

إصدارها ومدى قابليتها للتحويل إلى أسهم مع مراعاة أحكام المواد (١٥٤، ١٥٣، ١٥٢، ١٥١) من قانون الشركات البحريني ولائحته التنفيذية.

أما الباب الرابع من نموذج النظام الأساسي فإنه تعلق بإدارة الشركة حيث يتوجب أن يتم إدارة الشركة من خلال مجلس إدارة مكون من عدد فردي لا يقل عن خمسة أعضاء (١) يتم اختيارهم من قبل الجمعية العامة العادية بإستثناء المجلس الأول الذي يتم اختياره من قبل الجمعية التأسيسية والتي تتعقد خلال (٢١) يوماً من تاريخ غلق باب الاكتتاب (٢) وبيان مدة هذا المجلس والتي تكون قابلة للتجديد بقرار من وزير التجارة والصناعة لمدة ستة شهور إضافية للمدة الأصلية والتي لا تزيد على ثلاث سنوات إلا بصدر هذا القرار، والشروط الواجب توافرها في كل من يرغب بترشيح نفسه لعضوية مجلس الإدارة وكيفية ملء الشواغر في حال خلوها نتيجة لأي ظرف من الظروف كوفاة أو عزل أو فقد للأهلية أو غيرها من الأسباب التي قد يؤدي تحققها إلى خلو أحد المراكز في مجلس الإدارة . وينتخب المجلس من بين أعضائه رئيساً ونائباً للرئيس يحل محله عند الحاجة كما يجوز أن ينتخب عضواً منتدباً أو أكثر يكون لهم حق التوقيع عن الشركة مجتمعين أو منفردين حسب قرار المجلس ويتم تحديد اختصاصاتهم ومكافآتهم من قبل الجمعية العامة العادية ويجب أن يجتمع المجلس اربع مرات في السنة على الأقل وذلك بدعوة من رئيسه أو من عضوين على الأقل ولا يكون الاجتماع صحيحاً إلا إذا حضره نصف عدد الأعضاء على ألا يقل عدد الحاضرين عن ثلاثة أعضاء ومن بينهم رئيس المجلس (٣). ويكون لمجلس الإدارة أوسع السلطات فيما عدا ما احتفظ به للجمعيات العامة في إدارة شئونها المختلفة ، ويمثل رئيس مجلس الإدارة الشركة أمام القضاء والغير ، وله حق التوقيع بالنيابة عن الشركة ، ولا يتحمل أعضاء المجلس بسبب قيامهم بمهام ووظائفهم ضمن حدود وكالتهم بأية مسئولية فيما يتعلق بالالتزامات الشركة .

أما الباب الخامس من النموذج فإنه تعلق بالجمعيات العامة للشركة حيث يبين أن الجمعية العامة تمثل جميع المساهمين ولا يجوز إنعقادها إلا بعد الدعوة للحضور في جريدين يوميتين على الأقل تصدران باللغة العربية على أن تكون إحداها محلية ، ويجب أن يكون الإعلان قبل الموعد المحدد بخمسة عشر يوماً على الأقل ، ويجب أن يتضمن الإعلان جدول الأعمال والموضوعات التي ستعرض على المساهمين في هذا الاجتماع . ويكون من حق كل مساهم الحضور إما بشكل شخصي أو من خلال إنابة الغير ويجب أن تكون خطية .

لا يشترط هنا حضور أعضاء مجلس الإدارة لهذه الجمعيات حيث أن النص جعل رئاسة إجتماع الجمعية العامة منوط برئيس مجلس الإدارة أو نائبه أو من ينتدبه ، بمعنى أنه يستطيع ألا يحضر أي من رئيس المجلس أو نائبه في حال ترأس إجتماع الجمعية العامة شخص آخر تم إنتدابه أو تكليفه بذلك ، وهذا الأمر يختلف عما هو في بعض التشريعات العربية الأخرى مثل القانون المصري حيث إشتراط لصحة إجتماع الجمعيات العامة أن يحضر ثلاثة على الأقل من أعضاء مجلس الإدارة من بينهم رئيس المجلس ، وهذا فيه كثير من المنطق لأن الأقر على مناقشة

١ لم يحدد المشرع البحريني حداً أقصى لعدد أعضاء مجلس الإدارة واكتفى بتحديد الحد الأدنى بينما فعلت ذلك بعض التشريعات العربية مثل المشرع الأردني في المادة (١٢٢) من قانون الشركات الذي اشترط ألا يقل عدد أعضاء المجلس عن ثلاثة ولا يزيد عن (١٣) عضواً وقد أحسن المشرع الأردني بهذا التحديد .

٢ المادة (٩٦) من قانون الشركات البحريني وهنا يختلف المشرع البحريني عن المصري حيث أن المجلس الاول وفقاً لأحكام القانون المصري يكون من خلال المؤسسين فهم من يقومون باختيار هذا المجلس ولمدة لا تزيد على خمس سنوات ولكن يتفق المشرع البحريني في هذه المسألة مع المشرع الأردني من حيث الكيفية التي يتم فيها اختيار مجلس الإدارة الأول لشركة المساهمة المادة (١٠٦) من قانون الشركات الأردني والذي حدد مدة المجلس بأربع سنوات .

٣ المادة (١٨٠) من قانون الشركات البحريني .

محضر الاجتماع مع المساهمين هم هؤلاء الذين يسيرون شؤون الشركة وليس الغير الذي يمكن لهم إنتدابه ، لذا حبذا لو أن المشرع البحريني جعل هذا شرطاً لصحة إجتماعات الجمعية العامة ونتمنى منه أن ينص على ذلك في أي تعديل سيجريه على أحكام قانون الشركات .

وفي هذا الباب أيضاً تم بيان إجراءات التصويت في الجمعيات العامة وهو تكرر لما ورد في القانون واللائحة التنفيذية ، وكما وتم بيان طريقة دعوتها وشروط صحة الإنعقاد لإجتماعاتها ، وتم عرض كل ما يتعلق بالجمعية العامة غير العادية وإجراءات إنعقادها وكيفية الدعوة إليها وأسبابها وما تباشره وشروط صحة الإنعقاد وما هي الأغلبية المطلوبة لإصدار قراراتها وضرورة التقيد بجدول الأعمال وعدم الخروج عليه إلا فيما يطرأ أثناء الاجتماع من وقائع خطيرة وهامة ، ويتم تسجيل أسماء الحاضرين في سجل خاص ، ولا تكون قرارات الجمعية العامة نافذة إلا إذا تمت الموافقة عليها من قبل وزارة التجارة والصناعة .

أما الباب السادس فإنه يتضمن مراقبي الحسابات للشركة بحيث يمكن أن يكون واحداً أو أكثر ممن تتوفر لديهم رخصة مزاوله مهنة المحاسبة ، ويسأل عن صحة البيانات في تقريره بوصفه وكيلاً عن مجموع المساهمين (١) .

أما الباب السابع فإنه يتحدث عن السنة المالية للشركة بدايتها ونهايتها ، والجرد والحساب الختامي والإحتياطات القانونية والإختيارية ، وبيان كيفية إعداد الموازنة وتوزيع الإحتياطات واستخداماتها وتوزيع الأرباح على المساهمين بحيث تدفع لهم بعد خصم الاحتياطات الإلزامية والإختيارية.

أما الباب الثامن فقد تطرق للمنازعات لا تسقط الدعوى المدنية ضد مجلس الإدارة إلا بعد مرور خمس سنوات من تاريخ عقد الجمعية العامة التي أدى فيها مجلس الإدارة حساباً عن إدارتها (٢) .

والباب التاسع من النموذج لم يتضمن غير الاشارة إلى تطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد من (٣٠٥-٣١١) من قانون الشركات والتي تتعلق بتحول الشركات التجارية من شكل قانوني إلى شكل آخر ، وتضمن الباب نفسه على الاشارة سريان الأحكام الواردة في المواد من (٣١٢-٣١٩) من قانون الشركات على اندماج الشركات دون بيان أية تفصيلات واكتفى بالتفصيلات التي أوردها المشرع.

أما الباب العاشر فإنه إشمط على التفصيلات المتعلقة بحل الشركة وتصفيتها والتي ورد البعض منها في قانون الشركات ، وفي هذا الباب جعل الشركة أمام خيارين وهما إما أن يتم تصفية الشركة وفقاً للأحكام التي نص عليها القانون وبينها في المواد من (٣٢٨-٣٤١) أو يتم الإتفاق على أحكام خاصة يتم بيانها في النظام الأساسي للشركة أو يتم الاتفاق على أنه يُصار إلى اتباع الأحكام الخاصة بقسمة المال الشائع الواردة في القانون المدني .

نلاحظ مما سبق بيانه أن بعض الأحكام الواردة في نموذج النظام الأساسي جاء تكراراً لما ورد في قانون الشركات

١ المادة (٢٢٠) من قانون الشركات البحريني ، وتقابلها المادة (١٩٩) من قانون الشركات الأردني ، ويسأل مدقق الحسابات تجاه موكله وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية ، أما تجاه فإنه يسأل وفقاً لأحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية ، ويسأل جزائياً عند ارتكابه فعلاً يعاقب عليه القانون ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٣٢٢) من قانون الشركات التي فرضت غرامة مقدارها خمسة آلاف دينار لكل مدقق يقدم تقريراً مخالفاً للبيانات التي اشترطها عليه قانون الشركات وقد حدد القانون في المادة (٢١٩) هذه البيانات . لمزيد من المعلومات حول مسؤولية مدقق الحسابات في شركات المساهمة إرجع د. أكرم ياملكي ، مرجع سابق ، ص ٢١١ وما بعدها .

٢ بينت المواد (١٨٧-١٨٥) من قانون الشركات البحريني حالات قيام مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة ، وبينت أنهم مسئولين بالتضامن بأداء التعويضات ، وبينت المادة (١٨٧) من هو الشخص الذي له سلطة إقامة الدعوى على أعضاء المجلس فهو رئيس المجلس إذا لم يكن من ضمن المعنيين بالدعوى أي ليس خصماً للمساهمين ، وإذا كان هو ممن تخاصمهم الشركة فإنه يتم تعيين عضواً آخر من أعضاء المجلس ويتم هذا التعيين من قبل الجمعية العامة ، وإذا كان المجلس هم من ستخصمهم الشركة فإن الجمعية العامة تعين من ينوب عنها من غير أعضاء المجلس في رفع الدعوى.

عند تنظيمه لأحكام شركة المساهمة ، في حين أنه كان ينبغي أن عليه أن يلتفت عن ذلك طالما أنه نظمها في موضع آخر ، وكما يرى البعض ( ١ ) أنه على المشرع التخفيف من هذه البيانات تحقيقاً للمرونة الكافية للمؤسسين في وضع نظام الشركة الأساسي ، كما أنه قد خلا في بعض المواضع من الإشارة إلى القواعد الإلزامية التي كان يجدر الإشارة إليها وهو ما درج العمل على إضافته إلى مثل هذه النماذج ( ٢ ) ، وهو ما اتبعه النموذج في بعض المواضع حيث خلا النموذج من النص على قابلية السهم للتداول وكذلك تنظيم أحكام التداول ، وإصدار السهم بأزيد من قيمته الإسمية مقابل النفقات الأساسية للإصدار ، وتنظيم تدخل الجمعية العامة في تداول الأسهم . ومع ذلك نجد أن نموذج النظام الأساسي يتضمن بياناً شبه تفصيلي للقواعد المتعلقة بالشركة بعد اكتسابها الشخصية المعنوية - وهو كما سبق القول - بمثابة الدستور الذي سيحكم حياة الشركة منذ لحظة ميلادها لحين انقضائها ، وبه إعلام للجمهور عن حقيقة الشركة المزمع تأسيسها ، حتى يكونوا على بينة وجلاء لصورتها في حال كان لديهم الرغبة في الإكتتاب في رأس مالها ، وحرصاً من المشرع على دقة البيانات الواردة في نظام الشركة اشترط أن يكون رسمياً ومصداقاً على التوقعات فيه ، كما هو الحال بالنسبة للعقد الابتدائي طبقاً لنص المادة (٧٩) من قانون الشركات البحريني ، حيث أنه لا بد أن يكون موقفاً من المؤسسين أو ينوب عنهم قانوناً ويجب إفراغه وفقاً للنموذج المعد والذي عرضت لبياناته سابقاً لكي يرضى عليه طابع الرسمية ، والتصديق عليه طبقاً لآخر تعديل لدى الجهة المختصة بالتوثيق وبعد ذلك يتم إعادته إلى وزارة التجارة والصناعة لاستصدار قرار التأسيس .

وفي مصر الأمر لا يكاد يختلف عما هو متبع في البحرين ، إلا أن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري انفردت بنص (٣) يسمح في أحوال الضرورة أو الإستعجال التي يقدرها مدير عام الإدارة العامة للشركات أن يتم التصديق على التوقعات الواردة على العقد الابتدائي ونظام الشركة الأساسي أمامه أو أمام من يفوضه من العاملين بالإدارة العامة وذلك بعد أداء الرسوم المستحقة قانوناً ، ويتم التصديق وفقاً لمحضر مبين فيه اسم الموظف الذي تم التوقيع أمامه ووظيفته وبيان سند التفويض وأسماء الموقعين وجنسياتهم وصفاتهم فيما إذا كانوا بالأصالة أم بالإنابة عن الغير مع تقديم ما يثبت صفة النيابة إذا كان مناباً .

وبالرجوع إلى هذا الإستثناء المعمول فيه في مصر نجد أنه لا ضرورة له في البحرين وسبب ذلك أن تأسيس الشركات في البحرين وتوثيقها يتم في مكان واحد ويتواجد فيه الموثق الذي نحتاج إليه لتوثيق العقد الابتدائي والنظام الأساسي ، بيد أن هذا الأمر غير موجود في مصر لذا يحتاج كل من يرغب بتأسيس شركة أن يقوم بمراجعة مكتب الشهر العقاري والتوثيق ومن ثم مراجعة الإدارة العامة للشركات ، ومن هنا نلاحظ الحاجة إلى إيراد مثل هذا الإستثناء عند حالة الضرورة ، وقيام أحد موظفي إدارة الشركات بدور الموثق والمسجل بنفس الوقت .

أما في الأردن فإن المشرع الأردني بين في الفقرة الثانية من المادة (٩٢) البيانات اللازم توافرها في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي معاً ، ولم يفرد لكل واحد منهما نصاً خاصاً حيث جاء بهذا النص أنه «يجب أن يتضمن

١ . د. محمد صالح ، شركات المساهمة ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ٤٠ .

٢ . د. محمود مختار بري ، قانون المعاملات ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ .

٣ . المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري .



عقد تأسيس الشركة المساهمة ونظامها الأساسي البيانات التالية:

اسم الشركة .

مركزها الرئيسي .

غايات الشركة .

أسماء مؤسسي الشركة وجنسياتهم وعناوينهم المختارة للتبليغ وعدد الأسهم المكتتب بها .

رأس مال الشركة المصرح به والجزء المكتتب به فعلاً .

بيان بالمقدمات العينية في الشركة - إن وجدت - وقيمتها .

بيان إذا كان للمساهمين وحاملي سندات القرض القابلة للتحويل حق أولوية للإكتتاب في أي إصدارات جديدة

للشركة .

كيفية إدارة الشركة والمفوضين بالتوقيع في الفترة ما بين تأسيسها واجتماع الهيئة العامة الأول الذي يجب أن يعقد

خلال ستين يوماً من تاريخ تأسيس الشركة .

تحديد أسلوب وشكل وطريقة دعوة مجلس إدارة الشركة للاجتماع .»

ونموذج عقد تأسيس الشركة المساهمة في الأردن تتضمن بيانات أخرى إضافة للبيانات الواردة في المادة السابقة،

حيث تتضمن بيان مدة الشركة وطريقة تغطية قيمة الأسهم وبيان مسئولية المساهمين ، أما النظام الأساسي

فتمودجه كما هو الحال في جمهورية مصر العربية ومملكة البحرين فقد قسمه إلى فصول ومواد والبيانات التي

تدون فيه تشمل جميع الأحكام والمعلومات الموجودة في الشركة وكيفية ممارسة أعمالها منذ بداية حياتها وحتى

يتم انقضاؤها وتصفياتها .

وأخيراً فإن عقد التأسيس والنظام الأساسي لشركة المساهمة لا بد من كتابتهما وتوقيعهما من جميع المؤسسين

ولا يشترط توثيقه لدى الموثق أو كاتب العدل إنما يكفي قيامهم بالتوقيع عليه أمام مراقب الشركات أو من يفوضه

بذلك ( ١ ) ولا حاجة هنا أيضاً للنص كما فعل المشرع المصري على أنه في حالة الضرورة يتم توقيع العقد من قبل

من يفوضه مدير الإدارة العامة للشركات بذلك ، لأن في الأردن لا حاجة لتوثيق العقد لدى كاتب العدل لأن عقد

الشركة ونظامها الأساسي يمكن أن يتم توقيعها أمام كاتب العدل أو أحد المحامين أو أمام مراقب الشركات نفسه

أو من ينيبه خطياً بذلك ، فهنا المؤسسون لديهم خيارات عديدة وهذه ميزة تحتذى من جانب المشرع الأردني لأن

في ذلك تيسيراً على المؤسسين واختصاراً للوقت والجهد .

## المبحث الثاني

### تقديم طلب تأسيس الشركة

ليس بكاف من وجهة نظر المشرع تحرير العقد الابتدائي والنظام الأساسي لشركة المساهمة ، إنما علاوة على

ذلك أراد أن يطمئن بأن المشروع المزمع تنفيذه يلائم مقتضيات الإقتصاد الوطني وكذلك لكي يطمئن إلى الآثار

الإجتماعية المحتملة للمشروع ، وأن غرضه أو نشاطه غير مخالف للنظام العام أو الآداب . لذا ومن هذا المنطلق

١ المادة (٩١) من قانون الشركات الأردني نصت على أنه "يوقع عقد تأسيس الشركة المساهمة العامة ونظامها الأساسي من كل مؤسس أمام المراقب أو من يفوضه خطياً بذلك ، ويجوز توقيعها أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين"



فإنه أوجب على المؤسسين أن يقدموا طلباً بالتريخيص لتأسيس المشروع المزمع إنشاؤه إلى الجهة الإدارية المختصة بإنشاء الشركات (١) على أن يتم توقيعه منهم وبيان إسم من تم توكيله لغايات إتمام عملية التأسيس ومباشرة الإجراءات اللازمة ، ويجب أن يتضمن الطلب بيانات وافية عن الشركة مستخلصةً من عقد التأسيس الإبتدائي والنظام الأساسي ، على أن يتم إرفاق صورة عنهما وعن كافة المرفقات التي يتطلبها القانون (٢) .

وفي هذا المبحث سأبين من هم الأشخاص الذين يتقدمون بهذا الطلب إلى الجهة الإدارية المختصة وماذا يترتب على عدم موافقة هذه الجهة على طلبهم هذا ، ومن الذي يتحمل أعباء ما قاموا به من أعمال وما أبرموه من تصرفات ، لذا سأقوم بتناول هذه المسائل كل منها على حدة وبمطلب مستقل على النحو التالي.

## المطلب الأول الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب الترخيص

شركات المساهمة تختلف عن غيرها من الشركات الأخرى من حيث أنها لا تنشأ بمجرد إتفاق الشركاء وتوقيع عقدها ونظامها الأساسي ، إنما يتطلب تأسيسها إتباع إجراءات وإبرام تصرفات قانونية تمتد لوقت طويل يقوم بها المؤسسون ، وكون عددهم يكون في الغالب كبيراً لذا يتم إنتخاب من بينهم لجنة يطلق عليها تسمية «لجنة المؤسسين» (٣) التي يناط بها مهمة الإشراف ومتابعة إجراءات التأسيس .

يتم تقديم طلب التأسيس من قبل المؤسسين ، والمؤسسون يمكن أن يكونوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين ، وإذا كان أحد المؤسسين شخصاً معنوياً يجب أن يدخل في أغراضه تأسيس هذه الشركة (٤) ، فإذا لم يكن من بين أغراض الشركة ذلك فإنها تعتبر غير أهل لتأسيس الشركة وبالتالي يتم رفض طلبها ، ذلك لأن الأهلية متطلب أساسي يجب توافره في الشخص الطبيعي والمعنوي لغايات تأسيس أي شركة ، ويجب تقديم مع طلب التأسيس صورة معتمدة من وثيقة تأسيسه ، وما يثبت موافقة الهيئات المختصة فيها على الإشتراك في التأسيس (٥) كما أنه ليس هناك ما يمنع من إشتراك عدة دول في تأسيس شركة مساهمة أو عدة دول وشركات مساهمة أخرى في تأسيس شركة مساهمة ، كما أنه من الممكن أن تشترك عدة شركات في تأسيس شركة مساهمة ، وأضحت هذه هي السمة البارزة في زمننا هذا وخصوصاً مع ظهور الشركات متعددة الجنسية (٦) .

أما الأهلية المطلوبة بالنسبة للشخص الطبيعي هي الأهلية التجارية والتي تثبت له وفقاً للقانون البحريني ببلوغ سن ثمانية عشر عاماً دون أن يعتره أي عارض من عوارض نقص الأهلية أو إنعدامها فلا يجوز للقاصرين أو من هم في حكمهم الإشتراك في تأسيس شركة مساهمة ، ولم يشترط المشرع البحريني توافر الأهلية المدنية لتأسيس الشركة وإنما الأهلية التجارية هي المطلوبة وذلك لأن عملية التأسيس وفقاً لقانون التجارة البحريني يعتبر عملاً

١ المادة (٧٢) من قانون الشركات البحريني حيث بموجب هذا النص يتم تقديم طلب التأسيس إلى وزارة التجارة والصناعة.

٢ المادة (٧٤/أ) من قانون الشركات البحريني

٣ لم يتضمن القانون البحريني نصاً يقضي بذلك ، بخلاف القانون الأردني <sup>١</sup> في قانون الشركات في المادة (٢٧) من القانون المعدل رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢ الذي تضمن نصاً يبين مهمة هذه اللجنة .

٤ المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني .

٥ هذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (٧٤) من قانون الشركات البحريني .

٦ لمزيد حول تفاصيل هذه الشركات من حيث التكوين وكيفية التأسيس وكل ما يتعلق بها إرجع د.طلعت جواد الحديدي ، المركز القانوني للشركات متعددة الجنسيات ، ط/١ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨.

تجارياً بطبيعته (١) ويرى البعض أن أهلية القاصر المأذون بالإتجار لا تكفي لتأسيس شركة مساهمة ، ذلك لأن أهلية الإتجار تتعلق بنشاط المرخص له نفسه حيث يتحمل نتيجة تصرفاته ، بينما في تأسيس شركة المساهمة فقد يتحمل الغير النتائج السلبية للمؤسس عند فشل المشروع فمن هذا المنطلق كان إشتراط الأهلية الكاملة للمؤسس وعدم إجازة قيام القاصر المأذون بالتجارة من تأسيس شركة مساهمة (٢) ، في حين أن البعض يرى (٣) أنه يجوز للصغير المأذون بالتجارة أن يقوم بتأسيس شركة مساهمة ، لا بل ذهب أنصار هذا الرأي أنه عند رغبة المأذون بالتأسيس فإنه ليس بحاجة إلى الحصول على إذن خاص لأنه - من وجهة نظرهم - يكون بمركز البالغ سن الرشد في حدود الأعمال المأذون له القيام بها بمعنى أنه إذا كان الأذن يشمل تأسيس الشركة جاز له في هذه الحالة أن يقوم بتأسيس الشركة وفي حال عدم شموله فإنه لا يسمح له تأسيسها . وإنني أميل لتأييد الاتجاه الأول الذي يتطلب توافر الأهلية التجارية وهي ببلوغ سن الثامنة عشر عاماً وبخلوه من عوارض الأهلية .

وفقاً للتعديل الجديد الذي جرى على قانون الشركات فإن عدد المؤسسين يجب ألا يقل عن إثنين (٤) حيث أصبح القانون يتطلب شخصين فأكثر لغايات تأسيس شركة المساهمة فيما عدا الشركات التي تتفرد الحكومة بتأسيسها ، ففي هذه الحالة يكون التأسيس صحيحاً حتى لو كانت هي الوحيدة التي تقوم بعملية التأسيس ولا يتطلب القانون أن يشترك معها شخص آخر حتى تصح هذه العملية ، هذا بالنسبة للحد الأدنى الذي تطلبه المشرع ولم يضع حداً أقصى لهم فيصح مهما بلغ العدد طالما توافر الحد الأدنى ، وقد أحسن المشرع البحريني بإيراده هذا التعديل لأن العبرة في شركات المساهمة بالفرض الذي ستنشأ الشركة من أجل تحقيقه وليس العدد الذي سيقوم بتأسيس هذه الشركة . أما نسبة مساهمة هؤلاء المؤسسين فقد إشتراط القانون ضرورة ألا تقل عن ١٠٪ من رأس مال الشركة ولم يحدد حداً أقصى لهذه النسبة ، بمعنى أنه يجوز لهم وفقاً لهذا النص أن يمتلكوا كل رأس مال الشركة ، وطالما الأمر كذلك فإنني أرى أنه كان حري بالمشرع البحريني تعديل نص المادة (٩٢) من قانون الشركات بإضافة فقرة تسمح للمؤسسين بتغطية الأسهم التي لم يتم تغطيتها في الإكتتاب العام ، كون النص الحالي لا يسمح بذلك رغم التعديل الذي جرى على المادة (٨٤) منه ، بمعنى أنه طالما أن المؤسسين غير محددين بسقف أعلى لمساهمتهم في رأس مال الشركة فإنني أرى أنهم أصحاب الأولوية في تغطية ما لم يتم تغطيته من أسهم في الإكتتاب العام ، وبذلك نضيف فرصة لاستمرار عملية تأسيس الشركة في حال لم تتم تغطية الأسهم المطروحة للاكتتاب العام سواء من قبل الجمهور أو من قبل متعهدي التغطية أو إعادة طرح الأسهم للاكتتاب العام مرة أخرى (٥) ، الأمر الذي يؤدي إلى إطالة أمد المرحلة الثانية في تأسيس الشركة والتي أحوج ما نكون إلى

١ المادة الثالثة من قانون التجارة البحريني رقم (٧) لسنة ١٩٨٧ ، والذي بموجبها نص على الأعمال التجارية بطبيعتها أي الأعمال التي تعتبر تجارية بغض النظر عن صفة القائم بها ، وحتى لو تم القيام به مرة واحدة ، لذا فإن أهلية القيام بهذه الأعمال تكون ببلوغ سن (١٨) عاماً وليس (٢١) عاماً ، ومن ضمن هذه الأعمال تأسيس الشركات .

٢ د. محمود بريري ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ، د. محمد بهجت قايد ، الشركات التجارية ، النظرية العامة للشركات ، د.ت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٢٢٧ .

٣ د. فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص ٣٢ .

٤ المادة (٧٥/د) من التعديل الوارد بالقانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٩/١١ . وهنا يتفق المشرع البحريني مع المشرع الأردني الذي تطلب أن يكون عدد المؤسسين إثنين كحد أدنى وذلك تم النص عليه في المادة (٩٠/أ) من قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ . أما القانون المصري فإنه إشتراط ألا يقل العدد عن ثلاثة مؤسسين ، المادة (٨) من قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ . وبعض القوانين إشتراطت ألا يقل العدد عن خمسة ومن هذه القوانين قانون الشركات الكويتي الجديد رقم (١) لسنة ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٢/١ وذلك في المادة (١٢١) . والمادة (٥٢) من نظام الشركات السعودي رقم (١٨٥) لسنة والمادة (٣) من قانون التجارة السوري رقم (١٤٩) لسنة ١٩٤٩ . والمادة (٧٥) من قانون الشركات البحريني كانت تتطلب أن يكون الحد سبعة قبل أن يتم تعديلها لتصبح إثنين فقط .

٥ المادة (٩٢) من قانون الشركات وقد نصت في فقرتها الثانية على " إذا لم يتسند الإكتتاب خلال الميعاد المحدد له جميع الأسهم المطروحة ، فيجب على متعهدي تغطية الإكتتاب شراء ما لم يتم تغطيته من الأسهم المطروحة للإكتتاب ولها أن تعيد طرح ما إكتتب فيه من أسهم للجمهور دون التقيد بإجراءات وقيود تداول

إنتهائها بسرعة حتى تنتقل إلى المرحلة الأخيرة في عملية التأسيس وهي ما بعد قفل باب الإكتتاب ، حتى بعدها تبدأ الشركة بمباشرة النشاط الذي تأسست من أجل تحقيقه.

فمن خلال هذا النص نلاحظ أن القانون البحريني أحسن صنفاً عند نصه على ضرورة مساهمة المؤسسين بمقدار من معين من رأس مال الشركة ، لأنه بهذا يضمن بذلك جديتهم وحرصهم على سلامة وتحمل نتائج النجاح أو الفشل للمشروع المزمع إنشاؤه ، لا بل نلاحظ أن القانون لم يكتفِ بمجرد مساهمة المؤسسين بنسبة معينة في رأس مال الشركة ، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك بأن فرض قيوداً على تداول الأسهم الممنوحة لهم لقاء هذه المساهمة طوال مدة معينة ، وقد حددها المشرع بسنة واحدة (١) ، حيث ذهب إلى عدم جواز تداول الأسهم التي يكتب بها المؤسسون قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنة مالية لا تقل عن إثني عشر شهراً من تاريخ إعلان تأسيس الشركة ما لم يتم الإتفاق في النظام الأساسي للشركة على مدة أطول ، والهدف من ذلك هو بقاء هذه الأسهم تحت تصرف الشركة مدة معينة تسمح بالتأكد من إستقرار المشروع وجديته ونجاحه ، هذه المدة إفترض المشرع أنها تكون كافية بمرور مدة سنة (٢) ولكن أجاز الاتفاق على مدة أطول إذا إرتأى المؤسسون أن في ذلك مصلحة للشركة .

يختلف المشرع البحريني في مسألة تحديد مقدار معين لمساهمة المؤسسين عن بعض التشريعات العربية ويتفق مع بعضها الآخر ، حيث يتشابه اتجاه المشرع البحريني مع المشرع المصري (٣) حيث أوجب هذا الأخير ألا يقل رأس المال المصدر للشركة التي تطرح أسهمها للإكتتاب العام عن خمسمائة ألف جنيه وألا يقل ما يكتب فيه مؤسسو الشركة من رأس المال المصدر عن نصف رأس المال ، أو يساوي ١٠٪ من رأس المال المرخص به أي المبلغين أكثر ، ما يلاحظ على نص المشرع المصري أنه وضع المؤسسين بين خيارين ، الأول وهو مساهمتهم بنصف رأس المال الصادر ، فإذا كان مقداره يساوي الحد الأدنى أي نصف مليون جنيهاً مصرياً فإنه يجب أن تكون مساهمتهم بمقدار (٢٥٠) ألف جنيهاً ، والخيار الثاني هو أن تكون مساهمتهم تساوي ١٠٪ من رأس المال المرخص ، وهنا أعطى الأولوية للمقدار الأكبر لهذين الخيارين ، هنا أحسن المشرع المصري بهذا الاتجاه وعند إيراده لهذين الخيارين ، ولكن ما يؤخذ عليه هنا أنه لماذا تطلب المشرع أن تكون نسبة مساهمة المؤسسين في الخيار الثاني مساوية ١٠٪ لرأس مال الشركة المرخص.

وعلى النقيض كان موقف المشرع الأردني (٤) حيث نص على عدم جواز تجاوز نسبة مساهمة المؤسسين في شركة المساهمة عند التأسيس عن (٧٥٪) من رأس المال المصرح به ، فلا يجوز تخطي هذه النسبة بالزيادة ، ولكن الغريب هنا أن المشرع لم يضع حداً أدنى لهذه النسبة وهذا من باب أولى ، كون الحد الأدنى هو الضمانة الجدية لاشتراك المؤسسين في الشركة المراد تأسيسها ، كما أنه ما الحكمة من الحظر الذي وضعه المشرع على تداول

١ الأسهم المنصوص عليها في هذا القانون ” نلاحظ من خلال هذا النص أنه لم يشمل المؤسسين ولم يعطهم الحق بتعطية ما يتم تغطيته من قبل الجمهور في الإكتتاب العام.

١ المادة (١٢٤) من قانون الشركات البحريني .

٢ بعض التشريعات العربية جعلت المدة أكثر من سنة مثل قانون الشركات المصري في المادة (٤٥/أ) حيث جعل هذه المدة سنتين ماليتين كاملتين لا تقل كل منها عن إثني عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة ، وكذلك الأمر لدى المشرع الأردني في المادة (١٠٠) منه حيث نصت على حظر التصرف في السهم التأسيسي قبل مرور سنتين على الأقل من تأسيس الشركة وكذلك قانون الشركات الكويتي الجديد في المادة (١٧١) منه حيث اشترط على حظر التصرف طوال السنتين التاليتين للتسجيل بالسجل التجاري . وكل هذه التشريعات بما فيها البحريني جعلت التصرف جائزاً خلال هذه المدة في انتقالها للورثة ، أو من مؤسس إلى آخر بنفس الشركة . لمزيد إرجع د . يعقوب صرخوه ، الأسهم وتداولها في شركات المساهمة ، رسالة ، دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

٣ المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري .

٤ المادة (٩٩/ب) من قانون الشركات الأردني .

أسهم المؤسسين طالما أنه ابتداءً لم يجعل مسألة مساهمتهم ولو بحد أدنى أمر إجباري . لذا اتمنى على المشرع الأردني أن يتدارك هذا الأمر في المستقبل عند تعديل نصوص قانون الشركات .

مع أن موقف المشرع الأردني كان محل إنتقاد ، إلا أنه يبقى أفضل من موقف غيره من بعض التشريعات العربية الأخرى ، مثل المشرع السوري الذي لم يتطلب إكتتاب المؤسسين بأية نسبة في رأس مال الشركة ، لدرجة أن جانب من الفقه السوري يرى (١) أنه قد يقتصر دور الشخص على دراسة المشروع المقترح تنفيذه والحصول على الترخيص بتأسيس الشركة حتى يعتبر هذا الشخص مؤسساً رغم عدم مساهمته بأية مبالغ في رأس مال الشركة ، ولكن يرى هذا الجانب أنه حتى يعتبر كذلك يجب ألا يتقاضى مقابل لقاء قيامه بهذا العمل . لذا فإن موقف المشرع السوري في هذا الصدد بحاجة إلى إعادة نظر بحيث يجعل مسألة مساهمة المؤسس في رأس مال الشركة أمراً إجبارياً.

وإذا كان من ضمن المقدمات حصصاً عينية سواء مادية أو معنوية فإنه يجب تقديرها حسب ما تطلب القانون ، إذا دخل في تكوين رأسمال الشركة حصصاً عينية عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال وجب على المؤسسين تقدير قيمة هذه المقدمات ، ولغايات التحقق من قيمتها لابد من صدور قرار من لجنة مشكلة من بين العاملين بوزارة التجارة والصناعة أو من غيرهم بحسب أهمية الحصة العينية لهذه الغاية وتقدم تقريراً من قبلها يتضمن القيمة التي قدرها لهذه الحصة (٢) ويتم إرفاق تقريرهم مع قائمة المرفقات المطلوبة عند تقديم طلب التأسيس. إذا تبين للجنة أن القيمة تنقص بأكثر من العشر عن القيمة التي قدمت من أجلها ، فيجب على المؤسسين خلال عشرة أيام عمل من تاريخ تسلمهم تقرير اللجنة أن يتقدموا للإدارة المختصة بما يثبت قيام مقدم الحصة العينية بدفع الفرق نقداً في حساب الشركة ، أو موافقة المؤسسين على قيام مقدم الحصة العينية بتقديم حصة عينية أخرى بقيمة الفرق ، ويرفق في هذه الحالة بيان بالحصة الجديدة وملخص عن مدى إفادة الشركة منها. ويجرى التحقق من صحة تقدير هذه الحصة بواسطة اللجنة ذاتها ، أو قيام المؤسسين بدفع القيمة المقدرة للحصص العينية نقداً في حساب الشركة إذا ما سحبها مقدمها أو قيامهم بتخفيض رأس المال بما يعادل هذا النقص (٣) . ويمنح كل من يقدم هذه الحصص العينية أسهماً تسمى الأسهم العينية (٤) وأجازت كثير من التشريعات (٥) ومنها المشرع البحريني (٦) إصدار هذا النوع من الأسهم شريطة أن يتم الوفاء بكامل هذه الحصة ، وأن يتم تقييمها على نحو ما بينت قبل قليل ، وفي المقابل فهناك تشريعات لم تجز إصدار مثل هذا النوع من الأسهم (٧) ،

١ د.جك يوسف الحكيم ، الشركات التجارية ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٢ ، ص ٢٨٦ .

٢ هذه اللجنة يتم اختيارها بناءً على طلب من قبل المؤسسين لوزارة التجارة والصناعة ليمت تشكيل هذه اللجنة لغايات التحقق من صحة تقدير الحصص العينية وحتى يتم تقويمها بثمنها الحقيقي فإنه يتم تزويد اللجنة بملخص عن إفادة الشركة من هذه الحصص ، وعقود المعاوضة التي وردت عليها خلال الخمس سنوات السابقة على تقديمها في حال كان هناك مثل هذه العقود ، وما يفيد بكل حقوق الرهن أو الإمتياز المترتبة عليها في حال وجودها ، كما يقدم المؤسسون تعهداً يتضمن باللتزامهم بدفع أتعاب اللجنة التي تحددها الوزارة. يتم التحقق من قيمة هذه الحصص بهذه الآلية سناً لنص المادة (٩٩) من قانون الشركات البحريني وقد أحالت إلى اللائحة التنفيذية لبيان آلية تشكيل هذه اللجنة سناً لنص المادة (٨) منها ، ويتم تعيين أجل لتقديم تقرير اللجنة على ألا يجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار تشكيلها ويجوز بناء على طلب مسبق من اللجنة مد هذا الأجل مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً أخرى، هذا ما نصت عليه المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية.

٣ المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني.

٤ حول تفصيل أوفى بخصوص هذه الأسهم إرجع د. أحمد محرز ، الشركات التجارية ، النسر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٦٧ وما بعدها .

٥ المادة (٢٥) من قانون الشركات المصري ، المادة (٩٧/أ) من قانون الشركات الأردني ، المادة (٨٧) من قانون الشركات الإتحادي الإماراتي ، المادة (١٢٨) من قانون التجارة السوري ، والمادة (٨٧) من قانون التجارة اللبناني .

٦ الفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) من قانون الشركات البحريني .

٧ منها قانون الشركات العراقي الملغي بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ بمعنى أن المشرع العراقي إعترف بها من فترة ليست بالبعيدة ، كما أنه في الولايات المتحدة معظم الولايات لا تجيز في قوانينها إصدار هذا النوع من الأسهم ، مشار إلى ذلك لدى د. أكرم ياملي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤ .

لكن بالرغم من أن غالبية التشريعات أجازت إصدار هذا النوع من الأسهم إلا أنها تنظر إليها نظرة عدم ارتياح، حيث يتم تقييدها بقيود قانونية تمنع من تداولها لمدة لا تقل عن سنتين عادة من تاريخ إصدارها، أو من تاريخ تأسيس الشركة بشكل نهائي كما فعل المشرع البحريني (١) حيث حظر التصرف بهذه الاسهم إلا بعد مضي سنتين على تأسيس الشركة نهائياً إلا في حالة الميراث والإفلاس ففي هاتين الحالتين يجوز التصرف حتى لو لم تمضي مدة السنتين كإستثناء على الأصل .

## المطلب الثاني جهة تقديم طلب الترخيص

عند تقديم طلب الترخيص يتم قيده في السجل الخاص المعد لتقيد طلبات تأسيس شركات المساهمة ، وتقيد فيه الطلبات بأرقام متتابعة ، ووفقاً لتاريخ وساعة وروده ، وتحديد تاريخ وساعة القيد هو مسلك معمول به في تشريعات السجل التجاري والتوثيق ، وذلك لأهمية البيانات التي تقدم للجهة الإدارية المعنية بهذا الصدد ، حتى يتسنى للمؤسسين احتساب المدد التي حددها القانون وذلك حتى يستطعوا السعي في التأسيس عند عدم الرد عليهم خلالها. وينبغي أن يشتمل الطلب على بيان بإسم الوكيل عن الشركة الذي يباشر إجراءات التأسيس ومهنته وعنوانه لإرسال المكاتبات المتعلقة بالتأسيس ، ويكون لكل طلب ملف خاص تودع فيه كل الوثائق والمستندات التي تم إرفاقها مع طلب التأسيس ويتم التأشير عليها بما يفيد الإستلام ، وإن كان هناك نواقص فإنه يتم تكليف الوكيل باستكمال هذه النواقص سواء كانت بيانات أو وثائق ، ولم تحدد اللائحة مدة معينة يتوجب على هذا الوكيل استيفاء النواقص خلالها ، وكنت أتمنى لو أنه تم تحديد مهلة معينة في حال كان الطلب بحاجة لاستيفاء ، كأن تكون خلال مدة أسبوع أو عشرة أيام أو أسبوعين مثلاً ، وهذا الأمر لم تغفل اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري عن إيراده حيث جعلت هذه المهلة لمدة لا تزيد على عشرة أيام من تاريخ القيد على أن يكون ذلك في حدود البيانات والأوراق التي يتطلبها القانون واللائحة التنفيذية (٢) ، كما أن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري نصت على أنه لا يجوز لإدارة الشركات أن تكلف مقدم الطلب بتقديم أي مستندات لا يتطلبها القانون أو اللائحة التنفيذية مهما بدت أهميتها في نظر الإدارة ، وهذا الحكم لا وجود لمقابل له في اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني وحبذا لو أنها تضمنت على حكم مماثل حتى لا تكون مثل هذه الطلبات التي يتم تكليف المؤسسين بها عائقاً يقف في طريق تأسيس شركاتهم وخصوصاً لأن معرفة الوثائق والبيانات منذ البداية لأنه من غير المنطقي أن تتم مفاجأة مقدم الطلب بطلبات لم يسبق أن تم تكليف غيره بإحضارها أو لم يتم النص عليها في القانون ولا في لائحته التنفيذية .

أما هذه الوثائق فقد تم بيانها في المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني ، وهي نسخة من عقد تأسيس الشركة الابتدائي ومن مشروع نظامها الأساسي موقعاً عليهما من جميع المؤسسين ، وإذا كانت هناك حصص عينية ، وجب أن يرفق بالطلب ما يفيد تقديرها - حسب ما وضحت سابقاً- ، وإذا كان إسم الشركة مستمداً من إسم شخص طبيعي وجب أن يرفق بالطلب ما يثبت أن أيأ من حقوق الملكية الفكرية أو براءات الاختراع التي ستقوم الشركة باستثمارها مسجل بإسم هذا الشخص، أو ما يدل على تملكها لمؤسسة تجارية إتخذ

١ المادة (١٢٣) من قانون الشركات البحريني ، وتقابلها المادة (٤٥/أ) من قانون الشركات المصري ، والمادة (١١١) من قانون الشركات الأردني

٢ المادة (٤٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري.



من إسمها إسماً لها وإذا كانت الشركة تحمل إسم شركة أخرى ، وجب أن يرفق بالطلب ما يثبت أن هذه الشركة الأخرى في دور الإنحلال أو التصفية وأنها موافقة على التسمية ، وإذا كان من بين المؤسسين شخص إعتباري وجب أن يقدم مع الطلب صورة معتمدة من وثيقة تأسيسه، وما يثبت موافقة الهيئات المختصة به على الإشتراك في التأسيس ، والأوراق التي تثبت صفة المؤسسين وجنسياتهم عند الإقتضاء ، وأية بيانات أو مستندات إضافية تطلبها الإدارة المختصة، وهذا البيان الأخير الذي كنت أتمنى لو أنه لم يتم إيراده في نص المادة السابق ، لأنه كما - سبق القول - قد يفتح المجال أمام إطالة أمد عملية تأسيس الشركة في بعض الأحيان .

وبعد قيد الطلب تقوم الإدارة المختصة بفحصه وفي حالة إستكماله وإستيفاء كامل المتطلبات من بيانات ووثائق يتم عرض الطلب على الوزير مشفوعاً برأي الإدارة المختصة خلال سبعة أيام عمل من إستيفائه للشروط والمستندات أو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب أي هاتين المدتين أسبق(١) ، ولكن ما الحكمة من المدة التي تطلبها هذه المادة وخصوصاً أنه يتم إحتسابها بعد إستيفاء كافة الشروط اللازمة للتسجيل؟ أرى أنه لا حاجة لتحديد مدة ليتم خلالها تقديم الطلب إلى الوزير ، لأن موافقة أو رفض الوزير يكون بناءً على رأي اللجنة ، بمعنى أن هذا الأمر مجرد إجراء شكلي لا أهمية له لأن الوزير ليس هو من يقوم بدراسة الطلب إنما هذه اللجنة. ولكن الأمر يختلف لو أن هذه المدة كانت لغايات تقديم النواقص وإستيفائها خلالها ، بمعنى لو أن النص جاء بشكل آخر لكانت الحكمة من المدة في مكانها ، والصياغة التي كنت أتمناها «هي يتم دراسة الطلب وكل البيانات والوثائق المرفقة خلال سبعة أيام ، فإذا تبين أن هناك قصور فيها فإنه يتم التأكيد على وكيل المؤسسين بضرورة إستيفائه خلال هذه المدة ....»

وما يؤكد رأيي أن قانون الشركات ولائحته التنفيذية(٢) تضمنت نصوصاً أعطت لوزير التجارة والصناعة مهلة يصدر قراره خلالها في الطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه . فلماذا إذن النص على عرض الأمر على الوزير خلال هذه المدة القصيرة وترك المدة الأطول وهي باقي الشهر للوزير فقط حتى يوقع بالقبول أو بالرفض وكل ذلك يكون بناءً على رأي اللجنة ، لذا حبذا لو أردنا الإبقاء على هذه المدة أن يُصار إلى عكسها بحيث يكون المقدار الأطول منها أثناء عمل اللجنة ودراستها للطلب وما تبقى من هذه المدة تكون للوزير لإعطاء قراره والذي يكون إما بالرفض أو بالموافقة .

أما القرار الذي يصدر عن الوزير المختص خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب (٣) ، فإنه قد يكون بقبول الطلب أو رفضه ، والرفض قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ، حيث يكون صريحاً إذا ما تم رفض الطلب خلال مدة الشهر - المشار إليها - وهنا لا بد أن يكون الرفض مسبباً ، أما إذا إنتقضت مدة الشهر ولم يصدر الوزير قراره لا بالقبول ولا بالرفض أي في حال سكوته فإن هذا يعتبر رفضاً ضمناً لطلب التأسيس .

وهنا أيضاً كنت أتمنى لو أن المشرع لم يعتبر السكوت رفضاً لطلب التأسيس ، وكنت أتمنى لو النص تطلب أن تكون الموافقة على الطلب صريحة وكذلك الرفض أو كحد أدنى كنت أتمنى لو أنه إعتبر السكوت قبولاً وليس العكس كما فعل في المادة (٧٨) المشار إليها أعلاه ، وما يبرر وجهة نظري هذه أن المشرع البحريني في هذه المادة إشتراط أن يكون الرفض مسبباً هذا في حال كان الرفض صريحاً ، وأصاب هنا بضرورة أن يكون الرفض مبرراً

١ المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني

٢ المادة (٧٨/أ) من قانون الشركات البحريني والمادة (١٦/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني .

٣ الفقرة الثانية من المادة (٧٨) من قانون الشركات البحريني .



لأن هذا الرفض يكون قابلاً للطعن أمام المحكمة المدنية الكبرى خلال مدة شهر من تاريخ صدوره، وجعل الرفض الضمني أيضاً قابلاً للطعن (١) إذا تم إعتباره مرفوضاً خلال مدة شهر من إعتباره كذلك، ولكن على ماذا يستند المؤسسون في طعنهم طالما أن الرفض كان ضمناً دون إبداء سبب الرفض، لذا فإنني مع الرفض الصريح المسبب أو الموافقة الصريحة أيضاً، أو إعتبار السكوت طوال مدة الشهر هي قبولاً لطلب التأسيس وليس رفضاً (٢).

### المطلب الثالث النتائج المترتبة على رفض أو قبول طلب الترخيص

تستغرق إجراءات تأسيس شركة المساهمة فترة طويلة قد تمتد في بعض التشريعات (٢) بين البدء في تأسيسها وبين تمتعها بالشخصية المعنوية، وخلال هذه الفترة قد يقوم المؤسسون ببعض التصرفات وإبرام بعض العقود التي تتطلبها عملية التأسيس، كما هو الحال عند إستعانتهم بأهل الخبرة لغايات دراسة المشروع الذي سيتم تأسيس الشركة لغايات تحقيقه، أو إبرام العقود مع أحد البنوك أو إحدى الشركات المرخص لها التعامل بالأوراق المالية عند طرح أسهمها للإكتتاب العام، والتعاقد مع الغير لغايات إستئجار أو شراء مقراً للشركة أو لشراء بعض المستلزمات والأدوات والأجهزة، والمعدات وغيرها من التصرفات والأعمال التي تقتضيها عملية التأسيس، كل ذلك يقوم به المؤسسون ولكن بأي صفة يقومون بهذه التصرفات؟ وهل تكون لحسابهم أم لحساب الشركة أم لحساب الشركة تحت التأسيس؟ وهل يختلف الأمر في حال نجحت إجراءات التأسيس عما هو الحال عند فشل هذه الإجراءات؟

الواقع عند فشل إجراءات التأسيس لا نتصور أن خلافاً يمكن أن يثور، حيث أنه في حال عدم التأسيس وفشل المشروع المزمع القيام به، تبقى العقود والتصرفات والأعمال التي قام بها المؤسسون ملزمة لهم وحدهم، وبالمقابل يكونوا هم الدائنين في الحقوق الناشئة عنها (٤) ففي هذه الحالة يتحمل المؤسسون نتائج فشل المشروع، ويسألون بالتضامن (٥) عن كافة التصرفات التي قاموا بها، وكذلك المصروفات التي تم إنفاقها في عملية التأسيس، ولقد أكد المشرع البحريني على المسؤولية التضامنية للمؤسسين بإيراده عدة نصوص في الفصل الأول منه، ففي المادة (١٠٢) من قانون الشركات تضمنت الفقرة الأولى منها على نوع هذه المسؤولية، حيث جاء فيها « إذا لم يتم تأسيس

١ يتم الطعن بقرار الوزير أمام المحكمة المدنية الكبرى خلال (٣٠) يوماً من تاريخ الإخطار برفض الطلب أو من تاريخ إعتباره مرفوضاً وهذا ما نصت عليه المادة (٧٨ب) من قانون الشركات البحريني، أما القانون الأردني فقد جعل المشرع الأردني الطعن بقرار الوزير أمام محكمة العدل العليا خلال (٣٠) يوماً من تاريخ رفض الطلب وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤/ب) من قانون الشركات الأردني.

٢ القانون الأردني في المادة (٩٤) في فقرتها الأولى من قانون الشركات أخذ بفكرة إعتبار السكوت موافقة ضمنية حيث نصت هذه المادة على أنه " يصدر الوزير بناء على تنسيب المراقب قراره بقبول تسجيل الشركة أو رفض هذا التسجيل خلال مدة اقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ تنسيب المراقب وعلى المراقب ان يجري التنسيب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب اليه موقعا من المؤسسين ومستكملا للشروط القانونية، فاذا لم يصدر الوزير قراره خلال تلك المدة يعتبر الطلب مقبولا" ويقصد المشرع بالمراقب هو مراقب الشركات وهي الجهة التي يتم تقديم طلب التأسيس لديها وهي تقابل إدارة التجارة وشؤون الشركات بوزارة التجارة والصناعة في مملكة البحرين.

٣ مثل القانون المصري حيث أن الشركة وفقاً لأحكام قانون الشركات لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد الإنتهاء من إجراءات التأسيس وإجراءات التأسيس تكون بعد الإنتهاء من عملية الإكتتاب، بينما في البحرين فإن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية من تاريخ نشر قرار التأسيس في الجريدة الرسمية أي قبل بدء عملية الإكتتاب، وهذا ما أكدته المادة (٨١) من قانون الشركات البحريني.

٤ د.محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٣٣.

٥ وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١٠٦) من قانون الشركات البحريني.

الشركة جاز للمكتتبين إسترداد المبالغ التي دفعوها ويكون المؤسسون مسئولون بالتضامن عن الوفاء بها فضلاً عن التعويض عند الإقتضاء ، كما يتحمل المؤسسون جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيس الشركة ويكون هؤلاء مسئولين بالتضامن قبل الغير عن الأعمال والتصرفات التي صدرت منهم خلال فترة التأسيس » فهذا النص يعالج مسألة فشل عملية الإكتتاب أي فشل المرحلة الثانية التي تمر فيها إجراءات التأسيس وهي مرحلة الإكتتاب ، والتي تفشل إذا لم يتم تغطية كافة الأسهم المطروحة للإكتتاب سواء من قبل الجمهور أو من قبل متعهدي التغطية بعد غلق باب الإكتتاب (١) ، ففي هذه الحالة يتم الحكم على فشل تأسيس الشركة ويترتب على ذلك إلتزام المؤسسون بإعادة المبالغ التي تم أداؤها من قبل المكتتبين وتعويضهم عما لحق بهم من أضرار إذا كان سبب فشل هذه العملية نتيجة لتقصير منهم أو غش من قبلهم . كما تضمن الشطر الثاني من المادة مسألتين، الأولى تتعلق بالمصاريف التي تم إنفاقها أثناء عملية التأسيس ، وهنا نص المشرع على أن المؤسسين يتحملوها بالتضامن فيما بينهم ، والثانية تتعلق بالتصرفات التي ترتب حقوقاً للغير، حيث تضمن هذا النص على أن تكون مسؤولية المؤسسين تجاه الدائنين تضامنية أيضاً.

أما النص الثاني فهو نص المادة (١٠٥) حيث جاء فيه أن « يلتزم المؤسس أن يبذل في تعاملاته مع الشركة تحت التأسيس أو لحسابها عناية الرجل الحريص ، ويتحمل المؤسسون على سبيل التضامن أية أضرار قد تصيب الشركة أو الغير نتيجة مخالفة هذا الإلتزام » فهذا النص يخص الشركة نفسها بحيث نص المشرع على تحمل المؤسسون أية إلتزامات تترتب على عدم بذلهم عناية الرجل الحريص مع الشركة أثناء عملية التأسيس ، وأضاف في نهاية المادة وفي تعاملات الشركة مع الغير وهذا تكرر لما ورد في المادة المشار إليها أعلاه ، وهذا التكرار الهدف منه التأكيد على مسؤولية المؤسسين التضامنية تجاه الغير .

ونص المادة (١٠٦) هو أيضاً تأكيد على المسؤولية التضامنية للمؤسسين ولكن النص هنا لم يحدد مسئوليتهم تجاه من بل نص بشكل عام على أنها تضامنية بخصوص الإلتزامات التي إرتبطوا بها أثناء عملية التأسيس ، حيث نصت هذه المادة على أنه « يكون المؤسسون مسئولين بالتضامن عما إلتزموا به » ، وأعتقد أن هذا النص يغني عن كل النصوص السابقة لأنه شمل كل شيء ، وجعل المسؤولية تضامنية بين المؤسسين عن كافة الإلتزامات التي تنجم عند تأسيس الشركة .

أما في حال نجاح عملية التأسيس فإن الآراء إختلفت بهذا الصدد ، حيث ذهب البعض (٢) أن الشركة في مرحلة التأسيس لا يكون لها وجود قانوني لذا فإن المؤسسين يتعاقدون بإسمهم ولحسابهم ، وبذلك فهم الدائتون في الحقوق الناجمة في هذه المرحلة ، والمديون في الإلتزامات المترتبة عليها ، ولا تنتقل هذه الحقوق والإلتزامات إلى الشركة إلا بعد إتمام عملية التأسيس ، ولا يكون ذلك إلا بعد الانتهاء من نجاح عملية الإكتتاب، لكن يمكن أن يكون لهذا وجاهته بالنسبة للتشريعات التي تعترف للشركة بالشخصية المعنوية بعد عملية الإكتتاب ، أما المشرع البحريني وكونه يعتبر الشركة شخصاً معنوياً بحرانياً بعد موافقة الوزير على التأسيس ونشر القرار في الصحف المحلية والجريدة الرسمية (٣) لذا لا يُصار إلى الأخذ بهذا الرأي ، وعلى فرض أن المشرع البحريني

١ المادة (٢/٩٣) من قانون الشركات التجارية البحريني . لمزيد من النتائج التي تترتب على الإكتتاب ، إرجع د. أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٦٧ وما بعدها .

٢ د. مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٧٨ .

٣ المادة (٨١) من قانون الشركات البحريني ، والتي تضمنت على أن ” تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية من تاريخ نشر قرار التأسيس في الجريدة الرسمية ”

إعترف للشركة بالشخصية المعنوية في المرحلة الثانية وليس كما هو عليه الوضع وفقاً للنص الحالي، رغم ذلك، يمكن أن نوجه بعض الانتقادات إلى هذا الرأي في حالة الإفلاس بالنسبة لأحد المؤسسين أو الحجر عليه أو عند إصابته بعراض من عوارض الأهلية، ففي مثل هذه الأحوال تتعرض حقوق الغير والشركة للخطر ذلك بسبب أن هذه الحقوق تنتقل إلى ذمة المؤسسين ابتداءً وعندها تدخل ضمن الضمان العام لدائنيه الشخصيين، كما أن نقل الملكية لبعض الأعيان يتطلب دفع رسوماً معينة، فمثلاً عندما يكون من ضمن المقدمات العينية قطعة أرض فإن عملية نقل ملكيتها للمؤسسين يترتب عليه رسوماً قانونية، وعلى فرض أن الشركة في هذه المرحلة لا تكتسب الشخصية المعنوية لذا فإنه سيحتاج المؤسسون إعادة نقل ملكية ذات قطعة الأرض إلى الشركة، بمعنى أن سيم تحمل دفع الرسوم مرتين في هذه الحالة، وهذا الأمر غير متصور في البحرين كون القانون يعترف للشركة بالشخصية المعنوية بتمام مرحلة التأسيس الأولى بنجاح لذا عند التنازل عن أي عقار يتم التنازل عنه للشركة وليس للمؤسسين كونها اكتسبت الشخصية المعنوية وأصبحت قادرة على اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات (١). والبعض الآخر (٢) يستعين بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير التي أخذ بها القانون المدني (٣)، أي ان المؤسس عند قيامه بالتعاقد بإسمة أثناء عملية التأسيس في مرحلتها الأولى إنما هو يتعاقد لمصلحة الشركة المستقبلية، ولهم مصلحة في هذا التعلق وهي تكوين الشركة، إذ لا يشترط أن يكون المنتفع موجوداً وقت التعاقد إنما يكفي أنه سيكون له وجود في المستقبل، ولكن رد جانب من الفقه (٤) على هذا الاتجاه، أنه إن كانت المشاركة تستطيع أن تفسر مسألة إنتقال الحقوق المترتبة على التصرفات التي يبرمها المؤسسون إلى ذمة الشركة، لكن بالمقابل تعجز عن تفسير تحمل الشركة لأية الإلتزامات تنشأ عن هذه التصرفات.

هناك أيضاً اتجاه آخر ذهب (٥) إلى إعتبار هذا التعاقد من قبيل عمل الفضولي، وتخضع لقواعد الفضالة التي نظمها القانون المدني (٦) حيث ذهب أن المؤسس في هذه المرحلة تكون له مصلحة في التأسيس، وينبغي عليه أن يمضي في إجراءات التأسيس وما بدأه من أعمال حتى تتمكن الشركة من مباشرتها بنفسها بعد تكوينها (٧)، وينبغي على المؤسس أن يبذل عناية الشخص المعتاد ويكون مسؤولاً عن خطئه وإذا تعدد المؤسسون يكونوا مسؤولين بالتضامن عن أخطائهم (٨). وعلى المؤسس أن يقدم حساباً للشركة بعد تكوينها (٩)، ويجوز للمؤسس أو المؤسسين مطالبة الشركة بعد تأسيسها بما أنفقه من مصروفات وتلتزم هي بعد تأسيسها بالتعهدات التي تعهد بها

- ١ المشرع الأردني نحى نفس المنحى حيث اعترف للشركة بالشخصية المعنوية بعد نشر قرار الوزير بلاموافقة على طلب المؤسسين، وذلك في المادة (٤) من قانون الشركات التجارية الأردني.
- ٢ د.عزيز العكلي، الوسيط في الشركات التجارية، ط/١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص١٩٥، وهو يشير هنا إلى جانب من الفقه الفرنسي تبنى هذا الاتجاه.
- ٣ لمزيد حول موضوع الإشتراط لمصلحة الغير وتفصيله إرجع د.خالد جمال أحمد، مصادر الإلتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني، ط/١، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠١١، ص١٥٤ وما بعدها.
- ٤ د.أحمد محرز، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص٤١١.
- ٥ د.رزق الله أنطاكي ود.نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية، ج/١، د.ن، دمشق، ١٩٦٣، ٤١٤.
- ٦ المادة (١٩١) من القانون المدني البحريني، ويقابلها المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري والمادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني، لمزيد حول موضوع الفضالة إرجع د.خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص٢٨٢ وما بعدها.
- ٧ المادة (١٩٢) من القانون المدني البحريني ويقابلها المادة (١٩١) من القانون المدني المصري، والمادة (٣٠٢) من القانون المدني الأردني.
- ٨ المادة (١/١٩٤) من القانون المدني البحريني والتي تقابلها المادة (١٩٢) من القانون المدني المصري، ولم يتضمن القانون المدني نصاً يقابل هذين النصين وإكتفى المشرع الأردني بالنص في المادة (٣٠٤) على مسؤولية الفضولي عما يلحق رب العمل من أضرار، هذا ما تضمنه النص فقط دون الإشارة إلى ضرورة بذل عناية معينة، وهذا قصور لدى المشرع الأردني يفضل تداركه في التعديلات المستقبلية على هذا القانون.
- ٩ المادة (١٩٦) من القانون المدني البحريني ويقابلها المادة (١٩٢) من القانون المدني المصري، والمادة (٣٠٦) من القانون المدني الأردني.

المؤسس لحسابها (١) ، بالرغم من ذلك إلا أن بعض الفقه (٢) يأخذ على هذا الإتجاه بأنه الفضالة التي نظمها المشرع في القانون المدني تتطلب القيام بشأن عاجل لمصلحة رب العمل ، وعملية تأسيس الشركة ليست بالشأن العاجل ، كما أن الشخص الآخر في عملية التأسيس غير موجود ويعمل المؤسس على ايجاده ، لذا فإنه يصعب تطبيق أحكام الفضالة على أعمال التأسيس .

أخيراً ظهر إتجاه في الفقه وكان الأغلب والذي يرى أن إلزام الشركة وهي تحت التأسيس ، بالتصرفات والأعمال التي أجزاها المؤسسون على إعتبار أنها تتمتع بشخصية معنوية بالقدر اللازم لعملية التأسيس ، وعلى إعتبار أن المؤسسين عند إبرامهم لهذه التصرفات يعملون بوصفهم ممثلين لها ، وهذه الشخصية مماثلة لتلك التي تتمتع بها أثناء فترة التصفية (٣) .

ويجد هذا الاتجاه سنداً له في قانون الشركات البحريني في المادة (١٠٤) منه والتي نصت على أنه «تسري العقود والتصرفات التي أجزاها المؤسسون بإسم الشركة تحت التأسيس في حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة» فمن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع البحريني إعترف للشركة خلال فترة التأسيس بالشخصية المعنوية بالقدر الذي يجعلها تلتزم بتصرفات المؤسسين خلال عملية التأسيس مما يؤدي إلى إكساب الشركة الحقوق وتحملها للإلتزامات الناشئة خلال هذه الفترة دون أن يكون المؤسسون أنفسهم دائنين أو مدينين أو ملتزمين بنقل هذه التصرفات القانونية للشركة بعد تأسيسها ، إلا أن مسؤولية المؤسسين تبقى قائمة قبل الشركة والغير عن أية أخطاء في التأسيس مع تحررهم من الإلتزامات قبل الغير (٤) .

ويجدر بنا أن نلاحظ أن شخصية الشركة في مرحلة التأسيس محدودة بالقدر اللازم لإتمام عملية التأسيس، لذا فإن تصرفات المؤسسين التي أبرمت لحساب الشركة أثناء فترة التأسيس لا تلتزم بها الشركة إلا إذا كانت ضرورية للتأسيس ، وفي حالة كانت غير ذلك فإنها لا تنفذ في حق الشركة إلا إذا إعتمدها مجلس الإدارة شريطة ألا يكون لكافة الأعضاء صلة أو مصلحة في التصرف، أو إذا تمت الموافقة عليه بقرار من الجمعية العامة للشركة في إجتماع لا يكون للمؤسسين ذوي المصلحة أصوات معدودة . ويتوجب في جميع الأحوال على المؤسسين أن يضعوا ممن لهم مصلحة الجهة التي تعتمد التصرف كافة الحقائق المتعلقة بالتصرف (٥) . بمعنى أنه إذا تعاقد المؤسسون بإسم الشركة ولحسابها خلال فترة التأسيس ، وكانت هذه التعاقدات ضرورية لتأسيس الشركة ، كالتعاقد مع الغير للترويج للشركة والإعلان عنها أو إبرام العقود كالإيجار أو الشراء للمقر أو لشراء بعض الآلات والمعدات الأدوات اللازمة لمباشرة بعض أعمالها ، هنا تلتزم الشركة بهذه التصرفات طالما كانت لمصلحة الشركة ، وتنقل إليها بعد ذلك هذه التعاقدات بما تشمله من حقوق وإلتزامات، وتبقى ذمة المؤسسين مشغولة بهذه التعهدات قبل الغير ، إلى أن يتم إحلال الشركة محلهم في العقد ويكون ذلك عند تأسيسها أي من تاريخ نشر قرار الموافقة على تأسيسها في الجريدة الرسمية ، كونها تكتسب الشخصية المعنوية من هذا التاريخ - كما سبق القول - أما في إبرام المؤسسون بإسم الشركة ولحسابها تصرفات غير ضرورية خلال فترة التأسيس ، ورفضت الشركة التصديق عليها أو رفض الغير إحلال الشركة محل المؤسسين في العقد ، فهنا يسأل المؤسسون بالتضامن قبل الغير ، أما

١ المادة (١٩٨) من القانون المدني البحريني ويقابلها المادة (١٩٥) من القانون المدني المصري ، والمادة (٢٠٧) من القانون المدني الأردني .

٢ د. مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٧٨ .

٣ د. أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٩١ . د. مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

٤ د. مصطفى كمال طه ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

٥ المادة (١٠٢) من قانون الشركات البحريني وتقابلها المادة (١٢) من قانون الشركات المصري ، ولا يوجد في القانون الأردني نص يقابل هذين النصين .

في حال رفض الشركة نفسها أن تحل محل المؤسسين في هذه التعهدات ، جاز للمؤسسين هنا الرجوع عليهم وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب أو الفضالة (١) ، والجهة التي تفصل بمدى أهمية هذه التصرفات هي المحكمة هذا حال الخلاف حول ذلك ، فهي التي تقرر إذا ما كان التصرف محل النزاع ضرورياً أم أنه غير ذلك .

فمن هنا نلاحظ أن الشخصية المعنوية التي إعتترف بها المشرع البحريني للشركة تحت التأسيس مشروطة بتمام هذا التأسيس تأسيساً صحيحاً ، لذا فإنه في حال فشل مشروع الشركة إعتبرت هذه الشخصية كأن لم تكن ، مما يترتب على ذلك إلتزام المؤسسون بصفة شخصية بالتصرفات التي قاموا بها في فترة التأسيس .

مع أن المشرع الأردني لم يعالج هذا الموضوع بخلاف المشرعين المصري والبحريني ، إلا أن البعض (٢) يرى بأن الشركة في دور التأسيس يكون لها شخصية معنوية بالقدر اللازم للتأسيس كشخصيتها التي تبقى لها في فترة التصفية ، وذلك بالإستناد إلى أصول التشريعات التي تعترف بالحقوق للشخص المستقبل .

١ . د. أحمد محرز ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ .

٢ . د. عزيز العكيلي ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ .

## خاتمة

يتميز تأسيس الشركة المساهمة، علاوة على توافر الشروط الموضوعية العامة، من رضا ومحل وسبب والشروط الموضوعية الخاصة، من تعدد الشركاء، ونية المشاركة، وتقديم الحصة، وإقتسام ما ينجم عن المشروع من ربح أو خسارة، والشروط الشكلية العامة في كتابة العقد وتسجيله ونشره، يتميز بأنه يتوجب إتباع إجراءات إضافية تختلف من قانون لآخر ولا تعتبر هذه الشركة مؤسسة بشكل صحيح إلا بإستيفائها، وهذا كله إستلزمته معظم التشريعات لغايات الرقابة السابقة على الشركة أي في المراحل الأولى من حياتها، وهي مرحلة التأسيس، والمشرع البحريني من التشريعات التي لا زالت تأخذ بنظام الرقابة هذا، في حين أن بعض التشريعات العربية تخلت عنه تيمناً ببعض التشريعات الغربية كالفرنسية والإنجليزية، ومن هذه التشريعات كل مهن اللبناني، المغربي، الجزائري، والتونسي، فكل هذه التشريعات تخلت عن نظام الرقابة السابقة إلا في بعض الحالات التي يتعلق نشاط الشركة المراد تأسيسها في بعض المجالات كالأقمار الصناعية والصحف وغيرها من الأغراض التي يمكن أن تمس الأمن الوطني، ففي مثل هذه الأحوال لا زالت الشركة الراغبة بالتأسيس لمثل هذه الغايات تحتاج إلى ترخيص مسبق من الجهة الإدارية المختصة، وتخضع لنظام الرقابة السابقة.

المشرع البحريني وغالبية التشريعات العربية لا زالت تأخذ بهذا النظام وهو نظام الرقابة السابقة، فلا زال هناك حاجة لتقديم طلب التأسيس إلى الجهة الإدارية المختصة مرفق بها عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، ولا زال هناك متطلب أساسي وهو الحصول على موافقة هذه الجهة على الطلب، وهذه الموافقة غير مفترضة في حال إستيفاء كافة المتطلبات وأنا قد يتم رفض الطلب مع إستيفائه كل البيانات والوثائق المطلوبة بحجة أن الغرض من الشركة غير ذي جدوى أو بسبب أن المؤسسين لا يتصفون بالشروط المطلوبة، حماية للإقتصاد الوطني، ولأموال المكتتبين بعد إتمام عملية التأسيس.

إن عملية تأسيس شركة المساهمة تمر بثلاث مراحل كما بينت في بحثي هذا، وهذه المراحل تحتاج فترة زمنية طويلة في بعض الأحيان، والمشرع في التعديل الجديد (المرسوم بقانون رقم «٢٨» لسنة ٢٠١٥ في المادة ٣٤٥ مكرر) لغايات التغلب على هذه المسألة في تأسيس بعض أشكال الشركات، أوجد ما يسمى الشركات الساكنة، ولكن للأسف لم يجر تأسيس شركة ساكنة بشكل شركة مساهمة، وإنما إقتصرت هذه الشركات على أشكال معينة فقط وهي ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، حيث أجاز هذا التعديل تأسيس الشركة بحيث تكون جاهزة لمباشرة نشاطها الذي تأسست من أجل تحقيقه في وقت لاحق لعملية التأسيس، بخلاف الوضع السابق الذي كان يحكم على الشركة بالإنقضاء في حال لم تباشر نشاطها خلال سنة من تاريخ الموافقة على تأسيسها، أو إذا توقفت عن مباشرة نشاطها لمدة سنة كاملة بعد أن كانت تقوم بمباشرة.

تناول البحث مرحلة إجراءات التأسيس وهي تحرير عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، وتقديم الطلب للجهة الإدارية المختصة، ولم يتطرق للمراحل التالية لهذه المرحلة، ومن خلال دراسة هذا الموضوع توصلت الدراسة إلى عدة إستنتاجات وتوصيات كان أهمها:



## أولاً: الإستنتاجات :

١. بالنسبة لعقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة لا يكفي أن يكونا محررين ، وإنما تطلب المشرع البحريني أن يكونا موثقين بصورة رسمية ، ولا تتم الموافقة على طلب التأسيس إذا كانا محررين بشكل عريفي ، بخلاف الوضع في بعض التشريعات ، كما هو الحال في التشريع الأردني ، حيث يتم تقديمهما للجهة الإدارية بعد توقعهما من المؤسسين فقط دون حاجة لتوثيقهما .
٢. أغفل المشرع البحريني بعض البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، مثل حصص التأسيس ، وخصوصاً أن قانون الشركات لم يحظر إصدار مثل هذا النوع من الحصص، ولم يجعل مكان وزمان إنعقاد العقد من ضمن البيانات الواجب إدراجها ، وكذلك مجموع المصروفات التي تم إنفاقها طوال عملية التأسيس ، مع أنها بيانات مهمة جداً .
٣. تبين للباحث أن بعض الأحكام الواردة في نموذج النظام الأساسي جاء تكراراً لما هو وارد في القانون واللائحة التنفيذية ، ومع ذلك أغفل مسائل هامة مثل عملية إصدار السهم بأزيد من قيمته الإسمية مقابل النفقات اللازمة للإصدار أو ما يسمى بعلاوة الإصدار ، كما خلا من تنظيم الجمعية العامة في عملية تداول الأسهم .
٤. أنه وفقاً للتعديل الجديد الوارد على بعض نصوص قانون الشركات أصبح بالإمكان تأسيس الشركة من قبل إثنين فأكثر إلا إذا انفردت الدولة في عملية تأسيس إحدى الشركات فهنا يصح التأسيس ، فهنا أصبحت عملية التأسيس أسهل مما كان عليه الوضع في السابق كون القانون كان يشترط ألا يقل عدد المؤسسين عن خمسة أشخاص .
٥. إشتراط المشرع البحريني توافر الأهلية التجارية في المؤسسين ، كما إستلزم مساهمة هؤلاء بمقدار معين من رأس المال لضمان جديتهم وحرصهم على سلامة وتحمل نتائج النجاح والفشل للمشروع المنوي إنشاؤه وحظر التصرف بها مدة زمنية معينة للتأكد من تحقق هذه الغايات .
٦. بالنسبة للطلب المقدم من المؤسسين ، تطلب المشرع أن يتم تقديمه إلى لجنة لدراسته ، وبعد ذلك يرسل لوزير التجارة والصناعة خلال مدة معينة لغايات البت فيه ، ونتيجة الوزير تكون إما الموافقة عليه أو الرفض الصريح المسبب ، وإعتبر المشرع سكوت الوزير لمدة ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ، رفضاً ضمناً له .
٧. إن شخصية الشركة في مرحلة التأسيس محدودة بالقدر اللازم لإتمام عملية التأسيس، لذا فإن تصرفات المؤسسين التي أبرمت لحساب الشركة أثناء فترة التأسيس لا تلتزم بها الشركة إلا إذا كانت ضرورية للتأسيس ، وفي حالة كانت غير ذلك فإنها لا تنفذ في حق الشركة إلا إذا إعتمدها مجلس الإدارة شريطة ألا يكون لكافة الأعضاء صلة أو مصلحة في التصرف، أو إذا تمت الموافقة عليه بقرار من الجمعية العامة للشركة في إجتماع لا يكون للمؤسسين ذوي المصلحة أصوات معدودة .
٨. إن الشخصية المعنوية التي إعتبرف بها المشرع البحريني للشركة تحت التأسيس مشروطة بتمام هذا التأسيس تأسيساً صحيحاً ، ففي حال فشل مشروع الشركة إعتبرت هذه الشخصية كأن لم تكن، مما يترتب على ذلك إلتزام المؤسسون بصفة شخصية بالتصرفات التي قاموا بها في فترة التأسيس، وإلتزامهم يكون بالتضامن تجاه الغير .

## ثانياً: التوصيات:

١. نوصي المشرع البحريني أن يخفف من التشدد في بعض إجراءات التأسيس ، مثل شرط أن يكون عقد التأسيس موثقاً ، وأن يحذو حذو المشرع الأردني بعدم اشتراط ذلك ، والإكتفاء بأن يكون العقد عرفياً ، لأنه في النهاية سيتم عرضه على الجهة الإدارية المختصة وسيتم التأشير عليه من قبلها ، وأعتقد أن هذا يكفي ولا حاجة للتوثيق ، لأن في ذلك إختصاراً للوقت الذي أحوج ما يكون إليه المؤسسون في هذه المرحلة .
٢. كنت أتمنى تعديل المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني وذلك بإعطاء اللجنة المدة الأطول لدراسة الطلب ، وليس العكس ، حيث أن النص بوضعه الراهن يعطي اللجنة مدة سبعة أيام من تاريخ إستيفاء الطلب لبياناته والمستندات المطلوبة أو خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب أيهما أسبق ليتم خلال هذه المدة عرض الطلب على الوزير ، ويبقى للوزير مدة ثلاثة وعشرون يوماً أو خمسة عشر يوماً - حسب الحالة - لغايات إصدار قراره والبت بالطلب ، وطالما أن في مثل هذه الأحوال تكون مسألة عرض الطلب على الوزير هي شكلية ، وأن قراره يكون بناءً على تسبيب اللجنة لذا كان من الأفضل لو تم إعطاء اللجنة المهلة الأطول لدراسة الطلب بروية ، وترك مدة أسبوع أو أقل للوزير لغايات إصدار القرار ، وما يعزز هذه الوجهة من النظر أن قانون الشركات البحريني لم يشترط أن يكون رفض الوزير صريحاً ، وإنما أجاز أن يكون ضمناً .
٣. نرى أنه قد يكون من الأصوب لو تطلب قانون الشركات البحريني في المادة (٧٨) أن تكون الموافقة على طلب التأسيس صريحة وكذلك الرفض أو كحد أدنى نرى لو أنه إعتبر السكوت قبولاً وليس العكس كما فعل في هذه المادة ، وما يبرر هذه الوجهة من النظر أن المشرع البحريني في هذه المادة إشتراط أن يكون الرفض مسبباً هذا في حال كان الرفض صريحاً ، وأصاب هنا بضرورة أن يكون الرفض مبرراً لأن هذا الرفض يكون قابلاً للطعن أمام المحكمة المدنية الكبرى خلال مدة شهر من تاريخ صدوره ، أو شهر من التاريخ الذي كان يفترض صدوره فيه.
٤. نرى أنه لا بد وأن يمتد نطاق تطبيق المادة ( ٣٤٥ مكرر) من المرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٥ ، والمتعلق بالشركات الساكنة ، ليشمل الشركة المساهمة ، حيث أنني لا أرى ما يمنع أن يكون هناك شركة مساهمة ساكنة ، والسكون هنا يشمل طبعاً المرحلة الأولى في التأسيس ، بمعنى لا مانع من أن يقوم المؤسسون بتأسيس شركة تكون جاهزة لمباشرة المرحلة الثانية من التأسيس في أي وقت لاحق.

## قائمة المراجع:

١. د. أبوزيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.
٢. د. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، ط/١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
٣. د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات، ط/١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
٤. د. إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج/٨، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٤.
٥. د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٢.
٦. د. خالد جمال أحمد، مصادر الإلتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني، ط/١، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠١١.
٧. د. رزق الله أنطاكي و د. نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية، ج/١، دن، دمشق، ١٩٦٣.
٨. د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط/٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٩. د. طلعت جواد الحديدي، المركز القانوني للشركات متعددة الجنسيات، ط/١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
١٠. د. عزيز العكلي، الوسيط في الشركات التجارية، ط/١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
١١. د. علي حسن يونس، شركات الأموال وقطاع الأعمال، القاهرة، ١٩٧٦.
١٢. د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ط/١، مكتبة الجلاء، المنصورة، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤.
١٣. د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج/٤، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
١٤. د. محمد بهجت قايد، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات، د.ت، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
١٥. د. محمود توفيق السعودي، تغيير الشكل القانوني للشركات، ط/١، القاهرة، ١٩٨٩.
١٦. د. محمد صالح، شركات المساهمة، القاهرة، ١٩٤٩.
١٧. د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.
١٨. د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، الشركات التجارية، ج/١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧.
١٩. د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٢٠. د. هاني صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري، ط/١، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠١.
٢١. د. يسرية عبد الجليل، شرح قانون الشركات البحريني، ط/١، جامعة العلوم التطبيقية، المنامة، ٢٠١١.
٢٢. د. يعقوب صرخوه، الأسهم وتداولها في شركات المساهمة، رسالة، دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.



# قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج في قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني «دراسة تحليلية مقارنة»

الدكتور محمد عبد الحفيظ الخمايسة

أستاذ القانون المدني المساعد

قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، البحرين

الدكتور مهند أحمد صانوري

أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك

## مقدمة:

إن تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي يتم عن طريق قواعد إسناد تشير إلى القانون واجب التطبيق على العلاقة محل البحث ويتم اختيار القانون عن طريق ضابط يستمد أساساً من معطيات العلاقة ذاتها.

وهذه القواعد عبارة عن قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي وتكون مهمة هذه القواعد إسناد الحكم إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقية القوانين الأخرى المتنازعة لأنه هو أكثرها إيفاءً بمقتضيات العدالة من وجهة نظر هذا القانون المختار.

وحتى تأخذ دراستنا لتنازع القوانين على عقد الزواج يجب أن نتناول هذا العقد بشقيه: إنشائه وإنحلاله لأن إنشاء هذا العقد يترتب آثاراً شخصية ومالية، وكذلك فإن انحلاله يترتب أيضاً آثاراً شخصية ومالية، ولهذا فإن خطتنا لدراسة هذا البحث ستكون من خلال تقسيمه إلى ركيزتين أساسيتين، الأولى نخصصها لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج خلال مرحلة إنعقاده، والثانية لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد الزواج خلال مرحلة إنحلاله، وذلك من خلال مبحثين على التوالي.

المبحث الأول: انعقاد الزواج.

المبحث الثاني: انحلال الزواج.

## المبحث الأول

### إنعقاد الزواج

عرفت المادة الرابعة من قانون أحكام الأسرة البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩، الزواج على أنه: «عقد شرعي بين رجل وامرأة لتكوين أسرة بشروط وأركان مع انتفاء الموانع تترتب عليه حقوق وواجبات شرعية متبادلة». وبناءً عليه، فهو عقد ينشأ بايجاب وقبول ومهر مسمى وتسبقه في العادة خطبة لفترة زمنية معينة وله شروط شكلية وأخرى موضوعية ويترتب عليه آثار شخصية وأخرى مالية (١).

١ انظر في تعريف الزواج وبيان أحكامه، سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨م، ص ٥ وما بعدها، وكذلك د. أحمد فراج حسين، الزواج، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م، ص ١١ وما بعدها.

ويتضح مما تقدم، أن المقصود بالزواج هو حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الذي ابتغاه الشارع، وتكوين أسرة يجعل لكل من الزوجين حقوقاً وواجبات على الآخر لتحقيق أهداف وحكم متنوعة تعود بالخير على الفرد والمجتمع والبشرية (١).

ومن البديهي أن الزواج يسبقه خطبة، لذا يجب التعرف على ماهية القانون الذي يحكم الخطبة، ثم القانون الذي يحكم الزواج.

وعليه، فإن دراسة القانون الواجب التطبيق على الزواج في مرحلة إنعقاده يقتضي تحديد القانون الواجب التطبيق على شروطه الشكلية وشروطه الموضوعية، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على آثاره الشخصية وآثاره المالية، ولكن وقبل كل ذلك لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة التي تسبق الزواج.

### المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على الخطبة

تعتبر الخطبة وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل (٢)، وهي من مقدمات الزواج وبالتالي وتمهيداً له يقوم طرفي العقد بالاختيار وإعلان الرغبة من جانب الخاطب أو من يمثله ويقابلها القبول، فهي تواعد متبادل بين رجل وامرأة أو من يمثله بعقد زواجهما في المستقبل. ولم يتطلب التشريع الإسلامي في الخطبة شكلية معينة ولا مكان خاص يجرى بها ولا صيغة خاصة، وما يقدم من هدايا فأمر مرده إلى العرف، وإذا ما تم التوافق بين الطرفين قامت الخطبة ووجد الوعد بالزواج وترتبت بعض الآثار (٣).

وقد أدخلها المشرع البحريني ضمن مسائل الأحوال الشخصية وتصدى لها في قانون أحكام الأسرة رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩ (٤)، إلا أنه لم يحدد القانون الواجب التطبيق عليها وكذلك لم تتضمن قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٢) لسنة ١٩٧١ (٥) نصاً يبين أو يحدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة أيضاً، كذلك الوضع في القوانين العربية الأخرى كالقانون المصري والأردني والعراقي والسوري، وبالتالي يقتضي اللجوء إلى القواعد العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة.

أما المشرع الكويتي فقد نظم الخطبة في المادة (٣٥) من القانون رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الصادر بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والتي نصت على أنه: «تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة لكل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ».

وفي إطار القواعد العامة نعتقد أن الخطبة تأخذ حكم الزواج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها على سبيل القياس وبالتالي ينطبق عليها كل من الفقرتين (٢ و ٣) من المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، أما المواطنين البحرينيين فيمكن إعمال القواعد القانونية الواردة في قانون أحكام الأسرة. وتأسيساً على ما تقدم نجد أن الشروط الموضوعية لصحة الخطبة تخضع إلى قانون كل من المخطوبين وقت

١ د. محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، طبعة ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م، ص ٢٨ وما بعدها.

٢ معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عمان، ١٩٩٧م، ص ١٨٦.

٣ د. محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠-١٤.

٤ نصت المادة الأولى من القانون المذكور على أن «الخطبة طلب الزواج والوعد به».

٥ المادتين (٢١ و ٢٢) منه.



الخطبة سنداً لنص المادة (٢/٢١) من قانون المرافعات التي تنص على أنه: «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون بلد الزوجين»(١).

أما من حيث الشروط الشكلية لصحة الخطبة فتخضع إلى قانون البلد الذي تمت فيه بحسب الأصل العام، كما يمكن أن تخضع على سبيل الإستثناء إلى كل من قانون موطن المخطوبين المشترك أو قانونهما المشترك.

وأما من حيث الآثار المترتبة على الخطبة سواء الآثار المالية كالهديا وغيرها أو الشرعية كالفسخ وعدم الإتمام والعدول عن الخطبة فتخضع لقانون الخاطب وقت الخطبة وفقاً لنص المادة (٢/٢١) من قانون المرافعات البحريني التي تنص على «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال.....»(٢).

ومن الجدير بالذكر إغفال المشرع البحريني، مقارنةً بالتشريعات العربية، التأكيد على أن خضوع آثار الخطبة لقانون الخاطب وقت انعقاد الخطبة لا يسري إلا إذا كان الخاطب أو المخطوبة على الأقل بحريني الجنسية فعندئذ لا بد من انطباق القانون البحريني انسجاماً مع القواعد العامة في هذا المجال.

وقد تختلف جنسية الخاطب عن جنسية المخطوبة ويتزامن ذلك مع وجود حقوق يقرها قانون جنسية المخطوبة ولا يقرها قانون الخاطب مثلاً، كأن يكون قانون الخاطب وهو القانون البحريني ويكون قانون المخطوبة قانون آخر أجنبي يقرر التزاماً على الخاطب الذي يعدل عن الخطبة بدفع مبلغ معين للمخطوبة على سبيل التعويض، هنا لا بد من انطباق قانون الخاطب البحريني واستبعاد قانون المخطوبة كونه يقرر أعباءً مالية قد تشكل في بعض الحالات إكراهاً على الاستمرار في خطبة مشؤومة وهو ما يشكل مخالفة للنظام العام وفقاً للمادة (٢٢) من قانون المرافعات البحريني.

ويعتقد البعض(٣) أن التزام الخاطب برد الهدايا لا يعدو أن يكون تطبيقاً عملياً لنظرية الإثراء بلا سبب وبالتالي يتم تطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام (الإثراء) ونحن إذ نخالف هذا التوجه نقرر أن رد الهدايا كالتزام على الخاطب يعتبر من قبيل الآثار المالية التي يفرضها على الخاطب نظام الخطبة بحد ذاتها وبالتالي يطبق عليه ما يطبق على آثار الخطبة المالية وهو قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة.

## المطلب الثاني

### القانون واجب التطبيق على الزواج من حيث الشكل

يقصد بشكل الزواج «كل مسلك يلزم اتباعه لإظهار الإرادة وكل إجراء ضروري لإثبات الزواج أو لإشهاره وعلايته»(٤).

وإن تحديد ما يعتبر من الشروط الشكلية للزواج هو مسألة تكييف تخضع للقانون البحريني باعتباره قانون دولة

١ وتقابل هذه المادة كل من المادة (١٢) مدني مصري، (٢٦) دولي خاص كويتي، (١/١٣) مدني أردني، (١٢) مدني ليبي، (١٣) مدني سوري، (١٩) مدني عراقي.

٢ وتقابلها كلاً من المادة (١٣) مدني مصري، المادة (٢٩) كويتي، (١/١٤) مدني أردني، (١٣) مدني ليبي، (١٤) مدني سوري.

٣ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في إنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، ١٩٥٣م، ص ٨٠، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر، بند ٩٢، ص ٢٠٥-٢٠٦.

٤ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون جهة نشر، ١٩٩٧م، ص ١٥١.

القاضي (نظرية بارتان) (١). وتختلف الشروط الشكلية للزواج من دولة إلى أخرى ومن دين إلى آخر، وباختلاف ما إذا كان الشكل المحلي في الدولة التي يراد إبرام الزواج بها هو الشكل المدني أم الشكل المحلي. وقد لاذ المشرع البحريني حيال الشروط الشكلية للزواج بالصمت فلم يقرر إخضاعها لقانون معين كما فعل بالنسبة للشروط الموضوعية، وعليه لا يكون أمامنا سوى اللجوء للقواعد العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية والذي يعتبر الزواج واحداً منها.

ومن المتعارف عليه وفقاً لقاعدة شكل التصرفات القانونية فإنه يخضع بحسب الأصل إلى قانون البلد الذي تم فيه، وبالتالي فإن الشروط الشكلية للزواج تخضع كأصل عام أيضاً إلى قانون البلد الذي انعقد فيه هذا الزواج، حيث يرجع إلى هذا البلد لبيان فيما إذا كان هذا الزواج قد توافرت له شروط صحته من الناحية الشكلية إذا كان هذا البلد يقرر إخراج الزواج بشكل أو وسيلة معينة كالتسجيل المدني أو التوثيق من المراجع المختصة. إذن الأصل العام في حل المنازعات المتعلقة بالشروط الشكلية لصحة الزواج هو خضوعها لقانون البلد الذي تم فيه هذا الزواج، أما الاستثناء فهو خضوعها للقانون الذي يحكم شروطه الموضوعية أو لقانون الموطن المشترك للزوجين أو قانون جنسيتهما المشتركة.

ويترتب على ذلك أن البحرينيين خارج المملكة أن يعقدوا زواجهم طبقاً للشكل المحلي للبلد المتواجدين فيه، ولكن ينبغي الانتباه أنه إذا كان هذا الشكل دينياً وكان الزوجان بحرينيان ومسلمان فلا يجوز لهما إجراء زواجهما طبقاً لهذا الشكل وذلك خضوعاً وقبولاً بسيادة الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع، أما إذا كان هذا الشكل مدنياً فلا غضاضة في عقد زواجهما طبقاً له حتى ولو كان الزوجان مسلمان (٢).

ويلحق بحكم خضوع الزواج من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام وفقاً للقاعدة العامة في هذا الشأن، مسألة إثبات الزواج التي اتفق الفقه الراجح على خضوعها للقانون الذي يخضع له الزواج من ناحية الشكل، فإذا تم هذا الزواج وفقاً للشكل المحلي فإن إثبات هذا الزواج بدوره يخضع لهذا القانون المحلي أيضاً، أما إذا تم إبرامه وفقاً للقانون الشخصي (قانون جنسية الزوجين) فإن إثباته يخضع بدوره إلى هذا القانون الشخصي أيضاً وهكذا فالقانون الذي يخضع له الزواج من حيث الشكل هو القانون الذي تخضع له مسألة إثبات هذا الزواج.

١ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٥١.

٢ انظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص ٢٩٠، د. أحمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٢٨٢، د. عوض الله شيبه الحمد السيد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنفيذ القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة، منشورات جامعة البحرين، ٢٠١٣م، ص ٢٢٧-٢٢٨، وهذا كذلك ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بقولها: «يعتبر عقد الزواج المدني المنظم خارج الكنيسة صحيحاً ومنتجاً لآثاره عملاً بأحكام المادة (١٣) من القانون المدني، إذا كان منظماً ومسجلاً وفق الأصول وقانون البلد الذي تم فيه انعقاد العقد. وعليه فلا يرد القول بأنه كان على المميز ضدها إثبات النسب قبل تقديمها طلب الحصول على حجة حصر الإرث، لأنها قدمت البينة الكافية لإثبات أنها ابنة المتوفى من زوجته الأمريكية بموجب عقد زواج رسمي وشهادة ميلاد وشهادات الشهود». تمييز حقوق رقم ١٩٩٣/٧٩٥ المنشور على الصفحة ١٢٨٠ من عدد مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤م، كذلك قضت محكمة التمييز بصفتها الحقوقية بأنه: «١- إن القاعدة السائدة في القانون الدولي الخاص تعتبر الزواج صحيحاً إذا أبرم وفقاً للشكل المقرر في قانون الدولة التي تم فيها العقد حتى ولو لم يتفق مع الشكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج. ٢- إن الزواج المدني الذي عقد بين المدعي والمدعى عليها المسيحيين في الولايات المتحدة الأمريكية لا يعتبر منعداً وإن كان قانون العائلة البيزنطي لا يعتبر الزواج صحيحاً ما لم يعقد بمعرفة كاهن ذو أهلية وطبقاً لطقوس الكنيسة، مادام أنه قد أبرم وفقاً للشكل المقرر في قانون الدولة التي تم فيها الزواج» تمييز حقوق أردني رقم ١٥٧ لسنة ١٩٧٥ المنشور على الصفحة ١٨٩ من العدد الرابع من مجلة نقابة المحامين النظاميين الأردنيين لسنة ١٩٧٦م.

## المطلب الثالث القانون الواجب التطبيق على الزواج من حيث الموضوع

يندرج تحت مدلول الشروط الموضوعية لصحة الزواج، الأهلية للزواج وصحة الرضاء، وشرط رضاء الوالدين بالزواج وشرط الخلو من موانع الزواج(١).

وقد أخضع المشرع البحريني شروط صحة الزواج من حيث الموضوع إلى قانون جنسية الزوجين معاً، حيث نص على ذلك صراحة في متن المادة (٢/٢١) من القانون المدني فقرر أنه «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون بلد الزوجين»(٢).

والواقع أن إخضاع مسألة صحة الشروط الموضوعية لقانون بلد الزوجين يثير أكثر من تساؤل ويضع على طاولة البحث أكثر من فرض، حيث يثور التساؤل عن الفرض الذي يختلف فيه الزوجان من حيث جنسية كل واحد منهما، كما يثور التساؤل عن الفرض الذي يكون الزواج فيها مختلطاً بحيث تكون جنسية الزوجين مختلفة تماماً عن بعضهما البعض كأن يكون الزوج بحرينياً وتكون جنسية الزوجة ألمانية مثلاً.

**الفرض الأول:** أحد الزوجين بحرينياً والآخر أجنبياً (اختلاف الزوجين من حيث الجنسية) أي قانون نطبق؟  
قانون الزوج أم قانون الزوجة؟

الواقع أن المشرع البحريني لم يذكر حلاً لهذا التساؤل لذا لا ضير من الرجوع إلى التشريعات المقارنة ومنها على سبيل المثال نص المادة (١٥) من القانون المدني الأردني التي قرر فيها المشرع أنه «في الأحوال المنصوص عليها في المواد (١٣ و ١٤) إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج»(٣).

**الفرض الثاني:** الزوجين أجنبيين أو من جنسيتين مختلفتين تماماً وليس من ضمنها الجنسية البحرينية:

هذا الفرض يثير مسألة في غاية الأهمية وهي معرفة وتحديد القانون واجب التطبيق في الفرض الذي يكون فيه الزوجان الأجنبيان مختلفي الجنسية وليست الجنسية البحرينية من ضمن هذه الجنسيات المختلفة، فما هو الحل؟ هل نطبق كلا القانونين وبالتالي نبحث عن صحة الشروط الموضوعية في كلا القانونين! أم نبحث عن صحة هذه الشروط في واحد فقط من هذين القانونين المختلفين!!

وحيال التساؤلات السابقة انقسم الفقه إلى رأيين، الأول(٤) يرى ضرورة البحث عن صحة الزواج من الناحية الموضوعية في كلا القانونين وبالنسبة لكل من الزوج والزوجة وهو ما يسمى بالحل الجامع، بينما يرى الآخر وهو الرأي الراجح(٥) ضرورة البحث عن ذلك في قانون كل واحد من الزوجين على حدة وهو ما يسمى بالحل الموزع. ويقوم الحل الجامع على أساس أن الزواج لا يعتبر صحيحاً في الفرض السابق إلا إذا توافرت شروط صحته وفقاً

١ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في إنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، المرجع السابق، ص٢٥٨.

٢ وتقابل هذه المادة كل من المادة (١٢) مدني مصري، (٣٦) كويتي، (١/١٣) مدني أردني، (١٢) مدني ليبي، (١٣) مدني سوري، (١٩) مدني عراقي.

٣ وتقابلها كل من المادة (١٤) مدني مصري، (٣٦) كويتي، (١٤) مدني ليبي، (١٥) مدني سوري، (١٩) مدني عراقي.

٤ انظر هذا الرأي والتعليق عليه د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص٢٦٠، د. هشام علي صادق، دروس في

القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، بند ٩٤، ص٢٠٧-٢٠٨، د. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان،

١٤٢٤م-٢٠٠٤م، ص١٠٢-١٠٣.

٥ ومن مؤيدي هذا الرأي كل من د. شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،

١٩٦٢-١٩٦٣م، ص١١٧، د. عز الدين عبد الله، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص٢٦٠-٢٦١، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، (تنازع

القوانين)، بدون جهة وسنة نشر، ص٢٠١.

لقانونه وقانون زوجته معاً، ونتيجة صعوبة هذا الحل تم هجره من قبل الفقهاء خاصة وأن نتيجته في الحقيقة هي تطبيق القانون الأشد في أحكامه.

أما الحل الموزع فيقصد به أن نبحث في شروط صحة الزواج من الناحية الموضوعية من جهة الزوج في قانونه ومن جهة الزوجة في قانونها، بمعنى أن يطبق قانون الزوج على الزوج فقط وقانون الزوجة على الزوجة فقط، وبالتالي يعتبر الزواج صحيحاً من الناحية الموضوعية إذا كان الزوج قد أوفى بالشروط الموضوعية لصحة الزواج وفقاً لقانونه، وأوفت الزوجة بشروط الزواج الموضوعية لصحة الزواج وفقاً لقانونها، على اعتبار أن القانون أي قانون لا يحمي إلا وطني الدولة دون غيرهم وبالتالي لا مجال لإنطباقه عليهم.

وعلى الرغم من راحة الحل الموزع بالمعنى المتقدم إلا أنه لا يطبق بصورة مطلقة وفي كل الفروض، حيث نجد أن أصحابه يرون - بحق - أن هناك بعض الشروط الموضوعية للزواج لا يمكن التأكد منها إلا وفقاً للحل الجامع كشرط السن وموانع الزواج كالقربة والطلاق والعدة والزواج السابق والزنا.

وقبل الانتهاء من الحديث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج ينبغي الإشارة إلى أن المشرع البحريني وفي نص المادة (٢/٢١) من قانون المرافعات قد عالج مسألة في غاية الأهمية ألا وهي مسألة تحديد الوقت الذي يعتد به في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، فحددها بوقت إنعقاد الزواج عند معالجته لمسألة آثار الزواج، والتي عبر عنها المشرع بعبارة «وقت انعقاد الزواج» في متن المادة المشار إليها.

### ويترتب على ذلك نتيجتان:

أن حكم المادة (٢/٢١) لا يطبق إلا إذا كان الزوجان أجنبيين وقت انعقاد الزواج ثم صار الزوج بحرانياً بعد إنعقاده.

أن حكم المادة (٢/٢١) ينطبق إذا كان الزوجان أو احدهما بحرانياً وقت إنعقاد الزواج حتى لو صار بعد ذلك أجنبياً.

وبناءً على هاتين النتيجتين نقرر مع البعض - بحق - أنه لو تزوج شخصان كانا أجنبيان لحظة إبرام الزواج وكان الزوج كتابياً والزوجة مسلمة، ثم اكتسب الزوج الجنسية البحرينية بعد هذا الزواج فإن هذا الزواج يعتبر في هذه الحالة باطلاً سواءً قبل اكتساب الزوج الجنسية البحرينية أم بعد اكتسابه لها والسبب في ذلك هو ليس نص المادة (٢/٢١) حيث لا مجال لتطبيقه، وإنما النظام العام على اعتبار أن زواج الكتابي من المسلمة لا يصح شرعاً ولا قانوناً.

أما لو تزوج كتابي بأجنبية مسلمة وكان هو وطنياً وقت إنعقاد الزواج ثم اكتسب جنسية أجنبية لبطل زواجه أيضاً ولكن ليس على أساس النظام العام هنا؛ بل على أساس نص المادة (٢/٢١) من قانون المرافعات والتي تفرض تطبيق القانون البحريني على هذا الزواج والمقصود بالقانون البحريني هو الشريعة الإسلامية كونها المختصة بحكم هذا الزواج والتي تقرر بطلان زواج الكتابي من مسلمة.

## المطلب الرابع القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

سبق لنا القول بان الزواج عقد يتكون من خلال ايجاب مقترن بقبول، وإن هذا العقد كغيره من العقود يترتب آثاراً معينة منها ما هو شخصي الطابع ومنها ما هو مالي الطابع.

ويقصد بآثار الزواج مجموعة الحقوق والالتزامات سواء كانت شخصية الطابع أم مالية والتي تنشأ لكلا الزوجين نتيجة الزواج، حيث يترتب على عقد الزواج حقوقاً والتزاماً متبادلة لكلا الزوجين، كحق الزوج على زوجته في الطاعة والقرار في المنزل والقيام على شؤونه، وحقها في النفقة الزوجية والمهر والعدل وطيب العشرة (١).

ومشرعنا البحريني أخضع كقاعدة عامة آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج، حيث نص في المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات على أنه «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال.....».

ويلاحظ هنا أن المشرع البحريني قد أقر بأهمية خضوع آثار الزواج إلى قانون واحد فقط وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج، ولم يخضعه لقانون بلد الزوجين كما هو الحال بالنسبة لشروط الزواج الموضوعية على اعتبار أن الحرص على العائلة وديمومتها تقتضي أن تخضع آثار الزواج إلى قانون واحد فقط.

وخضوع آثار الزواج الشخصية والمالية إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج كقاعدة عامة يقيد أمرين، الأول هو إذا كان أحد الزوجين بحرينياً فالعبرة دائماً بالقانون البحريني وحده فيكون واجب التطبيق هنا، الثاني هو أن لا يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق مخالفاً للنظام العام فعندئذ يوقف العمل به حتى ولو كان واجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

ولكن رغم قاعدة الإسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج بنوعيتها (الشخصية والمالية) قانون الدولة التي ينتمي لها الزوج وقت إنعقاد الزواج، إلا أن هناك بعض المسائل التي تحتاج إلى بعض التفصيل والتمحيص، كمسألة النفقة الزوجية المؤقتة ومسألة أهلية الزوجة، النظام المالي للزوجين.

### الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على النفقة المؤقتة للزوجة

تخضع النفقة الزوجية بشكلها العادي إلى قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج على اعتبار أن هذه النفقة تعتبر - بحق - أثراً من آثار الزواج (المادة ٤٤ من قانون أحكام الأسرة البحريني) وبالتالي ينطبق عليها نص المادة (٣/٢١) المتقدم بيانها.

والنفقة الزوجية بالمعنى المتقدم تخرج من إطار فكرة النفقة بين الأقارب المنصوص عليها في المادة (٤/٢١) من قانون المرافعات البحريني (٢)، على أساس أن هذه النفقة تعتبر حقاً خالصاً للزوجة على زوجها كنتيجة طبيعية لحق الرجل في الاستمتاع بزوجه وتنفيذاً لأمر إلهي بالانفاق على الزوجة المحتبسة لمصلحة زوجها والتي تمكنه منها طواعية وعن طيب خاطر.

١ د. عوض الله شبيبة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٢٠-٢٢١.

٢ تقابلها كلاً من المادة (١٥) مدني مصري، (٤٥) كويتي، (١٦) مدني أردني، (١٥) مدني ليبي، (١٦) مدني سوري، (٢١) مدني عراقي.



والنفقة الزوجية بهذا المعنى الاعتيادي لها لا تثير أدنى مشكلة حيث أخضعها المشرع البحريني لقانون معين بذاته وفقاً لما تقدم، أما النفقة التي تثير اللبس والجدل حولها فهي النفقة المؤقتة أو المستعجلة (١) التي تطالب بها الزوجة زوجها الذي طلقها زوجها كوسيلة للإنفاق على نفسها وسد حاجتها الحياتية العاجلة. مما لا شك فيه أن النفقة العاجلة أو المؤقتة لا تعتبر من الآثار المترتبة على الزواج، ولهذا أخرجها المشرع البحريني من إطار تطبيق نص المادة (٣/٢١) واعتبرها أنها بمثابة إجراء من إجراءات التقاضي التي يلجأ إليها للمحافظة على نظام السلامة العامة والأمن الاجتماعي العام في الدولة وبالتالي أخضعها إلى قانون القاضي الناظر فيها (٢).

## الفرع الثاني

### القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة المتزوجة

تخضع أهلية الشخص - كما سنعرف لاحقاً - سواءً كان ذكراً أم أنثى إلى قانون جنسيته، ولكن التساؤل هنا هل تحتاج المرأة المتزوجة وهي بصدد القيام بتصرف معين إلى إذن زوجها أم لا؟ بمعنى آخر هل تعتبر المرأة المتزوجة ناقصة الأهلية بسبب زواجها وبالتالي تحتاج إلى إذن زوجها لقيامها بتصرف قانوني معين. الواقع أن التشريع البحريني لا يرتب نقص أهلية الزوجة نتيجة زواجها وبالتالي تبقى الزوجة البحرينية أو الزوجة الأجنبية المتزوجة ببحريني كاملة الأهلية ولا يعتورها نقص نتيجة هذا الزواج، ولهذا نرى أن الحديث عن أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة لا يوجد له مجال في البحرين، بينما قد يجد له مجال خصب في غيره من الدول التي ترتب على الزواج آثار خاصة بأهلية المرأة المتزوجة كما هو الوضع في لبنان (٣). وعلى العموم وحتى تتم الفائدة نقرر أن الفقه الراجح (٤) يعتبر أن نقصان أهلية المرأة بسبب زواجها يعتبر من قبيل الآثار المترتبة على الزواج وبالتالي تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حيث يرجع لهذا القانون لبيان فيما إذا كان من اللازم حصول الزوجة على إذن زوجها عند قيامها بتصرف قانوني معين.

- ١ تنص المادة (٤٩) من قانون أحكام الأسرة البحريني على أنه: «للقاضي أن يقرر بناءً على طلب من الزوجة نفقة مؤقتة لها ولأولادها، وأن يأمر بعودتها إلى منزل الزوجية في حال إخراجها منه، ويكون قراره في كلتا الحالتين مشمولاً بالإنفاذ المعجل بقوة القانون».
- ٢ انظر بهذا المعنى د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢م، ص ١٣٩ والهامش رقم ١ والذي جاء فيه أن محكمة التمييز اللبنانية قد صدقت على خضوع مسألة النفقة المؤقتة التي تطالب فيها الزوجة أثناء نظر دعوى الطلاق إلى قانون القاضي (القرار رقم ٥٧ تاريخ ١٩/٢/١٩٦٨م، النشرة القضائية اللبنانية، ١٩٦٨م، ص ٦٧٧) وكان ذلك التصديق على قرار استثنائي أعطى الصيغة التنفيذية لحكم محكمة ستراسبورغ الفرنسية والذي قضى بالزام الزوج اللبناني بدفع مبلغ ٣٠ ألف فرنك فرنسي كتدبير مؤقت لأن النفقة الوقتية ليست أثراً من آثار الزواج.
- ٣ نص المادة (١١) من قانون التجارة اللبناني «إن المرأة المتزوجة مهما تكن أحكام القانون الشخصي الذي تخضع له لا تملك الأهلية التجارية إلا إذا حصلت على رضی زوجها الصريح أو الضمني».
- ٤ د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩م، ص ٢١٠، د. عز الدين عبدالله، الكتاب الثالث، ص ٢١٥، د. منصور مصطفي منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٢٠، وإن كانوا يفرقوا بين اعتبار نقص أهلية المرأة المتزوجة عاماً ويعتبره عندئذ أثر من آثار الزواج وبين أن يكون نقص الأهلية للمرأة المتزوجة هنا نقصاً خاصاً ويروا وجوب خضوعه في هذه الحالة للقانون الذي يحكم التصرف ذاته، وكذلك انظر في تأييد هذا الاتجاه الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥١٥ حيث يرى أن من الخير أن يستأنس القاضي في تكييفه لهذه المسألة بالقانون الأجنبي المحتمل التطبيق، فإذا تبين أن نقص أهلية المرأة المتزوجة وفقاً لهذا القانون قد قصد به حماية الأسرة، فلم يعد هناك شك في اعتبار المسألة داخلة في فكرة آثار الزواج أما لو تبين القاضي أن نقص الأهلية يستهدف غاية أخرى تتعلق بالمرأة بالذات كما لو كان يهدف إلى حمايتها بالنظر إلى جنسها، فيكون من الأوفق اخضاع الأهلية في هذه الحالة لقانون جنسية الزوجة.



## الفرع الثالث القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين

النظام المالي للزوجين نظام مستورد لا نظير له في شريعتنا الإسلامية ولا بالتالي بتشريعتنا البحريني، لذلك لم تشمله قواعد الإسناد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية كونه من الأنظمة القانونية الغربية على تشريعتنا.

ويقصد بالنظام المالي للزوجين الاتفاق المبرم بين الزوجين والذي يبين حقوق والتزامات كل واحد منهما من حيث امتلاكه للأموال المنقولة وغير المنقولة واستغلال إيراداتها وكذلك يبين حجم الديون المترصدة بذمتها قبل الزواج وبعده وحتى بعد انحلاله كما يبين أيضاً طرق تسوية كافة المنازعات المتعلقة بهما بخصوص هذه الحقوق أو تلك الالتزامات (١).

ولقد سبق لنا توضيح أن المشرع البحريني أخضع آثار الزواج بشقيها الشخصي والمالي لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على أي نظام مالي بين الزوجين هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج طبقاً لنص المادة (١/١٤) من القانون المدني (٢).

ويثور التساؤل حول إبرام الزوجين لعقود تخرج عن نطاق النظام المالي لهما كعقود البيع والهبات والشركات، فهل تخضع مثل هذه العقود بين الزوجين إلى القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج مثلها في ذلك مثل النظام المالي بين الزوجين أم أن هناك حل آخر؟

والواقع أن الفقه بخصوص الإجابة على التساؤل السابق منقسم إلى اتجاهين، الأول (٣) يرى أن مثل هذه العقود يجب أن تخضع للقاعدة العامة التي تحكم كافة العقود وهي قانون الإرادة كما سنرى لاحقاً.

أما الرأي الثاني (٤) فيرى أن هذه العقود لا تخرج عن نطاق فكرة النظام المالي وبالتالي يجب أن تخضع هذه العقود لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كونها لا تخرج عن إطار تطبيق نص المادة (٢/٢١) من قانون المرافعات البحريني، ويبرر هذا الاتجاه الذي نؤيده موقفه السابق على أساس من القول بأن الهدف الذي ينشده المشرع من وضع بعض القيود على فكرة العقود بين الزوجين لا يتعلق بحماية العقد نفسه أو حماية أطرافه وإقامة التوازن بينهما؛ بل الهدف أبعد من ذلك وأعمق وهو حماية نظام الزواج بحد ذاته وبالتالي لا بد من خضوع هذه العقود لنفس القانون الذي يحمي كافة الآثار المترتبة على الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج كونه القانون القادر على حماية الزواج والعمل على ضمان ديمومته واستمراره.

١ انظر د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص ٢١٥، وكذلك د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥١٧.

٢ ويأخذ بهذا الحل أيضاً العديد من الدول الأوروبية والعربية كالقانون اليوناني (المادة ١٥ مدني يوناني) والقانون الإسباني (المادة ١٢٢٥ مدني إسباني) والقانون البرتغالي (المادتين ١١٠٦ و ١١٠٧ مدني برتغالي) والقانون الألماني والقانون الهولندي والقانون الإيرلندي والقانون البلجيكي كما أخذ به المؤتمر الرابع للقانون الدولي الخاص المنعقد في لاهاي سنة ١٩٠٩، انظر في كل ما تقدم د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥١٧ والهامش رقم ٣.

٣ وتعتبر رائدة هذا الاتجاه المدرسة الفقهية الفرنسية والتي ترى أن لا يوجد ما يبرر الخروج عن القواعد العامة في اسناد العقود لغير قانون الإرادة، راجع هذا الموقف، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٢٢.

٤ ويتمثل في الاتجاه الفقهي والقضائي الغالب في فرنسا، راجع هذا الاتجاه والتعليق عليه د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٢٣ وما بعدها.

## المبحث الثاني إنحلال الزواج

كما ينشأ عقد الزواج بإيجاب وقبول ومهر مسمى فإنه ينحل وينقضي بالطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني، وعليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج في مرحلة إنحلاله ستكون من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من الطلاق والتطلق والانفصال الجسماني. وتجدر الإشارة إلى أن انحلال الزواج سواء بالطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني يختلف عن فكرة بطلان الزواج الذي قد يحدث نتيجة تخلف إحدى شروط صحته الشكلية أو الموضوعية. وسنقوم تباعاً باستعراض القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من الطلاق والتطلق والانفصال الجسماني ومن ثم استعراض القانون الواجب التطبيق على بطلان الزواج.

### المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج

بيننا سابقاً أن الزواج ينقضي وتحل أو اصره إما عن طريق الطلاق وإما عن طريق دعوى التطلق أو عن طريق الانفصال الجسماني، وحتى نتعرف على القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج لابد من تحديد القانون الذي يحكم كل من الطلاق والتطلق والانفصال الجسماني.

وكقاعدة عامة يخضع إنحلال الزواج سواءً أكان السبب في ذلك الطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني إلى قانون الجنسية، حيث نصت المادة (٢١/٣) من قانون المرافعات البحريني على أنه: «...أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطلق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى» (١).

إذن القاعدة العامة في هذا الشأن - كما رأينا - هو تطبيق قانون الجنسية على الطلاق والتطلق والانفصال الجسماني ولهذا نقرر أن إنحلال الزواج يخضع كقاعدة عامة إلى قانون جنسية الزوج وقت وقوع انحلال أو إنقضاء الزواج.

وينتقد جانب من الفقه العربي (٢) له وجاهته - بحق - هذا الموقف التشريعي على أساس أنه يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بالطلاق أو التطلق وفقاً لأحكام قانون جنسية الزوج عند ايقاع الطلاق في الحالة الأولى، أو وقت رفع الدعوى في الحالة الثانية، وكان الأولى وفقاً لهذا الجانب الفقهي أن يعتد الشرع بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين والذي ارتضى كل منهما الارتباط في ظله «فليس من العدل أن

١ وتقابل هذه المادة كل من المادة (١٣) مدني مصري، (٤٠) كويتي، (٢/١٤) مدني أردني، (١٣) مدني ليبي، (١٤) مدني سوري.

٢ ومن أصحاب هذا الرأي: د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٢٢، د. جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٣٧، ويؤيد هذا الموقف أيضاً د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٣٥، د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ١٤٢، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الطبعة الثانية، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص ١١٤.

تفاجأ الزوجة مثلاً بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته وقد يكون هذا القانون أكثر إضراراً بمصالح الزوجة من حيث تيسير الطلاق أو التطليق».

وبالإضافة إلى ما تقدم يعتقد الرأي الفقهي السابق - بحق - أن الاعتداد بوقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يسهل على الزوج التحايل على القانون عن طريق تغيير جنسيته بغرض التوصل إلى النتائج التي يهدف إليها، وبطريقة قد لا تكفيها نظرية الغش نحو القانون التقليل من خطورة هذا الوضع (١).

وعلى الرغم من انتقادنا لموقف المشرع البحريني المشار إليه آنفاً إلا أن الملاحظ على موقفه المتعلق بالمادة (٢١/٢) أنه ربط تحديد قانون الجنسية بالوقت الذي تم فيه انحلال أو إنقضاء عقد الزواج وبالتالي خلصنا من مشكلة تحديد قانون الجنسية فيما لو تعددت بالنسبة للزوج أو اختلفت فيما بين إبرام الزواج وانحلاله فالعبرة عندئذ بالجنسية التي يكون الزوج متمتع بها لحظة تحقق سبب الانحلال سواءً أكان طلاقاً أم دعوى تطليق أو انفصال جسماني (٢).

وإذا كنا قد أقرينا بخضوع قانون انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج لحظة الانحلال بسبب الطلاق أو التطليق أو الانفصال، فإن هذا القانون تخضع له أيضاً بالإضافة للطلاق والتطليق والانفصال كل من شروطها والآثار المترتبة عليها الأسباب الموجبة للحكم فيها، وكذلك تخضع له أيضاً القواعد الخاصة بإثبات هذه الدعاوى. بمعنى أن شروط صحة الطلاق أو شروط صحة دعوى التطليق أو دعوى الانفصال الجسماني وكذلك مدى توافر الأسباب الموجبة للحكم بالتطليق أو الانفصال (٣) تخضع أيضاً إلى قانون جنسية المطلق وقت الطلاق أو قانون المدعي في دعوى التطليق لحظة رفع هذه الدعوى أو قانون المدعي في دعوى الانفصال الجسماني لحظة إقامتها. ومن الأمور التي تدخل في صميم فكرة الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات دعاوى الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، حيث يرجع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسماني لتحديد وسائل الإثبات وعبء الإثبات ومدى حجيتها وألية سماع البيئة الشخصية وتقديم الدليل الكتابي وغيرها من وسائل الإثبات الأخرى (٤).

وكذلك الأمر بالنسبة للآثار المترتبة على كل من الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، حيث تخضع لقانون جنسية الزوج جميع الآثار المترتبة على انحلال الزواج سواء في شقها الشخصي أو في شقها المالي. ومن الآثار الشخصية لإنحلال الزواج مدى أحقية المطلقة في الاحتفاظ باسم الزوج بعد انفصال عرى الزوجية

١ انظر لمزيد من التفصيل والتعمق في هذا الموضوع، د. حسام الدين الأهواني، بحث الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٥، شهر كانون ثاني سنة ١٩٧٣م، ص ٩٩ وما بعدها.

٢ انظر بهذا المعنى، سيف النصر زكي، بحث متخصص في القانون الواجب التطبيق في قضايا التطليق، منشور في مجلة المحاماة، العدد ٣٤ العدد ٤، ص ٥٧٧ وما بعدها.

٣ انظر بهذا المعنى كلاً من د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٢٥، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

٤ بهذا المعنى د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٢٧، هامش (١) والذي ساق لنا فيه ما يؤكد اتجاه القضاء المصري نحو الأخذ بما ورد بالمتن فيما يتعلق بقواعد وإجراءات الإثبات، حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية الصادر في ١٩٥٢/١/٨م بخصوص وقائع قضية طالب فيها زوج فرنسي أمام المحاكم المصرية تطليق زوجته الفرنسية بسبب الزنا واستند في دعواه إلى خطابات ومفكرات خاصة بالزوجة تثبت علاقتها غير المشروعة برجل آخر، ودفعت الزوجة بعدم قبول الدليل المقدم في الدعوى لأن زوجها قد عثر على هذه الخطابات بعد أن كسر الدرج الخاص بها، ولما عرض الأمر على محكمة النقض نقضت حكم الموضوع الذي حكم بالطلاق بناءً على الدليل المتقدم وجاء في عبارات الحكم «ولما كان طرفا الدعوى فرسيتين والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أياً كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة وكسر درج خاص بها هو تقرير غير صحيح أنبنى عليه القضاء في الدعوى». انظر هذا الحكم في مجموعة أحكام النقض السنة الرابعة رقم ٥٠، ص ٢٤٩.

بينها وبين طليقتها والتي تخضع إلى قانون جنسية المطلق وقت الطلاق حيث يبحث في هذا القانون دون غيره فيما إذا كان يمنح المطلقة مثل هذا الحق أم لا؟<sup>١</sup>

ولا تعتبر من قبيل الآثار الشخصية لإنحلال الزواج وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الإنحلال كل من مدى إجازة الزواج بعد الطلاق وما هي المدة اللازمة على المطلقة إنتظارها حتى تتزوج من جديد، حيث تعتبر هذه المسائل من الأمور التي تدخل ضمن نطاق فكرة الشروط الموضوعية للزواج الجديد وبالتالي تخضع لقانون جنسية كلا الزوجين طبقاً للمادة (٢/٢١) من قانون المرافعات البحريني.

ومن الآثار المالية لإنحلال الزواج حق المطلقة في النفقة والتي رأينا أنها تخضع لقانون جنسية الزوج على اعتبار أنها تمثل أثراً من آثار الزواج، ولكنها هنا تعتبر من الآثار المترتبة على إنحلال الزواج برمته وبالتالي نراها تخضع إلى قانون جنسية المطلق وقت الطلاق، وفي حالة التطبيق فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت إقامة دعوى التطبيق وكذلك الأمر بالنسبة لدعوى الإنفصال الجسماني.

كذلك من الآثار المالية المترتبة على إنحلال الزواج حق المطلقة في الحصول على تعويض فيما لو كان تطليقه دون مبرر شرعي أو قانوني (الطلاق التعسفي) حيث يخضع هذا الأثر إلى قانون جنسية الزوج وقت إقامة دعوى التعويض فإذا كان قانونه يعطي هذا الحق للمطلقة حصلت عليه وإلا فلا.

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد أن إجراءات إنحلال الزواج سواءً كان ذلك بسبب الطلاق أو بسبب التطبيق أو الانفصال الجسماني تخرج من فكرة انحلال الزواج برمتها وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الانحلال؛ بل تخضع - كونها إجراءات تقاضي - إلى قانون القاضي الناظر فيها وفقاً للرأي الراجح (١) وعلى ذلك جرت أعمال القضاء (٢).

## المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على علاقة الآباء والأبناء

تتكون الحالة المدنية للشخص من مجموعة الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها أو يتحملها الشخص سواءً تلك الناتجة عن علاقة الزواج كما رأينا منذ قليل أو تلك الناتجة عن علاقة النسب القائمة بين الآباء والأبناء والناتجة عن علاقة النسب.

ولقد قصر المشرع البحريني في قانون المرافعات معالجته للحالة المدنية للفرد على الزواج وما يترتب عليه من نتائج وحقوق والتزامات، تاركاً الشق الثاني من الحالة المدنية والمتمثلة في النسب والعلاقة بين الآباء والأبناء إلى مشرع الأحوال الشخصية.

١ د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٣١، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٤٣ وما بعدها.

٢ انظر قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٦/٣٠ والمنشور في مجموعة النقص السنة الرابعة، العدد الثالث (نيسان وأيار وحزيران) على الصفحة رقم ١٢٦٢ وما بعدها وكذلك انظر قرار محكمة استئناف الاسكندرية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٧/١٠/٢٣ والمنشور لدى د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٤٤، هامش (٢)، والذي كان بخصوص الطلب المقدم من جزائريين الجنسية يهوديين الديانة المتضمن التصديق على تطليقهما الذي تم باراتهما على أساس أن الشريعة الموسوية الواجبة التطبيق جعلت الطلاق في يد الرجل وحده ووضعت له شروطاً معينة يجب اتباعها حتى يقع الطلاق صحيحاً فيتعين حصوله أمام السلطة الشرعية ويحضره شاهد وأن يثبت في وثيقة وكل طلاق يقع أمام سلطة أجنبية لا يعتبر صحيحاً شرعاً (المواد ٢٣٤ و ٢٣٦ و ٢٣٧) من مجموعة الأحكام الشرعية للإسرائيليين، وعليه فإن الشريعة الموسوية لا تعترف بحصول الطلاق أمام جهة أخرى غير الجهة أو السلطة الشرعية التابعين لها ولا وقوعه بمجرد التراضي بينهما، ولما كانت المادة (٩٠٤) مرافعات تشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق يجيز التفريق أو التطلاق بالتراضي وكانت الشريعة الموسوية لا تجيز ذلك فيكون طلب التصديق على عقد التطلاق بالتراضي أمام المحكمة أمراً لا تقره الشريعة وبالتالي يعين الحكم برفض الدعوى.

وعلى الأساس السابق تضمن قانون أحكام الأسرة (١) ما يشير إلى اعتبار المسائل المترتبة عن النسب كالبنوة والاعتراف بالأبوة أو إنكارها وكذلك العلاقة بين الأصول والفروع والحضانة وتصحيح النسب ونفقة الأقارب من المسائل الداخلة ضمن إطار قانون أحكام الأسرة.

ومن هذا المنطلق نقرر أن البنوة والأبوة والاعتراف بها أو إنكارها وكذلك الحضانة وتصحيح النسب ونفقة الأقارب وكذلك كافة الدعاوى المتعلقة بها تعتبر من قبيل المسائل المكونة للحالة المدنية للفرد وبالتالي يقتضي دراستها ضمن معالجتنا للقانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للفرد وبالتالي أيضاً يقتضي خضوعها من حيث الأساس والأصل العام إلى القانون الشخصي للفرد (قانون جنسيته).

وعلى الرغم من تنظيم المسائل المترتبة على النسب السابق ذكرها أعلاه ضمن نصوص قانون أحكام الأسرة، واعتبارها تبعاً لذلك من المسائل المكونة للحالة المدنية للفرد وبالتالي خضوعها للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية، إلا أن ذلك في إطار القانون الدولي الخاص لا يهض لأن يكون بمثابة قاعدة اسناد خاصة بهذه المسائل وذلك لأن قواعد الاسناد تضمنتها - كما سبق لنا بيانها - المادتين (١٢ و ٢٢) من قانون المرافعات البحريني والتي رأينا أنها جاءت خالية من قاعدة اسناد خاصة بمسائل النسب على الرغم من أهميتها.

وهذا ما يقودنا إلى ضرورة الاستناد إلى نصوص القوانين المقارنة كنص المادة (٢٣) من القانون المدني المصري الداعية إلى اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص. والبحث سواء في القانون المقارن أو في آراء فقه القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الناتجة عن النسب كمسألة البنوة وتصحيح النسب والتبني والحضانة والولاية على النفس ونفقة الأقارب. وهذا ما سنبحثه في فروع مستقلة على التوالي.

## الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على البنوة

البنوة علاقة ثلاثية الأطراف تربط كل من الابن مع الأب والأم، وهذه العلاقة قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية صحيحة وشرعية، وقد تكون ناتجة عن علاقة غير شرعية لا يقرها شرع ولا يعترف بها قانون، وقد تكون مصطنعة ومختلفة وسنقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على كلا العلاقتين.

### أولاً - القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية:

البنوة الشرعية هي تلك العلاقة التي تربط الابن مع أبيه وأمه والناتجة عن علاقة زواج شرعي وصحيح (٢)، ومادامت البنوة جزء من الحالة المدنية للشخص، فهي بالتالي تخضع لقانونه الشخصي وهو قانون الجنسية، ولكن قانون جنسية من: الأب أم الأم أم الابن؟

لا شك في اعتبار علاقة البنوة الشرعية من أهم الآثار المترتبة عن عقد الزواج، ولقد بينا سابقاً أن آثار الزواج تخضع كأصل عام إلى قانون جنسية الزواج وقت الزواج، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا التحليل هو قانون جنسية الزوج وقت الزواج، بمعنى آخر العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية

١ المواد من (٧٠ - ٨٢).

٢ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٧٦.



هو قانون جنسية الأب وقت إنعقاد زواجه على الأم والذي نتج عنه ولادة الإبن. ونشير هنا إلى أن تطبيق قانون جنسية الزوج على البنوة الشرعية وفقاً للأصل العام الذي تقدم بيانه يؤطره دائماً أمران:

**الأول:** إنطباق القانون البحريني وحده ودون غيره من القوانين إذا كان أحد الزوجين وقت الزواج بحرينياً استناداً إلى فكرة المصلحة الوطنية.

**الثاني:** الانسجام مع النظام العام بمعنى أن لا يكون في قانون جنسية الزوج وقت الزواج ما يتعارض مع النظام العام والآداب داخل الدولة، كأن يكون قانون الزوج مثلاً يعترف بالولد الحرام المولود نتيجة علاقة غير شرعية داخل دولة لا تقر ولا تعترف بهذا المولود.

### ثانياً – القانون الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية (البنوة الطبيعية):

البنوة الطبيعية هي التي تنشأ عن علاقة غير مشروعة بين الأب والأم خارج إطار الزواج الصحيح والمشروع، وهذه البنوة لا يعترف بها القانون البحريني ولا الشريعة الإسلامية التي تقرر أن «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (١) وبالتالي لا نجد لمثل هذه البنوة أي أثر داخل المملكة لا بصورة مباشرة ولا بصورة غير مباشرة. ومع عدم الاعتراف بهذه البنوة إلا أن الدول العربية ونتيجة ازدياد عدد حالات أطفال الحرام قررت الاجتماع وحل هذه الظاهرة فقررت في المادة الخامسة من الاتفاقية العربية لسنة ١٩٥٤ الخاصة بأحكام الجنسية بين الدول العربية والتي تسمى اصطلاحاً باتفاقية الرياض «اكتساب الولد المولود لأم عربية وفي بلد عربي لم يثبت نسبه لأبيه قانوناً لجنسية أمه، على أنها تزول عنه ويكتسب جنسية أبيه العربي بعد ثبوت النسب إليه ما لم يكن قد أتم سن الثامنة عشر».

وهذا ما قضت به المادة (٤/ب) من قانون الجنسية البحريني لسنة ١٩٦٣ والمعدل بالمرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٨٩ على أن: «يعتبر الشخص بحرينياً: إذا ولد في البحرين أو خارجها وكانت أمه بحرينية عند ولادته، على أن يكون مجهول الأب أو لم تثبت نسبه لأبيه قانوناً».

### ثالثاً – القانون الواجب التطبيق على البنوة المصطنعة (التبني):

البنوة المصطنعة أو التبني هو نظام معروف في البلدان الغربية يتم فيه خلق علاقة بنوة بين اثنين لا علاقة حقيقية بينهما من حيث رابطة الدم.

وفي الدول التي تعترف بالتبني نجد أن المتبني يرث المتبني في ماله واسمه كما لو كان ابنه الفعلي والواقعي بصرف النظر فيما إذا كان المتبني طفلاً لقيطاً أو ولداً شرعياً، أما في الدول العربية ومن ضمنها البحرين فنرى أن التبني غير معترف به ويعتبر من المحرمات وبالتالي لا مجال للحديث عن قاعدة إسناد خاصة تطبق على التبني (٢).

١ حديث شريف صحيح، سنن أبي داود، رقمه ١٩٣٥ وقصته بالكامل كما وردت في المصدر كما يلي «حدثنا سعيد بن منصور ومسدد قالوا حدثنا سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمة فأقبضه فإنه ابنه وقال عبد بن زمة أخي ابن أمة أبي ولد على فراش أبي فرأى رسول الله صلى الله عليه وسلم شبيها بينا بعتبة فقال الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي عنه يا سودة زاد مسدد في حديثه وقال هو أخوك يا عبد».

٢ قارن مع د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٤٩ حيث يرى بأن النظام العام لا يحول دون معالجة مسألة التبني فيما يتعلق بالأجانب أو لغير المسلمين وبالتالي نراه يدعو المشرع إلى ضرورة تكريس أحكام لمعالجة الحالات التي يمكن أن تعرض على القاضي البحريني بهذا الخصوص، كذلك د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٦-١٩٨٧م المرجع السابق، ص ٢٥٧.



ولكن في الدول التي تعترف بنظام التبني فإن الراجح هو تطبيق قانون المتبني (الأب) وقانون المتبني (الأبن) معاً فيما لو اتحدا في الجنسية، ولكن ماذا لو اختلفا في الجنسية، فما هو القانون الواجب التطبيق؟

اختلفت الآراء حيال التساؤل السابق، فالبعض يرى تطبيق القانون الأشد أو ما يسمى بالتطبيق الجامع للقانونين قانون الأب المتبني وقانون الإبن المتبني والأخذ بأكثرهما شدة ودقة فيما يتعلق بالتبني (١)، بينما يرى البعض تطبيق قانون الإبن المتبني على أساس من القول بأن التبني يتعلق بالحالة المدنية لهذا الأخير أكثر من تعلقها بحالة طالب التبني (٢)، والبعض الآخر يرى تطبيق قانون طالب التبني على أساس أن التبني هنا يتعلق بحالة هذا الشخص العائلية، وهناك من يرى ضرورة خضوع التبني عن اختلاف جنسية أطراف هذه العملية إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج! ومنهم من يرى تطبيق القانون الوطني فيما إذا كان المتبني أو المتبني وطني! ومنهم من يرى - بحق - تطبيق القانون الأكثر رعاية للمتبني حتى ولو كان قانوناً أجنبياً وذلك لأن هذا القانون دون غيره هو القانون الذي ينسجم مع الغاية المرجوة من إقرار نظام التبني وهو حماية المتبني (٣).

## الفرع الثاني القانون واجب التطبيق على تصحيح النسب

تصحيح النسب هو جعل إبن الحرام إبن حلال وذلك من خلال زواج الأب من الأم التالي لواقعة ميلاد الإبن فيصبح الولد الطبيعي وفقاً للمعنى المتقدم لهذا الولد ولداً شرعياً. فإذا ما صحح النسب وأصبح من كان حراماً بالأمس حلالاً وشرعياً فإن معنى ذلك اعتبار واقعة الميلاد كأثر من آثار الزواج مثلها في ذلك مثل البنوة الشرعية وبالتالي يطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج. ويشترط لإعمال الحل السابق أن لا يكون مخالفاً للنظام العام، حيث لا يجوز تصحيح نسب كافة المولودين نتيجة علاقة جنسية خارج إطار الزواج الصحيح والشرعي، ولهذا لا يصح تصحيح نسب ولد ناتج عن علاقة جنسية غير شرعية بين المحارم مثلاً أو ولد ناتج عن علاقة زنا.

## الفرع الثالث القانون واجب التطبيق على آثار النسب

يترتب على علاقة النسب المتمثلة في العلاقة بين الآباء والأبناء العديد من الآثار منها ما تم علاجها وتحديد القانون الواجب عليها ومنها ما تدخل ضمن نظم قانونية أخرى فتخضع للقانون الواجب التطبيق على هذه النظم، ويعني في هذا الصدد التصدي للنوع الأول من هذه الآثار. ومن أمثلة هذه الآثار الولاية والقوامة وكافة مسائل الولاية على النفس التي أخضعها قانون المرافعات في المادة

١ انظر هذا الرأي منشور لدى د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٧٢، وكذلك انظر نفس الرأي بمؤلف د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٤٩.

٢ انظر د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٧٢، د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ١٤٩.

٣ انظر جميع هذه الآراء والتعليق عليها د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٧٢ وما بعدها، د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ١٤٩ وما بعدها.

(٥/٢١) منه لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته (١) وهو إما القاصر الخاضع للولاية أو القوامة بمعرفة المحكمة الشرعية.

ولقد انتقد جانب من الفقه العربي هذا التوجه على اعتبار أن موقف المشرع في إخضاع القوامة والولاية كمسائل تتعلق بالولاية على النفس لقانون الشخص الذي يجب حمايته جاء على سبيل القياس مع المسائل المتعلقة بالولاية على المال، وشتان بين المسألتين وبالتالي يرى هذا الجانب الفقهي ضرورة خضوع مسائل الولاية على النفس لضابط اسناد آخر غير قانون الشخص الذي يجب حمايته وجعله يخضع لقانون جنسية الأب وقت الميلاد على اعتبار أن هذه المسائل تعتبر - بحق - أثر من آثار النسب.

وكذلك من آثار النسب التي عالجها المشرع البحريني موضوع النفقة أو الالتزام بالانفاق الذي يلتزم به شخص بمواجهة شخص آخر بينهما نسبت فتعتبر دون أدنى شك أثراً من آثار النسب على الرغم من أن المشرع البحريني يخضعها لقانون الملتزم بها طبقاً لنص المادة (٤/٢١) من قانون المرافعات (٢) والسبب في ذلك هو تمييزها قدر الإمكان عن النفقة الزوجية التي تعتبر بمثابة أثر من آثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج.

ومن آثار النسب التي عالجها المشرع صراحةً موضوع الحضانة وإن كان موضوعها لا يزال محلاً للاختلاف والتردد بين العديد من ضوابط الاسناد المتعددة، فالبعض يرى أن الحضانة تعتبر من قبيل الآثار المترتبة عن الزواج فتخضع بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، والبعض الآخر يرى أنها أثر من آثار الطلاق وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، ومنهم من يرى أنها تأخذ حكم مسائل الولاية على النفس وبالتالي تخضع لقانون الصغير أو المحضون الذي يجب حمايته.

ومن جانبنا نعتقد جازمين - متفقين في ذلك مع البعض (٣) - بأن الحضانة تعتبر أثر من آثار النسب وبالتالي يجب أن تخضع إلى قانون جنسية الأب وقت ميلاده كونه الوقت الذي تتكون فيه رابطة النسب وهو ما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر الحضانة أثراً من آثار النسب وتثبت للأقارب بترتيب معين بصرف النظر عن قيام الزوجية بين والدي الطفل أو انقضائها.

## الفرع الرابع

### القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب

تعد النفقة «التزام على عاتق شخص معين بتقديم معونة مالية أو عينية إلى قريب أو صهر معوز. وترتكز بسببها إما على رابطة القرابة بين المعوز والمدين، سواء المباشرة منها أو قرابة الحواشي، أو على رابطة المصاهرة بينهما» (٤).

تعتبر النفقة بين الأقارب أثر من الآثار المترتبة على النسب وبالتالي كان من اللازم خضوعها وفقاً للأصل العام لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن، ولكن المشرع البحريني اختار قانوناً آخر يطبق على هذا النوع من النفقة

١ تقابلها هذه المادة كلاً من المادة (١٦) مدني مصري، (٤٦) كويتي، (١٧) مدني أردني، (١٦) مدني ليبي، (١٧) مدني سوري، (٢٠) مدني عراقي.

٢ تقابلها كلاً من المادة (١٥) مدني مصري، (٤٥) كويتي، (١٦) مدني أردني، (١٥) مدني ليبي، (١٦) مدني سوري، (٢١) مدني عراقي.

٣ د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٤٠، د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٣٠، د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص ١٠٦، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٦٥.

٤ د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٦٠-٢٦١.

وهو قانون المدين بها، حيث نص في المادة (٤/٢١) على أنه: «يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها».

ولقد سبق لنا بيان سبب اتجاه المشرع البحريني نحو إخضاع النفقة بين الأقارب لقانون آخر غير قانون جنسية الأب وقت الميلاد على الرغم من اعتبارها من الآثار المترتبة عن النسب، وهذا السبب هو تمييز هذه النفقة عن النفقة الزوجية التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج على اعتبار أنها من آثار الزواج. ويخرج من مضمون فكرة نفقة الأقارب كل من النفقة الزوجية التي وجدنا أنها تعتبر أثر من آثار الزواج وكذلك تخرج من مضمون فكرة نفقة الأقارب النفقة التي تطالب بها المطلقة كون هذه النفقة تعتبر من قبيل آثار الطلاق أو التطلق أو الانفصال.

كما يخرج أيضاً من مضمون فكرة نفقة الأقارب النفقة الوتية أو النفقة المستعجلة التي تخضع لقانون القاضي على اعتبار أنها تعتبر من قبيل الإجراءات القضائية التي تخضع لقانون القاضي الناظر فيها. وبالتالي لا يتبقى من أفكار تدخل ضمن فكرة نفقة الأقارب سوى ذاتها بمعناها المتداول بين الناس، والتي تجد أصلها من المادة (١٣) من القانون المدني البحريني والتي تعرف الأقارب بأنهم: «..... ويعتبر كل من يجمعهم أصل مشترك من ذوي القربى»(١).

وبالتالي نجد أن هذا التعريف كان من الواجب أن يُخرج من مضمون فكرة نفقة الأقارب ما يعرف بنفقة الأصهار، إلا أن القانون المدني نفسه أدخل نفقة الأصهار ضمن مفهوم فكرة نفقة الأقارب عندما نص في متن المادة (١٥) من ذات القانون بأنه: «يعتبر أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر»(٢). ومعنى ما تقدم أنه ينبغي معرفة الشخص الملتزم بدفع النفقة لأقاربه وتحديد جنسيته ومن ثم الرجوع إلى قانون جنسيته لتحديد فيما إذا كان هذا الأخير يلزمه بالإفناق على أقاربه أم لا.

١ تقابلها كلاً من المادة (٣٤) مدني مصري، (١٥) مدني كويتي، (٢/٣٤) مدني أردني، (٣٤) مدني ليبي، (٣٦) مدني سوري، (٢٨) مدني عراقي.

٢ تقابلها كلاً من المادة (٣٧) مدني مصري، (١٧) كويتي، (٢٧) مدني أردني، (٣٧) مدني ليبي، (٣٩) مدني سوري، (٣٩) مدني عراقي.

## خاتمة

إن قواعد التنازع لها أهمية كبرى في حل النزاعات الدولية الخاصة، ويثير الزواج المختلط مشاكل عديدة داخل الأنظمة القانونية، لذلك سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد قانونية لتحكم هذه المنازعات التي يتخللها عنصراً أجنبياً، ويبلغ هذا التنازع حده خاصة في مجال الزواج وانحلاله.

فبالنسبة لشروط انعقاد الزواج نجد المشرع البحريني، وعلى غرار التشريعات الأخرى يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاده وبين شروطه الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، بينما لا يوجد نص يذكر بالنسبة لشروطه الشكلية الأمر الذي يقتضي تطبيق ما نصت بشأنه القوانين العربية المقارنة من تطبيق قانون محل الإبرام، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية تحكم هذه الشروط الشكلية، إما لقانون الجنسية المشتركة، أو قانون الموطن المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

ويوجد صعوبة في تحديد هذه الشروط، ما إذا كانت من قبيل الشروط الشكلية أو الشروط الموضوعية، في هذه الحالة فإنه يترك للقاضي المعروض أمامه النزاع السلطة التقديرية في تحديدها طبقاً لقانونه الوطني، على أساس أن التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه المنازعة.

وقد يرتب عقد الزواج آثاراً تنقسم إلى آثار مالية وأخرى شخصية، وأخضعها المشرع البحريني لضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بصريح المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات.

كما خلصنا إلى أنه يمكن لرابطة الزواج أن تنحل لسبب أو لآخر، وهذه الحالة كثيرة الوقوع في الزواج المختلط، ونجد مواقف مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالة، إذ أخضعها المشرع البحريني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات، مفرقاً، أسوةً بالتشريعات العربية كالشريع المصري والأردني السوري، بين الطلاق الصادر بالارادة المنفردة للزوج وأخضعه لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أما الحالات الأخرى فأخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

ويثير انحلال الزواج مشكلة الحضانة، وهي ظاهرة كثيرة الوقوع في مجال الزواج المختلط، ويتم إخضاعها لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته إعمالاً لنص المادة (٥/٢١) مرافعات بحريني، والهدف منها هو حماية مصلحة المحضون.

فضلاً على ذلك، إن قواعد التنازع التي سبق ذكرها في مجال الزواج من شروطه، وآثاره إلى انحلاله وآثاره، لا بد من مراعاة أحكام نصوص القوانين العربية المقارنة وهو سريان القانون البحريني وحده إذا كان أحد الزوجين بحرينياً وقت انعقاد الزواج، وذلك لتسهيل مهمة القاضي البحريني في تطبيق القانون الوطني، وبالأخص حماية المصالح الوطنية.

من هنا يتبين أن قواعد الاسناد هي وسيلة القاضي التي يلجا إليها من أجل حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، وإن هذه القواعد رغم أنها لا تفصل في النزاع، لكنها تعتبر المفتاح لحل اللغز القانوني المتمثل في كيفية فض النزاع ذو العنصر الأجنبي بوجود القانون الواجب التطبيق، وهي ليست قواعد موضوعية تفصل في النزاع.

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات:

ركزت هذه الدراسة على وضع نصوص قانونية مقترحة تعدل أو تحل محل النصوص القانونية الحالية، التي

وضعت في ظروف زمنية معينة، أو جاءت متأثرة بقوانين أخرى في هذا البلد أو ذاك. ونستطيع في هذه الخاتمة أن نوصي المشرع البحريني بما يلي:-

١ - لابد للمشرع البحريني من إصدار قانون دولي خاص يتضمن جميع مبادئ القانون الدولي الخاص بصورة عامة، وبصورة خاصة قواعد الإسناد أو القواعد الموضوعية مع بيان آليات تطبيق هذه القواعد لمختلف المسائل المطروحة والتي يمكن أن يثار بشأنها تنازع قوانين.

٢ - وضع قاعدة إسناد للخطبة، حيث لا توجد قاعدة إسناد لهذه المرحلة التي تعد مقدمة هامة للزواج، الذي يخلق اللبنة الأساسية في المجتمع المتمثلة في الأسرة. ولذلك طالبنا بضرورة عدم إهمال هذه المرحلة، والاقتداء ببعض القوانين العربية والأجنبية، التي وضعت قواعد إسناد خاصة بها. وبالضرورة يجب أن تتسجم هذه القاعدة مع طبيعة هذه المرحلة في مجتمعاتنا العربية.

٣ - تعديل النص القانوني الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج الذي يقطع بالأخذ بالتطبيق الجامع أو الموزع لقانون الزوج والزوجة. واقترحنا الأخذ بالتطبيق الموزع إلا في حالة وجود مانع قانوني يحول دون ذلك، أو مخالفة واضحة للنظام العام أو الآداب.

٤ - عدم وجود قاعدة إسناد لحكم النسب في حالة اختلاف الجنسية بسبب مرور الزمان، تحت ذرائع غير مقنعة، مما أدى إلى الانفلات في التأويل والتفسير بشكل لا تحمد عقباه. لذلك اقترحنا الاقتداء بالمشرع العراقي، الذي انفرد بوضع قاعدة إسناد، حدد فيها القانون الواجب التطبيق لهذه المسألة الخطيرة.

٥ - من الملاحظ على قاعدة الإسناد الخاصة بانتهاء الزواج، والتي تخضع هذا الانتهاء إلى قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، وهو ما يضيع على الزوجة الكثير من الحقوق المكتسبة، لذلك نقترح اعتماد قاعدة إسناد جديدة، وهي الأخذ بقانون الزوج وقت الزواج، بدلاً من قانونه وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى.

٦ - يجب أن يُضمن المشرع نصاً خاصاً في قانون المرافعات البحريني يتعلق بحماية المصلحة الوطنية - أسوةً بالقوانين المقارنة - فيما إذا كان أحد الزوجين بحرينياً فإن القانون البحريني هو الأولي بالتطبيق.

## قائمة المراجع

### أولاً - مؤلفات التراث الإسلامي:

- سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.  
د. محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة.  
د. محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، طبعة ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م.  
معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عمان، ١٩٩٧م.

### ثانياً - المؤلفات القانونية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون جهة نشر، ١٩٩٧م.  
د. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.  
د. أحمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.  
د. أحمد فراج حسين، الزواج، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م.  
د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩م.  
حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الطبعة الثانية، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.  
د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في إنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، ١٩٥٣م.  
د. عوض الله شيبه الحمد السيد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنفيذ القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة، منشورات جامعة البحرين، ٢٠١٣م.  
د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٦-١٩٨٧م.  
د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢م.  
د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، بدون جهة وسنة نشر.  
د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر.

### ثالثاً - المجلات القانونية:

- د. حسام الدين الأهواني، بحث الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٥، شهر كانون ثاني سنة ١٩٧٣م.  
سيف النصر زكي، بحث متخصص في القانون الواجب التطبيق في قضايا التطلاق، منشور في مجلة المحاماة، العدد ٣٤.



مجلة نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

#### رابعاً - التشريعات:

- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ وتعديلاته.
- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠.
- القانون المدني الليبي الصادر في ١٩٥٣/١١/٢٨ م.
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٤.
- قانون أحكام الأسرة البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩.
- قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم (٣٠٤) بتاريخ ١٩٤٢/١٢/٢٤.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (١٢) لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.
- القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الصادر بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.



المستحدث من الإفتاء





## نخبة من أحدث الفتاوى الصادرة عن هيئة التشريع والإفتاء القانوني

(١)

المبدأ: مناهج التفسير - العام والخاص - المطلق والمقيد - جمعية ثقافية - تأسيس جمعيات - أجنب

اللفظ العام ظني الدلالة في عمومها، واللفظ الخاص قطعي الدلالة في خصوصه لأنه ما من عام إلا وخصص على ما يدل علماء الأصول في الفقه في شأن مناهج التفسير. اللفظ المطلق يظل على إطلاقه ما لم يرد ما يقيد. تطبيق: لا يوجد ما يمنع قانوناً من الترخيص لمجموعة من الأجنب (غير البحرينيين) لتأسيس جمعية ثقافية تختص بالغناء حال ورد ألفاظ وعبارات المرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٨٩ عامة دون مخصص، ومطلقة دون مقيد.

بالإشارة إلى كتاب ..... رقم (٤٥٠/ MJ/ ص/ ر/ ٢٠١٧) المؤرخ ٢٧ يوليو ٢٠١٧ بشأن طلب الرأي القانوني حول مشروعية تأسيس الأجنب أو انضمامهم للجمعية الثقافية، وما إذا ما كانت الجنسية البحرينية شرطاً متطلباً كأحد الاشتراطات المطلوبة في العضو المؤسس أو المنضم للجمعية الثقافية. وعطفاً على الاجتماع المنعقد بتاريخ ١٠/٨/٢٠١٧ بمقر الهيئة مع المستشار القانوني لهيئة ..... والذي أفاد فيه أنه تقدم للهيئة مجموعة من الأشخاص يرغبون في تأسيس جمعية ثقافية تختص بالغناء وأن جميع أعضائها أجنب غير بحرينيين، وعليه ترغب هيئة ..... معرفة ما إذا كانت الجنسية البحرينية شرطاً لقبول طلب الترخيص لجمعية ثقافية من عدمه.

نفيد معاليكم أنه بالاطلاع على المرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الجمعيات والأندية الاجتماعية والثقافية والهيئات الخاصة العاملة في ميدان الشباب والرياضة والمؤسسات الخاصة وعلى الأخص المادة الثانية منه والتي عرفت الجمعية أو النادي الثقافي أو الاجتماعي "بأنه كل جماعة ذات تنظيم مستمر وتتألف من عدة أشخاص طبيعيين أو اعتباريين لغرض آخر غير الحصول على ربح مادي وتستهدف القيام بنشاط اجتماعي أو تعليمي خاص أو ثقافي أو خيري"، كما جاء في المادة (٤) من ذات القانون أنه يشترط في تأسيس الجمعية أن يوضع لها نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين الذين يجب ألا يقل عددهم عن عشرة أشخاص إذا كان المؤسسون أشخاصاً طبيعيين، وجاء في المادة (٥) من ذات القانون أنه يجب أن يشمل نظام الجمعية على الأخص البيانات الآتية: ..... أسماء الأعضاء المؤسسين وألقابهم وجنسياتهم ومهنتهم ومحل إقامتهم.

وحيث أنه يستفاد مما تقدم أن المشرع لم يضع شرطاً خاصاً يستوجب بموجبه أن يكون طالب الترخيص متمتعاً بالجنسية البحرينية، بل جاءت نصوص القانون عامة وخاطبت أي شخص طبيعي أو اعتباري بحريني أو أجنبي على حدٍ سواء، إذ أنه لم يرد نص قانوني يمنع أي شخص غير بحريني (أجنبي) من تأسيس أو الانضمام لجمعية

ثقافية وكما هو مستقر عليه فقهاً أن العام يظل على عمومته ما لم يرد ما يخصه، وأن المطلق يظل على إطلاقه ما لم يرد ما يقيدته.

وتطبيق ما تقدم على الحالة محل طلب الرأي نجد أنه إذا ما تقدم مجموعة من الأشخاص الأجانب (غير البحرينيين) بطلب لهيئة..... للحصول على ترخيص لتأسيس جمعية ثقافية تختص بالفناء، فلا يوجد ما يمنع قانوناً من الترخيص لمثل هذه الجمعية كجمعية ثقافية تعمل بمملكة البحرين وذلك في ضوء الشروط والضوابط المعمول بها لتلك الحالات على هدي ما قرره القانون.



(٢)

## المبدأ: رسم - قاعدة توازي أو تقابل الأشكال

الرسم مقابل خدمة تؤدي، وأداة فرض الرسوم هي ذات الأداة المتطلبة للإعفاء منها (قاعدة توازي أو تقابل الأشكال).

ناط القانون بالوزير المختص صلاحية اصدار القرارات الخاصة بالرسوم التي تستوفى عن الاعمال القنصلية وحالات الاعفاء منها وذلك بعد العرض وأخذ الموافقة من مجلس الوزراء الموقر.

ورد الى هيئة التشريع والإفتاء القانوني كتاب ..... رقم (م و خ/ ١١٠) المؤرخ ٢٦ مارس ٢٠١٧، بشأن طلب إبداء الرأي القانوني حول الأداة القانونية اللازمة للإعفاء من بعض الرسوم القنصلية.

وتتلخص وقائع الموضوع في أنه بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠١٦ خاطبت ..... بشأن وضع الإطار القانوني والتنظيمي لعملية الإعفاءات من رسوم التصديقات القنصلية، تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل - حسب الدراسة المرفقة حول الفئات المعفاة من رسوم التصديقات القنصلية.

وبناءً على ما سبق القرار رقم (٢- ٢٠١٧/٨٧) والذي نص على: «الموافقة على إصدار القرارات التنفيذية اللازمة لتنظيم عملية الإعفاءات من الرسوم التي تستوفى عن التصديقات القنصلية، وذلك على النحو المبين».

وإذ تستطلعون الرأي حول الأداة القانونية اللازمة للإعفاء من بعض الرسوم القنصلية، وعماً إذا كان من الممكن أن تتمثل هذه الأداة في قرار يصدر من الوزير المختص.

ورداً على ذلك يسر هيئة التشريع والإفتاء القانوني أن تفيد معاليكم علماً بأن المرسوم بقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن الميزانية العامة وتعديلاته، نص في المادة (١٦) البند (ب) على أن: «الأحكام الخاصة بالضرائب والرسوم أ - ... ب - تفرض الرسوم في حدود القانون، ويكون تحديد فئاتها ونسب زيادتها أو تخفيضها بقرار من الوزير المختص بعد موافقة مجلس الوزراء، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ولمجلس الوزراء تفويض الوزير في تحديد فئات الرسوم ونسب زيادتها أو تخفيضها».

وتنص المادة (٧٦) من القانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ في شأن السلك الدبلوماسي والقنصلي المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٤ على أن: «مع مراعاة أحكام المعاهدات والقوانين واللوائح والقرارات ذات الصلة، تقوم بعثات التمثيل الدبلوماسي والقنصلي برعاية وحماية مصالح مملكة البحرين ومواطنيها الموجودين في دوائر اختصاصاتها. ويصدر الوزير قراراته بشأن الرسوم التي تستوفى عن الأعمال القنصلية طبقاً لما تحدده الجهات المعنية. وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد والشروط الأساسية الخاصة بالعمل القنصلي».

والبين من النصوص المشار إليها وكما هو معلوم أن الرسم مقابل خدمة تؤدي وله أنواع متعددة وأن المشرع لم ينظم أنواعه في قانون واحد وإنما في قوانين متعددة، وقد حدد المشرع في قانون الميزانية العامة سالف الذكر كيفية فرض الرسوم وتحديد فئاتها ونسب زيادتها أو تخفيضها في حدود القانون، وأن تكون هذه الرسوم صادرة بقرار من الوزير المختص بعد موافقة مجلس الوزراء، ولمجلس الوزراء تفويض الوزير في تحديد فئات الرسوم ونسب زيادتها أو تخفيضها.

وحيث إنه إعمالاً لما تقدم، وكان من المقرر أن المشرع يضع أصلاً عاماً لفرض الرسم بحيث لا يتم الإعفاء منه إلا بذات الأداة التي تم فرضه بها، ولما كان المشرع في قانون السلك الدبلوماسي والقنصلي المشار إليه قد ناط في نص المادة (٧٦) بوزير الخارجية صلاحية إصدار القرارات الخاصة بالرسم التي تستوفى عن الأعمال القنصلية وذلك كله طبقاً لما تحدده الجهات المعنية، ومن ثم فمن يملك فرض هذه الرسوم هو من يملك الإعفاء منها. ومن حيث إنه لم يصدر حتى الآن قرار وزاري بشأن الرسوم التي تستوفى عن الأعمال القنصلية، الأمر الذي يتعين معه إصدار قرار من الوزير المختص بعد العرض وأخذ الموافقة من مجلس الوزراء الموقر، لتنظيم الرسوم القنصلية وحالات الإعفاء منها، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

على أن يتم موافاة هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمشروع القرار المشار إليه حتى يتسنى لها دراسته من الناحية القانونية وذلك استناداً لنص المادة (٢/٢) من القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

(٢)

المبدأ: عقد إداري - شروط إستثنائية - فسخ العقد بالإرادة المنفردة.

يحق للجهة الادارية فسخ العقد بالإرادة المنفردة ومصادرة ضمان التنفيذ ودون اللجوء الى القضاء متى أخلت الشركة المتعاقدة بالتزاماتها معها لما يتميز به العقد الاداري من طبيعة ذاتية تتعلق بسير المرفق العام بانتظام واطراد.  
يجوز للجهة الادارية وعلى الرغم من مصادرة ضمان التنفيذ أن ترجع على المتعاقد معها بالتعويض إذا كان له مقتض.

مذكرة بالرأي القانوني

حول مدى صحة إجراءات فسخ العقد مع شركة .....  
ش.ش.و، وعن الحق في مصادرة ضمان التنفيذ من عدمه

ورد الى الهيئة كتاب سعادة وزير ..... رقم (م ب م - ٢٠١٧/٢٤٢/١) المؤرخ ٢٦ مارس ٢٠١٧ بشأن طلب إبداء الرأي القانوني حول مدى صحة إجراءات فسخ التعاقد مع شركة ..... ش.ش.و، وعن الحق في مصادرة ضمان التنفيذ من عدمه.

وتتلخص وقائع الموضوع حسبما جاء في الكتاب سالف الذكر ومرفقاته بأن وزارة ..... قامت بفسخ العقد المبرم (تم ابرام العقد بتاريخ ٤ يونيو ٢٠١٥) بينها وبين شركة ..... ش.ش.و بعد أن دأبت الشركة المذكورة على الإخلال بالتزاماتها المنصوص عليها بينود العقد والمتعلقة بتوفير الأمن والسلامة والحراس لمبنى الوزارة والمنشآت التابعة مما تسبب ذلك بالإخلال بالأمن والسلامة في هذه المنشآت.

وذكرت الوزارة أنها قامت بإخطار الشركة أكثر من مرة عبر خطابات رسمية بتصحيح هذه المخالفات وحث الشركة على ضرورة الالتزام بينود العقد المذكور وتحسين الخدمات المقدمة وتوفير الحراس والاهتمام بالحراسة وغير ذلك من الخدمات، وأن الوزارة قامت بالتنبيه على الشركة بعدم تكرار هذه المخالفات وإلا سوف تطبق عليها الوزارة بنود العقد، وأن الوزارة عقدت العديد من الاجتماعات مع المسؤولين بالشركة لبيان هذه المخالفات واعطائهم الفرص لتحسين مستوى الخدمة وتصحيح المخالفات التي تم توثيقها، وأن الوزارة سبق وأن أُنذرت الشركة عبر المراسلات في حال عدم اتخاذ الاجراءات الصحيحة بفسخ العقد.

وأشارت الوزارة إلى أنها قد قامت بفسخ العقد مع الشركة المذكورة وطرح مناقصة جديدة لتقديم ذات الخدمات، وأن الوزارة ترغب كذلك في مصادرة ضمان التنفيذ إعمالاً للبند الرابع عشر من العقد المذكور. وتطلبون إبداء الرأي القانوني في الموضوع المشار إليه.  
ورداً على ذلك نفيد إلى أنه:

تنص المادة (١٢٨) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ على أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون).

وتنص المادة (١٢٩) منه على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل).

وينص البند (أ) من المادة (١٤١) منه أيضاً على أنه (لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره).

وتنص الفقرة الأولى من المادة (٣٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية على أنه (يكون ضمان التنفيذ ضامناً لحسن تنفيذ العقد، ويجب رده بعد إتمام التنفيذ طبقاً لنصوص العقد).

وأخيراً تنص المادة الثانية عشرة من القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمن التنفيذ على أنه (يتم الاحتفاظ بضمن التنفيذ كاملاً لدى الجهة المشتريّة، حتى تمام تنفيذ العقد كاملاً طبقاً للشروط والمواصفات، وعندئذ يتم رده أو رد ما تبقى منه لصاحبه).

ويستفاد مما تقدم أن المشرع استن أصلًا عامًا من أصول القانون ينطبق بالنسبة للعقود المدنية، أو الإدارية على حد سواء، مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فالعقد الإداري مثل العقد المدني لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء، أو تعديل التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين، أحدهما: هو الدولة، أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهو بهذه المثابة شريعة المتعاقدين، فما تلاقت إرادتهما عليه يقوم مقام القانون بالنسبة لطرفيه. ومن بين أهم الالتزامات المترتبة على جميع العقود سواء المدنية أو الإدارية، ضرورة أن ينفذ المدين التزاماته كاملة وبدقة في موعدها المحدد بالعقد، وأن المبدأ الحاكم للعقود الإدارية هو ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإبرام العقد الإداري يكون بغرض الوفاء بحاجة المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة (يراجع فتوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٢٨١ لسنة ٢٠١٦ المنعقدة بتاريخ ٢٦ أبريل ٢٠١٦).

كما يستفاد أن الأصل العام في العقود المدنية هو عدم جواز فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة أو تقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، بينما المستقر عليه في العقود الإدارية هو أن لجهة الإدارة دائماً الحق في فسخ العقد دون الحاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه بل لا يجوز لجهة الإدارة، أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرفق العام وسييره بانتظام واطراد.

وأخيراً فإنه يلاحظ أن المشرع حدد حالة واحدة يرد فيها ضمان التنفيذ للمتعاقد مع جهة الإدارة وهي في حالة اتمام تنفيذ العقد من قبل المتعاقد بشكل كامل طبقاً للشروط والمواصفات؛ ففي حينها فقط يتم رد مبلغ ضمان التنفيذ أو رد ما تبقى منه لصاحبه، وهو ما يعني أن جهة الإدارة ملتزمة قانوناً بمصادرة مبلغ التأمين طالما لم يتم تنفيذ العقد بشكل كامل وأن لها ذلك دون الحاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه.

وتطبيقاً لما تقدم، ولما كان العقد المائل بين وزارة ..... وشركة ..... ش.ش.و عقداً إدارياً نظراً لاتصاله بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية عكستها أحكامه صراحة ومنها حق الجهة

الإدارية في فسخ العقد دون اللجوء للقضاء ومصادرة ضمان التنفيذ (البند الرابع عشر من العقد المذكور)، وكانت الوزارة قد مارست حقها في فسخ العقد المذكور بعد أن دأبت الشركة المذكورة على الإخلال بالتزاماتها المنصوص عليها بينود العقد والمتعلقة بتوفير الأمن والسلامة والحراس لمبنى الوزارة والمنشآت التابعة مما تسبب ذلك بالإخلال بالأمن والسلامة في هذه المنشآت، ومن ثم يعد ما قامت به الوزارة سليم وصحيح لما لها من صلاحيات تتعلق بكيان المرفق العام وسيره بانتظام واطراد، فضلاً عن كونه أيضاً تعبير عما أتفق عليها الطرفان صراحة في العقد المبرم بينهما.

أما فيما يتعلق بالحق في مصادرة ضمان التنفيذ من عدمه، فإن ذلك أمر يتعين أن تقوم به الوزارة لكونه امر قد تطلبه المشرع الذي حدد حالة واحدة يرد فيها ضمان التنفيذ للمتعاقد مع جهة الإدارة وهي حالة اتمام تنفيذ العقد من قبل المتعاقد بشكل كامل طبقاً للشروط والمواصفات وهو الأمر الذي لم يتحقق في الحالة الماثلة، ويؤكد ذلك ويدعمه ما ورد بنصوص العقد المذكور والذي أشار صراحة إلى أن الوزارة تقوم بمصادرة ضمان التنفيذ بعد قيامها بفسخ العقد.

ولا ينال مما تقدم وبخاصة قيام الوزارة بمصادرة ضمان التنفيذ من حقها في الرجوع على الشركة المذكورة بالتعويض إذا كان له مقتضى.

(٤)

**المبدأ: مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية - مهن هندسية**

١- مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية هو المختص بإصدار التراخيص اللازمة لمزاولة المهن الهندسية والقيام بكافة المهام والصلاحيات المقررة وذلك استناداً لأحكام قانون تنظيم مزاولة المهن الهندسية. تطبيق: تقدير ما إذا كان مقدم طلب الترخيص مستوفياً لشروط إنشاء المكتب الهندسي المنصوص عليها في القانون - وعلى الأخص فيما إذا كانت عضويته في مجلس النواب تخل بشرط التفرغ - يعد من المسائل الموضوعية التي تدخل في اختصاص مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية ويستقل بتقديرها.

ورد الى الهيئة الكتاب رقم (إ بي بي/٢٢/ن/ب/٢٠١٧) المؤرخ ٢٠ أبريل ٢٠١٧ بخصوص طلب إبداء الرأي القانوني بشأن التفرغ لمزاولة مهنة الهندسة.

وتتلخص وقائع الموضوع \_\_ حسبما جاء في الكتاب المشار إليه \_\_ في أن السيد / ..... قد تقدم بطلب لفتح مكتب هندسي، علماً بأن البند (٤) من المادة (١٠) من القانون رقم (٥١) لسنة ٢٠١٤ في شأن تنظيم مزاولة المهن الهندسية نص على أن يشترط فيمن يرخص له بإنشاء مكتب هندسي: «أن يكون متفرغاً لمزاولة المهنة الهندسية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية»، كما أن اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٦ وبالخصوص المادة الخامسة منها، قد تناولت مسألة التفرغ لمزاولة مهنة الهندسة. وإذ تطلبون الرأي عما إذا كان طلب السيد / ..... يستوفي شرط التفرغ كما نص عليه القانون واللائحة التنفيذية.

وعليه يسرني إفادتكم أنه وفقاً لأحكام القانون رقم (٥١) لسنة ٢٠١٤ في شأن تنظيم مزاولة المهن الهندسية، فإن المادة (١٠) منه تنص على أن يشترط فيمن يُرخص له بإنشاء مكتب هندسي أن يكون متفرغاً لمزاولة المهنة الهندسية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية.

كما قررت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مزاولة المهن الهندسية، الصادرة بقرار وزير ..... رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٦ على أنه يختص مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية بالتحقق من أن المهندس أو المكتب المرخص له متفرغ تفرغاً كاملاً لمزاولة مهنة الهندسة، وألا يكون محترفاً لأي عمل تجاري إلى جانب مزاولته لأي من المهن الهندسية المرخص له بمزاولتها.

ونصت اللائحة المشار إليها في المادة التاسعة منها على أنه يجوز لصاحب المكتب الهندسي الذي يملكه مهندس فرد أن يُفوض من يحل محله أثناء انقطاعه عن العمل، على أن يكون صاحب المكتب مسئولاً مسئولية كاملة عن أعمال وتصرفات المفوض له أثناء غيابه، ويجب أن يكون المفوض مهندساً مرخصاً له بمزاولة المهنة، ويكون في نفس تخصص ودرجة صاحب المكتب. ويجب ألا تتجاوز مدة التفويض ستة أشهر.

ومن حيث إن المقرر قانوناً أن مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية هو المختص بإصدار التراخيص اللازمة لمزاولة المهن الهندسية والقيام بكافة المهام والصلاحيات المقررة، وذلك استناداً لأحكام المادة (٦) من القانون



المشار إليه، وعليه فإن تقدير ما إذا كان مقدم طلب الترخيص مستوفياً لشروط إنشاء المكتب الهندسي المنصوص عليها في القانون- وعلى الأخص فيما إذا كانت عضويته في مجلس النواب تخل بشرط التفرغ- يعد من المسائل الموضوعية التي تدخل في اختصاص مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية.

وأن يراعى بالنسبة للحالة الماثلة أحكام المواد من (١٨٥) إلى (١٩٠) من المرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب وتعديلاته، والمتعلقة بواجبات أعضاء مجلس النواب، وأحكام المواد (١٧٥) إلى (١٧٨) والمتعلقة بالحصانة البرلمانية.

(٥)

### المبدأ:- عقد إداري - تنازل عن العقد

يجوز التنازل عن تنفيذ ما تبقى من أعمال تضمنها العقد الإداري شريطة أن ترتأي هيئة ..... أن ذلك يتناسب ومقتضيات الصالح العام، وأن يكون هذا التنازل بعقد ملحق يرفق بالعقد الأصلي، مع مراعاة كافة الشروط التي تضمنها الدليل المالي الموحد وأخصها أن يظل المتعاقد مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه في تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد.  
استمرار سريان الضمانات المقدمة من المتعاقد الأصلي كضمان التنفيذ وبوليصة التأمين المقدمين منه طيلة مدة تنفيذ العقد.  
عدم تحمل هيئة ..... لأية مبالغ ناتجة عن هذا التنازل.

ورد إلى هيئة التشريع والإفتاء القانوني كتاب هيئة ..... رقم ( ٢٠٠٠ / ٢٢٠ / ١، ٢٠١٧ / ٥٢٥ / ١ ) المؤرخ ٢٥ أبريل ٢٠١٧ بشأن طلب إبداء الرأي القانوني حول مدى إمكانية الموافقة على طلب شركة (أ) بالتنازل لشركة (ب) لتنفيذ ما تبقى من العقد المبرم بينها وبين هيئة .....  
وكتابه رقم ( ٢٠٠٠ / ٢٢٠ / ١، ٢٠١٧ / ٦١٨ / ١ ) المؤرخ ٢٣ مايو ٢٠١٧ بشأن موافقتنا بالعقد المذكور.  
وتتلخص وقائع الموضوع حسبما جاء في كتابكم سالف الذكر أن هيئة ..... وقعت مع شركة (أ) عقدين مقتضاهما بناء شبكة كهرباء جهد ٤٠٠ كيلو فولت، وبتاريخ ٢٠ مارس ٢٠١٧ تلقت الهيئة خطاب من الشركة المذكورة مفاده أنها قررت فصل القسم الخاص بأنظمة الكهرباء ليكون شركة قائمة بذاتها تحت مسمى شركة (ب) ، وأن الشركة الجديدة ملزمة بتنفيذ كافة العقود التي أبرمتها شركة (أ) ، وأن الأخيرة ملزمة بالتضامن مع الشركة الجديدة، وطلبت في ختام خطابها موافقة الهيئة بتحويل جميع حقوقها والتزاماتها بموجب العقود المبرمة إلى الشركة الجديدة.  
وإذ تستطلعون الرأي القانوني حول طلب شركة (أ) بالتنازل للشركة الجديدة - شركة (ب) - لتنفيذ ما تبقى من العقد المبرم مع هيئة .....  
ورداً على ذلك نفيد أنه:

تنص المادة (١٢٨) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ على أنه «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون».

وتنص المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٢، على أنه: «على المتعاقد أن ينفذ العقد بنفسه ولا يجوز له التنازل عنه لغيره»  
وبالاطلاع على أحكام الدليل المالي الموحد وعلى الأخص الفقرة رقم ٢٥-٥-٣١ منه والتي تنص على « لا يجوز دفع كل أو جزء من قيمة العقد لطرف ثالث، ويجب أن ينص العقد على التزام المتعاقد معه بتنفيذ العقد شخصياً وبعدم التنازل عنه أو جزء منه لطرف ثالث دون موافقة كتابية من الجهة الحكومية المتعاقدة بشرط أن يظل المتعاقد معه مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد ولا يترتب على الجهة الحكومية المتعاقدة أية

مسئولية مالية أو قانونية نتيجة هذه الموافقة. ويجب على الجهة الحكومية قبل منح الموافقة على التنازل التأكد من أن ذلك لن يترتب عليه زيادة في التكلفة أو ضياع الحقوق المالية“.

وأيضاً بالإطلاع على الشروط العامة لكلا العقدين وعلى الأخص البند ١, ٣, المتعلق بالتنازل عن العقد والذي مفاده أنه لا يجوز للمتعاقد التنازل عن العقد أو أي جزء منه أو أي منفعة أو فائدة لصالحه بموجب العقد دون الحصول على موافقة كتابية من الجهة الادارية.

ومفاد ما تقدم أن الأصل العام في العقود المدنية والإدارية على حد سواء أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه وأنه بانعقاد العقد يصير كل من أطرافه ملزماً بتنفيذ ما اتفق عليه ولا يكون لأي منهم التحلل من التزاماته بإرادته المنفردة أو تعديل ما اتفق عليه ما لم يكن هناك نص قانوني يقضى بذلك التعديل وأنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

ومن حيث أن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية قد ألزمت المتعاقد أن ينفذ العقد بنفسه ولا يجوز له التنازل عنه لغيره، إلا أنه ولمقتضيات المصلحة العامة لحسن سير واطراد المرفق العام، فإنه يجوز لجهة الإدارة أن توافق على تنازل المتعاقد لغيره طالما توافرت الضمانات والشروط اللازمة لحسن تنفيذ العقد، وهذا هو ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، بموجب الفتوى رقم ٥١٤ في ١٦/٧/١٩٩٦، حيث انتهت إلى أن: «العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة بشأنه على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصلحة الطرفين في العقود المدنية متساوية إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة. وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواه عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن العقد، بيد أن هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذا ما قدرت الجهة الإدارية على مثل الحالة المعروضة أن مقتضيات الصالح العام تبيح قبول نزول المتعاقد معها عن العقد بهدف تسير المرفق العام الذي يستهدفه العقد، ولا يحاج في هذا الصدد بما تنص عليه المادة ٧٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والتي تحظر نزول المتعاقد مع الجهة الإدارية عن العقد إلى الغير إذ أن هذا النزول إنما يخضع لاتفاق الطرفين في ضوء ما انصرفت إليه إرادتهما المشتركة، ومقتضى إعمال ذلك في الحالة المعروضة مقرونا بنص البند (٢٠) من العقد والذي يجري نصه بأنه « يحظر على الطرف الثاني التنازل عن هذا العقد للغير أو التأجير من الباطن إلا بموافقة الطرف الأول» أنه يجوز للمتعاقد مع الإدارة في الحالة المعروضة النزول عن العقد إلى الغير بموافقة الجهة الإدارية إعمالاً لأحكام العقد التي تلاقت عليها إرادة الطرفين. لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى صحة النزول عن العقد بموافقة جهة الإدارة في الحالة المعروضة.»

وحيث أنه ومن هذا المنطلق فقد جاء الدليل المالي لينظم هذه المسألة - التنازل عن العقد - وذلك لخصوصية العقد الاداري وللحفاظ على المال العام ولضمان تسيير المرفق العام بانتظام واطراد فقد أجاز التنازل عن العقد لكن بشروط ومنها أن يكون ذلك بموافقة كتابية من الجهة الحكومية وأن يظل المتعاقد معه مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد وأن لا يترتب على الجهة الحكومية المتعاقدة أية مسؤولية مالية أو قانونية نتيجة هذه الموافقة وأيضاً أن تتأكد الجهة الحكومية أن ذلك لن يترتب عليه زيادة في التكلفة أو ضياع الحقوق المالية.

وبتطبيق ما تقدم على الواقعة محل طلب الرأي نجد أن هيئة ..... قد أبرمت عقدين مع شركة (أ) لبناء شبكة كهرباء جهد ٤٠٠ كيلوفولت وطلبت الأخيرة التنازل عن العقد لشركة جديدة - شركة (ب) - وبالاطلاع على الشروط العامة للعقدين والتي تجيز التنازل عن العقد بشرط أن تكون هناك موافقة كتابية من الجهة الادارية، ولكنه لم يتضمن على الشروط أو الضمانات التي وضعها الدليل المالي في حال الرغبة بالتنازل عن العقد. وعليه ترى هيئة التشريع والافتاء القانوني أنه لا مانع من الموافقة على طلب شركة (أ) بالتنازل عن العقد للشركة الجديدة، إذا ارتأت هيئة ..... أن ذلك يتناسب ومقتضيات الصالح العام، على أن يكون هذا التنازل بعقد ملحق يرفق بالعقد الاصلي ويكون جزء لا يتجزأ منه، وأن يتضمن العقد الملحق كافة الشروط والضمانات التي بينها الدليل المالي وعلى الأخص أن يظل المتعاقد مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، مع استمرار مدة سريان ضمان التنفيذ وبوليصة التأمين المقدمان من قبل المتعاقد الأصلي طوال مدة تنفيذ العقد، ومع مراعاة عدم تحمل هيئة ..... لأية مبالغ إضافية نتيجة هذا التنازل، ويجوز تضمين الملحق المذكور أية شروط أخرى تراها الهيئة مناسبة في هذا الشأن.

(٦)

## المبدأ:- بلديات - سلطة تقديرية لجهة الإدارة

١- لا يجوز لهيئة التشريع أن تحل نفسها محل جهة الإدارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية. تطبيق: وزارة ..... هي المنوط بها من خلال وزيرها الإشراف على مرفق البلديات وتدبير شئونه، وهي الأجدر بتقدير المصلحة العامة التي ستعود من تجديد أو عدم تجديد عقود المنتفعين بنظام الـ B.O.T بالسوق الشعبي.

بالإشارة إلى كتاب سعادتكم رقم (و ش ب/٣٣٩٩٧٨/٢٠١٧/م.ق) المؤرخ ٢٣ مايو ٢٠١٧، بشأن الإفادة بالرأي القانوني بشأن عقود استثمارية بنظام الـ B.O.T بالسوق الشعبي.

وحاصل الموضوع يتلخص في أن ..... بلدية ..... قامت بإبرام عقود انتفاع لاستثمار أربعة عقارات بنظام الـ B.O.T، حيث قام المنتفعون بإنشاء بنايات متعددة الطوابق مع وجود محلات تجارية في الطابق الأرضي، وحيث إن العقود المشار إليها سوف تنتهي بتاريخ ٢١/٥/٢٠١٧، مما يتوجب على البلدية استلام تلك الوحدات بما عليها من بناء كما نصت الاتفاقيات المبرمة معهم، لذلك قامت البلدية بإشعار المنتفعين بقرب انتهاء فترة التعاقد وذلك لمعرفة رغبتهم في التجديد من عدمه وذلك طبقاً لنصوص العقود، وقد تم الاجتماع مع المنتفعين حيث أبدوا رغبتهم في استمرار الانتفاع بتلك الوحدات، وبناءً على ما تقدم ارتأت الوزارة العمل بأحد الخيارين التاليين:

استلام الوحدات الاستثمارية وقيام البلدية المعنية بإدارتها، وإنهاء العلاقة مع المنتفعين الحاليين. تجديد التعاقد مع المنتفعين الحاليين مع تعديل القيمة الإيجارية للوحدات حسب الأسعار الحالية للسوق. وإذ تطلبون سعادتكم من هيئة التشريع والإفتاء القانوني دراسة المقترحين المذكورين والإفادة بشأنهما في أقرب وقت ممكن، وذلك ليتسنى للوزارة اتخاذ الإجراءات اللازمة بهذا الشأن.

يسرني أن أفيد سعادتكم علماً إلى أنه وفقاً للقانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني وتعديلاته، فإن إبداء الرأي القانوني فيما يرد للهيئة من مسائل قانونية يجب أن يكون بصدد وقائع محددة عرضت للجهة طالبة الرأي ويحتاج إلى استيضاح حكم القانون بشأنها.

ومن حيث إنه وفقاً لأحكام المادة (٤٨) من الدستور فإنه يتولى كل وزير سلطة الإشراف على شئون وزارته، ويقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها، كما يرسم اتجاهات الوزارة، ويشرف على تنفيذها.

وترتيباً على ما تقدم ونزولاً على مبدأ ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد فإن هيئة التشريع والإفتاء القانوني ترى أن دراسة المقترحين المذكورين في موضوع طلب الرأي يعد من المسائل الموضوعية والفنية والتي تختص بها الوزارة إذ هي القوامة من خلال وزيرها بالإشراف على هذا المرفق وتدبير شئونه، وهي الأجدر بتقدير المصلحة العامة التي ستعود من تجديد هذه العقود أو عدم تجديدها وهي الأقدر بمعرفة السياسة العامة للحكومة في مثل هذه العقود.

(٧)

## المبدأ: تأديب - عقوبة تأديبية

العقوبة التأديبية شخصية والتظلم منها شخصي - المسؤولية التضامنية لا تقوم في المجال التأديبي، حيث أن المسؤولية التأديبية لا تكون إلا شخصية. تطبيق: لا يجوز لجهة عمل الطبيب أن تمثله أو أن تقوم نيابة عنه بتقديم تظلم.

بتاريخ ١٨ يوليو ٢٠١٧ ورد إلى هيئة التشريع والإفتاء القانوني كتاب العقيد طبيب / ..... رقم (م ح ٥٦/٥/٢) بشأن طلب إبداء الرأي حول قانونية تمثيل جهة العمل للموظف التابع لها أمام الهيئة ..... وأمام القضاء وأحقية جهة العمل والموظف في الحصول على المستندات والتقارير التي تم الاستناد عليها لاتخاذ القرار من قِبَل اللجنة التأديبية للمرخص لهم بمزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان. وتتخلص وقائع الموضوع - حسبما يبين من كتابكم والأوراق المرفقة به - في أنكم وبموجب كتابكم رقم (م ح ٥١/٥/٢) المؤرخ ٩ يوليو ٢٠١٧ قد خاطبتم هيئة ..... نيابة عن الطبيب / ..... حيث أبديتم رغبتكم في التظلم نيابة عن هذا الطبيب من القرار الصادر من قِبَل اللجنة التأديبية للمرخص لهم بمزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان وفقاً لأحكام المادة (٣٣) من القانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٩، كما ترغبون الحصول على تفاصيل قرار اللجنة موضحاً به ما استندت عليه اللجنة لاتخاذ القرار وذلك ليتسنى لكم تقديم الرد المناسب.

وبتاريخ ١٢ يوليو ٢٠١٧ تم الرد على سعادتكم من قِبَل هيئة ..... برفض التظلم لكونه صادر من جهة العمل التي تمثل الطبيب وليس من الطبيب نفسه، وكذلك رفض الحصول على المستندات والتقارير، والتي في رأي سعادتكم تعد ضرورية لإجراءات التظلم ولمعرفة الأدلة والبراهين التي استندت عليها اللجنة في قرارها وذلك لنفي أي شبهة حول إمكانية تعارض المصالح بين أعضاء اللجنة والطبيب. وأخيراً تطلبون موافاتكم بالرأي حول قانونية تمثيل جهة العمل للموظف التابع لها أمام الهيئة وأمام القضاء وأحقية جهة العمل والموظف في الحصول على المستندات والتقارير التي تم الاستناد عليها من قِبَل اللجنة لاتخاذ القرار. ورداً على ذلك نفيديكم:-

أنه وبعد الاطلاع على مُجَمَل نصوص المرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٩ بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان يبين أن هذا القانون قد خاطب المرخص له بمزاولة هذه المهنة واشترط عليه أن يقدم طلباً كي يتسنى له أن يمارس هذه المهنة شريطة أن يكون ذلك مشفوعاً بالمستندات الخاصة به والتي من أهمها شهادة ميلاده وأصل شهادته العلمية الحاصل عليها أو مستخرج رسمي منها ثم وابتداءً من المادة (٦) من هذا القانون أطلق على المرخص له اسم (الطبيب) ثم الزم هذا الطبيب بالعديد من الالتزامات والواجبات، ثم تلي ذلك النص على مالا يجوز له أن يقوم به، وإذا ما أخل الطبيب المرخص له بمزاولة مهنة الطب البشري أو طب الأسنان بأي من الأمور



السابقة يعاقب بالعقوبات الجنائية المحددة بهذا القانون، وذلك مع عدم الاخلال بالمسئولية الجزائية أو المدنية، كما نظم هذا القانون حالة محاكمة المرخص له (الطبيب) تأديبياً وذلك مع عدم الاخلال بالمسئولية الجزائية أو المدنية، كما نظم هذا القانون حالة محاكمة المرخص له (الطبيب) تأديبياً وذلك من خلال اللجنة المشار إليها بالمادة (٥) من القانون السالف الإشارة إليه ويخطر المخالف للحضور أمام اللجنة بموجب خطاب مسجل قبل الموعد المحدد لانعقاد جلسة اللجنة بأسبوع على الأقل، ويبين في الخطاب المخالفات المنسوبة إليه، وتاريخ انعقاد اللجنة ومكانها، ويجوز الاستدعاء الفوري في بعض الحالات للمخالف للمثول أمام اللجنة والتحقيق معه في التهم المنسوبة إليه، ويجوز للمخالف أن يُبدي دفاعه، كما نص هذا القانون على العقوبات الجائز توقيعها على المخالف والتي من بينها الايقاف عن العمل لمدة لا تجاوز سنة واحدة، كما يجوز لمن صدر ضده قرار طبقاً للمادة (٢٢) من هذا القانون أن يتظلم من هذا القرار خلال أسبوعين من تاريخ إخطاره به أمام لجنة أخرى.

ومن جماع ما تقدم بين أن قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان قد خاطب طبيبياً فإذا ما خالف هذا الطبيب هذا القانون تم التحقيق معه إدارياً من قبل الجهة التي حددها هذا القانون فإذا ما انتهت هذه الجهة إلى مجازاة هذا الطبيب تأديبياً جاز له أن يتظلم هو شخصياً أمام الجهة التي حددها هذا القانون والتي لها أن تؤيد قرار مجازاته أو تعدله طبقاً لما نص عليه القانون المشار إليه، ومن ثم ونظراً لأن المخالفة تنسب إلى الطبيب شخصياً، والعقوبة التأديبية تلحقه هو شخصياً ومن ثم فله هو شخصياً أن يتظلم من قرار معاقبته وليس لجهة عمله أن تتوب عنه شخصياً في هذا الشأن، وذلك استناداً على ما سبق تفصيله، ويؤكد ذلك ويعضده ما سبق أن انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة بجمهورية مصر العربية من أن المسئولية التضامنية لا تقوم في المجال التأديبي، حيث أن المسئولية التأديبية لا تكون إلا شخصية. ( راجع أحكامها في الطعون أرقام ٤٨، ٥١٣، ٥١٥ لسنة ٢٥ قضائية جلسة ١١ / ٧ / ١٩٩٢ مشار إليها بالكتاب الثالث من الموسوعة الإدارية الشاملة في الدعاوى والمرافعات الإدارية صفحة ٣٢٧ . )

وبتطبيق ما تقدم على الحالة الماثلة، فإذا ما نُسب إلى الطبيب المذكور مخالفته لمقتضيات وأصول وأحكام المهنة على النحو التالي:

- عدم القيام بمتابعة حالة المتوفي أثناء تواجده بقسم الطوارئ.

- عدم القيام بمتابعة حالة المتوفي خلال ٣٠ دقيقة من بدء علاج التخثر وذلك للتأكد من استجابته للعلاج. ثم قررت اللجنة التأديبية للمرخص لهم بمزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان إيقافه عن العمل لمدة ٦ أشهر فإنه يجوز له قانوناً التظلم على هذا القرار في غضون أسبوعين من تاريخ استلامه للقرار، ولا يُعني عن ذلك أن تقوم جهة عمله (مستشفى ..... ) بالتظلم نيابة عنه، حيث أنها ليست المخاطبة بقرار الاتهام ولم توقع عليها عقوبة الوقف عن العمل فأنى لها أن تتظلم نيابة عن مرتكب المخالفة. بينما لا يوجد ما يمنع قانوناً من الوقوف بجانبه حال تيقنها من براءته من هذه المخالفة.

وعليه فقد انتهت هيئة التشريع والإفتاء القانوني إلى أن العقوبة التأديبية شخصية والتظلم منها شخصي، مما لا يكون معه لجهة عمل الطبيب المذكور أن تمثله أو تقوم نيابة عنه بذلك، وذلك استناداً لما سلف ذكره من أسباب.

(٨)

**المبدأ: سريان القانون بأثر فوري ومباشر - عدم الرجعية - مقابل خدمات تأهيل المقاولين.**

يسري القانون على الوقائع التي حدثت من تاريخ العمل به ولا يكون له أثر رجعي إلا بنص خاص.  
تطبيق: القرار الصادر بشأن تحديد مقابل خدمة تأهيل المقاولين ساري وواجب التطبيق.

ورد إلى هيئة التشريع والإفتاء القانوني كتاب وكيل الوزارة بوزارة ..... رقم (USW/1072/2017) المؤرخ ١٨ يوليو ٢٠١٧، بشأن طلب الرأي القانوني بخصوص تحصيل مقابل خدمات تأهيل المقاولين.

وتتحصل وقائع الموضوع - بحسب ما جاء بالكتاب المشار إليه وما تم استيضاحه من ممثلي الوزارة - في أن هناك طلبات تأهيل تقدم بها أصحابها في تاريخ سابق على صدور القرار الوزاري رقم (٩) لسنة ٢٠١٧ بشأن تحديد مقابل لخدمات تأهيل المقاولين المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٧، حيث إن خدمة التأهيل كانت تقوم بها الوزارة بدون مقابل ولا يستحصل من طالبها سوى قيمة وثيقة التأهيل والبالغة ٢٥ دينار، بيد أنه بصدد القرار المشار إليه فقد تم تحديد مقابل لخدمات التأهيل للمقاولين الراغبين في التأهيل المسبق أو إعادة التأهيل التي تقدمها وزارة ..... ويشمل ذلك إصدار شهادة التأهيل/التسجيل وتجديدها والترفع من درجة تصنيف إلى أخرى وإعادة التقييم وغيرها.

وقد تم تزويد الهيئة بحالات واقعية عن طريق البريد الإلكتروني، وهي الحالة الأولى: شركة ..... والتي تم استلام طلبها بتاريخ ١٤/٢/٢٠١٧ وتم تحديد مقترح التوصية داخلياً ولم يرسل بعد لمجلس المناقصات والحالة الثانية: شركة ..... وتم استلام طلبها بتاريخ ٤/٦/٢٠١٧ وهو لا يزال في طور الدراسة. وتطلبون إبداء الرأي القانوني فيما يخص جواز تحصيل مقابل هذه الخدمة على الطلبات سألفة الذكر من عدمه، ومدى سريان القرار الوزاري رقم (٩) لسنة ٢٠١٧ بشأن تحديد مقابل لخدمات تأهيل المقاولين على الطلبات المذكورة علماً بأن أصحاب هذه الطلبات قد قاموا بدفع قيمة وثائق التأهيل عند تقديم الطلب. ورداً على ذلك نفي:

تنص المادة (١٠) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية، وتعديلاته، على أن: «يتولى المجلس مسئولية جميع المناقصات في الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون وله على الأخص ما يلي: (و) اعتماد تأهيل الجهات الحكومية المعنية للموردين والمقاولين وفق معايير يقرها المجلس.» وقد عرفت المادة (١) من ذات القانون التأهيل المسبق على أنه: «التحقق المسبق من توافر الأسس المطلوبة لدى الموردين أو المقاولين المشاركين وفقاً للمتطلبات الواردة في وثائق التأهيل المسبق بما فيها قدرتهم الفنية وإمكانياتهم المالية والإدارية وحجم التزاماتهم وقدرتهم على الأداء.»

وتنص المادة (٣/أ) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، على أن: «يسري القانون على الوقائع التي حدثت من تاريخ العمل به، ولا يكون له أثر رجعي إلا بنص خاص.» وتنص المادة (١) من القرار رقم (٩) لسنة ٢٠١٧ بشأن تحديد مقابل لخدمات تأهيل المقاولين، على أن: «يحدد

مقابل خدمات التأهيل للمقاولين الراغبين في التأهيل المسبق أو إعادة التأهيل وذلك لمدة سنتين، على النحو المبين في الجداول المرفقة بهذا القرار.»

ويستفاد مما تقدم، أن المشرع قد حرص على عملية التأهيل المسبق لكي يتم التحقق من توافر الأسس المطلوبة لدى الموردين أو المقاولين وفقاً للمتطلبات الواردة في وثائق التأهيل المسبق بما فيها قدرتهم الفنية وإمكانياتهم المالية والإدارية وحجم التزاماتهم وقدرتهم على الأداء.

ومن حيث أن وزارة ..... كانت تقوم بعملية التأهيل المسبق للمقاولين القائمين بمشاريع القطاع الحكومي دون الحصول على مقابل لهذه الخدمة، وبما إن مرحلة التأهيل تمر بالعديد من المراحل تبدأ من استلام طلب التأهيل وتقييمه من النواحي الفنية والقدرة المالية وتنتهي بإصدار القرار النهائي بعد أخذ موافقة مجلس المناقصات وهو ما يكلف الوزارة جهد مالي وعملي، ونظراً لما تقدم فقد صدر القرار الوزاري رقم (٩) لسنة ٢٠١٧ بشأن تحديد مقابل لخدمة تأهيل المقاولين وذلك بعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء الموقر.

ومن حيث إنه يسري القانون على الوقائع التي حدثت من تاريخ العمل به، ولا يكون له أثر رجعي إلا بنص خاص، ذلك أن كل أداة قانونية جديدة تطبق فوراً منذ تاريخ سريانها أي وقت نفاذها، فتحدث آثارها مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين بها، وعلى الحالات التي وقعت عقب نفاذها بصفة فورية ومباشرة، وذلك تحقيقاً لمبدأ العدالة واستقرار التعاملات.

وعليه فإن القانون لا ينطبق على التصرفات التي تمت قبل صدوره باعتبار أنها أكسبت أصحابها حقوقاً، أما التصرفات التي وقعت قبل صدور القانون غير أنها لم تتحول بعد الي حقوق مكتسبة فإنه يمكن أن تسري عليها أحكام القانون بأثر رجعي بحكم أنها تمثل مجرد أمل لأصحابها، فخلاصة القول في ذلك إن القاعدة القانونية تكون رجعية إذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق ومراكز قانونية، أما إذا لم يستتبع هذا التطبيق إلا المساس بمجرد الأموال (وهي المراكز القانونية غير التامة) التي لم ترتفع بعد إلى مرتبة الحقوق والمراكز القانونية فلا رجعية في ذلك، بحيث إنه يجب التفرقة بين الحق المكتسب أو المركز القانوني وبين مجرد الأمل فالأول دون الثاني هو الذي لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به وإلا اعتبرت ذات أثر رجعي.

وبتطبيق ما تقدم على الحالات التي تم تزويد الهيئة بها والتي تقدم أصحابها بطلب التأهيل المسبق وهي الحالة الأولى: شركة ..... والتي تم استلام طلبها بتاريخ ٢٠١٧/٢/١٤ وتم تحديد مقترح التوصية داخلياً ولم يرسل بعد لمجلس المناقصات والحالة الثانية: شركة ..... وتم استلام طلبها بتاريخ ٢٠١٧/٦/٤ وهو لا يزال في طور الدراسة، وحيث إنه لم يصدر بشأنهما اعتماد نهائي من مجلس المناقصات فهما في هذه الحالة في مرحلة من مراحل تكوين المركز القانوني أو الحق المكتسب حيث أن العبرة في فرض مقابل خدمات التأهيل هو إصدار شهادة التأهيل/التسجيل وتجديدها والترفيف من درجة تصنيف إلى أخرى وإعادة التقييم وغيرها من الخدمات المحددة في الجداول المرفقة بالقرار رقم (٩) لسنة ٢٠١٧ المشار إليه وذلك بعد اعتماد مجلس المناقصات والمزايدات.

وتأسيساً على ما تقدم فإن هيئة التشريع والإفتاء القانوني ترى أن القرار رقم (٩) لسنة ٢٠١٧ بشأن تحديد مقابل لخدمة تأهيل المقاولين يسري على الحالتين المذكورتين والحالات المشابهة لها والتي لم تصدر بشأنها شهادة التأهيل/التسجيل وتجديدها والترفيف من درجة تصنيف إلى أخرى وإعادة التقييم وغيرها من الخدمات المحددة

في الجداول المرفقة بالقرار رقم (٩) لسنة ٢٠١٧ المشار إليه، ولم يتم اعتمادها بشكل نهائي من مجلس المناقصات. على أن يراعى في شأن ما تقدم، إخطار مقدمي الطلبات المشار إليهم بمقابل خدمات التأهيل قبل البت في طلباتهم حتى يكونوا على دراية تامة بمقدار المقابل الواجب أدائه، وذلك حتى يتم العمل وفق منهجية ثابتة وإطار عمل معرف لكافة المعنيين، وبما يضمن المصداقية والشفافية والنزاهة في كافة الإجراءات الفنية والإدارية المتبعة.

(٩)

## المبدأ: إستملاك

يجب على جهة الإدارة عرض التقسيم الجديد المعد من قبلها على الملاك لأخذ موافقتهم الموثقة لدى كاتب العدل والبدء بالتنفيذ بموجب قرار صادر عن الوزير يحدد فيه الفترة الزمنية اللازمة لتنفيذه - يحق للملاك حال رفضهم لمشروع التقسيم التقدم بكتاب للوزير مبيناً به أسباب عدم الموافقة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطارهم بالمشروع - إذا انقضت المدة دون موافقة بعض الملاك يجوز اتخاذ إجراءات استملاك أراضيهم.

تطبيق: تتولى لجنة التثمين المنصوص عليها بقانون تقسيم الأراضي المعدة للتعمير وللتطوير تقدير قيمة التعويض المستحق عن العقار موضوع الاستملاك على أساس القيمة السوقية للعقارات في تاريخ نشر قرار الاستملاك بالمنطقة التي يقع بها العقار او المناطق القريبة أو المماثلة.

بتاريخ ٢٠١٧/٨/٢١ ورد إلى هيئة التشريع والإفتاء القانوني كتاب ..... رقم «ت/ع/ف/د/م ح-و ش/١٤/٢٠١٧» (٣٤٧٢٦٥) المؤرخ ٢٠١٧/٨/٢١ بشأن طلب إبداء الرأي القانوني حول مدى إمكانية استملاك عقارات بعد اعتماد المخطط التفصيلي لمنطقة ضاحية الرملي.

وحاصل وقائع الموضوع بأن هيئة ..... قد قامت بإعداد مخطط الرملي وذلك بناءً على توجيهات الحكومة الموقرة، حيث تم تعديل وضعيات الأراضي واستحداث شبكة طرق تربطها بشبكة الطرق الرئيسية بالمنطقة، وذلك بعد استقطاع نسبة لا تتجاوز ٣٠٪ من تلك الأراضي، وقد تم اعتماد المخطط التفصيلي لضاحية الرملي بموجب القرار رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤.

ومع الحاجة الماسة إلى إنشاء شارع رئيسي لتوفير منافذ ومداخل للملكيات الموجودة ضمن المخطط، حيث يمر الشارع المقترح بعدد من الملكيات، إلا أن ملاك هذه الأراضي لم يبادروا بالموافقة على تعديل وضعيات أراضيهم حسب الإجراءات المتبعة عند تنفيذ المخطط، وذلك من خلال عمل إقرار موثق عند كاتب العدل بموافقتهم على الوضعية الجديدة، وبناءً على الاجتماع المنعقد بتاريخ ٢٠١٧/٨/٣٠ بين المعنيين بهيئة التشريع والإفتاء القانوني والمعنيين بهيئة ..... وما تم ذكره من بعض المعوقات لتنفيذ التخطيط المشار إليه والمتمثلة في رفض بعض ملاك الأراضي على تعديل وضعيات أراضيهم حسب الإجراءات المتبعة في هذا الشأن، وعدم قدرة جهة الإدارة في التواصل مع بعض الملاك لعدم وجود محل لإقامة معلوم لهم.

وإذ تستطلع هيئة ..... الرأي حول مدى إمكانية تطبيق الباب الثالث من القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة والذي يتعلق باستملاك الأراضي لأغراض التخطيط أو إعادة التخطيط على هذه الملكيات، وماهي الآلية المتعلقة بالتثمين للأراضي المراد استملاكها.

ورداً على ذلك نفيد أن:

الدستور ينص في المادة (٩) على أن: «... ج- الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص

عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا...».

وتنص المادة (٢) من القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة على أن: « في تطبيق أحكام هذا القانون، تحدد أعمال المنفعة العامة بالمشروعات المبينة فيما يلي: ... ١٤- أغراض التخطيط العمراني، بما في ذلك وضع وتعديل المخططات الهيكلية والعامة والتفصيلية وتنظيم وتحديد خط البناء وأغراض التجديد الحضري وتنمية المدن والقرى...».

كما وتنص المادة (١٢) من القانون السابق ذكره على أن: « تتولى لجنة التثمين تقدير قيمة التعويض المستحق عن العقار موضوع الاستملاك على أساس القيمة السوقية للعقارات في تاريخ نشر قرار الاستملاك بالمنطقة التي يقع بها العقار أو المناطق القريبة أو المماثلة بحسب الأحوال، ... وعلى الإدارة إخطار ملاك العقارات المشار إليها وأصحاب الحقوق عليها بقيمة التعويض الذي قدرته اللجنة وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على محال إقامتها المعلومة لدى الإدارة، فإذا لم يكن لهؤلاء محل إقامة معلوم وجب نشر قرار تقدير التعويض في الجريدة الرسمية وفي صحيفة يومية محلية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار، ويعتبر الملاك وأصحاب الحقوق قد عملوا بهذا القرار بمجرد نشره».

وتنص المادة (١٩) من ذات القانون على أن: «تتولى لجنة التثمين تقدير الثمن الأساسي لكل قطعة أرض من أراضي مشروع التخطيط أو إعادة التخطيط أو التعمير الذي يتم الاستملاك من أجله وذلك بعد اعتماد هذا المشروع، مع مراعاة التصنيف الجديد لها ووفقاً للقواعد المعمول بها في التثمين وما يصدره مجلس الوزراء في هذا الشأن من معايير بناءً على عرض الوزير...».

وتنص المادة (٤٠) من اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٤ بشأن تقسيم الأراضي المعدة للتعمير والتطوير الصادرة بالقرار رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٩ على أن: «تتولى الادارة عرض التقسيم الجديد المعد من قبلها على الملاك لأخذ موافقاتهم الموثقة لدى كاتب العدل والبدء بالتنفيذ بموجب قرار صادر عن الوزير يحدد فيه الفترة الزمنية اللازمة لتنفيذه».

وأخيراً تنص المادة (٤١) من القرار المشار إليه على أن: «على الملاك الموافقين على مشروع التقسيم المعتمد من الوزير توثيق موافقتهم امام كاتب العدل وايداع النسخة الاصلية لدى الادارة ضمن المستندات الرسمية لمشروع التقسيم، اما في حالة رفض بعض الملاك لمشروع التقسيم المذكور فانه يحق للملاك التقدم بكتاب الى الوزير مبين فيه اوجه عدم الموافقة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اخطارهم بالمشروع ، وفي حالة انقضاء هذه المدة وعدم موافقة بعض الملاك يجوز اتخاذ اجراءات الاستملاك لأراضيهم تطبيقاً للمادة (١١) من المرسوم بقانون (٣) لسنة ١٩٩٤ بشأن تقسيم الاراضي المعدة للتعمير والتطوير».

ومفاد ما تقدم أن من الأحكام العامة التي نص عليها الدستور حظر نزع الملكية الخاصة إلا بسبب المنفعة العامة، ولا شك أن هذا الحكم هو من الأصول الأصيلة في كل الشرائع الحديثة القائمة على احترام الملكية الفردية في الحدود المرسومة ومن هذه الحدود جواز انتزاعها من أصحاب الحقوق فيها لغايات المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً.

ومن حيث إن القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة من بين تطبيق أحكامه يكون لأغراض التخطيط العمراني بما في ذلك وضع وتعديل المخططات الهيكلية والعامة والتفصيلية وتنظيم وتحديد



خط البناء وأغراض التجديد الحضري وتنمية المدن والقرى.

ومن منطلق ما هو مستبان من صدور القرار رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤ بشأن المخطط التفصيلي لمنطقة ضاحية الرملي مجمع (٧١٢-٧٤٤) واعتماده من قبل وزير ..... ومع وجود بعض الموقوفات لتنفيذ التخطيط المشار إليه - بحسب ما تم ذكره في الاجتماع سالف الذكر - والمتمثلة في رفض بعض ملاك الأراضي على تعديل وضعيات أراضيهم حسب الإجراءات المتبعة في هذا الشأن، وعدم قدرة جهة الإدارة في التواصل مع بعض الملاك لعدم وجود محل لإقامة معلوم لهم.

ومن حيث إنه يجب على الإدارة عرض التقسيم الجديد المعد من قبلها على الملاك لأخذ موافقاتهم الموثقة لدى كاتب العدل والبدء بالتنفيذ بموجب قرار صادر عن الوزير يحدد فيه الفترة الزمنية اللازمة لتنفيذه، كما يجب على الملاك الموافقين على مشروع التقسيم المعتمد من الوزير توثيق موافقتهم أمام كاتب العدل وإيداع النسخة الأصلية لدى الإدارة ضمن المستندات الرسمية لمشروع التقسيم، وفي حالة رفض بعض الملاك لمشروع التقسيم المذكور فإنه يحق للملاك التقدم بكتاب إلى الوزير مبين فيه أوجه عدم الموافقة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطارهم بالمشروع، وفي حالة انقضاء هذه المدة وعدم موافقة بعض الملاك يجوز اتخاذ إجراءات الاستملاك لأراضيهم تطبيقاً للمادة (١١) من المرسوم بقانون (٣) لسنة ١٩٩٤ بشأن تقسيم الأراضي المعدة للتعمير والتطوير.

ومن حيث إن لجنة التثمين المنصوص عليها في القانون سالف الذكر تتولى تقدير قيمة التعويض المستحق عن العقار موضوع الاستملاك على أساس القيمة السوقية للعقارات في تاريخ نشر قرار الاستملاك بالمنطقة التي يقع بها العقار أو المناطق القريبة أو المماثلة بحسب الأحوال، وعلى جهة الإدارة إخطار ملاك العقارات المشار إليها وأصحاب الحقوق عليها بقيمة التعويض الذي قدرته اللجنة وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على محال إقامتها المعلومة لدى الإدارة، فإذا لم يكن لهؤلاء محل إقامة معلوم وجب نشر قرار تقدير التعويض في الجريدة الرسمية وفي صحيفة يومية محلية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار، ويعتبر الملاك وأصحاب الحقوق قد عملوا بهذا القرار بمجرد نشره، وتتولى كذلك تقدير الثمن الأساسي لكل قطعة أرض من أراضي مشروع التخطيط أو إعادة التخطيط أو التعمير الذي يتم الاستملاك من أجله وذلك بعد اعتماد هذا المشروع، مع مراعاة التصنيف الجديد لها ووفقاً للقواعد المعمول بها في التثمين وما يصدره مجلس الوزراء في هذا الشأن من معايير بناءً على عرض الوزير.

ومن حيث إنه وعلى هدي ما تقدم، ولما كان الثابت من الأوراق ومن الاجتماع المنعقد مع المعنيين بهيئة ..... أن هناك بعض الموقوفات لتنفيذ التخطيط المشار إليه والمتمثلة في رفض بعض ملاك الأراضي على تعديل وضعيات أراضيهم حسب الإجراءات المتبعة في هذا الشأن، وعدم قدرة جهة الإدارة في التواصل مع بعض الملاك لعدم وجود محل إقامة معلوم لهم، فمن ثم يجوز لهيئة ..... استملاك الأراضي المشار إليها، وذلك على النحو المنصوص عليه في أحكام القانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة على الأراضي محل طلب الرأي، على أن يكون تقدير قيمة التعويض المستحق عن الأراضي موضوع الاستملاك على أساس القيمة السوقية للعقارات في تاريخ نشر قرار الاستملاك بالمنطقة التي يقع بها العقار أو المناطق القريبة أو المماثلة بحسب الأحوال مع مراعاة التصنيف الجديد لها ووفقاً للقواعد المعمول بها في التثمين وما يصدره مجلس الوزراء في هذا الشأن من معايير بناءً على عرض الوزير، على النحو المبين تفصيلاً بالأسباب.

